

VNIVERSITAT & VALÈNCIA



 **Facultat de Dret**

**LA DESINFORMACIÓN EN LA
SOCIEDAD DIGITAL:
ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS,
DOGMÁTICOS Y DE POLÍTICA CRIMINAL**

Tesis Doctoral

Presentada por Abraham Devís Matamoros

Dirigida por la Prof.^a Dra. Paz Lloria García

Programa de doctorado en Derechos Humanos,
Democracia y Justicia Internacional

Valencia,
Enero de 2025

La presente tesis doctoral se ha realizado gracias a la financiación recibida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades como beneficiario de un contrato predoctoral para la Formación de Profesorado Universitario (ref.: FPU20/02346). Asimismo, esta tesis forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-125730OB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER Una manera de hacer Europa, «#FakePena: Impacto de la “tuitización” de la opinión pública sobre el Derecho penal y consecuencias para el debate en torno a su democratización», dirigido por el Prof. Dr. Fernando Miró Llinares.

Esta investigación también constituye uno de los resultados del grupo de investigación «Los límites del “ius puniendi” y su aplicación a los delitos y las penas» (IUSPEN) cuya referencia es GIUV2023-576. E, igualmente, se ha desarrollado en el marco del grupo de investigación «Mercado financiero y derecho del consumo» (PIM) cuya referencia es GIUV2018-414.

Con el fin de desarrollar la presente tesis doctoral se han efectuado dos estancias de investigación por un total de 5 meses. La primera en la *University of Modena and Reggio Emilia* en Modena, Italia, en el período del 6 de abril de 2022 hasta el 5 de julio de 2022. Esta estancia ha sido subvencionada por la Universitat de València en el marco de ayudas de movilidad internacional para estudiantes de doctorado. La segunda en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina, en el período del 22 de agosto de 2023 hasta el 21 de octubre de 2023. Esta estancia ha sido subvencionada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades en el marco de ayudas complementarias de movilidad destinadas a beneficiarios del programa FPU.



ÍNDICE

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	14
ABREVIATURAS	18
RESUMEN	22
ABSTRACT	26
INTRODUCCIÓN.....	66

PRIMERA PARTE

LA DESINFORMACIÓN COMO CIBERCRIMEN

CAPÍTULO I. LA CIBERDELINCUENCIA EN LA SOCIEDAD DIGITAL DE LA INFORMACIÓN.....	74
1. INTRODUCCIÓN	74
2. DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO A LA SOCIEDAD DIGITAL DE LA INFORMACIÓN.....	76
2.1. La sociedad del riesgo: transformaciones sociales y penales	77
2.1.1. <i>Rasgos de la sociedad del riesgo de Ulrich Beck</i>	78
2.1.2. <i>El Derecho penal del riesgo</i>	83
2.2. Las redes sociales como cambio de paradigma	88
2.3. Retos de la sociedad digital de la información	95
2.3.1. <i>La etiqueta «digital» en la sociedad de la información</i>	96
2.3.2. <i>Hacia un Derecho penal digital</i>	101
3. CONSIDERACIONES ESENCIALES SOBRE LA CIBERDELINCUENCIA	107
3.1. Precisiones conceptuales sobre la ciberdelincuencia.....	109
3.2.1. <i>El ciberespacio y la cibercriminalidad como categoría</i>	113
3.2.2. <i>Las características del ciberespacio como factor criminógeno. Especial referencia a las redes sociales</i>	117
3.3. Clasificación de los cibercrímenes	125
4. LA CRIMINOLOGÍA FRENTE A LA CIBERDELINCUENCIA.....	131
4.1. Breve aproximación a las propuestas teóricas de la cibercriminalidad	131
4.2. La teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio.....	138

4.2.1. <i>Las propuestas generales de Cohen y Felson</i>	138
4.2.2. <i>Posturas sobre la TAC en el análisis de la ciberdelincuencia</i>	142
5. RECAPITULACIÓN: INCREMENTO DE LA DESINFORMACIÓN COMO CIBERCRIMEN DE CONTENIDO	151

CAPÍTULO II. LA DESINFORMACIÓN COMO FENÓMENO POTENCIALMENTE PELIGROSO	156
1. EL DESCONCIERTO EN LA NOCIÓN Y EL ALCANCE DEL FENÓMENO.....	156
2. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA MANIPULACIÓN INFORMATIVA.....	160
2.1. Factores socio-culturales	162
2.1.1. <i>Discursos en la era de la posverdad</i>	162
2.1.2. <i>Desintermediación y comunicación «many to many»</i>	166
2.1.3. <i>Guerra cultural y polarización</i>	170
2.2. Factores tecnológicos.....	173
2.2.1. <i>Lógica algorítmica y cámaras eco</i>	173
2.2.2. <i>Inteligencia artificial: automatización y perfeccionamiento de la manipulación</i>	178
2.3. Factores cognitivos	184
2.3.1. <i>El sesgo de confirmación y el narcisismo digital</i>	184
2.3.2. <i>El síndrome del déficit de atención y el «efecto de tercera persona»</i>	187
3. AGENTES RELEVANTES DE LA CREACIÓN DE CONTENIDO EN EL ECOSISTEMA DIGITAL	190
3.1. La doble función de los medios de comunicación.....	190
3.2. Los usuarios como nuevos «prosumidores»	193
3.3. Prestadores de servicios digitales y <i>fact-checkers</i> : ¿guardianes de la información veraz?	195
4. TAXONOMÍA DEL DISCURSO DESINFORMATIVO	199
4.1. Marco definitorio: los desórdenes informativos y la comprensión internacional de la desinformación.....	201
4.2. Clasificación sistemática de la desinformación.....	205
4.3. Una definición orientada al Derecho penal: elementos esenciales.....	212
4.4. Delimitación con algunas figuras afines: <i>fake news</i> , propaganda y decepción.....	218
4.4.1. <i>Diferencia entre desinformación y noticias falsas</i>	218

4.4.2. <i>Distinción frente a otras figuras: infoxicación, propaganda y decepción</i>	220
5. RECAPITULACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO	223

SEGUNDA PARTE

APROXIMACIÓN DOGMÁTICA AL CASTIGO PENAL DE LA DESINFORMACIÓN

CAPÍTULO I. BASES FILOSÓFICO-JURÍDICAS DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PALABRA	232
1. INTRODUCCIÓN	232
2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS ACTOS LINGÜÍSTICOS	235
2.1. Austin, expresiones realizativas y doctrina de los actos ilocucionarios	237
2.2. La teoría de los actos de habla desarrollada por Searle	243
2.3. Matizaciones de Habermas en su teoría de la acción comunicativa	248
2.4. Los actos lingüísticos en el entorno digital	254
3. EMISIÓN DE PALABRAS Y ACCIÓN PENAL	262
3.1. Planteamientos físico-psicológicos	262
3.2. Planteamientos sociológicos	269
3.3. Toma de postura: la acción como sentido con independencia del medio	273
4. APLICACIONES DOGMÁTICAS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS LINGÜÍSTICOS	281
4.1. Fundamentos de legitimación de la criminalización de la palabra	281
4.2. Ejecución imperfecta de los actos lingüísticos	285
4.3. Bases de la autoría y participación con palabras	292
5. RECAPITULACIÓN: DESINFORMAR COMO ACTO LINGÜÍSTICO	297

CAPÍTULO II. EL CASTIGO PENAL DE LA MENTIRA Y DE LAS NOTICIAS FALSAS	304
1. INTRODUCCIÓN	304
2. MODELOS DEL CASTIGO PENAL DE LA MENTIRA	305
2.1. El modelo de los delitos contra el honor	308
2.1.1. <i>Posturas de interpretación: inveracidad subjetiva y verdad objetiva. Toma de postura</i>	308
2.1.2. <i>Naturaleza jurídica de la «exceptio veritatis»</i>	314

2.2. El modelo de la estafa.....	317
2.2.1. Tesis sobre la idoneidad de la inveracidad	317
2.2.2. Deberes exigibles al sujeto pasivo.....	322
2.3. El modelo de la falsedad documental	326
2.3.1. Tratamiento jurídico de la falsedad en función del medio y de los sujetos	326
2.3.2. Exigencias subjetivas en función del tipo de documento.....	332
2.4. Otros modelos de castigo de la mentira.....	334
3. LAS NOTICIAS FALSAS EN LA REGULACIÓN PENAL.....	342
3.1. Antecedentes legislativos	342
3.1.1. Criminalización de las noticias falsas en la legislación de prensa e imprenta.....	344
3.1.2. Las noticias falsas como faltas desde el Código penal de 1870 hasta 1944.....	349
3.1.3. Las noticias falsas como delito a propósito de la Ley 3/1967.....	356
3.2. Noticias falsas en el delito de derrotismo del Código penal de 1995.....	362
4. CONSIDERACIONES FINALES: EL MODELO DE LA INVERACIDAD EN EL FENÓMENO DE LA DESINFORMACIÓN.....	366

TERCERA PARTE

PLANTEAMIENTOS POLÍTICO-CRIMINALES ANTE LA DESINFORMACIÓN EN REDES SOCIALES

CAPÍTULO I. ALTERNATIVAS DE CRIMINALIZACIÓN DE LA DESINFORMACIÓN	376
I. INTRODUCCIÓN	376
II. PROPUESTAS «FLEXIBLES» DE CASTIGO DE LA DESINFORMACIÓN	379
2.1. Offence principle y castigo sin bien jurídico protegido	383
2.1.1. Planteamientos de legitimación.....	383
2.1.2. Razonamientos críticos contra las propuestas de castigo de la desinformación sin bien jurídico protegido.....	392
2.2. Principio del daño del modelo angloamericano	400
2.2.1. Algunas consideraciones esenciales.....	400
2.2.2. Proximidad con la teoría del bien jurídico protegido	405
III. PROPUESTAS «RÍGIDAS» DE CASTIGO DE LA DESINFORMACIÓN.....	409

3.1. La protección exclusiva de bienes jurídicos como principio inevitable.....	409
3.3.1. <i>El bien jurídico como garante de la convivencia pacífica</i>	409
3.3.2. <i>Funciones asignadas al bien jurídico-penal</i>	414
3.3.3. <i>Criterios de delimitación del objeto protegible en la desinformación</i> ...	421
3.2. Alternativas de protección penal de la desinformación.....	427
3.2.1. <i>El derecho a la libertad de información</i>	427
3.2.2. <i>El orden público</i>	443
3.2.2. <i>La soberanía y seguridad del Estado</i>	454
IV. NUEVAS PERSPECTIVAS INDIVIDUALES: EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	463
 CAPÍTULO II. RETICENCIAS SOBRE EL CASTIGO PENAL DE LA DESINFORMACIÓN	472
I. INTRODUCCIÓN	472
II. LIMITACIONES LEGISLATIVAS DESDE EL MANDATO DE DETERMINACIÓN	475
2.1. Fundamento del mandato de determinación en un Estado social y democrático de derecho	475
2.2. Problemas de certeza en la regulación penal de la desinformación	478
II. LA POLÍTICA EUROPEA EN MATERIA DE DESINFORMACIÓN	486
3.1. Medidas de autorregulación y correulación.....	486
3.2. Refuerzo de las medidas corregulatorias e inicio de actividades restrictivas....	493
3.3. Medidas coercitivas: la DSA y el reglamento europeo de IA	497
3.3.1. <i>El reglamento de servicios digitales (DSA)</i>	497
3.3.2. <i>El reglamento de inteligencia artificial (RIA)</i>	503
IV. LIMITACIONES LEGISLATIVAS DESDE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.....	509
4.1. Premisas y fundamentos de comprensión: el Derecho penal mínimo	509
4.2. La subsidiariedad del Derecho penal ante la desinformación: los ejemplos paradigmáticos de Francia y Alemania	512
4.3. El enfoque adoptado en el ordenamiento jurídico español: perspectivas de futuro	518
V. ALGUNAS APROXIMACIONES DESDE EL LÍMITE DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	529
VI. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSICIÓN	535
6.1. El objeto protegible en la desinformación en línea	535
6.1.1. <i>Rechazo de tutela por ausencia de trascendencia constitucional</i>	535

6.1.2. <i>Rechazo de tutela de carácter material</i>	539
6.1.3. <i>Intereses afectados materialmente por la desinformación en línea</i>	547
6.2. La inoperancia del castigo penal de la desinformación en línea	555
6.2.1. <i>Inoperancia derivada de un uso injustificado del Derecho penal</i>	555
6.2.2. <i>Inoperancia derivada de un uso indebido del Derecho penal</i>	566
6.2.3. <i>Inoperancia derivada de un uso contraproducente del Derecho penal</i> .	571
CONCLUSIONES.....	583
CONCLUSIONS	605
BIBLIOGRAFÍA	625
JURISPRUDENCIA CITADA.....	677

AGRADECIMIENTOS

AGRADECIMIENTOS

La elaboración de una tesis doctoral es un camino, a veces, desconcertante. En él inicias tus primeros pasos de la carrera académica y, a medida que avanzas, vas formándote como profesional mientras tu vida personal evoluciona. Afortunadamente, no he recorrido este trayecto en solitario, y considero que es justo reconocer que gran parte de este trabajo ha sido posible gracias a aquellos que me han acompañado.

Principalmente a Paz Lloria, mi maestra. No sé si estará anticuado el término, pero no concibo una palabra más precisa que describa lo que ha significado para mí estos años. Por todas sus enseñanzas, dentro y fuera del aula y, sobre todo, por haberme contagiado una gran pasión por el mundo académico.

A Nacho Comes, Néstor Orejón y Paco Almenar, por sus recomendaciones y consejos a lo largo de estos años.

A mis compañeras y compañeros del Departamento de Derecho penal y, en general, de la Facultad de Derecho, cuyos trabajos y conversaciones han inspirado esta tesis. Especialmente a David Colomer, Virginia Soldino, Teresa García, Jorge Correcher, Andrea García y Verónica Gisbert. También a Javier Mira por su ayuda con el análisis histórico.

A Anna Raga, Adrián Gómez y a todos aquellos que, sin dudarlo, se unieron a los seminarios de jóvenes penalistas de la Comunidad Valenciana. Gracias a los múltiples debates que mantuvimos incrementó mi motivación para seguir con esta investigación y, sobre todo, con el estudio del Derecho penal.

A Marcelo A. Riquert, por su cálida acogida en la Universidad Nacional de Mar del Plata y por haberme hecho sentir como en casa, a miles de kilómetros de distancia.

A mis padres y a mi hermano, por ser siempre mi principal apoyo.

Y gracias a Lorena. Por haber aparecido inesperadamente en este último tramo para darme el impulso final cuando más lo necesitaba. Por enfrentarnos juntos al resto de desafíos que nos depare el futuro.

ABREVIATURAS

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CC	Código civil
CE	Constitución española
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
CESEG	Centro de Estudios de Seguridad
CP	Código penal español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DSA	<i>Digital Service Act</i>
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
GEPC	Grupo de Estudios de Política Criminal
IA	Inteligencia Artificial
IDP	Revista de Internet, Derecho y Política
IROCMM	International Review of Communication and Marketing Mix
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LO	Ley Orgánica
NetzDG	<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de los Estados Americanos

ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PPU	Promociones y Publicaciones Universitarias
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RGDP	Revista General de Derecho Penal
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC, SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
STS, SSTs	Sentencia/s del Tribunal Supremo
Trad.	Traducción
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRC	Teoría y Realidad Constitucional
RAE	Real Academia Española
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
UE	Unión Europea
UCM	Universidad Complutense de Madrid
VVAA	Varios autores

RESUMEN

RESUMEN

RESUMEN: El presente trabajo analiza la desinformación en la sociedad digital desde una perspectiva jurídico-penal. Para ello, examina cuáles han sido las transformaciones sociológicas acontecidas en los últimos años y cuáles son los factores que explican el aumento de la preocupación mediática del fenómeno. En segundo lugar, estudia las herramientas dogmáticas que provienen del Derecho penal vigente y de la evolución histórica del castigo penal de las noticias falsas para ofrecer pautas *de lege ferenda*. Finalmente, evalúa cuál sería el fundamento de criminalización de nuevas conductas de desinformación y expone razonamientos político-criminales de rechazo de la intervención penal en esta materia.

RESUM: Aquest treball analitza la desinformació a la societat digital des d'una perspectiva juridicopenal. Per això, examina quines han estat les transformacions sociològiques esdevingudes els darrers anys i quins són els factors que expliquen l'augment de la preocupació mediàtica del fenomen. En segon lloc, estudia les eines dogmàtiques que provenen del Dret penal vigent i de l'evolució històrica del càstig penal de les notícies falses per oferir pautes de *lege ferenda*. Finalment, avalua quin seria el fonament de criminalització de noves conductes desinformatives i exposa raonaments politicocriminals de rebuig de la intervenció penal en aquesta matèria.

ABSTRACT: This paper analyzes disinformation in the digital society from a legal-criminal perspective. To do so, it examines the sociological transformations that have taken place in recent years and the factors that explain the increase in media concern about the phenomenon. Secondly, it studies the dogmatic tools that come from the current criminal law and the historical evolution of the criminal punishment of fake news in order to offer *lege ferenda* guidelines. Finally, it evaluates what would be the basis of criminalization of new disinformative conducts and exposes political-criminal reasoning for the rejection of criminal intervention in this matter.

ABSTRACT

ABSTRACT

Según el art. 9.b) del Reglamento sobre depósito, evaluación y defensa de la tesis doctoral, para la obtención de la mención internacional al título de doctor se requiere que «al menos un resumen con una extensión mínima de 15.000 palabras y las conclusiones, se hubiera redactado y sea defendida en una de las lenguas habituales para la comunicación científica en su campo de conocimiento, diferente a cualquiera de las lenguas oficiales en España». A estos efectos, a continuación se ofrece un resumen más extenso.

The link between criminal law and social context is undeniable. An important logical consequence follows from this statement: dogmatic postulates and the elaboration of criminal policies cannot be completely detached from empirical reality. Criminology, as a discipline of the so-called "criminal sciences" responsible for providing contrasted and effective information on the criminal phenomenon, is an essential pillar that must be taken into account if a complete study of the growing phenomenon of disinformation is to be carried out. At the same time, we will detail the extent to which scientific advances and their corresponding social changes could have meant a transcendent mutation of the criminal model of the time. At this point it is important to bear in mind that the study of the penal responses to the social systems exposed will be neutral, that is to say, the modifications they entailed will be presented without entering into the doctrinal evaluation of the legislative techniques adopted. Current dangers, unlike those that characterized past societies, are more complex, unquantifiable and their social control is more complicated.

From an economic point of view, financial operations have multiplied exponentially due to globalization. A political approach reveals that globalization has led to a loss of sovereignty for states, which are increasingly subject to the power of transnational corporations and supra-state organizations such as the European Union, NATO and the International Monetary Fund, among others. But also from the perspective of

communications, globalization has fostered the exchange of information in real time and in unlimited quantity.

Social transformations also materialized in changes in the understanding of criminal law. Thus, with the risk society, the criteria of causality, objective and subjective imputation, the distinction between consummation and imperfect forms of execution, as well as authorship and participation, began to become more flexible. Likewise, the role of criminal guarantees as limits to the punitive power of the State has been softened. Essentially, this relaxation has reached the limits of minimum intervention, legality and proportionality.

The new context of the digital society has meant a rupture in the space-time barrier of communications. This has meant a complete change in the way we relate to each other in society. Physical proximity and temporal coincidence are no longer necessary to communicate with others. It has normalized online interrelationships in which these variables are no longer relevant. Today, a country's dominance is not measured by its physical and military strength, but rather by the degree of development of its communication and technological research system. In this way, information, understood as a highly estimable good, makes it possible to influence the behavior of citizens without the need to resort to coercive means.

The consolidation of the digital information society makes it possible to affirm the need for criminal law to adapt to the new social reality described through a technological criminal law, whose focus is cyberspace, as a new protagonist environment. At this point, it is worth specifying what are the main features and alterations brought about by this digital criminal law. The nature of cybercrime has led to greater international cooperation and harmonization of criminal law among the different States. To the extent that it can even be said that this factor has affected the influence of German legal-criminal dogmatics in favor of theories that fall within the context of the common law of Anglo-Saxon law. Likewise, the relaxation of criminal limits has intensified. The proportionality of penalties and the principle of minimum intervention have been called into question by the new legislative policy arising from cybercrime. The number of criminal offenses has increased, especially those related to this crime that takes advantage of new technologies to produce a more intense injury to legal assets. The need to adapt classic criminal law to the new technological reality is the basis for this process. Likewise, special types have been incorporated that aggravate the penalties precisely because of their diffusion in

cyberspace. Perhaps one of the behaviors that has suffered most from this process of expansion has been crimes of expression. This is due to the opening of communication and the increase in the flow of information in the digital environment.

Although some authors have argued that this legislative trend allows us to affirm that we are dealing with a subspecies of criminal law, through a digital criminal law, this consideration must be rejected. From this point of view, this digital criminal law, as is the case with economic criminal law, for example, would be understood as a specific part of criminal law with common characteristics. The particularities of the common means of commission, such as cyberspace, can serve to develop effective preventive strategies, but does not imply a differentiated legal-criminal treatment.

In this context, the disinformation inherent in a digital society is, in fact, a deviant behavior that, from a purely criminological point of view, should be characterized as cybercrime. Within this denomination should be included all those harmful behaviors in which cyberspace is an essential element and not a mere incidental component.

The categorization of online disinformation as a cybercrime makes it possible to place it in different classification groups. Firstly, it is a behavior in which cyberspace is the means of commission and not the object of attack. Secondly, depending on the motivation of the disinforming agent, it could be considered a political, ideological or economic cybercrime. Thirdly, it is a cybercrime of content since the basis of the behavior consists in the emission of a message through digital platforms. This last group of analyses highlights the importance of analyzing digital content, as well as social networks as the place in which it takes place. On the other hand, special attention should be paid to the interrelation between criminal prosecution and the rights to freedom of expression and information.

Criminological theories provide a theoretical framework for understanding the phenomenon. Among them, the theory of everyday activities stands out. The adaptation of its premises to the new digital context explains the increase in misinformation on social networks. According to this theory, criminal opportunity is explained by the confluence, in the same space, of motivated aggressors, suitable targets and the absence of capable guardians. Its approach highlights the significant interdependence between everyday non-criminal and criminal activities. Thus, a transformation of the temporal and spatial structuring of modern life had increased criminal opportunity and, consequently, crime

rates. Consequently, it is argued that an effective way to attack crime is to increase the control exercised over people themselves or over their property.

These traditional understandings have been adapted to the new digital structure. Although there are certain discrepancies about the applicability of this theory to cybercrime, this research is based on the premise that the proposed approach is valid to explain cybercrime, but the elements that compose it must be reformulated to some extent due to the new characteristics of the digital space. In this sense, in the digital society the motivated cyberaggressor has more facilities to perpetrate the crime. He can attack several victims through a single behavior. For its part, there is a reformulation in the understanding of the appropriate target. It is the victims who, through increased interrelation in the network, incorporate the appropriate targets. In addition, the victim's self-protection measures become particularly important in crime avoidance. Capable guardians are also transformed. Formal control is more difficult to carry out due to the transnationality and decentralization of the medium. The new service provision platforms, for their part, take on a leading role as they are the entities that can incorporate measures to prevent harmful content on their platforms with the greatest immediacy and effectiveness.

In a society where there are more digital residents than visitors, the opportunity for crime in cyberspace increases. This can be explained by the increased interrelation of users in this new scenario, the greater ease of carrying out deviant behaviors and the absence of capable guardians who are responsible for preventing those behaviors that occur on the network. This gives rise to new forms of attack on traditional legal assets and, at the same time, to damage to legal interests that did not exist in the analog environment.

This increase in criminal opportunities in cyberspace explains the rise in cybercrime in Spain and the rest of the world. And within this development, online disinformation has achieved a particular prominence. Although this is not a novel phenomenon specific to the 21st century, it is unquestionable that, since the events of Brexit and the 2016 US elections, there has been an exponential growth in academic interest in this manipulation strategy.

The question one must then ask is: what has happened for a non-novel behavior to have gained such a degree of media and scientific attention? Obviously, the answer is not

simple and requires a detailed analysis of a series of elements such as: the factors that contribute to the effect of the manipulation, the role of the relevant subjects in the process of creating the content, as well as the meaning and impact attributed to it today.

Culturally, the post-truth era has settled in since the overabundance of information accessible on digital platforms allows information to be disseminated in real time and replicated among millions of citizens. Faced with the large amount of information, the user chooses the one that best fits his beliefs, so the appeal of emotions helps to capture a greater number of recipients. The aim is to a reality in which feelings and emotions prevail over facts in the content.

Web 2.0 has also brought about important transformations in terms of the information transmission model. Especially, thanks to the strong process of disintermediation through which the mediation structures between two or more users in the communication process have been eliminated. Thus, the prerogative of informing that corresponded almost exclusively to professionals in the sector has given way to a massive transmission of information produced by the flow of content generated by users in social networks. Digitalization has revolutionized the field of communication to the extent that the oligopoly of a few specific operators in the creation and dissemination of news has disappeared, expanding this task to any user who can become an active producer of the news and not just a mere receiver.

This social event has been the product, on the one hand, of the crisis of professional information derived, fundamentally, from the ease of creation and expansion of news facilitated by the services offered by the Internet and, on the other hand, from the high costs for producers and consumers in comparison with the information circulating in social networks, which is apparently free of charge.

Through technological advances, it has been possible to create pre-established programs that have the capacity to analyze a huge amount of data related to users' searches, perform complex operations and, based on this, build a world tailored to each user. Search engine algorithms dictate what users see and their order of priority. This creates digital resonance chambers in which users are more likely to receive information that most closely matches their interests and beliefs. This distances users from information that contradicts their thought patterns, making manipulation much easier.

This produces "the paradox of digital freedom" in that a user's freedom within the network is inversely proportional to the growth of the network.

Artificial intelligence makes disinformation easier to produce and harder to detect. Social bots can be used as mechanisms that enhance the effects already caused by echo chambers. It should also be added that this technological tool can be reused from one political campaign to another producing this "false amplification" incessantly and without limits. As can be deduced, the use of armies of social bots can constitute a real risk for society because they can be used to automate disinformation. The use of deepfakes, on the other hand, allows anyone with a computer or smartphone to create sophisticated fake static and dynamic images without the need for advanced technical knowledge. And even more easily, it is possible to access the so-called cheap fakes, i.e. the creation of audiovisual content manipulated by means of cheap software and, therefore, with a less realistic end result.

All these factors have an impact on the cognitive level. Polarization and bubble filters reinforce confirmation bias. The social importance of users is measured in terms of the impact generated by the content they share, which feeds digital narcissism. To achieve greater visibility, tactics focused on maximizing that impact predominate, without much concern for whether what is disseminated is true. If misinformation contributes to increased visibility, the quest for recognition outweighs the need for accuracy. Moreover, information saturation increases attention deficit syndrome, which reduces the ability to critically analyze the information circulating in digital environments. Added to this is the "third-person effect," which suggests that, although misinformation is perceived as a relevant danger, the impact it can have on oneself is often minimized.

The combination of these elements makes disinformation on the web more widespread and more challenging to identify. This is due, in part, to the fact that technology allows manipulation tactics to become more complex, but also to the fact that social networks, by their structure, make users more susceptible to being deceived. Thus, the opportunities to reach a larger number of people are greater, which has led to increased alarm in the media about this problem.

In turn, a transformation in the roles of the different actors involved in online disinformation is observed. Users, as content creators and distributors, have the ability to

generate and share fake news with a large number of people. Meanwhile, the media have had to adjust to the new digital information model, characterized by immediacy and an economic system based on the impact generated by content, which makes them key producers of disinformation. As a result, the number of actors involved in the dissemination of false information has increased significantly, and users now face a more constant flow of misleading content.

For their part, users have become passive recipients of information. Their task is no longer to search but simply to choose the digital medium and wait, thanks to the algorithm, for the information to be presented on their digital wall. In this context, it becomes more important to pay attention to self-protection mechanisms that reduce the risk of being manipulated by these practices when consuming news. The greater the user's understanding of how digital platforms operate and what technological tools are available to verify the information, the lower the chances of falling into manipulation.

In addition, the media have lost relevance in the function of providing viable information. This activity has been replaced by fact-checkers. Likewise, digital service providers, due to the fact that they are the owners of the medium in which the information circulates, have acquired greater relevance from a preventive perspective of the phenomenon. These service providers can supervise the information circulating on their platforms and act immediately when illicit content appears.

One of the biggest challenges in addressing this problem is to understand it properly. There is no single criterion that provides sufficient legal certainty. There are significant discrepancies in terminology, such as the need to define a specific purpose, the location of the element of falsity, the degree of falsity required, the number of actions required, among others.

From a criminal viewpoint, any analysis of the phenomenon that analyzes it in an excessively broad manner, i.e., only as the simple dissemination of incorrect or distorted information, without taking into account the intention behind it, should be discarded. In reality, this approach refers to the concept of "information disorder", which is much more general, as it encompasses not only disinformation, but also misinformation and harmful information.

In this research, disinformation is characterized by a double objective and subjective examination. The objective dimension of the action is defined by the

dissemination of information. Therefore, only verifiable facts are included in this aspect, excluding simple opinions. In addition, it is required that such information is clearly false. In other words, it must be possible to verify and prove that the data disseminated does not conform to reality. As for the subjective aspect, it is composed of the intention to deceive. Thus, it is necessary that the person disseminating the information knows that it is false and has the intention to spread it. In addition, there must be a disinformative purpose, understood as the will to deceive in order to manipulate.

This factor explains one of the most widespread interpretations of the phenomenon in the criminal field: depending on the author's intention and the type of message disseminated, disinformation can impact a variety of interests. Based on this premise, studying the reasons behind the issuer of disinformation could be key to establishing preventive strategies. Thus, disinformative behaviors can be grouped according to their intention, whether political, ideological or commercial. Disinformation of a political nature aims to manipulate public opinion on issues related to the administration of a State. This type of disinformation is the one that has attracted the most attention from researchers, as well as from social and governmental sectors, since it usually involves the most elaborate and coordinated manipulation tactics. In contrast, ideological disinformation seeks to alter public perception to promote ideas that may threaten certain values or fundamental rights. It is probably the most diverse type of disinformation, including cases of terrorism, hate speech or environmental damage. Commercial disinformation, on the other hand, is motivated by the desire for economic gain, either directly, such as through advertising, or indirectly, by seeking to increase the digital presence and impact of a brand or content.

As essential as Criminology is, it is precisely Dogmatics that is the core of the Science of Criminal Law. The task of this discipline is basic, since thanks to it it is possible to unravel the content of criminal-legal precepts in a systematic and orderly manner. In order to achieve this ordering function, dogmatics starts from the criminal law as a basis and limit. In fact, the term derives from the word "dogma", since the precepts of positive law constitute a kind of dogma to which the jurist must adhere. However, the jurist must not proceed as if it were a total and indisputable belief, it is a simple methodical attitude. Consequently, a critical and reformative stance must also be part of the dogmatic analysis and this also highlights its necessary complementarity with Criminal Policy.

Despite this, the dogmatic approach has not been free of objections. On the one hand, it has been criticized for its excessive and exaggerated conceptual elaboration, which has led, on occasions, to the unintelligibility of the subject matter. On the other hand, it has been pointed out that it is far removed from reality and even superfluous in certain aspects. If we were to start from these approaches, it might seem that this second part of the research is totally irrelevant, given that in this first chapter we will carry out a first methodological approach to the basis of the punishment of speech and, subsequently, in the second chapter we will carry out a more specific analysis of the criminal models of criminalization of lying.

Analytical philosophy of language contributes to understanding how words used in the digital environment incite misinformation. In this context, speech act theory or linguistic act theory offers a pragmatic perspective in which language is considered as a component of action theory. This provides a philosophical model for what can be done with language and its implications, including criminal sanction.

From this perspective, when a subject utters words, he/she is performing an action, since it is composed of a locutionary act, an illocutionary act and, where appropriate, perlocutionary effects. The locutionary act refers to the action of producing a series of words with a given content in a given context. This act does not necessarily imply that the speaker is conveying a complete message or has a specific intention beyond simply saying something. It is about the utterance of the words and the linguistic structure in which it is performed. The illocutionary act is the communicative intention that underlies an enunciation and involves the performance of a specific action. The perlocutionary act is the effect that the utterance has on the receiver. They are the consequences that the speaker's act has on the listener.

It is also convenient to differentiate between institutional facts and brute facts. The latter are those that exist independently of social institutions and do not depend on human agreements or rules to be real. They are facts that are outside social control and do not require any system of rules or conventions to exist. They are objective facts that occur in the physical or natural world. The former, on the other hand, are those that depend on social agreements, conventions or norms to exist. These facts only have meaning within a social context and are created and maintained by the institutions of a society (such as government, law, education, etc.). Institutional facts depend on human beings giving them

social meaning and function. These facts do not exist outside the framework of social norms and practices.

Finally, the distinction between strategic action and communicative action also helps to clarify the phenomenon of misinformation. The former refers to the actions that are carried out with the aim of achieving specific ends, in which actors use others as means to achieve those ends. The second is a type of action in which the actors seek to understand each other, share meanings and coordinate their actions through language, with no selfish interest in manipulating the other. In communicative action, the main objective is consensus and cooperation, not manipulation or individual benefit.

Well, disinformation is understood as a verbal act in which words with a specific meaning are pronounced, through which the action of deceiving the receivers is carried out in order to influence them, and which can generate a series of unforeseen consequences as a result of such manipulation. Consequently, it is an institutional fact and a strategic action.

Underlying the consideration of the Internet as the fifth power is the idea that new technologies favor an increase in the communicative power of citizens, which has translated in practice into a substantial increase in linguistic acts within the interactive process in which we are immersed. And, consequently, this democratization of information has contributed to enhance the relevance of the linguistic act in our society.

It is easy to see that in this whole process of communicative transformation, two major phases can be distinguished through which the linguistic act has been characterized by a greater quantitative and qualitative interest, respectively. Thus, at first, Web 1.0 was established as an unprecedented vehicle through which written language crossed the frontiers of information exchange represented by physical media such as books, letters, brochures, etc. The transmission of ideas through words, since Web 2.0, has become extraordinarily easier, mainly due to the notable increase in the number of receiving agents and the ease of disseminating information. The interactivity criterion explains the differentiation between monologic genres such as some blogs, wiki text or informative web pages, and dialogic texts typical of social networks that allow reactive turns in which, once a user issues a statement through the platform, it can be "completed" or "nuanced" by the intervention of other users through "quotes" or "comments attached to the message". At the same time, it should not be forgotten that these dialogic communicative

modalities can be of instantaneous response, since they require an immediate or punctual turn management; or deferred, insofar as it is not necessary for the response to occur immediately in order to carry out the intercommunication. As the author pointed out, with the exception of chat or video chat, which usually requires immediacy, the interactivity that characterizes social networks allows both instantaneous and deferred exchange, so that the response time always depends on the receiver.

Together with interactivity, it also points out as a communicative criterion the duplicity of access. In this sense, a message delivered through digital platforms can be characterized, depending on the sender, as private or public. In the latter case, the message is more likely to have a greater potential impact and offer a triangular dimension in the interaction since, together with the essential participants of the linguistic act, third individuals may appear who can intervene in it or follow the conversation without the need for active participation.

Likewise, the intrinsic publicity, together with the vocation of permanence of linguistic acts in cyberspace, leads to a greater probability of generating perlocutionary effects to third parties. Therefore, the use of mechanisms that restrict or limit such effects, such as the private profile or the limitation of the message preventing anyone from sharing or even commenting on the message, must necessarily be a variable to be taken into account when assessing the repercussions that the speech act may have had when attributing liability of any kind.

Some forms of communication specific to the digital environment, such as emoticons, memes or hashtags, can be useful to better understand the intention of the sender and the context outside of language. This allows, in turn, to determine whether the purpose of the communicative act of a false statement is to manipulate the receiver or whether it is simply humorous in tone. This aspect is not trivial, as it is common in digital society to use false information in a sarcastic or ironic manner.

Speech act theory proves to be a valuable complementary tool for theories of criminal action, as it allows for a precise examination of the legal and criminal implications of disinformation. It provides a criterion for assessing the justification of new crimes related to online political disinformation. A pragmatic analysis of language not only highlights the importance of language as an object, but also helps to understand, from a more practical approach, the criminalization foundations of the use of speech. The

act of uttering words can be subsumed under various criminal behaviors and, moreover, historically, these behaviors have reached extremely serious consequences. At present, the real problem that arises is more related to a profound process of criminal expansion of the prosecution of this type of behavior.

Based on the theory of speech acts, the basis for criminalization could be based directly on the illocutionary power of the message, that is, on its capacity to influence the process of free opinion formation. Alternatively, if this approach is considered insufficient, it could be based on the perlocutionary effects derived from disinformation. In this case, the argumentation should establish a direct relationship between the affectation of the individual's freedom of decision and the effects that imply the risk or damage to additional legal assets.

It also provides a theoretical framework complementary to the traditional thesis on criminal action. The link between the locutionary aspect and the effects materialized in its addressee cannot be explained simply as a process of causal-naturalistic relationship since it requires a previous illocutionary force through which the addressee associates that set of words as a concrete action that, through conventional rules, produce in him a certain psychological effect. Thus, for the expression "this person is a thief who takes our taxes", posted on a digital platform, to be able to produce effects of uneasiness or a breakdown of self-esteem and hetero-esteem, it is not enough with a physical explanation of the process of writing and uploading the content to the platform. It will also be necessary for the recipients to be aware of the illocutionary force associated with that statement in order to produce such effects. This perspective emphasizes the importance of the intentionality element of the illocutionary act and, thanks to it, it is possible to distinguish the realization of one act or another by means of the same locutionary act. Thus, the expression sent by direct message from X to a person with the content "if you leave the house, I'm coming for you" may constitute an act of threatening or may be poured with an *animus iocandi* depending on the purpose pursued by the sender through the creation and sending of such message to that particular person.

The final theory of action is also insufficient with regard to linguistic acts, since it forgets the "conventional" component or the underlying rules that are so relevant, as has been shown. For this reason, it is not possible to reach a satisfactory solution to the two other drawbacks mentioned above. If a subject sends a whatsapp to another with the message "go prepare the bathtub" not only describes a state of affairs, but also implies the

performance of an action. An action that a priori could be understood as a mere proposition or a command to fill the bathtub with water. From this perspective, this linguistic act may not have any legal-criminal relevance in principle; however, the analysis is radically different if it is framed in a context of systematic gender violence in which the husband has used this phrase for years as a prelude to force the victim to fill the bathtub and drown her until she was almost breathless. The sending of the message is thus transformed into a potential threatening action with a possible criminal normative reproach.

With regard to this case, it is clearly possible to observe how the same locutionary act can give rise to several illocutionary acts. When words are expressed, actions are also carried out, but these can only be understood in attention to the rules and conventions that govern them and, for this, it is necessary to turn to the social milieu in which they are carried out. Through these considerations, the meaning attributed to human behavior becomes the fundamental pillar of the understanding of action. From this perspective, action cannot be conceived as the sum of an internal and an external fact, but as a social construction in which a set of rules are those that give meaning to such behavior. From this theoretical approach, and from a penal approach, the linguistic act is the meaning attributed to a specific substrate. These ideas derived from the meaningful conception of action give an essential role to the "meaning" component. From it derives the consequence that in order to label the dissemination of a set of words as an action, it is not enough to have ascertained subjective characters such as the voluntariness or intentionality of the subject, but it is necessary to go a step further and assign a certain meaning. This meaning will require an exhaustive analysis of the social context and the normative context surrounding the linguistic act.

The theory of the significant action seems to be the most appropriate also in view of the behaviors of emission of words through digital platforms. And this is because it is sufficient to understand the attribution of criminal liability to behaviors consisting in the formulation of expressions in such media. It is true, as already indicated, that digital communication shows specific discursive practices such as emoticons, stickers, retweets, likes, etc. However, such resources typical of cyberspace, on most occasions, insofar as they are accompanied by words, rather than transforming the meaning of the action itself, serve as essential elements of interpretation of the sender's communicative intention, as

well as its extralinguistic social context. In other words, they are part of the interpretative components and social rules of the meaningful conception.

The analysis of a message as disinformative, from a strictly punitive point of view, will require paying attention to the communicative intention, the social context and the normative context. This paper also stresses the importance of the technological component in the phenomenon of disinformation. However, this character does not present relevant modulations in the study of disinformative messages as linguistic acts in digital platforms. Some discursive practices inherent to this medium such as emoticons or memes will help to better understand the communicative intention of the sender and the extralinguistic context and, therefore, whether the force of the illocutionary act of a false statement has that purpose of manipulation and deception or is merely humorous. We must not forget, at this point, the certainly widespread practice of using false information as a mere sarcastic resource, especially in the social network X.

From the theory of linguistic acts, it could be accepted that there are imperfect ways of carrying out political disinformation in the digital environment, not only when it is considered a crime based on its result, but also as a simple activity. The political nature of disinformation implies that the harm or risk it may cause has a significant public dimension. Based on this, and given its primarily communicative nature, the act of disinformation (illocutionary act) must be understood at the moment when the receiver receives the false message. Although interactions in the digital society are characterized by a certain temporal dilution between sending and receiving the message, there is a possibility that, due to factors beyond the sender's control, the message may not reach any recipient. This could happen if, for example, artificial intelligence applies preventive measures that block or delete content before it is disseminated to the mass of users. Even if the user sends a false message, it could be intercepted and deleted before it reaches others. It is also possible that the disinformative message is not understood by the recipients, either because they do not understand what is being said or because the message is not clear enough. As for the need to intervene from a punitive point of view, imperfect modes of execution are certainly possible, although they would require a more detailed analysis of the circumstances.

Two are the central axes of the conduct of disinformation in the terms used in this paper: the transmission of information and deception, or if preferred, the lie. The Criminal Code deals with lying mainly in two ways: as an additional means of commission or as

an essential element of the offense. The first group is made up of those criminal conducts that do not explicitly provide for the emission of a false allegation within the type, but its realization constitutes a means of commission through which the crime can be materialized. It is therefore one more form of conduct in which the active subject can commit the criminal offense by deceiving the addressees, but it could also be carried out in other ways. Some paradigmatic examples are the use of false news to affect the moral integrity of an individual whose conduct could be subsumed under article 173; or the dissemination of false news on social networks to make hate speech more effective, in which case it could lead to the application of article 510 of the punitive text.

The second is made up of those criminal offenses in which the requirement to transmit false information is expressly foreseen, so that, without the presence of such an action, the act would be atypical. This second modality is the one of interest for the purposes of this paper. An approach from this second point of view determines the need to examine the different models of criminalization of lying in which this is the nuclear typical element of the conduct.

One of them is the model of crimes against honor, specifically slander. Although there are discrepancies between an objective interpretation, which requires the absence of absolute truth, it is more convenient to opt for a subjective interpretation. This consists in understanding that the knowledge of the falsehood or reckless disregard requires that the active subject has not carried out a diligent conduct in the investigation of the facts in order to be punished.

This interpretation that the fact itself is false does not constitute an element of the type. It focuses on the conduct deployed by the active subject in the investigation of the facts. The arguments that support this position are, in the first place, the will of the legislator derived from the parliamentary processing of the precepts. It is also supported by a literal interpretation of the precept, as well as teleological and systematic reasons to bring its interpretation into line with that made by the Constitutional Court in relation to the conflict between the right to honor and freedom of information. And even for practical reasons, since the practical difficulties in proving actual knowledge of the falsehood would increase the chances of exemption from punishment, despite the harmfulness of the act committed. On the other hand, the fact of starting from the lack of diligence to contrast the information, as required by the subjective model, is simpler in the extent that only the previous mechanisms to which the subject resorted to ensure that what he said

was true, regardless of what was his actual knowledge about the falsity of the fact or not, must be taken into account.

Finally, it should be added to the above arguments that, precisely, the subjective criterion is the one that has ended up predominating in Spanish jurisprudence. And so the Supreme Court forcefully indicated when it understood that the requirement of falsehood in the crime of slander "has to be determined fundamentally with subjective parameters, taking into account the prevailing criterion of the "actual malice". Perhaps less controversial is the character given, respectively, to the "knowledge of its falsity" and to the "reckless disregard for the truth". The doctrine tends to point out that the first is a clear allusion to direct malice, while the second clause is a reflection of the eventual modality. This criterion is identified, in this aspect, with the jurisprudential appreciation.

Another model for the punishment of lying is the crime of fraud. The crime of swindling has been considered as the general mechanism of apprehension of punishable frauds between private individuals. Unlike the model of crimes against honor, this criminal offense is characterized by two distinctive features that entail, in turn, important dogmatic consequences: on the one hand, the normative concept used to designate the lie is no longer "falsehood" but "deception" and, on the other hand, it is structured as a "relationship crime", so that the acts performed by the victim will play an essential role.

Deception comprises the action and effect of deceiving and, consequently, a lack of truth in what is said or done. From this idea, the doctrine designates two main aspects to the figure of deceit: an active dynamic consisting of the affirmation of false facts as true and a passive dynamic consisting of the concealment of circumstances relevant to the decision of the injured party. From this perspective, "deceit" is conceived in a relatively broad sense, of indeterminate means and forms and, therefore, any type of scheme, maneuver or artifice that determines a patrimonial damage can be included in it; only limited to a reference to facts, either falsified or distorted. However, these very broad considerations to which deception understood in isolation leads must be complemented with normative guidelines that link this element with the rest of those that make up the type so that its causal, antecedent and sufficient nature is also required.

This gives rise to approaches that reveal the appropriate criteria for a given conduct to be considered deceitful from a strictly legal-criminal point of view, or in other words, the positions regarding the suitability of deception in fraud. In this line, the three most

determinant in the doctrine can be pointed out: the restricted thesis or *mise en scène*, the thesis of the breach of good faith in the traffic and the mixed objective-subjective thesis.

The so-called *mise en scène* theory requires, in order to understand that there is fraud, that the perpetrator reinforces the mendacious nature of his conduct with a certain external contrivance that gives a certain semblance of certainty to that which has been falsely asserted. On the other hand, articulating the suitability of deceit around the infringement of a duty of truthfulness implies that deceit is considered criminally relevant when, according to the ordinary assessments of life situations, it would be expected that the active subject would act with truthfulness and good faith, so that the statements made should be taken as serious. However, the majority doctrinal and jurisprudential position has opted for the thesis of the application of the mixed objective-subjective assessment module. This criterion implies the application of a double scale. In the first place, an objective parameter is used to assess the effectiveness in the abstract that the misleading conduct has to rationally exert an influence on the mind of the taxpayer that causes the disposition of assets. Secondly, it is complemented with a subjective analysis from the passive subject's point of view.

Another of the major models that contemplates in its typical configuration the punishment of lying is that of the crime of documentary falsehood. The truth whose alteration is the central component of the model of falsehood should not always be identified with the material truth, that is, with the correspondence with reality, but it is often found with a formal truth or appearance of truth. In the model of documentary falsehood, for deceit to constitute a crime, it is necessary that it causes a disturbance of one of the functions of the document (perpetuation, guarantee and evidentiary), since these in turn constitute the projection of the protected legal right.

From the above it can be deduced that, for private individuals, the Spanish legal-criminal system punishes those acts of inaccuracy that they manifest, as a general rule, provided that as a consequence of it a real production of a damage to other subjects is determined. Outside these schemes, the Spanish legislator, as an exception, lowers the typical requirements, so that the basis of the punishment of the non-infringement is not found in a direct damage to individual legal assets, but rather in situations of danger to collective legal assets. The need for intervention is based on the relevant role acquired by information in the patrimonial traffic of complex economic societies such as ours. Of course, in an advanced world characterized by intense and constant flows of information,

it seems appropriate that the legal system determines a series of guarantee positions so that individuals interested in them can access them under equal conditions. This idea makes it possible to understand the punishment of the model of falsehood in documents drawn up by public officials in the exercise of their functions and could be behind the special interest of Spanish judges in penalizing the ideological falsehood of untruthfulness in the narration of facts between private individuals, despite the clear decriminalization that emerges from the punitive text. This rationale, moreover, facilitates the understanding of the punishment of those behaviors that, in some way, seek to cover the apparent general impunity of ideological falsehood between private individuals. Thus, through an anticipation of the barriers of protection, a criminal reproach is attributed to the criminal offense of false accounting data in bankruptcy proceedings under art. 261 Criminal Code, as well as in the corporate crime contained in art. 290 Criminal Code.

In addition, outside the context of relationships between individuals, cases of exceptional punitive nature of lying are also established when the individual relates to the Administration: essentially, either because its proper functioning is directly endangered, or because risks are created for its assets and, in a mediate way, for social interests.

Finally, the lack of truthfulness constitutes an essential element of the type, also as an exception to the rule, in those other dangers represented to collective goods related to other institutions of the State or against its own sovereignty. This would be the case, for example, of the precept contained in article 502.3 Criminal Code, which punishes false testimony before a Commission of Inquiry. With regard to the second of the above motives, i.e., the lack of truthfulness that represents a danger to sovereignty, within the crimes "that compromise the peace or independence of the State" we find the crime of defeatism in article 594 Criminal Code, which punishes anyone who circulates false news in times of war.

Some authors who have addressed the problem of the criminalization of false news in the Spanish legal system have cited, as an antecedent legislative criminal regulation, the crime of bias introduced in the Criminal Code of 1973. However, in reality, there are much older historical precedents that have addressed the problem. Both the Penal Code of 1822 and that of 1848 were characterized by the absence of the criminalization of conduct relating to the publication or dissemination of false news. This was mainly due to the consideration of such behaviors as a type of printing crimes, which, until the approval of the reform of 1870, were part of an exceptional regime of regulation outside

the common law. The elaboration of false news through the printing press is understood, from its beginnings, as a political activity subject to this regime of specialty. Although it is true that its express typification did not appear until the special laws of the mid-19th century.

Of all the models previously analyzed, the most appropriate for regulating a future crime of disinformation is the element of falsehood and, specifically, the subjective system of slander and libel. Mainly for four fundamental reasons. The first of these is the basis that also underpins the previous systems: legal certainty. Second, for reasons of mere convenience and adaptation to the post-truth society in which we live. Also, thirdly, teleological reasons. And finally, purely practical reasons, since it is easier to prove and determine whether a subject has performed diligent conduct in relation to the search for information than to prove truth or falsehood, especially in those more doubtful cases of partial false statements or gray areas between facts and opinions.

Having examined the empirical factors that allow us to understand the harmful effects of disinformation in a digital society and, subsequently, having systematically analyzed under what conditions it is plausible to punish the act of lying through words in certain contexts, it is time to turn to the study that will allow us to answer the main question of the paper: should a specific criminal offense on online disinformation be introduced? To reach a political-criminal response in line with a social and democratic rule of law model, it will be necessary to explore the two main points of view that the criminal doctrine has maintained in this regard: whether it is necessary to create an autonomous and specific criminal offense on online disinformation or whether, on the contrary, legislative activity in this regard is inadvisable. Likewise, if we want to address the issue of creating regulations in a rational way, maximizing the safeguarding of citizens' freedoms and guarantees, it will be particularly important to strike the right balance between the needs of social intervention on the phenomenon and respect for the basic guarantees of criminal law, especially.

On the occasion of the expansive framework in the criminal field, some criminalization proposals have arisen in our environment, regarding disinformation, which we could label as "flexible" in that they move away from the deep-rooted idea of legitimizing punishment based on the protection of legal assets, to other more diffuse grounds based on offenses or collective feelings. Some authors have proposed basing the criminalization of disinformation on the social feeling of insecurity and fear leading to

panic or collective obfuscation which, in an uncontrolled manner, can lead a considerable number of people to adopt decisions that are harmful to themselves and/or to an undetermined number of people. A relevant factor since this collective panic could explain a sudden loss of confidence on the part of a significant number of citizens in an electoral candidate in view of the imminence of voting day.

From a legislative approach, although Spain has not yet developed a consistent criminalization proposal in this sense, it may be interesting to bring up some that have been in legal systems in our environment. This has been the case of Italy and, in particular, the draft Gambaro Law AS 2688 in 2017. The project, starting from a relatively similar approach, proposed the criminal punishment of false news protecting, in short, such an abstract and diffuse interest as the truth itself.

It is useful to inquire into the bases of legitimization of this type of proposal. Since the beginning of the 21st century, the principle of exclusive protection of legal property as a pillar of the theory of the legitimization of criminal law has been in crisis. This is due to the fact that the conceptualization of the legal good, which served as an argument for decriminalization for decades, was not prepared to face the phase of expansive criminalization to which we have been exponentially subjected. Consequently, this theory has been criticized in various ways, among which stand out its poor performance capacity and loss of expressive force, its vagueness and imprecision but, above all, its inability to establish itself as a true criterion of legitimacy as to which goods should be protected by the punitive system. Issues that have allowed some authors to point out the malleable nature of a theory at the mercy of the winning criminal policy.

As a result, there is an increase in the number of authors who argue that not only legal interests are protected, but also that the criminal legal system covers "crimes without protected legal property" such as crimes of conduct or, directly, feelings.

Perhaps one of the most important principles, especially in Anglo-Saxon doctrine, which departs from the theoretical model of the production of harm to other subjects as a basis for the legitimacy of punishment, has been the offence principle. This principle establishes an exceptional basis for the intervention of punishment by accepting that it is not necessary for an individual to cause harm to third parties. Although this does not imply that the criminal law must intercede on any nuisance or disturbance of the peace that may be caused, it can do so with respect to certain behaviors that go beyond immoral

behavior, that do not cause any harm or danger, but are considered unjust because they cause unpleasant experiences and relevant inconvenience.

The central core of this theory, the "offense", must be distinguished from the "harm" that will characterize the tort principle. Offense should be understood as behavior that harms another by causing a state of (mental) discomfort that is not linked to an injury to his or her legitimate interests. On the other hand, harm implies invading or frustrating those individual or collective components of an individual's welfare by means of a tort, requiring an unjust act and an affectation of that person's interests. What is relevant, although not necessarily simple, will be to distinguish between annoyance to the other and harm to the essential interests of the other. A behavior that produces a psychological injury to a third party should be considered moral damage, but not those that seriously or profoundly affect the moral sensibility and do not cause a concrete psychological damage.

However, to ensure that these justifications are not vague in their formulation, supporters of the principle of offense have added a whole series of limiting criteria on the justification of the punishment of offenses. These limits are common to any decision to criminalize offenses, in which, on the one hand, the scope and seriousness of the behavior and, on the other, its relevance both for the subject of the prohibition and for society in general are reconciled.

Under this criterion, some authors propose a flexible model of criminalization of harm/offense as opposed to the rigid traditional systems based on the notion of the legal good. To this end, he suggests softening the basis of legitimization of punishment through two ways or lines that, in turn, mark the limit for the legislator between the imposition of custodial sentences and other sanctions that do not entail such a restriction of rights for the individual. The first line would be formed by the paradigm of harm. It would include all those conducts that cause an immediate or remote injury (similar to the idea of danger) to an interest worthy of protection that is related to the personal autonomy of the individual. Consistent with this approach, only behaviors supported by this first route can be punished with imprisonment, since the only way to justify an attack on personal autonomy by the punitive power of the State is through the prior affectation of the autonomy of another citizen. Along with this line, the offense would correspond to the final limit of what can be punished. If the conduct does not present sufficient capacity to generate harm to another, criminalization can only be sustained if it involves the infringement of other spheres of interests recognized to the individual as rights of the

other not to be offended or affecting his sensitivity in a serious way, always under the fulfillment of a series of requirements. However, in these cases, in coherence with its formulation, the consequences associated with the repression of such actions may not entail custodial sentences.

There is no doubt that one of the greatest contemporary challenges is the need to restrict the information degeneration suffered by today's societies as a result of disinformation strategies. But such a task cannot be carried out unless it is based on the principles that underpin democratic criminal models. This is why it is unsatisfactory to rely on solutions that, although they could provide real brakes to these problems, would do so at the expense of the foundations that have sustained the bases of the limitation of the punitive power of the State, as is typical of the most advanced legal systems.

The alternative of legitimizing the criminalization of disinformation in a possible affectation, individual or collective, of the social feeling of insecurity and uneasiness, of the loss of trust or of deception and manipulation through an abstract right to the truth, is clearly incompatible with our model of State, although it could also be based on the principle of offense. This assertion is essentially based on four criticisms that can be made with regard to the principle of offense and the punishment of conduct without a protected legal right.

The first criticism derives from the difficult compatibility with the requirements of determination derived from the principle of taxation. A democratic criminal law needs to be clearly subject to the limits set by the principle of legality, not only in its formal aspect, but also in its material aspect. This mandate could rarely be respected in the face of models characterized by a flexibility whose conditions and delimitations are, in themselves, unclear.

At the same time, opening wide the doors of punitive repression through the punishment of offense and feelings produces an approach to a "moralizing" penal system. As much as the supporters of the principle of offense deny that punishment is legitimized according to parameters based on morality, the fact is that the elements that sustain this principle are not far from moralistic incriminating arguments. From this perspective, criminalizing approaches based on offenses and feelings would imply a regression to those times in which the punitive response was inspired by the orientation of the will, through the mere protection of the rule of conduct itself, without any legal interest behind

it and with no greater utility than that of maintaining its own factual validity. Conversely, in a social and democratic State under the rule of law, the negative aspect of general prevention or intimidation of criminal law must concur with a positive aspect whose stabilizing function limits the former in order to prevent the imposition, through coercion, of an internal adherence of citizens to certain values. If this were not so, we would not be dealing with a criminal law of guarantee of the individual, but rather of guarantee of the state power itself.

If, on the other hand, one opts for arguments that broaden the sphere of legislative action, one runs the risk of moving towards an "ultra-expansive" criminal law, which tends to replace the principle of *in dubio pro libertate* with that of *in dubio pro securitate*. However much one might wish to extend the degree of guarantees offered by this branch of the legal system to other spheres, it should be remembered that this is the reverse side of the coin to the most significant power of limitation of rights available to the State. Therefore, in the case of milder conducts, it is more convenient to resort to alternative regulatory channels. The world does not come to an end by making use of other orders of regulation of social coexistence also available to a territory.

To the previous arguments, one could add the one linked to the danger of transformation towards a model of criminal protection of passive subjects. The criminal protection of feelings produces a deviation from the facts towards the passive subject and his feelings. Consequently, the criminal law of the act is relativized and subjectivized, giving way not so much to a criminal law of the perpetrator, but rather to a criminal law of passive subjects.

Faced with the inability of the theory of the legal good to provide an adequate response to some of the new challenges that have arisen in recent years, the theory of the harm principle has emerged as a complementary principle for legitimizing more complex situations. According to this principle, the only purpose for which human beings are authorized, individually or collectively, to hinder the freedom of action of any member of the community is self-protection. Thus, the person's own well-being, whether physical or moral, does not constitute a sufficient authorization, but the only purpose that can legitimize the exercise of power over individuals in a civilized community against their own will is to prevent harm to others. In other words, the mere fact that the exercise of coercive power is beneficial to the citizen because doing so would be right or, even, would make him happier, is not a sufficient basis, but the fact that it avoids injury to third parties

would be. The principle of harm that underlies criminal punishment must be understood as the unjustifiable and inexcusable injury to another person's rights, which are thus displaced or frustrated.

However, the proximity of the harm principle and the principle of protection of legal interests has led to a series of reciprocal influences between these models. For this reason, the urgency of combining them has been proclaimed in order to rescue a liberal criminal law. On the one hand, the understanding of "harm to the other" serves to shape and limit the concept of "legal good". Based on these approaches, harmfulness, on the one hand, must be understood from an individualistic perspective, as injuries to flesh and blood persons. On the other hand, it makes it possible to distinguish more adequately between the harm to interests caused to third parties and the interests of the agent himself, a distinction that may be relevant, for example, in relation to the criminalization of drugs. For its part, understanding the scope of the legal good helps to provide a normative content to the principle of harm, being able to materialize and specify the object of reference. Consequently, the harm is specified as a potential or actual violation of socially relevant interests recognized by the Constitution.

In contrast to the "flexible" alternatives for the criminalization of disinformation, proposals have also been made in Spain that conform to the traditional European system, through the assignment of an asset worthy of protection that supports the criminal prohibition. These are, in short, approaches that could be called "rigid", since they require the specification of a legal good that forms the central pillar of legitimacy of the punishment and must be adapted to the strict limits that have been required of this dogmatic element.

Based on this proposed rationale based on the principle of exclusive protection of legal assets, there are two delimitation criteria in the creation of a crime of disinformation. The first delimitation criterion is associated with the constitutional relevance of the legal value in question. It is true that, as a supreme norm, it has already regulated certain social conflicts in a certain way and that from its precepts an order of priority over certain rights and interests is derived. Even so, it cannot be understood that the Constitution not only imposes a duty to respect fundamental rights but also to punish their violation. Punitive intervention entails an injury to the rights of the convicted person that requires a determination of interests that the Constitution itself does not expressly resolve, so that

criminal incrimination implies a political-criminal choice that depends on the social relations that it is in the interest of protecting at a given historical moment.

For this reason, it is necessary to resort to a second criterion of delimitation, concretized in the material dignity of the legal good, which, in synthesis, refers to the impact on the spheres of freedom of others. In the search for the protectable object in relation to disinformation, its constitutional assessment will not be enough, but it will be necessary to comply with certain material requirements linked to the fragmentary and subsidiary nature of criminal law.

In order to argue the possible ways of legitimizing criminal intervention, criminalizing proposals start from a similar common premise: disinformation triggers a rupture in the aspiration of citizens and state powers to know the reality of events, hindering the ability to reach agreements on essential facts to build a functional democracy. This has repercussions, fundamentally, in two stages. On the one hand, the flow of disinformation interferes with the individual's free capacity to make decisions on issues that affect the organization of the territory. On the other hand, it makes it considerably more difficult for public institutions to respond adequately to external and internal threats, generating a risk of citizen distrust of state action.

In view of these dangers, it has been understood that the disinformation inherent to a digital society directly affects the right to freedom of information enshrined in Article 20.1.d) of the EC. From a facet of protection of mental autonomy, the need to protect the risk of affecting the decision-making of individuals has prevailed. A current whose impulse is linked to the profound transformations in the communication paradigm which, in turn, has facilitated an unlimited and even abusive exercise of the freedoms of expression and information, essentially through the use of social networks and with the help of artificial intelligence. These transformations have led to the need to reflect on whether the constitutional guarantees derived from this right to information can be fully transferred to the new digital scenarios or, on the contrary, this change requires rethinking and rewriting this right in order to adequately guarantee its protection and, thus, counteract the problem of online disinformation.

The requirements of adaptation of some specifications of this right by digital communications do not substantially alter its constitutional position or its content, so that the considerations on the protection of this fundamental right regarding disinformative

behaviors will be identical, both in the affirmative and negative sense, whether they are reproduced in the analog or digital scenario. Thus understood, the right to freedom of information, whether it is exercised in the physical scenario or through the use of new technologies, does not protect within its content a fundamental right not to receive false information, neither in its active nor in its passive aspect. Consequently, strictly speaking, this legal interest can never be the object of protection on which a criminal prosecution of these conducts is based. The right to freedom of information is not a right of provision, but a right of freedom, and truthfulness does not constitute an element of this right, but its role is to demand and limit the actions of the person exercising it. The "freedom" nature of this right implies that its function is to guarantee that the information is received or can be accessed without any arbitrary limitation, but not that it has a scope of benefit consisting of the right to receive information of a certain quality. On the other hand, truthfulness is nothing more than a requirement of the subject exercising the right to inform, the meaning of which implies the requirement of a minimum diligence that contributes, in this way, to the fact that the information circulating may present a potential quality. This internal limit, then, is nothing more than a guarantee of a free and informed public opinion, which means that, even though it does not provide citizens with any direct mechanism to demand its compliance, does contain a mandate to optimize the access of the general public to diverse and plural information, which may be projected on the specific regulation of the exercise of the freedom of information that is adopted. The protection of the right to information, especially in its passive aspect, implies a limitation on those actions of the public authorities or third parties that prevent citizens as a whole from receiving or accessing information, with the latter being free to decide whether or not to apprehend such messages.

In other words, disinformative conduct cannot be invoked as a violation of the right to freedom of information, since the transmission of a false fact does not deny or prevent the free access and reception of information, since this has flowed freely; what can be requested is the protection of those other constitutional interests that have been affected due to an abuse of the limits of the right to freedom of information. However, the fact that the protection of conducts cannot be based on the protection of freedom of information does not mean that this right is absolutely irrelevant in the analysis of disinformation, since it is a powerful interpretative limit to the expansion of criminal protection in those other interests.

Along with freedom of information, public order constitutes another hypothesis of protection. In any case, examining this alternative requires starting from a material and not an ideal conception of this legal interest, since an excessively ideal conception would run the risk of causing the rule to lose its material content and would incline the regulation on disinformation towards distorted applications projected in ethical or moralizing visions of abstract danger. However, even adopting such a premise, I consider that this does not fit as an object of protection of the behaviors under study in this work for two essential reasons.

Once again, public order, now reconverted into public order 2.0, encouraged by social demands for protection against unjustified insecurity, can serve as an excuse for the legislator to restrict the rights and freedoms of citizens, especially those derived from the free communication of ideas and information. It does not seem appropriate to support proposals for criminal intervention on a phenomenon whose content is already so controversial and diffuse, and whose scope is, if possible, even more confusing. I do not believe that the way forward is to combat the apparent insecurity that disinformation is said to generate with more insecurity in the application of the punishment of these behaviors.

In response to this, it could be argued that the proposal to criminalize the phenomenon can be made concrete by taking as a reference an offence already provided for in our punitive text that is based on the protection of public order in order to minimize the disadvantages arising from legal uncertainty. If we analyze in depth the alternatives put forward on this area of protection, these have in common the consideration that online disinformation generates a psychic influence on the perception of citizens, altering their decision-making autonomy which generates, as a consequence, dangerous reactions materialized in the cause of public disorder. Well, apart from the problems of causality that this type of regulation would raise in relation to these facts, in reality these are not precisely the ones that have given rise to the social alarm linked to online disinformation since this, as has been indicated, is more closely associated with the alteration of political pluralism and the direct impact on the confidence of public institutions, especially affecting electoral processes.

In reality, the social concerns that have arisen in connection with online disinformation can be classified in two ways. From an individual perspective, the electoral process takes center stage and, more specifically, the interference on citizens'

freedom of decision and, thus, of participation in public affairs: through direct mechanisms or through indirect mechanisms in the processes of electing representatives. In the latter approach, either by interceding in the ability to choose freely (active aspect) or in the ability to be elected on equal terms (passive aspect). All this reveals, then, the affectation of one of the dimensions that integrate the right to political participation enshrined in Article 23 Spanish constitution.

That this is one of the main issues of concern to the EU is indisputable. It is enough to look at the introductions, preambles or initial recitals of the various instruments and documents that have been presented to observe that the disruption of the electoral process is one of the threats most frequently attributed to the phenomenon of online disinformation. At the same time, the integrity of the electoral processes has been another constant that reflects the material attribution of the danger of disinformation strategies on the rights of political participation. Consequently, it is not at all unreasonable to link, from a material perspective, the risk of affecting the rights of political participation to the extent that disinformation also prevents or hinders the existence of all those conditions that allow an effective exercise of the right, such as the real possibilities of competing on equal terms for public elective offices, the transparency of electoral results or even the fact of guaranteeing adequate access to information that allows voters to make an informed and completely free decision.

On the other hand, the insistence from European bodies on regulating political advertising as the main strategy to counteract disinformation may be another important aspect to take into account. The misuse of political campaigns through the broadcasting of advertisements that conceal their true nature together with the development of targeting techniques to ensure that they reach the right recipients has been perceived as one of the most dangerous disinformation mechanisms, a fact that supports the close link between this and the risks to freedom and equality in political participation.

However, from a collective perspective, punitive demands related to disinformation can be related to other interests at stake. Especially if greater emphasis is placed on the protection of State institutions and the possible risks of destabilization of those mechanisms that make it possible to deal with possible internal or external threats from State or non-State actors. In this regard, the sovereignty and independence of the State may be a plausible line of argument.

After the analysis presented in this paper, it has been concluded that Title XXIII of our current punitive text protects the security of the State in a political sense, i.e., the stability of political institutions as an aspiration of durability over time, carrying out the necessary transformations in them through the pre-established legal channels for this purpose. Likewise, this security of the State necessarily affects the protection of national sovereignty (Article 1.2 Spanish Constitution), which consists of a supra-individual legal good that encompasses the vital interests of the State in the development of its existence and the absence of international conflicts. This legal interest, concretizing it in the crimes that concern the independence of the State, as a manifestation of that sovereignty, covers those conducts that increase the risk of subordinating the political autonomy of a territory to the dictates of another State or organization.

In a certain way, it does seem that certain coordinated manipulation strategies have an impact on this supra-individual legal asset, not so much as a possible risk of the emergence of armed conflicts, which reality shows has not had such repercussions, but as a mechanism for affecting the political autonomy of a country, which in some respects is subject to manipulations dictated by third parties. This is observed, again from a collective point of view, in the incidence that they can reach as part of hybrid threats in which, together with cyberattacks, they try to exploit the vulnerabilities of States and their institutions, intervening in times of crisis, with the purpose of generating polarization or political, social or economic destabilization in favor of specific geopolitical interests.

The questioning of the democratic character of a territory through the use of disinformation not only affects, as previously mentioned, the right to political participation, but also the very security and sovereignty of the state. In view of this collective perspective, the presence of disinformation in electoral processes is ideal as a tool for seriously destabilizing the real and perceived legitimacy of newly elected governments. Progressively, we are witnessing a time when content generated through AI is increasingly difficult to distinguish from user-generated content, even for digitally literate people and detection mechanisms. Consequently, disinformation campaigns are acquiring a higher degree of threat in the digital society in relation to the questioning of the legitimacy of elections which, in extreme cases, could lead to a civil confrontation extending to relevant internal conflicts up to the collapse of the State.

Having admitted the presence of legal interests of constitutional relevance that may be affected by online disinformation, it is time to address the second assessment criterion,

namely, the intensity of the attack and the inadequacy of the other means available to the legal system other than the punitive one. In other words, reiterating the premise that has guided this last part of the research, the political-criminal analysis of the phenomenon is not exhausted merely in its formal approach, but constitutes an unavoidable step in its approach from the material perspective.

The process of criminal expansion has led to a clear relaxation of political-criminal principles. In view of this reality, the debate that began with the advent of the risk society about the position that criminal law should occupy continues to rage. From the classic duality that arose back then, as to whether criminal law should be made more flexible and modernized or maintain its classic and rigid structure, the most sensible thing seems to be to opt for an intermediate alternative, especially in a digital society. A trend that, based on the assumption of the palpable transformation in the social configuration that criminal law cannot disregard, the basic guarantees of this branch of the legal system constitute the solid beams that support it and, therefore, are untouchable. In other words, there may be reasonable spaces for expansion and adaptation to the new digital reality, but there is no room for unreasonable expansion, which occurs when these beams are directly attacked.

Unfortunately, the political-criminal reality of our country is not like that and it is still a pending task. At this point in time, advocating arguments that reject a criminal policy that is inclined to introduce in our punitive text a new criminal type related to online disinformation might seem superfluous, since both the European approach and that of our country place the punitive instrument on the sidelines of the battle. However, the increasingly restrictive trend that, in the last four years, has been revealed in both regulatory spaces (supranational and national), together with the proliferation of works that formulate criminalizing proposals, should serve as a warning for us not to slow down in this endeavor.

Criminal law, as is well known, does not protect all legal assets in their entirety, but only those considered most relevant for society and only protects a part of them, very specific portions of the most intolerable attacks. Hence the "fragmentary" nature of this branch of the legal system or, rather, the double fragmentariness that must guide the punitive reaction. From this point of view, the question to be addressed is: does online disinformation constitute one of the most intolerable forms of attack on citizens' rights of political participation and on the security and sovereignty of the State?

The problem arises of determining whether the more complex and misleading online disinformation behaviors produce or may produce damage to these constitutional goods. To the question of whether malicious disinformation should be criminally repressed, the answer must be in the negative, since it is difficult to determine the actual damage caused. This is an important aspect to be evaluated from a political-criminal point of view, since we are not dealing with a case in which a clearly harmful or specifically dangerous conduct for the legal good in question is evident and its seriousness must be evaluated, but, in this case, we are faced with the disadvantage that its dangerousness is in doubt.

Certainly, with regard to the rights of political participation, there is an "apparent" risk of affecting the decision-making freedom of citizens in electoral processes and the equality of conditions of potential voters in access to representative positions. But it is still "apparent" that risk that is socially attributed in a general way, without being considered an immediate or proximate danger to the legal good. All this leads us, at least, to the idea that we are dealing with behaviors of abstract danger, which the ideas of criminalization of this type of behaviors do not cease to be extremely risky in a political-criminal era characterized by a punitivist eagerness and a maximum criminal law. The same is true of the collective aspect of the phenomenon. It is not at all absurd to say that online disinformation can endanger the independence and sovereignty of the state insofar as it contributes to straining international relations and, above all, to generating mistrust on the part of citizens in their own institutions. However, such danger is so remote that its criminalization would mean a return to the repression of conducts lacking sufficient harmfulness to safeguard authority and preserve internal order. In short, in either case, if it is true that there is a danger of infringement of such rights, based on the fragmentary nature of criminal law, the remoteness of such risks should place them in a less relevant area of violation and, therefore, should discourage the use of this branch of the legal system to deal with them.

In any case, even if one were to argue that some of the effects derived from such conduct in a digital society produce a severe injury or risk to these relevant social interests, criminal intervention would still have to be denied, since its subsidiary nature would still not be overcome. Based on this premise, in order to protect such attacks against the rights of participation and the sovereignty of the state, the least harmful means must first be exhausted insofar as criminal law must be conceived as a secondary weapon. This

consideration makes it necessary to explore the existence of less harmful means of intervention to curb the phenomenon of online disinformation, and if these prove to be equally or even more effective than recourse to punishment, they should be used, and in any case, as a last resort, criminal law. Only to the extent that the other means of intervention on the problems deriving from it fail, will it be possible to support those approaches of interference of the latter.

If we bring together the measures taken in the last five years in the European Union, in some of our neighboring countries, as well as in our own country, we can see a large number of measures, many of them complementary, whose technological nature helps to curb the phenomenon more effectively than the simple and always easy recourse to punishment. From this point of view, one can extract the great heterogeneous quantity of measures that exist, both of a preventive and repressive nature, of an educational, technological and economic nature, on which one can act against disinformation. Most of these measures are not mutually exclusive and can complement each other perfectly. Many of them have already been regulated and have a long way to go in terms of implementation, others, being recently regulated, remain to be seen what their real effectiveness is, and some others are still in the process of legislative development and implementation. It is difficult to understand, therefore, from this point of view that, from a political-criminal point of view, the need for punitive intervention is argued taking into consideration such premises. In short, a correct understanding of the ultima ratio nature of the criminal order should avoid artificial approaches to the protection of these interests that only reveal a self-interested renunciation of an adequate political treatment of online disinformation and, therefore, an unjustified use of criminal law.

The abuse of criminal law is nothing more than the expression of a democratic system incapable of overcoming the terrible temptation to solve quickly and demagogically those social problems that should be solved in different spheres. A criminal response to a phenomenon such as disinformation, however much it may be based on serious problems, is not only unjustified, but also inappropriate, as long as it is not based on arguments of necessity and usefulness. The reason is simple: criminal law serves its purpose and is neither a tool for populism nor a "symbolic stigmatizer" that can be used to solve all the problems of concern to society.

The improper use of the criminal branch to deal with the phenomenon we are dealing with would feed the mistaken tendency of punitive populism. After all, penal

populism is nothing more than a way of making criminal policy, making an electioneering use of criminal law with the main purpose of shaping the culture of a given society. A new criminal law incorporating disinformative behavior on digital platforms would not pursue an effective protection of the rights of political participation or state sovereignty, but would be part of a demagogic strategy to send the message to citizens that society will be duly protected from false information on the network. It would be nothing more than a symbolic act to solve in a simple and apparent way the crisis of confidence in the media and institutions in which we are immersed, but no consideration would be given to analyze whether this would entail a proper brake against the phenomenon.

This assertion is based on the fact that, first of all, as has been reasoned in the preceding pages, there is still a long way to go in the study due to the enormous amount of technological, educational and all kinds of tools available to us. Instruments that, surely, are expected to have a greater functionality than the mere intimidating resource of punishment. Secondly, because, as has also been noted, the distancing of the potential danger from the interests at stake discourages such an invasive use of individual freedoms.

It would not be advisable to create a criminal offense of disinformation that would be the object of such populism, and even less so if the mere security of the citizenry were at the center of the legislative proposal, a characteristic element of criminal populism. Not because, in itself, this is inappropriate, but because generally, under the cover of such superfluous justifications, one hides the renunciation of the theoretical objectives that a criminal law of a democratic and social nature should aspire to. Consequently, if one chooses to resort to this branch as a solution to the social problems arising from misinformation, the criminal law should emphasize the reasons of necessity and legal feasibility that support it. On the other hand, the use of arguments that invoke the feelings of uneasiness, uncertainty or uneasiness of the victims should not be predominant because they are not able to distinguish what is or is not false information and when they are being manipulated and therefore it is necessary to resort to the punitive weaponry. Not, at least, if such approaches place the victim as the nodal subject of criminal policy in terms of disinformation.

Basically, populist criminalizing foundations are closely linked to the symbolic use of criminal law, which connects with the second point made: the improper use of the criminal law in this area would be a true reflection of the so-called symbolic criminal law.

This term refers to those criminalizing legislative decisions based on an advantageous use of this branch of the law for purposes that are not proper to it and, therefore, lack material grounds to justify its adoption.

The qualification as symbolic of this hypothetical criminal intervention, therefore, and for the sake of not falling into excessive reiterations, would be based on the lack of material basis in the absence of sufficient injury and the possibility of opting for other legal instruments and, on the other hand, on the advantageous use that would imply attacking a complex social problem in which it is undoubtedly necessary to invest in media literacy resources, in digital tools to detect the flow of false information, in improving coordination between agencies, because of the advantageous use that would imply attacking a complex social problem in which it is undoubtedly necessary to invest in media literacy resources, in digital tools to detect the flow of false information, in improving coordination between agencies and in an adequate regulation of the activity of large technology companies.

These considerations, which, as can be seen, are closely linked to the principle of subsidiarity, help to understand that this type of symbolic law of disinformation would be framed with those focused on the contents of the social effects produced. Precisely because criminal intervention in the field of online disinformation would generate effects that would exceed the needs of social control to be satisfied by the criminal reaction, since recourse to it is not necessary to confirm the basic social order. In view of this premise, if the criminal regulation were intended to send a message of confidence, beyond its usefulness, emphasizing that it is doing something to address the still unresolved problem of disinformation, it would be an activist law. On the other hand, in the case of focusing the instrumental use of criminal law with the priority effects of modifying social attitudes, specifically, to curb the widespread practice of disinformation in a digital society, it could be understood as a promoter law.

Therefore, reasons of misuse of criminal law also discourage it from being an efficient instrument for combating online disinformation. And, precisely for this reason, political-criminal decisions that opt for its criminal regulation should insist on setting out the reasons for its usefulness. Otherwise, it would be a clearly symbolic use of the norm, with little focus on the protection of legal assets and more focused, essentially, on giving a political image of satisfying a need for action against a social problem.

A true democratic State must be characterized by the correct promotion of an open process of public deliberation through which each individual can freely defend his own convictions. Thus, it is a mistake in this task if, in a symbolic use of the criminal law, it ends up producing effects that undermine the communicative freedoms of citizens. This happens, for example, when the criminal legislator abuses his power to overcriminalize crimes of expression.

With proposals for the repression of disinformation, something similar to the punishment of hate speech occurs in this sense. There is a crossroads insofar as, although, on the one hand, a reaction against such behaviors is required, on the other hand, an excessive restriction of freedom of expression can become a real obstacle to the necessary dialectical confrontation proper to a pluralistic society.

From these perspectives, resorting to punishment to contain the phenomenon could not only be an unjustified and improper use of punishment, but could also have counterproductive effects for democracy. More specifically, one could note the possible existence of two main risks of infringement of the freedoms of expression and information, depending on whether they are directly pursued or indirect effects of the measures adopted by the punitive power: censorship and the discouragement effect. While disinformation entails a series of negative damages to the foundations of the democratic system, the state reaction against the phenomenon can lead to unjustifiable censorship that may damage other foundations of the democratic system. Of course, the risk of public authorities adopting measures to decide when messages are false or not, in an era of post-truth and relativism, is not a trivial matter. Under the pretext of controlling the flow of false information and the search for a pretended truth, the exercise of censorship could be justified, in a hidden way, in such a way that the aforementioned interests would be directly violated. Not from a traditional understanding of prior censorship in the terms contemplated in Article 20.2 EC, but, in view of the change in the communication paradigm driven by social networks, in an ex post censorship in which the political power could control which messages are suitable or not to remain in the public debates of social networks.

As this research has shown, the line of distinction between information and mere opinion is not infrequently very fine, and this can be used to take advantage of decisions restricting such rights. This is why, in the application of any regulatory instrument on disinformation, all the guarantees that prevent such a restriction of rights from occurring

must be taken to the utmost detail. A reasoning that should not only imply a strict restriction of the approaches to criminalization of disinformation, but should also serve as a negative factor to be considered when questioning the need for incrimination of such behaviors.

On the other hand, an incrimination of online disinformation could produce as a concomitant effect the so-called chilling effect. The rise of post-truth, of relativism, of the combination between the transmission of opinions and the affirmation of facts contribute to form a complicated mixture in which it is difficult to clearly separate plots of subjective and objective assessment. The disadvantage of misinformation lies not only in determining whether a content is true or false, but even in appreciating that what is said may form part of the scope of factual analysis. Therefore, it is difficult for a criminal law on disinformation to separate with absolute clarity whether the dissemination of a partially manipulated content would fall within the legitimate exercise of freedom of expression or would constitute a criminally unlawful behavior. Since, in this particular case, it is so complex to draw precise demarcation limits between what is licit and what is illicit, there would inevitably be an indirect effect of discouraging citizens from exercising their freedom of communication. Many of them, faced with dubious situations, and in view of the criminal threat, would refrain from contributing to the deliberative process and public debates raised by the new agoras 2.0. Not only because of the fear that their freedom will be diminished by the possible application of a custodial sentence, if applicable, but also because of all those factors that fall within the scope of the application of criminal law, such as the penalty of imprisonment, the affectation of their reputation, etc.

The public authorities must be required to promote the correct exercise of fundamental rights and in no case may they restrict their exercise. The State, as the holder of *ius puniendi*, seeks with the use of the coercive instrument to dissuade citizens from carrying out behaviors that violate the most valuable legal interests of the legal system. This dissuasive effect is desirable; what is not desirable is that the penalty dissuades citizens from exercising a fundamental right. Consequently, even if a criminal offense that covers online disinformation protects important interests such as the right to political participation or the security of the State, as long as it also has a discouraging effect on freedom of expression, it would not be illegitimate from the outset, since it would punish

an unlawful conduct, but it would end up having such a character because of its potential deterrent effect on the exercise of that fundamental right.

Such considerations have direct repercussions on the principle of proportionality and the mandate of taxation, since in these cases the canons of evaluation of both guarantees must be reinforced. That is to say, to the extent that a criminal rule can potentially discourage the recipients from practicing a given fundamental right, this will require a special justification of its incorporation on the one hand, and on the other, precautions must be taken to ensure that the rule is as indeterminate as possible to avoid such dissuasive effects as much as possible. The main disadvantage of the criminalization of disinformation is precisely that, in itself, both guarantees are in question, as has been explained in this chapter. On the one hand, it is argued that, insofar as criminal regulation of online disinformation could have a discouraging effect, it would be advisable to take the guarantee postulates of taxation and proportionality to the extreme. However, on the other hand, it is observed that precisely the most outstanding difficulties represented by disinformation lie in its clarity and in a reasonable justification of incrimination. This incoherence that raises the *raison d'être* of the phenomenon should discourage criminal recourse as a way of solving the effects generated by disinformation.

In short, if the problem of online disinformation were to become a criminal problem, this would be an unjustified, improper and counterproductive use of this branch of law. Unjustified because, despite the existence of potentially "harmful" legal assets, recourse to the criminal system would be neither useful nor necessary. Undue because it would be feeding the process of punitive populism while legitimizing a penal norm with severe symbolic effects that do not correspond to it. And counterproductive because the objective of protecting certain interests would entail an unnecessary and more serious impact on the rights to freedom of expression and information.

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

La desinformación no es un fenómeno reciente. Sin embargo, en estos últimos años se aprecia un incremento significativo en la preocupación mediática sobre los efectos que genera en el Estado democrático, así como en el número de investigaciones científicas que lo analizan. Su impacto es multidimensional y, por lo tanto, su estudio también afecta a múltiples disciplinas, jurídicas y extrajurídicas.

Entre las primeras, como era previsible, no se ha excluido al Derecho penal que, como instrumento de control formal, también ha formado parte del debate sobre cómo afrontar este desafío. Esta aseveración se respalda en el hecho de que algunos instrumentos y documentos internacionales que han abordado el fenómeno de la desinformación han aludido a esta rama jurídica pero, sobre todo, se fundamenta en el aumento de trabajos criminológicos y penales que se centran en la discusión político-criminal sobre la necesidad o no de intervención punitiva. En este sentido, existen discrepancias importantes ya que, mientras algunas investigaciones plantean propuestas de incorporación de nuevos tipos penales relacionados con la desinformación, otras aportan argumentaciones de rechazo de la intervención punitiva.

No obstante, generalmente, en las publicaciones sobre la materia se advierten dos deficiencias técnicas que no se abordan en profundidad y que coadyuvan a oscurecer el debate. Por una parte, probablemente debido al carácter interdisciplinar con el que se aborda el fenómeno, existe una cierta confusión terminológica en la que se mezclan conceptos que, si bien se encuentran estrechamente relacionados, no abarcan el mismo contenido. Por otro lado, se aprecia una falta de profundización en los criterios que sustentan tanto las argumentaciones a favor como en contra de la criminalización de la desinformación.

Esta investigación pretende colmar tales carencias con el propósito de enriquecer este diálogo político-criminal. Para ello, la hipótesis central del trabajo versará sobre la siguiente cuestión: ¿cuál debe ser el papel del Derecho penal frente a la desinformación en la sociedad digital? Con el propósito de dar respuesta a esta pregunta, esta tesis se divide en tres partes que, a su vez, tratan de solventar tres interrogantes esenciales. En primer lugar, si la desinformación ha existido prácticamente desde siempre, ¿qué factores

explican el notable aumento de la atención científica y social sobre la desinformación en la sociedad digital? En segundo lugar, ¿qué herramientas proporciona el Derecho penal vigente al debate regulatorio en la materia? Y, por último, ¿debería introducirse un nuevo tipo penal que contemple la conducta de desinformar a la vista del proceso de hiperexpansión en la política criminal española? El enfoque metodológico que se propone consiste en abordar estas tres incógnitas a partir de las tres disciplinas que más estrechamente se vinculan con cada una de ellas.

Por ello, en una primera parte se examinará la desinformación desde una perspectiva criminológica. Una de las principales premisas de este trabajo es que la consolidación de la sociedad digital explica el nuevo protagonismo que se advierte sobre el fenómeno. Con el propósito de verificar esta hipótesis es necesario examinar cuáles han sido los cambios sociológicos acontecidos en nuestra sociedad en los últimos años, haciendo hincapié en las conductas nocivas más íntimamente relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías. Por ello, en el Capítulo I se llevará a cabo una aproximación general sobre las transformaciones que han surgido del paso de una sociedad del riesgo y de una sociedad de la información a una sociedad digital. Análisis en el que se profundizará sobre el papel que han tenido las redes sociales en la materialización de dichos cambios. Asimismo, a partir de un enfoque puramente descriptivo y no valorativo se expondrá de qué forma todos estos cambios han afectado al Derecho penal, desde esta parcela digital. Por otro lado, con base en una visión más amplia, se indagará sobre el contenido y características que presenta la ciberdelincuencia. A fin de alcanzar una comprensión más clara, se analizará una de las teorías que mejor explican el aumento de esta forma de criminalidad en los últimos años.

Todos estos aspectos facilitarán el entendimiento del contexto en el que se desarrolla la desinformación y los peligros que representa para la sociedad digital. Una tarea que se explorará en profundidad en el Capítulo II. Su objeto de estudio será analizar todos aquellos factores y agentes participantes en la creación de la desinformación con el propósito de concretar si el aumento de la preocupación social está justificado y cuáles son las razones que, en su caso, lo avalan. Además, estas aproximaciones permitirán comprender más adecuadamente en qué consiste realmente el fenómeno, es decir, a qué se está haciendo referencia cuando se alude al término «desinformación». Esta no es una cuestión baladí, puesto que, como ya se ha indicado, existe una relevante ambigüedad conceptual que debe ser resuelta. En este sentido, se ofrecerá una base definitoria sobre

el fenómeno desde un enfoque particular: el marco punitivo. Con ello, se determinará el objeto de estudio, facilitando así la comprensión sobre el punto de partida del debate.

La segunda parte tiene por objeto el estudio dogmático de este comportamiento. La evaluación del sistema vigente y la exploración de los fundamentos que sustentan la criminalización de ciertas acciones también pueden servir para orientar cambios futuros en el propio sistema. A tal efecto, en esta investigación se dará preferencia a esta utilidad *de lege lata*, resaltando aquellas consideraciones que adviertan sobre los inconvenientes que podría suscitarse a propósito de la introducción de un nuevo tipo penal sobre la conducta desinformativa en la red. El análisis del Derecho penal vigente se centrará en los dos elementos esenciales de dicho fenómeno: la palabra y la mentira. El Capítulo I de esta segunda parte llevará a cabo una aproximación filosófica y penal del acto de emitir palabras. Se razonará cómo la transmisión de actos lingüísticos se materializa en la realización de acciones y, posteriormente, cómo esas acciones pueden traducirse en acciones penalmente relevantes. A este respecto, se justificará la conexión que mantienen ciertas teorías filosófico-analíticas del lenguaje con algunas teorías de la acción en el Derecho penal. Todo ello con la intención de clarificar las consecuencias prácticas que tendría la incriminación de la difusión de contenidos desinformativos en el contexto tecnológico.

En ciertas ocasiones se sostiene que el acto de desinformar ya puede subsumirse en tipos penales existentes y, sin embargo, por otro lado, parece que el debate legislativo-penal también versa sobre la necesidad de crear una ley penal que contemple el fenómeno. En el Capítulo II de esta segunda parte se pretende clarificar esta aparente incoherencia. Concretamente, centrándose en el otro elemento nuclear de la conducta: la mentira. En esta línea, se abordarán en detalle los modelos del castigo penal de la mentira en el Código penal español y, seguidamente, la criminalización de las noticias falsas en la regulación histórica de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, en la tercera parte se evaluarán los planteamientos político-criminales de la desinformación en redes sociales. Por un lado, se advierte en la política criminal española un proceso de «sobrecriminalización» de los actos lingüísticos que precisan de ciertos límites. Por el otro, se observa que la conducta de desinformar en el entorno digital incrementa cuantitativa y cualitativamente su lesividad hacia ciertos bienes jurídicos. Con base en este conflicto surge la necesidad de dar respuesta a la utilidad o inutilidad que presentaría un nuevo tipo penal relacionado con la desinformación en línea. En el

Capítulo I de esta parte se estudiarán todos aquellos fundamentos a favor de la criminalización de la desinformación. Desde las teorías legitimadoras más flexibles del *offence principle* y del castigo de los sentimientos, hasta posturas más rígidas como el *harm principle* pero, sobre todo, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos. Relacionado con este último, se profundizará sobre aquellos planteamientos que han señalado cuál sería el interés jurídicamente tutelable.

Por el contrario, en el Capítulo II se realizará un estudio de los razonamientos de rechazo de la intervención penal del fenómeno. En especial, se hará referencia a aquellos límites del *ius puniendi* que se podrían ver afectados si se tutelara penalmente las conductas de desinformación en la sociedad digital. En este sentido, se detectan ciertos conflictos con el mandato de taxatividad, el principio de intervención mínima y el de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis garantista que se complementará con la evaluación crítica de la política europea en la materia, así como la implementada hasta la fecha en nuestro país. Abordar ambos puntos de vista en profundidad facilitará al lector sacar sus propias conclusiones sobre el debate político-criminal en materia de desinformación en línea en un Estado social y democrático de derecho.

A fin de dar respuesta a los interrogantes planteados se ha seguido una metodología dogmática consistente, esencialmente, en la revisión documental y bibliográfica sobre la materia. Este estudio se ha servido de las investigaciones más trascendentales sobre la problemática que ocupa, pero también de fuentes legales. A propósito de estas segundas, el marco normativo de referencia ha sido el Código penal español. No obstante, también ha sido fundamental el examen de los diferentes documentos emitidos por instancias supranacionales, especialmente por parte de la UE y de la ONU, sobre las pautas de actuación para frenar la desinformación en línea. Asimismo, se ha llevado a cabo un análisis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional español, del Tribunal Supremo y de las instancias menores.

Se ha decidido optar por un enfoque metodológico estrictamente penal y no interdisciplinar con el objetivo de clarificar los términos del debate en la concreta materia que nos ocupa. Sin embargo, ello no ha significado un total abandono de otras disciplinas jurídicas. Especialmente el Derecho constitucional, administrativo y civil han sido útiles para concretar los intereses jurídicos en juego y comparar el recurso de la pena con aquellas otras medidas extrapenales valiosas para frenar el fenómeno. Por otro lado,

tampoco la investigación se ha centrado exclusivamente en una perspectiva nacional. Ha resultado sumamente valioso una comparación supranacional, con las decisiones adoptadas por parte de la UE y también una breve aproximación comparativa con los modelos regulatorios de Alemania y Francia. Por su parte, los fracasos legislativos en Italia y Argentina han servido de base para ejemplificar algunos planteamientos de criminalización y resaltar sus inconvenientes.

Para finalizar, y tras todo el estudio realizado, se han formulado una serie de conclusiones que constituyen el resultado de esta tesis doctoral.

PRIMERA PARTE

LA DESINFORMACIÓN COMO CIBERCRIMEN

Capítulo I

La ciberdelincuencia en la sociedad digital de la información

1. INTRODUCCIÓN

La vinculación existente entre Derecho penal y contexto social es innegable. De esta afirmación se deriva una importante consecuencia lógica: los postulados dogmáticos y la elaboración de políticas criminales no pueden desligarse por completo de la realidad empírica. La Criminología, como disciplina de las llamadas «Ciencias penales» encargada de suministrar información contrastada y eficaz sobre el fenómeno criminal, constituye un pilar esencial que es preciso tener en cuenta si se quiere realizar un estudio completo del creciente fenómeno de la desinformación. JESCHECK decía: «El Derecho penal sin la Criminología está ciego»¹. Siguiendo esta afirmación, será necesario, en un primer paso, abrir los ojos acerca de la realidad que acontece al objeto de estudio para, posteriormente, elaborar aportaciones adecuadas de *lege lata* o *ferenda*². No en vano, en

¹ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de José Luis Manzanares Samaniego), 4ª ed., Editorial Comares, Granada, 1993, p. 35. Una idea similar a la transmitida por DEL ROSAL FERNÁNDEZ cuando indicaba: «de nada sirve al penalista elaborar sus conceptos encastillados en los rígidos moldes de una dogmática lógico y formal, si sus especulaciones se construyen a espaldas de la entidad real del delincuente y de la pavorosa forma social de la criminalidad». En DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1949, p. 13. Por su parte, también resulta interesante la reflexión ofrecida por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN al entender que la Ciencia del Derecho Penal no puede avanzar si solo se limita al análisis especulativo, por lo que la colaboración con el aporte criminológico es absolutamente necesario. El Derecho penal, por tanto, debe abandonar su ensimismamiento formalista y ser consciente de que una regulación jurídica debe lograrse a través de la comprensión de los problemas reales sobre los que trata de aplicarse. Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 123-124, 127.

² Véase, sobre esta cuestión, ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 102. Según este autor «el transformar los conocimientos *criminológicos* en exigencias politicocriminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estudios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo». Igualmente, SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Antecedentes en España de la criminología positiva moderna y de la criminología clínica», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3ª Época, nº20, 2018, p. 355 según el cual son imprescindibles las aportaciones de la

consonancia con lo manifestado por BOIX REIG, la Criminología también cumple un papel fundamental en el avance y consolidación de un Estado social y democrático³.

En este primer eslabón se incluirá un estudio etiológico de los factores que explican la proliferación de las conductas de difusión de desinformación, lo cual permitirá, a su vez, asentar los fundamentos básicos que repercutirán, en última instancia, en las decisiones político-criminales que convendría adoptar para hacerle frente. Porque, aunque la decisión última sobre la implementación de una medida concreta no corresponde a la Criminología, sí que ayuda a aportar datos relevantes y contrastados para que la Política Criminal sea «inteligente»⁴ y no un mero instrumento simbólico al servicio de determinadas demandas sociales infundadas.

Ahora bien, previamente al acto en sí mismo de «quitarnos las vendas de los ojos» es conveniente saber cómo hacerlo correctamente. Este será el objetivo de este primer capítulo. Así, antes de adentrarse en el estudio de la dinámica de la desinformación en las plataformas digitales, es preciso entender dos variables que, como veremos, conforman los elementos clave de comprensión de su proliferación: el modelo de sociedad en que vivimos y el incremento de la oportunidad delictiva.

En consecuencia, en el presente capítulo abordaremos, en primer lugar, las cuestiones relativas a las transformaciones sociales experimentadas en los últimos años. Para entender por qué el entorno virtual se ha convertido en el lugar principal de comisión de estas conductas, primero debemos saber cuáles son las características que definen

Criminología en numerosas ocasiones para hacer propuestas bien fundadas sobre Dogmática penal y cambios legislativos.

³ Según este autor, solo mediante un análisis de aquellos verdaderos factores que concurren en el fenómeno criminal, de los intereses sociales que confluyen en torno a él, así como mediante el establecimiento de mecanismos de respuesta social que estén lo suficientemente fundados por la Criminología, podrá articularse un Derecho penal que, efectivamente, respete las libertades reales y materiales. En BOIX REIG, Javier, «Aspectos de la Criminología en España», *XXIX Curso Internacional de Criminología. Fundación Bartolome de Carranza*, 1980, p. 134.

⁴ Siguiendo a SERRANO MAÍLLO, lo ideal es que la Política Criminal se base en teorías y hechos provenientes de la Criminología. Esto permite elaborar políticas «inteligentes» que son aquellas que rechazan las medidas políticamente correctas que solo van en consonancia con los valores sociopolíticos del momento y que se alejan de la realidad. Véase, SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6ª Ed., Dykinson, Madrid, 2009, p. 36. Efectivamente, se ha de evitar lo que BOIX REIG denominaba «divorcio en el ámbito penal entre teoría y praxis». Para ello, conviene indagar sobre fórmulas de trabajo que comprendan las diversas dimensiones del fenómeno jurídico-penal en aras de evitar tanto una praxis desconectada de los conocimientos teóricos, como una teoría anclada en sus especulaciones. Es, pues, de suma importancia, examinar la realidad individual y social y, en esta tarea, adquiere un papel esencial la Criminología. En BOIX REIG, Javier, «Aspectos de la Criminología...», cit., p. 135.

nuestra sociedad, así como el modelo de respuesta penal que está surgiendo frente a ello. Posteriormente, habrá que analizar a qué se debe el aumento de la oportunidad delictiva en dicho nuevo espacio. Esto obligará no solo a descubrir los rasgos diferenciadores del ciberespacio, sino también a analizar cuestiones básicas de interés desde una perspectiva exclusivamente criminológica. Las teorías y clasificaciones ligadas a la cibercriminalidad constituirán pues un punto ineludible y paso previo para dar respuesta a algunos de los interrogantes que nos plantea el fenómeno objeto de estudio.

2. DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO A LA SOCIEDAD DIGITAL DE LA INFORMACIÓN

La cibercriminalidad está adquiriendo un papel protagonista a un ritmo vertiginoso en nuestra sociedad, sobre todo en estos últimos años. Aunque ya llevamos más de tres décadas estudiándola, este tipo de criminalidad va a seguir siendo objeto de un debate profundo porque, como argumenta MIRÓ LLINARES, el «cibercrimen no ha finalizado su evolución todavía ni lo hará en mucho tiempo, lo que supone que paralelamente la delincuencia asociada al mismo seguirá expandiéndose y mutando»⁵. Efectivamente, todavía existen numerosas incógnitas por resolver y surgen novedosas modalidades delictivas en la red que obligan a los estudiosos de la cibercriminalidad a no bajar los brazos en esta materia.

En cierta medida se podría decir que esta nueva sociedad cada vez más digitalizada ha propiciado un crecimiento exponencial de este tipo de criminalidad debido a la multiplicación de las oportunidades de los delincuentes en el ciberespacio⁶. Por ello,

⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando, «Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los Tribunales españoles», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Gómez Martín, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 562. De hecho, como se ha encargado de resaltar VIDAURRI ARÉCHIGA, todavía en la actualidad el tratamiento jurídico de los ciberdelitos merece una mayor atención de la otorgada hasta el momento. Véase, VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, «Delitos informáticos. Los retos del Derecho penal», en Nava Garcés, Alberto Enrique (coord.), *Ciberdelitos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, p. 198.

⁶ ESPINOSA SÁNCHEZ, José Francisco, «Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red», *La Razón Histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, nº44, 2019, p. 156. Especialmente este proceso de incremento de oportunidades ha sido significativamente acelerado a propósito de la pandemia propiciada por el covid-19. Tras esta crisis se ha producido un notable descenso de la delincuencia en el espacio físico y, paralelamente, un aumento en el digital. No obstante, como afirma MIRÓ LLINARES, esto no ha sido una casualidad, pero tampoco una causalidad. No es que la pandemia haya conducido a los delincuentes de un entorno a otro, sino que las oportunidades delictivas se han

explicar el proceso de transformación social que hemos vivido en estas últimas décadas es un camino inevitable que se debe transitar. Especialmente, haciendo hincapié en la revolución tecnológica que supuso aquella sociedad postindustrial que cimentó las bases de una nueva era, la era de la información. Una etapa en la que se produjeron toda una serie de mutaciones en la criminalidad del momento y, en consecuencia, en las respuestas penales que debían hacer frente a esos nuevos desafíos.

En aras de profundizar en dicho proceso, se abordarán los dos modelos sociológicos más recientes que han surgido en el contexto de los inicios de Internet y su desarrollo. Al mismo tiempo se detallará en qué medida los avances científicos y sus correspondientes cambios sociales pudieron suponer una trascendente mutación del modelo penal del momento. En este punto es importante tener en cuenta que, el estudio de las respuestas penales frente a los sistemas sociales expuestos será neutro, es decir, se expondrán las modificaciones que supusieron sin entrar en la valoración doctrinal de las técnicas legislativas adoptadas. Será en la tercera parte de la presente investigación cuando, desde una perspectiva puramente político-criminal, se abordará la cuestión desde un enfoque valorativo con la finalidad de enlazarlo con las alternativas de criminalización de la desinformación.

2.1. La sociedad del riesgo: transformaciones sociales y penales

La transformación tecnológica como motor de cambio social y criminológico no es, ni mucho menos, una cuestión novedosa. OGBURN, en su obra de 1964 ya teorizaba sobre esta cuestión proponiendo la tesis de que primero sucede el cambio tecnológico y, posteriormente, se produce el cambio sociológico o cultural⁷. Una idea que acogen

desplazado debido a que la ciudadanía ha tenido que realizar, inevitablemente, gran parte de sus actividades en el ciberespacio. Véase, esta cuestión en mayor profundidad en MIRÓ LLINARES, Fernando, «Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos», *IDP*, nº 32, 2021, p. 12.

⁷ OGBURN, William F., *On Culture and Social Change*. Otis Dudley Duncan, ed. Chicago: Phoenix Books; University of Chicago Press, 1964, p. 64. Razonamiento que puede ser la base de algunas afirmaciones recientes bastante comunes como, por ejemplo, la ofrecida por ABOSO cuando declara que han sido precisamente las tecnologías de la información y la comunicación las que han modelado la moderna sociedad. Cfr., ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, BdeF, Buenos Aires, 2019, p. XXV. Por el contrario, CASTELLS se muestra mucho más escéptico sobre dicha cuestión. Según este autor «la tecnología no determina la sociedad: la plasma. Pero tampoco la sociedad determina la innovación tecnológica: la utiliza». De este modo, considera que «el dilema del determinismo tecnológico probablemente sea un falso problema, puesto que tecnología es sociedad y ésta no puede ser comprendida

COHEN y FELSON en el ámbito criminológico para afirmar que el avance tecnológico en una sociedad determina las circunstancias bajo las cuales el crimen puede prosperar, así como puede provocar alteraciones en la criminalidad⁸.

Un breve repaso histórico de las últimas revoluciones experimentadas es una buena prueba de ello. Siguiendo a BORJA JIMÉNEZ⁹, tras la Primera Revolución Industrial se produce una transformación en el modelo económico y social, de modo que el sistema de riqueza que giraba en torno a la agricultura se desplaza por el de la industria en las grandes ciudades. Posteriormente, en la Segunda Revolución Industrial, innovaciones científicas como la utilización del gas o la electricidad, el desarrollo del avión o el automóvil como sistemas de transporte, así como la creación del teléfono y la radio como novedosos sistemas de comunicación, ocasionan transformaciones en cadena que afectan al modo de organización del trabajo y de la gestión de empresas, al consumo y a la política, originándose así una progresiva mundialización de la economía. Y, finalmente, es en la Tercera Revolución Industrial el período en el que se produce una auténtica revolución tecnológica gracias a la aparición de Internet y de los nuevos sistemas de comunicaciones en red, lo que produce un verdadero cambio de paradigma social, económico y político sin precedentes.

Precisamente en este trabajo nos centraremos en este último episodio puesto que producto de dicha revolución surge la sociedad de la información. Una sociedad que, como se analizará a continuación, posee unas características intrínsecas que explican el desarrollo de una criminalidad determinada y, específicamente, ha incidido en el auge de las noticias falsas en el entorno civilizado actual.

2.1.1. Rasgos de la sociedad del riesgo de Ulrich Beck

Para lograr una mejor comprensión de las dinámicas delictivas actuales y de la respuesta penal ofrecida en nuestra sociedad, conviene volver la vista atrás y situarnos en

o representada sin sus herramientas técnicas». En CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, vol. 1, 1996, p. 31.

⁸ Véase COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review*, vol. 44, n°4, 1979, pp. 590-591.

⁹ Este autor realiza un sucinto repaso a los tres periodos de revoluciones industriales y su cambio en la sociedad en BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Globalización y concepciones del Derecho penal», *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 157-158.

la segunda mitad del siglo pasado. En ese momento los avances científicos adquieren tal magnitud que nuestro Derecho penal da el salto a un Derecho penal «moderno» como respuesta a los nuevos desafíos criminológicos surgidos en una sociedad etiquetada como «sociedad del riesgo» por el sociólogo alemán ULRICH BECK en su obra de 1986 «La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad»¹⁰. En esta obra el autor reflexiona sobre las transformaciones sociales acontecidas a finales de la década de los setenta donde la sociedad industrial ha sido desplazada por un modelo en el que la tecnología se constituye como pilar esencial del funcionamiento social y el aspecto económico y productivo es generador de riesgos relevantes¹¹.

La sociedad del riesgo descrita por BECK se caracteriza por la aparición de una serie de avances extraordinarios de la tecnología hasta entonces inimaginables que no solo repercutieron en el bienestar individual, sino que también originaron graves peligros colectivos¹². Unos nuevos riesgos que han sido calificados como artificiales en la medida en que se producen por las nuevas actividades del hombre. Y, al mismo tiempo, estos peligros artificiales presentan grandes dimensiones puesto que amenazan un número indeterminado de personas, lo que supone un gran riesgo de autodestrucción que afecta a amplios colectivos. Se tratan, en definitiva, de *efectos colaterales* del progreso científico y de la modernización. Es decir, constituyen el resultado a menudo no previsto y a veces imprevisible que originariamente se dirigieron a fines valorados positivamente¹³.

¹⁰ La obra ha sido traducida al español por Navarro, Jorge; Jiménez, Daniel y Borrás, M^a Rosa en BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

Es necesario señalar la enorme trascendencia que esta monografía ha tenido para el Derecho pues, como ha manifestado SILVA SÁNCHEZ «produjo un enorme impacto en el mundo jurídico. Casi cuarenta años después, lo sigue produciendo». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez», en Prittwitz, Cornelius (aut.), *Derecho penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo*, traducción de Sarabayrouse, Eugenio C., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 23.

¹¹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo», *Revista de derecho y proceso penal*, nº 4, 2000, p. 133 y JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo e intervención penal», *RECPC*, núm. 16-08, 2014, p. 2.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3^a ed., Edisofer, Madrid, 2011, p. 13. Por su parte, NÚÑEZ CASTAÑO se ha encargado de sintetizar, basándose en las ideas de Seelmann, los aspectos definitorios de la sociedad del riesgo, a saber: a) el cambio potencial de los peligros, unido a un aumento de su dimensionalidad a través del proceso de globalización, b) el incremento de la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad que genera, al mismo tiempo, un aumento de las interconexiones causales y c) crecimiento exponencial de la sensación de inseguridad subjetiva, del cual se deriva un crecimiento en el reclamo de la prevención en aras de preservar la seguridad. Véase, estas ideas en profundidad en NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?», *Revista Penal México*, nº 5, 2013, pp. 186 y ss.

¹³ Véase, en este sentido, MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 27; Díez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, nº 07-01, 2005, pp. 3-4 y PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho*

Probablemente el mejor ejemplo que ilustra esta idea de interrelación entre el progreso técnico y la creación de nuevas modalidades delictivas haya sido la denominada «ciberdelincuencia»¹⁴.

Por su parte, DE LA CUESTA AGUADO ha señalado que estos nuevos riesgos se identifican, además, por su presencia constante, su *incuantificabilidad* y carácter democrático. Siguiendo a esta autora, la sociedad del riesgo se ha caracterizado por una presencia constante de peligro, hecho que explica que algunos autores prefieren sustituir la expresión «sociedad del riesgo» por «sociedad del peligro»¹⁵. Considera que los nuevos peligros se extienden a una doble vertiente: por un lado, afectando al individuo que se ve inmerso en situaciones de riesgo generadas por las decisiones de terceros y, por el otro, en un ámbito mundial puesto que el riesgo se globaliza, desapareciendo las fronteras de los estados como límites. Además, compara los peligros actuales con los propios de la sociedad industrial concluyendo que, a diferencia de estos, aquellos son incuantificables, ilimitados y de imposible cobertura. Por último, la autora incide en que el riesgo actual es democrático ya que se distribuye entre toda la población. Para ilustrarlo, expone el ejemplo de que mientras el hambre es jerárquico y afecta a unos sectores determinados, la amenaza nuclear afecta igualitariamente a ricos y pobres.

La complejidad organizativa y las crecientes dificultades para atribuir responsabilidad es otro de los rasgos que los estudiosos de la sociedad del riesgo suelen señalar. Uno de los máximos exponentes de esta idea ha sido SCHÜNEMANN. Según este autor, se trata de una sociedad compleja por dos razones. En primer lugar, por la

penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo, traducción de Sarabayrouse, Eugenio C., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 75.

Por el contrario, DEL ROSAL BLASCO sostiene que lo verdaderamente novedoso de la sociedad del riesgo no es propiamente la generación de nuevos riesgos, sino más bien la manera en que estos son gestionados en las sociedades contemporáneas. En DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 488.

¹⁴ Afirmación que también ha sido respaldada en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit. pp. 14 y 15.

¹⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., p. 134. Sin embargo, para PRITTWITZ, Beck utiliza en su obra los conceptos «riesgo» y «peligro» como sinónimos, prestando poca atención a su significado, algo que le parece sorprendente por la trascendencia que tiene al caracterizar la sociedad que propone como «del riesgo». Por ello, PRITTWITZ cuestiona si es correcto designar la sociedad propuesta por el sociólogo alemán como de peligro. En su argumentación cita a Adalbert Evans quien había designado que como «riesgo» debía entenderse como «una forma práctica determinada de vinculación con los peligros», y, «aquellos que mediante técnicas operativas, métodos e instituciones se intentan limitar, medir e imputar». Por lo tanto, el objeto de la obra de Beck no sería la sociedad del peligro sino una sociedad «de grandes peligros». En consecuencia, lo que debería suplantarse la denominación por la de «sociedad del peligro». En PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo...*, cit., pp. 76 y 77.

multiplicación de las interconexiones causales las cuales no pueden ser completamente aclaradas por los actuales métodos científicos. En segundo lugar, debido a la sustitución del contacto personal por el contacto anónimo o estandarizado que se produce por la transformación de contextos de acción individual por contextos de acción colectivos¹⁶. En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS «el control de riesgos no solo escapa del dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está»¹⁷. En definitiva, las actividades generadoras de riesgos se entrecruzan entre ellas, produciendo un aumento de las interconexiones causales¹⁸, lo que permite afirmar que la sociedad del riesgo se ha caracterizado por una «objetiva inseguridad»¹⁹.

Junto a la inseguridad objetiva, se acompaña, según SILVA SÁNCHEZ, una sensación social de inseguridad. Esta elevada «sensibilidad al riesgo», tal como expresa, se traduce en la idea de que los ciudadanos mantienen una vivencia subjetiva de riesgos muy superior a su propia existencia. En esta línea, señala como ejemplos que propician esta sensación de inseguridad: la creciente dificultad de adaptación a sociedades constantemente aceleradas, los cambios ético-sociales producidos por el distinto modelo económico imperante y la dificultad de obtener una auténtica información fidedigna en una sociedad que se caracteriza por el bombardeo de informaciones²⁰. Este último, enormemente acrecentado con el paso a la sociedad digital de la información como se verá en las próximas páginas.

Otro elemento a tener en consideración ha sido el progreso de los medios de comunicación clásicos. Un aspecto que no ha resultado en absoluto baladí puesto que parece haber acrecentado una mayor identificación ciudadana con la víctima que con el

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana» (traducción de Manuel Cancio Meliá), *ADPCP*, Tomo 49, 1996, pp. 198 y 199. De forma ilustrativa, el autor expone como ejemplo de estas ideas el ámbito de la responsabilidad por el producto y cómo los procesos de producción de alimentos, que tradicionalmente eran sencillos, se han convertido en desarrollos complejos y anónimos.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., pp. 3 y 4.

¹⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad...*, cit., pp. 28 y 29 y JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo...», cit., p. 3.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit., p. 15. También usando el ejemplo de la responsabilidad del producto este autor explica sus ideas. Según este, el uso de maquinaria cada vez más autónoma y compleja, así como la comercialización de sustancias cuyos efectos nocivos son parcialmente desconocidos y se manifiestan años más tarde de la materialización del comportamiento, constituyen una muestra de la incertidumbre objetiva generada en los individuos.

²⁰ *Ibidem*, pp. 20-27.

delincuente²¹. A propósito de su desarrollo técnico ha sido posible informar de las desgracias producidas a escala global, de forma que los ciudadanos reciben una mayor cantidad de información de este tipo y, en consecuencia, tienen la sensación de que estos sucesos ocurren con mayor frecuencia que antes cuando solo se conocía lo sucedido en un círculo más o menos próximo²².

A pesar de que estos tres rasgos (cambio potencial de los peligros, complejidad de las relaciones y creciente sensación de inseguridad) se han constituido como los pilares esenciales de comprensión de la sociedad del riesgo, probablemente haya sido el proceso de globalización/mundialización el factor más decisivo²³. Así, de la misma forma que el avance tecnológico dio paso a la descrita sociedad del riesgo, esta fue avanzando hasta el punto de obtener la etiqueta «global» como consecuencia de la apertura de interconexiones analógicas y digitales. En el primer caso, potenciado por el desarrollo de transportes de alta velocidad que favorecían estar en otros países lejanos en cuestión de horas y, posteriormente, en el segundo caso, gracias al avance de la comunicación a distancia.

Siguiendo a BORJA JIMÉNEZ, el proceso de globalización ha llegado a afectar a todos los ámbitos de la vida humana, aunque específicamente destaca en tres manifestaciones: globalización económica, política y de las comunicaciones. En la primera de ellas sobresale el salto al intercambio de mercancías y servicios mundialmente ilimitado. Por esta razón, principalmente, se produjeron nuevas formas de organización empresariales como las multinacionales que han ido adquiriendo un verdadero papel protagonista en el mercado. Suceso al que ha de unirse la multiplicación exponencial de

²¹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Cultura del control, sociedad del riesgo y Política Criminal», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Gómez Martín, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, p. 91.

Una interesante reflexión acerca de las consecuencias sociales y punitivas de este fenómeno las ofrece SILVA SÁNCHEZ. Según este autor, la concepción de la ley penal como Carta Magna del delincuente ha cedido prioridad a su uso como Carta Magna de la víctima, produciendo una serie de consecuencias en la forma de conceptualizar el principio de legalidad. Entre ellos se destaca el planteamiento de la interpretación restrictiva de las circunstancias eximentes, así como la modificación de las fronteras entre la interpretación extensiva de los tipos y la prohibición de la analogía *in malam partem*. Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit., pp. 46-49.

²² MIR PUIG, Santiago, «Constitución, derecho penal y globalización», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (dirs.), Gómez Martín, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, p. 10.

²³ El papel de este fenómeno ha sido tal que, como expresa QUINTERO OLIVARES, constituye «el hecho más destacable de nuestro tiempo en unión de la revolución cibernética». Véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La globalización y el Derecho Penal: un cajón de sastre conceptual», en Galán Muñoz, Alfonso y Mendoza Calderón, Silvia (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 31.

operaciones financieras global y de corta duración. Desde el punto de vista político, la mundialización ha causado una pérdida de la soberanía de los estados los cuales cada vez se someten más al poder de las empresas transnacionales y de las organizaciones supraestatales como la Unión Europea, la OTAN o el Fondo Monetario Internacional, entre otras. Pero también desde la perspectiva de las comunicaciones la globalización ha fomentado el intercambio de información a tiempo real y en cantidad casi ilimitada²⁴.

Estas repercusiones también afectaron al ámbito de la criminalidad la cual se fue amoldando al fenómeno de la globalización, con la denominada «criminalidad de poder» como máximo exponente y amenaza²⁵. Lamentablemente, esta criminalidad en un inicio no fue acompañada por una adecuada tutela jurídica. Algo que llevó a grandes juristas como FERRAJOLI a afirmar que el derecho se encontraba en una profunda crisis y a definir la globalización como «un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política»²⁶.

2.1.2. El Derecho penal del riesgo

La metamorfosis de la criminalidad producida por la evolución de la tecnología condujo, inevitablemente, a la necesidad de una respuesta punitiva para combatirla y prevenirla. En cierto modo, el modelo sociológico propuesto por Beck sirvió como base explicativa para examinar el conjunto de delitos y cambios penales producidos en la época por la aparición de esos nuevos peligros. A propósito de dichos cambios jurídico-penales

²⁴ Véase, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 116-117.

²⁵ Resulta inevitable mencionar el trabajo de FERRAJOLI cuando se alude a esta *criminalidad de poder*. Desde su perspectiva, lo que él denomina *la criminalidad de poder* constituye la amenaza más importante del fenómeno de la globalización. Para ello, distingue entre dos formas de criminalidad: la de los *poderes criminales* y la de los *crímenes de poder*. En la primera engloba al crimen organizado (terrorismo, mafias y camorras), mientras que en la segunda ubican aquellas formas de criminalidad derivadas de la corrupción, de apropiación de los recursos naturales y de devastación del medio ambiente. Si se desea profundizar en estas ideas, así como la forma en la que esta *criminalidad de poder* ha ostentado un papel relevante en panorama internacional gracias al proceso de mundialización, véase, FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad y globalización», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 115, 2006, pp. 303-307.

²⁶ *Ibidem*, p. 302.

surge la idea del «Derecho penal del riesgo»²⁷. Un término cuyo objetivo era abarcar bajo una misma expresión todos aquellos análisis abordados de un modo aislado para ofrecer una perspectiva conjunta²⁸. El Derecho penal del riesgo se consolida así como una propuesta «moderna» en la que se debate la necesidad de actualizar las instituciones clásicas jurídico-penales para afrontar las nuevas necesidades sociales²⁹.

Con el crecimiento de la sociedad del riesgo el ordenamiento jurídico-penal sufre un proceso de «expansión» tal y como diserta SILVA SÁNCHEZ en su popular monografía de 1999³⁰. Bajo esta denominación se alude al fenómeno de crecimiento de contenidos del Derecho punitivo mediante el cual se introdujeron nuevas técnicas penales al mismo tiempo que se produjo una ampliación del número de comportamientos penalmente relevantes³¹. Entre ellos, se ha reseñado una tendencia hacia la exasperación de delitos de comisión por omisión³², un incremento de tipificación de la imprudencia³³, así como un aumento de tutela de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supraindividual

²⁷ Aunque en Alemania las reflexiones acerca de las consecuencias jurídico-penales del Derecho penal del riesgo llegaron antes, en España su incidencia llegó a partir de finales de los años noventa y principios del siglo XX de la mano de autores como PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *Poder Judicial*, nº43-44, 1996, pp. 61 y ss; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos», *Poder Judicial*, nº48, 1997, pp. 289 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad...*, cit., pp. 24 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., p. 134 y Díez RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., pp. 3 y 4, entre otros.

²⁸ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en Pérez Álvarez, F. (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1322 y 1323.

²⁹ Véase, JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo...», cit., p. 3 y DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., p. 134. En la tercera parte de la investigación se abordará en profundidad la disparidad de posturas y el debate que surgió entre los penalistas acerca de la modernización del Derecho penal. Reflexión que encaja más en el apartado de política-criminal y que se enlazará con el debate todavía vigente de la necesidad de reducir el Derecho penal a su núcleo básico con la aparición de nuevas modalidades delictivas en la red.

³⁰ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos...*, cit., *passim*. Como acertadamente ha señalado GÓMEZ MARTÍN, con la expresión *expansión del Derecho penal* se está presentando la respuesta punitiva frente a la creciente inseguridad colectiva (objetiva y subjetiva) por la que la ciudadanía demanda un aumento en la intervención penal por parte del estado para garantizar la seguridad social frente al delito. En GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Cultura del control, sociedad del riesgo...», cit., p. 76. Se trata de un fenómeno que todavía en la actualidad se sigue acrecentando con la posibilidad de comisión de ilícitos penales a través de las redes sociales.

³¹ En gran parte fomentado por la sensación de inseguridad ciudadana que se materializó en un aumento de la demanda de criminalización. En esta línea MIR PUIG ha indicado: «Hasta los últimos años noventa en España, como en general en la Unión Europea, habíamos conseguido hacer compatibles un sistema penal moderado con una tasa de criminalidad relativamente pequeña. En los últimos años esta situación deseable parece evolucionar hacia un mayor reclamo de Derecho Penal basado en una percepción social (mediática y políticamente condicionada) de aumento de la delincuencia». En MIR PUIG, Santiago, «Constitución...», cit., p. 12.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit., pp. 17 y 18.

³³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., pp. 139-140.

o colectiva (salud pública, medio ambiente, etc.)³⁴. No obstante, siguiendo a NAVARRO CARDOSO, estos bienes jurídicos supraindividuales han sido designados por los críticos del Derecho penal del riesgo como «bienes jurídicos universales de impreciso contenido y vago contorno»³⁵. Aunque si se tuviera que señalar la técnica legislativa emblemática de este Derecho penal del riesgo sería el predominio de los tipos de peligro, concretamente, los de peligro abstracto³⁶.

Efectivamente, la propia complejidad y dinámica de la sociedad descrita anteriormente ha favorecido que las dimensiones de los riesgos sean extremadamente grandes. Piénsese, por citar algunos ejemplos, el caso de los ecodelitos o los derivados de la energía nuclear. Unido a lo anterior, estos peligros suelen presentar un alto grado de conexiones causales en su constitución, lo que provoca en numerosas ocasiones que sus efectos se produzcan a largo plazo y en un contexto general de incertidumbre. La consecuencia lógica de ello es que la espera de la intervención penal hasta el momento de la lesión de determinados tipos resulta rotundamente insatisfactoria³⁷. Desgraciadamente, el empleo masivo de esta técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto ha podido abrir, en palabras de Díez Ripollés, el «camino a la fundamentación de la punición del comportamiento en base al principio de precaución, entendido como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento»³⁸.

³⁴ Entre otros, han remarcado la proliferación de estos bienes jurídicos como rasgo del Derecho penal del riesgo CEREZO MIR, José, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 10, 2002, pp. 54-55; Díez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., p. 5 y JIMENEZ DÍAZ, María José., «Sociedad del riesgo...», cit., p. 4.

³⁵ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo...», cit., p. 1324. Sobre las críticas vertidas a la configuración de los bienes jurídicos supraindividuales en el Derecho penal del riesgo también puede consultarse SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 71-78.

³⁶ En esta línea es clarificador HASSEMER cuando afirma que los delitos de peligro concreto y de lesión parecen anticuados y los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva característica del Derecho penal moderno. Cfr. HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», traducción de Larrauri, Elena, *ADPCP*, 1992, p. 242.

³⁷ En esta línea, véase, DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., p. 138 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit., p. 17.

³⁸ Díez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., p. 5. Por su parte, CEREZO MIR ofrece una profunda crítica a la ampliación que supone el principio de precaución en los delitos de peligro abstracto pues, según este, supone una desnaturalización del concepto que se basa en el criterio de previsibilidad, es decir, en la idea de la previsibilidad con base en las leyes causales conocidas. En cambio, una comprensión de estos delitos desde el principio de precaución partiría como base de la sospecha de riesgos graves e irreversible que comporta una actividad en supuestos en los que existe una incertidumbre sobre los procesos causales que pueden desencadenar dichas actividades. Si se desea profundizar acerca de las implicaciones jurídicas de estos principios, así como las críticas y argumentos legitimadores respecto de los delitos de

Estrechamente relacionado con el objetivo de controlar los nuevos peligros o los ya conocidos pero cuya materialización desencadena graves desastres colectivos, el derecho penal de la sociedad del riesgo se presenta como justicia penal preventiva. En otras palabras, como un sistema en el que la prevención se ha transformado en el paradigma dominante³⁹. Por este motivo, se procede a adelantar la protección penal a estadios previos a la lesión. No solo mediante el uso generalizado de tipos de peligro abstracto y la protección de bienes jurídicos colectivos, sino también a través del castigo de actos preparatorios y de comportamientos que hasta entonces solo constituían ilícitos civiles o administrativos⁴⁰.

Asimismo, la dificultad de atribuir el control de los nuevos peligros y el hecho de pasar a un criterio de selección normativa que gira en torno a la peligrosidad produce que, a las características anteriores, se sume una flexibilización tanto de la imputación de responsabilidad como de las propias garantías penales⁴¹. En relación con la primera, una flexibilización que alcanza los criterios de causalidad, de imputación objetiva y subjetiva, de la distinción entre la consumación y las formas imperfectas de ejecución, así como de la autoría y participación⁴². Respecto de la segunda, una de las grandes voces que ha manifestado dicha consecuencia ha sido HASSEMER. Según este autor, la modernización del Derecho penal ha venido ligada de la flexibilización de principios básicos del Derecho penal entre los que sobresalen el de intervención mínima, legalidad

peligro abstracto, un buen trabajo de referencia lo constituye CEREZO MIR, José, «Los delitos de peligro abstracto...», cit., pp. 61 y ss.

³⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 120. También HASSEMER se había pronunciado décadas antes en un sentido similar al considerar que la prevención, que constituía un objetivo colateral del Derecho penal clásico, en el Derecho penal moderno se había convertido en el paradigma dominante. En HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis...», cit., p. 239.

⁴⁰ Sobre esta cuestión en profundidad véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel., *El moderno Derecho penal...*, cit., pp. 57-65 y 81-90.

⁴¹ Véase, en este mismo sentido NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales...», cit., pp. 180-181; JIMÉNEZ DÍAZ, María José., «Sociedad del riesgo...», cit., p. 5 y NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Retos del Derecho penal global», *EPC*, vol. XL, 2020, p. 1078.

⁴² Un sucinto, pero clarificador análisis de la «reflexibilización» de la imputación de responsabilidad como consecuencia del Derecho penal del riesgo se ofrece en NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo...», cit., pp. 1331-1338. En él se abordan cuestiones como las repercusiones sobre la imputación que han tenido los delitos de acumulación, la pérdida de límites claros entre dolo e imprudencia, la transformación del dolo eventual como paradigma del tipo subjetivo, así como la criminalización expresa de conductas previas a la consumación. Y en cuanto a la autoría y participación un claro ejemplo de flexibilización lo ha constituido el tipo del artículo 368 del Código penal sobre el tráfico de drogas. Por su parte, en el concreto ámbito de las formas imperfectas de ejecución, se ha producido una tendencia expansiva criminalizadora de los actos preparatorios. Sobre esta cuestión, véase, ALONSO RIMO, Alberto, *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 100-118.

y proporcionalidad⁴³. Así pues, el principio de *ultima ratio* se flexibiliza e incluso se infringe debido a la utilización del Derecho penal como sola o *prima ratio* para solucionar los grandes problemas sociales. Algo que se advierte en España en ámbitos como los delitos relativos al mercado y los consumidores, a la ordenación del territorio y a la protección del medioambiente. Por su parte, la taxatividad de la norma se difumina debido a la menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos, al uso frecuente de los delitos de peligro abstracto y al abuso de las leyes penales en blanco. Y también los principios de igualdad y proporcionalidad ya que, en lugar de responder a un injusto por medio de respuestas adecuadas y justas, se usa el ordenamiento punitivo solo para prevenirlo o contener graves problemas sociales futuros.

Finalmente, el Derecho penal del riesgo ha sido considerado por gran parte de la doctrina como Derecho penal simbólico⁴⁴. La razón a la que se alude es porque la función esencial que desempeña el Derecho penal para hacer frente a los nuevos peligros es el de satisfacer las demandas de seguridad subjetiva. Lo único que se pretende es transmitir una sensación de seguridad y no, como establece CEREZO MIR, una sanción adecuada a la gravedad del injusto culpable⁴⁵. En consecuencia, como ya expresó PRITTWITZ en su momento «El resultado de este fracaso en las áreas donde los efectos serían lógicos y legítimos, consiste en una pérdida de la confianza por parte de los destinatarios de la norma y de la regla jurídica respecto a la capacidad de rendimiento del Derecho penal»⁴⁶.

⁴³ HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis...», cit., pp. 240, 243 y 245. En Italia también ha denunciado el peligro de la flexibilización de garantías producto de la globalización FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad...», cit., p. 309. En España puede consultarse una línea similar en CEREZO MIR, José, «Los delitos de peligro abstracto...», cit., p. 58 y, más recientemente JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo...», cit., p. 5.

⁴⁴ Entre otros, PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo...*, cit., p. 329; en CEREZO MIR, José, «Los delitos de peligro abstracto...», cit., p. 55 y NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo...», cit., p. 1329. Y en el caso concreto del Derecho penal de la globalización BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Globalización...», cit., p. 177.

En este caso, partiendo de los diferentes aspectos que se le otorga al Derecho penal simbólico según PRITTWITZ, la doctrina española hace referencia al Derecho penal simbólico entendido como ejercicio instrumental del Derecho penal en el que se promete efectividad y se muestra la actividad del legislador, aunque en realidad no se cumple en la realidad con lo prometido. Véase, PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo...*, cit., pp. 76 y 77 y pp. 236-239.

⁴⁵ CEREZO MIR, José, «Los delitos de peligro abstracto...», cit., p. 55. HASSEMER también realizó una reflexión similar unos años antes. Concretamente, sobre la nueva modernización derivada del Derecho penal del riesgo afirmó: «La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador que no podía crear delitos donde no existiera bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas». En HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis...», cit., p. 239.

⁴⁶ PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo...*, cit., p. 329.

2.2. Las redes sociales como cambio de paradigma

Es cierto que, en un principio, los desafíos originados por el avance científico de la informática fueron integrados dentro de los nuevos riesgos asociados a la sociedad postindustrial⁴⁷. Sin embargo, también lo es que, con la aparición de Internet, la forma en la que nos interrelacionamos ha evolucionado extraordinariamente, hasta el punto de poder afirmar que se ha producido un verdadero cambio de paradigma⁴⁸. Este hecho se ha podido observar claramente estos últimos años en los que la población está experimentando una revolución tecnológica acelerada. Actualmente, al ser la información el principal elemento de poder en nuestra sociedad, esta es susceptible de llegar en cualquier momento y lugar a través de todo tipo de herramientas conectadas a Internet⁴⁹.

Cuatro décadas han pasado ya desde que el Departamento de Defensa de los Estados Unidos utilizara el protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) en su red ARPANET y naciera así Internet tal y como lo conocemos hoy en día. No obstante, las redes sociales no aparecieron repentinamente junto con el surgimiento de Internet, sino que más bien se trató de un proceso paulatino que fue ligado al reconocimiento del papel protagonista de los usuarios.

Por este motivo, los inicios de dichas plataformas digitales se suelen situar en la denominada *web 1.0* o *web estática* la cual constituyó la forma más simple que adoptó Internet. Siguiendo a DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, la comunicación que se producía a través de la web era unilateral. No se reproducía ninguna conversación, sino que su funcionamiento se limitaba al acceso de información en páginas a veces

⁴⁷ En este sentido, ya se señalaba la informática como nuevo ámbito de criminalidad y como problema nuevo al que abordar desde el Derecho penal en SIEBER, Ulrich, *Computerkriminalität und Strafrecht*, Heymann, München, 1977, p. 23. Asimismo, MATA Y MARTÍN advertía de la trascendencia penal de la informática en MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 17 y 18.

⁴⁸ También afirma que la web 2.0 ha producido un verdadero cambio de paradigma social MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013 [en línea].

⁴⁹ Una idea similar se presenta en ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia*, Juruá, Porto, 2018, pp. 17 y 18. Así, siguiendo a este autor, es en el ámbito de la comunicación en el que se ha producido una auténtica revolución con la aparición de los *smarwatches* que permiten acceder a una gran cantidad de información en instrumentos de poco peso, al mismo tiempo que Internet se ha convertido en un medio accesible a cualquier persona.

desactualizadas cuyo principal componente era el texto complementado por el lenguaje html y, ocasionalmente, por hipervínculos⁵⁰.

Además, los usuarios de la web estática se caracterizaban por tener un papel pasivo. Esto era así porque su actividad se limitaba a recibir la información publicada, sin posibilidad de realizar una contestación. Por lo tanto, la interacción entre el usuario y el productor de la información era mínima y el diálogo no era real o eficaz. Este solo consistía en que el consumidor tenía que rellenar formularios de acceso o boletines de inscripción⁵¹. Las funciones entre consumidores y productores del contenido web no se encontraba diluido sino absolutamente centralizado⁵² y la actividad de publicar se concentraba en la figura de los titulares del sitio web, mientras que la de acceder y recibir el contenido publicado se destinaba a los usuarios de dicha página web.

En esencia, se trataba de una herramienta a la que no se podía achacar el adjetivo «social», puesto que la importancia a las relaciones e interacción quedaba totalmente olvidada. Ahora bien, esto es así porque en los inicios de la web no existía una conciencia de que el factor personal debía ser el pilar fundamental. Ha sido precisamente el creciente desarrollo de las nuevas tecnologías lo que ha impulsado un cambio estructural en la forma de pensar⁵³ y de aprender⁵⁴, propiciando de este modo la necesidad de interrelacionarse a través de la red mediante el paso a la denominada «web 2.0»⁵⁵.

⁵⁰ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas de las redes sociales*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 39.

⁵¹ *Idem*.

⁵² GARCÍA ARETIO, Lorenzo, «¿Web 2.0 vs web 1.0?», *Revista DIM: Didáctica, Innovación y Multimedia*, n°10, 2007, p. 3.

⁵³ En una línea similar, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 148.

⁵⁴ Efectivamente, como ha señalado ABOSO, la era digital ha transformado para siempre la forma de transmitir conocimiento gracias a la posibilidad de transmisión de ideas en tiempo real, reestructurándose nuestra manera de aprender y educar a través de la aplicación de las herramientas de *e-learning*. Véase, ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético...*, cit., p. 8.

⁵⁵ Fue TIM O'REILLY quien en una sesión con MediaLive International acuñó por primera vez dicha expresión en 2004. Mediante dicho concepto lo que se pretendía era explicar el salto que se había producido en la web 1.0 a un fenómeno totalmente distinto articulado por grandes volúmenes de usuarios a partir de las redes sociales producidas entre muchos de ellos. El blog en el que O'Reilly explica cómo se originó la idea y aclara su alcance se puede encontrar en O'REILLY, Tim, «What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software», Disponible en <http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html> (fecha de consulta 21/02/2022).

Sin embargo, aunque el origen del término que haría referencia al nuevo modelo de redes sociales surgió a principios de este siglo, algunos autores han situado el nacimiento de las redes sociales en el sitio web *classmates.com* creado por Randy Conrads en 1995. Se considera que dicha página web fue la primera en reunir los requisitos de forma y fondo que caracterizan las redes sociales que conocemos hoy en día. Esto es así porque su objetivo esencial era el de que los usuarios pudieran recuperar o mantener el contacto con antiguos compañeros del colegio, instituto o la universidad, otorgando la prioridad a la interacción de los

De este modo, en el nuevo modelo digital la interacción de los usuarios ha sido un elemento fundamental. Tanto es así que se alude al término *prosumidores*⁵⁶ para designar la realidad de la web colaborativa en la que el papel del usuario se ha reconvertido de un papel pasivo a uno activo. Ahora este, lejos de limitarse a recibir la información, también tiene la posibilidad de producirla y transmitirla. Por lo tanto, en la línea de lo afirmado por NIETO MARTÍN y MOROTO CALATAYUD, la clave radica en la explotación de la «inteligencia colectiva», de manera que se difumina la frontera entre el consumidor y el productor⁵⁷.

Probablemente, ese hecho diferenciador respecto de la *web 1.0* haya dado como resultado la *sobreabundancia informativa* a la que estamos sometidos actualmente. La cantidad de contenido que se genera y edita es inabarcable. Por eso, en estas plataformas cada vez más se hace uso de la «folksonomía»⁵⁸ y de la inteligencia artificial con la finalidad de agilizar el acceso a la información y aumentar su interés para los usuarios.

Pero, además, esta gran cantidad de información se encuentra en un estado de constante actualización, a diferencia de lo que ocurría en la antigua web inicial. En la *web 2.0* los usuarios mantienen un contacto ilimitado, directo y en tiempo real. Consecuentemente, como ellos son los propios creadores del contenido en redes sociales, estas se encuentran en una constante transformación, ajustándose a las preferencias de aquellos⁵⁹. Eso sí, hay que tener en cuenta, como ya han remarcado NAVARRO

usuarios. Véase, al respecto, DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas...*, cit., p. 37.

⁵⁶ Véase, PAUNER CHULVI, Cristina, «Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad», en González Cussac, José Luis y Flores Giménez, Fernando (coord.), *Seguridad y derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 394.

⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Las redes sociales en internet como instrumento de control penal: tendencias y límites», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013 [en línea]. Según ambos, incluso modelos de funcionamiento que parecen distintos de las clásicas redes sociales como el de los buscadores Google o Yahoo son realmente formas parecidas de explotar el comportamiento colectivo. Concretamente, aclaran, aprovechan los datos de navegación de la gran cantidad de búsquedas producidas para mejorar sus algoritmos de búsquedas y diseñar así nuevos servicios conforme los perfiles de los usuarios que los elaboran. Desde esta perspectiva, incluso una actividad más pasiva como la de buscar solo información se convierte en una importante clave activa para el desarrollo de la web.

⁵⁸ La *folksonomía* es un sistema de clasificación de contenidos de la web que se genera según la contribución social del propio usuario. Por lo tanto, es este el que asigna a cada contenido la etiqueta oportuna para clasificar la información.

⁵⁹ La flexibilización en la producción de contenidos y la actualización constante de los mismos también ha sido señalada por DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas...*, cit., pp. 47-50 y NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Las redes sociales...», cit., [en línea].

CARDOSO y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, que este rasgo favorece la pérdida del control del manejo y gestión de los datos del emisor original⁶⁰.

Todos estos rasgos han alcanzado su máximo esplendor con el desarrollo de las redes sociales las cuales constituyen el ejemplo más claro de web 2.0. Estas aplicaciones han experimentado un crecimiento masivo gracias al consumo portátil de la información que en ellas se contiene. Así, el acceso a las redes sociales hoy en día se ha ampliado considerablemente debido a los dispositivos móviles como los *smartphones*, las *tablets* y los *smartwatches*, así como todo lo relacionado con el *cloud computing* que facilita la transmisión y recepción de conocimiento. Incluso se puede afirmar sin reticencias que ello ha favorecido un uso cotidiano de las redes sociales, extendiéndose a nuestra vida, de forma que sin ellas esta sería extremadamente compleja⁶¹.

Podría considerarse que la web 2.0 y, en especial, las redes sociales, ha aportado una nueva forma de comunicación mediante el periodismo ciudadano⁶². Sobre este particular se ha pronunciado CEREZO GUILARRANZ quien considera que el modelo tradicional de comunicación está en crisis. El resultado de dicha crisis, según el autor, ha propiciado una modificación de paradigma en el que los medios de comunicación como sistema de intermediación social ha cambiado. Ello porque estos han perdido credibilidad mientras que han surgido nuevas figuras influyentes vinculadas con las redes sociales⁶³. Efectivamente, el impacto de los y las «influencers» que imperan en dichas plataformas

⁶⁰ NAVARRO CARDOSO, Fernando, y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, Daniel, «La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia», *Revista Penal México*, nº19, 2021, p. 40. Asimismo, OLLÉ SESÉ incide en los riesgos que supone esa aportación masiva de datos en las plataformas digitales. Siguiendo sus reflexiones, bajo un teórico principio de confianza se produce un flujo de información de todo tipo, que se pone a disposición de un grupo determinado. Sin embargo, ese principio puede quebrarse al circular dicha información colgada por un espejo público en línea de fácil acceso para terceros ajenos a ese grupo, lo que facilita el acceso a datos que son expuestos por el usuario. OLLÉ SESÉ, Manuel, «Reflexiones sobre cibercriminalidad y redes sociales digitales», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº13, 2013, p. 3.

Por su parte, SOLARI-MERLO matiza que en las redes sociales los internautas no solo proporcionan información personal de manera consciente (publicando la información en su perfil), sino también la generan inconscientemente cuando interactúan con terceros y proporcionan información sobre el círculo de amistades, gustos, ideologías, etc. En SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección en redes sociales. Análisis de los hábitos de los usuarios de Facebook, Instagram y Twitter», *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. 8, 2021, p. 92.

⁶¹ NAVARRO CARDOSO, Fernando, y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, Daniel, «La cibercriminalidad...», cit., p. 40. Un fenómeno que solo puede ser explicado por la ampliación de los límites comunicativos que han supuesto las TIC permitiendo, en palabras de ABOSO, una agilización y promoción de la comunicación global sin límites ni controles. Cfr. ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético...*, cit., p. 7.

⁶² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Protección de datos personales...», cit., [en línea].

⁶³ CEREZO GUILARRANZ, Julio, «Presentación. Identidad y reputación digital», *Cuadernos de comunicación Evoca*, 5, 2011, p. 3.

es determinante en la actualidad, siendo el número de seguidores del creador de información un elemento a tener en cuenta.

A propósito de los caracteres mencionados, es posible realizar una aproximación sobre lo que debe entenderse como «red social online». Sucintamente, es posible agrupar las diferentes definiciones aportadas en dos grupos: un concepto social y un concepto más tecnológico.

Desde el punto de vista del primer grupo, se trata de una tesis que se centra de un modo u otro en elementos más sociales, destacando alguna de las conocidas como «3 C»: comunicación, comunidad y cooperación⁶⁴. Esta perspectiva se observa en el «Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea» que define servicio de red social como: «plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes»⁶⁵. Y, en un sentido similar, la aproximación de PONCE al considerarlas como: «estructuras sociales compuestas por un grupo de personas que comparten un interés común, relación o actividad a través de internet»⁶⁶.

Ahora bien, es el punto de vista del segundo grupo el que parece cobrar un mayor protagonismo en la literatura científica. A diferencia del anterior, el punto en común de este conjunto de consideraciones se caracteriza por describir el proceso técnico al que el usuario se ve sometido a lo largo de su «vida» en dichas plataformas. Así pues, suelen detallar que se trata de servicios en los que 1º) se realiza un registro y creación de perfil de usuario para 2º) llevar a cabo un contacto con otros perfiles de la plataforma y con ello 3º) compartir información entre los miembros del grupo del sistema⁶⁷.

⁶⁴ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas...*, cit., p. 55.

⁶⁵ Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, «Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea», adoptado el 12 de junio de 2009, 01189/09/ES. WP 163, p. 5. Disponible en: https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf. (fecha de consulta 22-02-2022).

⁶⁶ PONCE, Isabel, *Redes Sociales*, Instituto Nacional de Tecnología de la Comunicación. 2012, p. 6. Disponible en: <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/ca/internet/web-20/1043-redes-sociales?format=pdf> (fecha de consulta 22-02-2022).

⁶⁷ Obsérvese que este ha sido el criterio seguido por una gran cantidad de autores de diversos campos. Entre ellos, BOYD, Danah M. y ELLISON, Nicole B., «Social Network Sites: Definition, history and scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1), 2007, p. 211; ALONSO GARCÍA, Javier, *Derecho penal y redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 21; NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Las redes sociales...», cit., y ORTIZ LÓPEZ, Paula, «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013 [en línea]. Así como otros organismos como la Agencia Española de Protección de Datos y el Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación (INTECO) en su «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online», 2009, p. 7.

Aun así, personalmente considero que ambos puntos de vista adolecen de importantes carencias. El primero, porque maneja unas aproximaciones demasiado amplias, mientras que el segundo se centra exclusivamente en el funcionamiento técnico del sistema. Por este motivo, creo que resulta más ilustrativo una definición similar a la aportada por DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS. A saber, partiendo de su planteamiento⁶⁸, podemos considerar que una red social en línea es: 1) una herramienta propia de la web 2.0⁶⁹, 2) que se configura como un servicio de la sociedad de la información⁷⁰, 3) con una vocación primaria de interacción, de intercambio de opiniones y conocimientos 4) entre usuarios que presentan intereses comunes.

Sí que existe un criterio más generalizado en cuanto a la clasificación de las redes sociales en línea las cuales se suelen agrupar en *horizontales* o *genéricas* y *verticales* o *específicas*⁷¹. Por un lado, se distingue a aquellas dirigidas al colectivo genérico de usuarios, de modo que el objetivo esencial es la mera interacción y la puesta en contacto de personas. Por lo tanto, en ellas no se fija un criterio específico de acceso o colaboración en la misma. Ejemplos de esta sería *Facebook*, *X* (antes *Twitter*) o las ya antiguas *Tuenti* y *Messenger*. Por el otro, en cambio, constituirían redes sociales verticales las creadas con un objetivo específico más allá que la simple interacción entre usuarios. En ellas se persigue sobre todo fomentar la participación de personas hacia un interés concreto.

Desde un planteamiento similar, LLORIA GARCÍA incide en que, para formar parte de una red social, primero se debe crear un perfil y generar una «identidad digital». Esto, como alerta la autora, implica el registro de una serie de datos identificativos, así como de fotografías y vídeos. Con ello, se pone a disposición de la comunidad un conjunto de informaciones que favorecen la interacción. Un proceso cuya finalidad principal es la de dinamizar el contacto entre los usuarios. Cfr. LLORIA GARCÍA, Paz, «Menores, redes sociales e intimidad: consentimiento y tutela. Algunas consideraciones», en Anarte Borrillo, Enrique; Moreno Moreno, Fernando y García Ruiz, Carmen R. (coords.), *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 243-244.

⁶⁸ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas...*, cit., pp. 61 y 62.

⁶⁹ Y, por ende, caracterizada por la necesidad de un papel necesariamente activo de los usuarios los cuales generan el contenido y las respuestas al mismo en las propias plataformas, adquiriendo estos el papel protagonista (prosumidores).

⁷⁰ Según el anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se entiende por servicio de la sociedad de la información: «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario».

⁷¹ En esta línea, ALONSO GARCÍA, Javier, *Derecho penal y redes...*, cit., p. 22 y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas...*, cit., pp. 105 y 106. Aunque esta última parece que diferencia, por un lado, la dualidad genérica/específica y, posteriormente, horizontal/vertical, lo cierto es que en sus correspondientes definiciones identifica el objeto de las redes sociales genéricas con las horizontales y el de las específicas con las verticales en un sentido muy similar al aportado por el primer autor mencionado.

En cambio, ORTIZ LÓPEZ propone deslindar las redes sociales profesionales como un criterio de clasificación con entidad propia diferenciándolas entre redes sociales de comunicación, especializadas y profesionales. Véase, ORTIZ LÓPEZ, Paula, «Redes sociales: funcionamiento...», cit., [en línea].

Dentro de estas, a su vez, se suele distinguir entre «profesionales» como *Linkedn* y *Xing*, «de ocio» como *Youtube* y *Twitch* o «mixtas» como *Flickr*.

En cualquier caso, el uso de las redes sociales no es un fenómeno novedoso. El hecho de que un conjunto de personas se una para crear y potenciar relaciones sinérgicas por un interés común ha estado presente a lo largo de la historia. Lo que sí es una auténtica novedad es su carácter digital, esto es, que la relación conjunta de personas se lleve a cabo a través de la red a kilómetros de distancia. En esencia, se ha propiciado un nuevo contexto social en el que el alcance espacial y temporal de las comunicaciones origina una proximidad inimaginable, cambiando por completo la forma en la que nos relacionamos en sociedad⁷². Siguiendo a OLLÉ SESÉ, la principal consecuencia de este cambio de paradigma se produce en la posibilidad de superar los muros de confianza que limitan el grupo social. Mientras que en el entorno analógico los círculos sociales se suelen amparar bajo un paraguas de intimidad o confidencia dentro del cual los datos no superan los muros que delimitan ese círculo social, en el mundo virtual los muros de intimidad corren un mayor riesgo de desvanecerse⁷³.

Como analizaremos posteriormente⁷⁴, este cambio de paradigma no solo ha repercutido en el modo de interrelacionarnos con el resto, sino también un desplazamiento de la criminalidad a la red por ser este el nuevo lugar donde se lleva a cabo la vida social y donde se produce una mayor oportunidad para el delito. En resumen, si para PRITTWITZ el Derecho penal del riesgo se diferencia de sus antecesores por el manifiesto cambio de paradigma (aunque ya establecido en el Derecho penal orientado a

⁷² PIFARRÉ, M^a José, «Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito», *Revista de Internet, Derecho y Política*, n°16, 2013, p. 40. Ha sido precisamente la necesidad de proteger los derechos de los usuarios frente a los nuevos sistemas derivados de la web 2.0 lo que ha llevado a que el Tribunal Supremo decida incidir sobre la existencia del «derecho al propio entorno virtual». Así las STS 342/2013, de 17 de abril, 462/2019, de 14 de octubre y 311/2020, de 15 de junio establecen que:

«más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría, sin perder su genuina sustantividad como manifestación de derechos constitucionales de nomen iuris propio, toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital». Y, más recientemente, resaltan el derecho al entorno virtual como derecho de nueva generación STS 328/2021, de 22 de abril y STS 197/2021, de 4 de marzo.

⁷³ Véase, OLLÉ SESÉ, Manuel, «Reflexiones sobre ciberdelincuencia...», cit., pp. 1 y 2.

⁷⁴ Esta idea se analiza en profundidad en el apartado tercero del presente capítulo cuando, desde el punto de vista criminológico, se analiza la repercusión de las redes sociales en el incremento de la ciberdelincuencia.

un fin) de los “malos” a los “peligrosos” como su objeto⁷⁵; en el Derecho penal propio de una sociedad digital el cambio de paradigma no se produce tanto respecto del objeto, sino más bien respecto del entorno en el que este se lleva a cabo. Esto exige, como veremos en el siguiente apartado, una adaptación de las figuras clásicas a dicho nuevo modelo en el que se desarrollan las actividades delictivas. En la línea con lo apuntado por BARRIO ANDRÉS, se ha producido un desfase entre la sociedad política y la civil, avanzando aquella a un ritmo más lento. Por consiguiente, el Derecho tiene la obligación de amoldarse a la nueva realidad social y cultural en que se traducen los avances de Internet⁷⁶.

2.3. Retos de la sociedad digital de la información

Nadie puede dudar de las consecuencias sociológicas que han tenido las redes sociales. A propósito de su perfeccionamiento se ha consolidado una nueva realidad: la relación a través de la Red. Junto a ellas, el crecimiento de las nuevas tecnologías ha propiciado un nuevo contexto entendido como la «era digital». De hecho, algunos autores se han aventurado a aclamar el nacimiento de una Cuarta Revolución Industrial en la que se han desdibujado las líneas que separan el ámbito físico del digital⁷⁷. Y en este escenario destaca la gestión de la acumulación de ingentes cantidades de datos (*big data*), el uso de algoritmos para procesarlos, el incipiente protagonismo de la inteligencia artificial y la interconexión masiva de dispositivos digitales.

⁷⁵ PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo...*, cit., p. 327.

⁷⁶ BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El régimen jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010» en VVAA, *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 32.

⁷⁷ Véase, entre otros, SCHWAB, Klaus, «La Cuarta Revolución industrial: qué significa y cómo responder a ella», traducción por BONILLA LEÓN, Jorge I., Wordpress, 2016. Disponible en: <https://jorgeivanbonillaleon.wordpress.com/2016/03/17/la-cuarta-revolucion-industrial-que-significa-y-como-responder-a-ella/> (fecha de consulta: 23-02-2022); CORVALÁN, Juan G., «Presentación. Inteligencia artificial, automatización y predicciones en el Derecho», en Dupuy, Daniela, Corvalán, Juan G. (dirs.) y Kiefer, Mariana (coord.), *Cibercrimen III*, editorial IBdef, Montevideo, 2020, pp. 7 y 8; VELASCO NÚÑEZ, Eloy y SANCHIS CRESPO, Carolina, *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación*, Tirante lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 253-254 y 262-263; AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología y victimización online*, Editorial Síntesis, Madrid, 2020, p. 14.

En contra, BORJA JIMÉNEZ considera que todavía nos encontramos en un proceso de cambio hacia un nuevo modelo social, pero todavía es pronto para evaluar completa y correctamente las consecuencias de esta transformación. Véase, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 304.

Pero este suceso no podría entenderse sin una aproximación previa a las conceptualizaciones teóricas dimanadas de la sociedad de la información. Una nueva propuesta de transformación política, económica y social cuyo eje central gira en torno a la posibilidad de conexión masiva de datos propiciada por la aparición de la informática.

2.3.1. La etiqueta «digital» en la sociedad de la información

Acierta LYON cuando afirma que los rasgos de la sociedad postindustrial (o sociedad global del riesgo si se prefiere) aportaban un «marco social» para la sociedad de la información⁷⁸. Ciertamente, en plena etapa de demanda de seguridad frente a los nuevos riesgos fueron surgiendo los peligros asociados con el inicio de la informática. De hecho, las teorizaciones hacia otro modelo distinto de sociedad ya surgieron junto con las tesis de Beck a través de algún trabajo derivado del propio LYON. Según este último, el desarrollo de las nuevas tecnologías estaba propiciando un incremento significativo del conocimiento teórico y el trabajo basado en los servicios⁷⁹, hasta el punto de adquirir un papel protagonista tanto en el ámbito social como en el económico.

Ahora bien, dicho paradigma sociológico estuvo claramente determinado por el crecimiento de Internet como principal vehículo de transmisión de cualquier tipo de información⁸⁰. Por ello, para garantizar el progreso económico y social propiciado por

⁷⁸ LYON, David, *Postmodernidad*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 78. Asimismo, ANARTE BORRALLLO ha manifestado la estrecha relación entre la sociedad del riesgo y la sociedad de la información. Según este autor, esta vinculación se evidencia también en la respuesta jurídico-penal y en las orientaciones político-criminales frente a la criminalidad ya que también en la sociedad de la información se produce una ampliación del ámbito de lo punible y aparecen formas de imputación desformalizadoras. Ahora bien, subraya el mismo, mientras que en la Sociedad del riesgo se sigue organizando entorno a «valores materiales», en la sociedad de la información el peso se acentúa en «valores virtuales». Algo que ha acrecentado la lejanía del autor respecto del escenario del crimen en el segundo caso. Véase, ANARTE BORRALLLO, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información», *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 255-256.

⁷⁹ LYON, David, «From 'post-industrialism' to 'Information Society': a new social transformation?», *Sociology*, vol. 20, nº4, 1986, pp. 581-582. En un sentido bastante similar se ha pronunciado CASTELLS al afirmar que en la sociedad de la información la economía no depende tanto de un incremento en la explotación de los modos de producción como así ocurría en el industrialismo, sino en la capacidad para generar y aplicar con eficacia la información basada en el conocimiento. Véase, CASTELLS, Manuel, *La era de la información...*, cit., pp. 45 y 93.

⁸⁰ Así se indica expresamente en la exposición de motivos de la Ley 34/2002, de 11 de junio de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico: «Lo que la Directiva 2000/31/CE denomina "sociedad de la información" viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información».

Por su parte, QUINTERO OLIVARES ya recalca en su momento que «internet no es una simple progresión en la evolución tecnológica, sino un cambio revolucionario en los modelos de las relaciones

dichas transformaciones fueron surgiendo a principios del siglo XXI normativas dirigidas a regular el impacto de Internet en la sociedad de la información⁸¹.

En realidad, tal como ha puesto de manifiesto ANARTE BORRALLO⁸², es posible diferenciar tres fases dentro de la sociedad de la información. Etapas que se han sucedido en función del uso cotidiano de las herramientas informáticas a cada vez más ámbitos de la vida. Primero, la «era electrónica» en la que comienzan a propagarse los ordenadores personales. Posteriormente, la «era de la información propiamente dicha», propiciada por la utilización masiva de los mismos y su interconexión a la red. Y, finalmente, «la era digital» considerada así por la transmisión de información horizontal, simultánea, propia de una cibercultura por la normalización de todo tipo de redes informáticas.

Precisamente la expansión de la cultura digital ha fomentado que la información sea la mayor fuente de poder de la que disponemos⁸³. Actualmente, el dominio de un país no se mide por su fuerza física y militar, sino más bien según el grado de desarrollo de su sistema de comunicación e investigación tecnológica. De esta forma, la información, entendida como bien altamente estimable, en palabras de GÓMEZ NAVAJAS, «permite influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos»⁸⁴. Por otro lado, no es atrevido aseverar que nos situamos en un momento en el que la era digital está ampliamente consolidada. En este sentido, CASTELLS afirma con rotundidad que nuestra sociedad se caracteriza por un «ADN digital», de modo que,

sociales, que sirve tanto a la fluidez de los intercambios comerciales y de todo tipo». En Quintero Olivares, Gonzalo, «Internet y propiedad intelectual», en Escuela Judicial del Consejo General del poder Judicial, *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 10, 2001, p. 369.

⁸¹ En el ámbito europeo la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior y concretamente en España la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico mencionada *supra*.

⁸² ANARTE BORRALLO, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías...», cit., p. 192. En un sentido muy similar MORÓN LERMA destaca la división de estas tres eras contextualizando la primera desde la Segunda Guerra Mundial hasta los inicios de los años ochenta, la era de la información desde principios de los ochenta hasta finales de los noventa y por último la era digital que todavía se mantiene en la actualidad. Cfr. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 80.

⁸³ Véase, en este sentido, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 304 y NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Las redes sociales...», cit., [en línea]. En una línea similar, CASTELLS lo explica de una forma muy contundente al analizar la sociedad de la Información e indicar que en ella «la información es su materia prima: son tecnologías para actuar sobre la información, no sólo información para actuar sobre la tecnología, como era el caso en las revoluciones tecnológicas previas». En CASTELLS, Manuel, *La era de la información...*, cit., p. 88.

⁸⁴ GÓMEZ NAVAJAS, Justa, *La protección de datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 36.

«la sociedad digital es la forma socio-tecnológica que subyace al paso a la madurez de la sociedad red mientras, a la vez, es moldeada por las dinámicas de esta»⁸⁵. Así, junto con la anterior premisa, la etiqueta «digital» acompaña gran parte de las actividades políticas, sociales y económicas⁸⁶ que se llevan a cabo.

Atendiendo desde un enfoque social, tal afirmación se sustenta en el hecho de que se ha producido un «traslado» de gran parte de las actividades de ocio y profesionales al ciberespacio. El grado de dependencia de los individuos, las empresas y la Administración sobre las TIC y el correcto funcionamiento de Internet cada vez es más patente. Esto ocurre porque vertiginosamente las actividades más importantes del día a día que antes realizábamos en el entorno físico, ahora se desarrollan en el marco del espacio virtual⁸⁷. De este modo, la búsqueda de nuevas amistades o incluso de parejas sentimentales se llevan a cabo, principalmente, a través de las redes sociales como *Facebook*, *X*, *Tinder*, etc; la demanda y oferta de empleo también se produce en plataformas digitales como *Linkedn* o diversas páginas web y el acceso a la prensa y a todo tipo de actividades lúdicas encuentran en el ciberespacio su lugar idóneo. Podría decirse, siguiendo la terminología empleada por WHITE y LE CORNU, que paulatinamente en nuestro mundo se ha incrementado el número de *usuarios residentes* hasta el punto de considerar que ya hay más que *usuarios visitantes*⁸⁸.

⁸⁵ CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital*, Alianza Editorial, Madrid, 2024, pp. 185-186.

⁸⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Relevancia penal de las nuevas tecnologías y su incidencia en los denominados ciberdelitos: especial referencia a los delitos contra la intimidad», *RGDP*, nº 37, 2022, p. 3.

⁸⁷ Véase, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 15 y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 17. Algunos autores incluso denominan este hecho como la *cultura de la pantalla* debido a que la traslación de las actividades al espacio digital obliga que pasemos más horas delante de más monitores (del móvil, del ordenador y otros dispositivos electrónicos). En esta línea se ha pronunciado BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., pp. 305-306.

⁸⁸ Según estos autores, los usuarios que utilizan las TIC pueden diferenciarse en «visitantes» y «residentes». La diferencia esencial es que los primeros conciben el mundo virtual y el físico como dos entornos completamente diferenciados. Para ellos, las nuevas tecnologías de la información y comunicación constituyen una herramienta más para llevar a cabo una concreta tarea y la utilizan con un objetivo específico. El espacio digital no es un lugar en el que desarrollar ideas, por lo que son usuarios, no miembros de Internet. En cambio, los segundos no son capaces de separar ambos espacios. Perciben que el ciberespacio también es lugar para expresar sus sentimientos y emociones y de realización de las mismas actividades que pueden producirse en el entorno analógico. Por lo tanto, suelen realizar muchas actividades en el entorno digital y cuidar su imagen virtual a diferencia de los «visitantes». Véase, WHITE, David S. y LE CORNU, Alison, «Visitors and Residents: A new typology for online engagement», *First Monday*. Vol. 16, núm. 9, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.5210/fm.v16i9.3171> (fecha de consulta 26-02-2022). Algunos datos recientes son un claro reflejo del gran peso de los «residentes» digitales en nuestro país. Así, siguiendo el Informe Digital de *We Are Social* de 2021, el 80% de la población española utiliza plataformas

Desde un punto de vista económico, el proceso de globalización a través de la red ha favorecido el intercambio económico en el entorno virtual⁸⁹. Se podría decir que Internet ha propiciado, como ya en su día auspiciaba RODOTÀ, una intensificación de la globalización⁹⁰. Tal es así que QUINTERO OLIVARES ha afirmado que el «fenómeno de la globalización es el hecho más destacable de nuestro tiempo en unión de la revolución cibernética»⁹¹.

Y no les falta razón a estos autores, puesto que los avances propiciados en el espacio virtual han significado un aumento de interconexión en el mundo, borrando las fronteras nacionales⁹². En consecuencia, se ha potenciado considerablemente el número de transacciones económicas en la red, dando lugar a lo que se ha conocido como comercio electrónico (*e-commerce*), cuya relevancia en nuestra sociedad es ya una realidad⁹³, así como al auge exponencial de los denominados «nómadas digitales»⁹⁴.

en línea no solo para contactar con otros usuarios, sino para realizar actividades habituales como entretenerse, mantenerse informado de la actualidad, alcanzar metas profesionales y compartir contenido de todo tipo. Por su parte, los datos del INE muestran que el 94'5% de la población de 16 a 74 años ha usado Internet en 2021 y que el 85'8% se conecta diariamente. Estos datos se pueden consultar en *We Are Social, Digital 2021. Spain*, 2021. Disponible en: <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/> e INE, Nota de prensa «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares», 15 de noviembre de 2021, p. 3. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf, respectivamente (Fecha de consulta de ambos 26-02-2022).

⁸⁹ Este hecho ha propiciado la necesidad de regulación del nuevo modelo económico digital mediante la elaboración de normas internacionales de relevancia como ha sido la citada Directiva 2000/31/CCE del Parlamento Europeo y del Consejo de la UE, del 8 de junio del 2000 (conocida como directiva sobre el comercio electrónico) en la que se han establecido los parámetros de regulación del intercambio económico electrónico, sobre todo, relacionado con la libre circulación de los servicios, el acceso a la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información, así como la validez y los requisitos que deben reunir los contratos realizado a través de la vía electrónica.

⁹⁰ RODOTÀ, Stefano, «Libertà, opportunità, democrazia informazione», *Congreso Internet e privacy. Quali reggole?*, Roma, 1998, disponible en: <http://www.privacy.it/garantirelrod.html> (fecha de consulta 26-02-2022). Exactamente, este autor hablaba de Internet como «la forma extrema de globalización».

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La globalización...», cit., 31.

⁹² En un sentido similar, ESPINOSA SÁNCHEZ explica el papel de Internet como herramienta esencial de la globalización. Siguiendo a este autor, el desarrollo tecnológico en la red se ha traducido en una mayor interconexión entre países, lo que ha facilitado un mayor intercambio de información y, por en de, una difusión entre cultural a escala global. En ESPINOSA SÁNCHEZ, José Francisco, «Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica...», cit., p. 160.

⁹³ Los datos prepanidémicos son una buena prueba de ello. Según el INE, el 47% de la población española entre 16 y 74 años compraron por Internet en 2019. Un dato que incluso es inferior al de la media de la Unión Europea (49%) y la Eurozona (52%). En INE, «El salto del comercio electrónico», *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística*, 2020. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952923622&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetalleCifrasINE (fecha de consulta 26-02-2022).

⁹⁴ Se entiende por esto a aquellos profesionales móviles cuyo desempeño laboral lo realizan desde cualquier lugar del mundo mediante el uso de las nuevas tecnologías digitales. Un fenómeno significativo tras la

Asimismo, la etiqueta «digital» también ha abarcado el ámbito político. Un claro ejemplo de esto se puede observar en el desarrollo de los nuevos fenómenos de democracia digital (*e-democracy*) y gobierno electrónico (*e-government*)⁹⁵ los cuales han favorecido el paso a un nuevo modelo de democracia. En esencia, como acertadamente ha expuesto CHADWICK, la web 2.0 ha producido un impacto positivo en la política en la medida en que: 1) favorece el pluralismo político al propiciar un aumento en la participación en el foro y reducir el riesgo de censura, 2) permite que los ciudadanos formen parte de las decisiones políticas y 3) proporciona una mayor cantidad de información al gobierno, lo que le facilita conocer cuáles son las necesidades reales de la ciudadanía y mejorar la prestación de servicios⁹⁶.

Con todas estas premisas, no resulta extraño afirmar que nos encontramos en lo que podríamos denominar «sociedad digital de la información». Por un lado, porque la principal fuente de suministro social es la información y la prestación de servicios. Y, por

pandemia de la covid.19, pero cuya expansión se debe a un cambio cultural profundo impulsado por un estilo de vida liberado de ataduras espaciales a propósito del desarrollo tecnológico. Sobre esta cuestión, véase, CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., p. 99.

⁹⁵ Tomando como punto de partida la completa definición proporcionada por GUANWEI, WENWEN, MINGXIN y JIE, podríamos definir *gobierno electrónico* como una nueva estrategia de gestión y suministro de información realizada por parte de los poderes públicos en las que se utilizan múltiples vías de las TIC con la finalidad de mejorar los servicios de información, comunicación y formulación de políticas, así como su calidad y seguridad. La específica definición de estos autores puede encontrarse en GUANWEI Hu, WENWEN Pan, MINGXIN Lu y JIE Wang, «The Widely Shared Definition of E-Government. An Exploratory Study», *The Electronic Library*, 27, 2009, p. 9. Definición asumida también por VAN DER MEER, Toni G. L. A. *et al*, «E-democracy: Exploring the Current Stage of e-Government», *Journal of Information Policy*, 4, 2014, p. 489.

Desde este punto de vista, siguiendo a FREEMAN y QUIRKE, parece que la estrategia de gobierno electrónico se concibe de un modo unilateral, de cómo comunicar información pública por parte del gobierno adaptándose al nuevo entorno virtual. En cambio, la democracia digital debe concebirse como un proceso bilateral que también implica la participación ciudadana en la política a través de las nuevas tecnologías, favoreciendo un cambio de cultura organizativa que permite un diálogo permanente entre políticos y ciudadanos. Véase, FREEMAN, Julie y QUIRKE, Sharna, «Understanding e-Democracy. Government Initiatives for Democratic Reform», *Journal of e-Democracy (JeDEM)*, vol. 5, nº2, 2013, p. 144. Por su parte, algunos autores consideran que la democracia digital debe etiquetarse como la última etapa del modelo de gobierno electrónico. En VAN DER MEER, Toni G. L. A. *et al*, «E-democracy...», cit., pp. 501-503.

⁹⁶ CHADWICK, Andrew, «Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance», *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 5, 1, 2009, pp. 34-39. Esta idea de bidireccionalidad y mejor comunicación entre ciudadanos y sus gobernantes también la ofrece GARCÍA GUTIÁN quien considera que el nuevo modelo de gobierno electrónico precisamente busca reducir las relaciones jerárquicas entre estos e incrementar sus interacciones directas. En GARCÍA GUTIÁN, Elena, «Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016, p. 173; así como ABOSO al considerar que la evolución tecnológica, en el ámbito político, ha ayudado a que las autoridades transmitan de manera instantánea sus objetivos y resultados, aplicando la tecnología para agilizar el proceso electoral y mejorar la comunicación con los ciudadanos. En ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético...*, cit., p. 29.

el otro, porque es preciso remarcar la superación del mundo analógico⁹⁷ y el traslado de las actividades cotidianas del ser humano al entorno digital.

2.3.2. *Hacia un Derecho penal digital*

Las transformaciones en la criminalidad derivados de los cambios sociales de algún modo repercuten en la configuración del Derecho penal. Bajo esta premisa y a grandes rasgos uno puede observar cómo en las sociedades industriales del siglo XIX y principios del XX la coyuntura social repercutía en un Derecho penal clásico que giraba alrededor de la figura del homicidio de un autor individual. Con el paso a la sociedad globalizada del riesgo, se da lugar al nacimiento de nuevas formas de criminalidad realizadas bajo el manto empresarial y la perspectiva transnacional. Estos aspectos conducen a un cambio de perspectiva en el que el foco central lo adquiere el delito económico organizado en su modalidad empresarial y de macrocriminalidad (terrorismo, narcotráfico y criminalidad organizada)⁹⁸. Actualmente, con la consolidación de la sociedad digital de la información, es posible afirmar la necesidad de que el Derecho penal se adapte a la realidad descrita *supra* a través de un Derecho penal tecnológico, cuyo centro de atención sea el ciberespacio, como un nuevo entorno protagonista⁹⁹. En este punto, conviene precisar cuáles son los principales rasgos y las alteraciones propiciadas por este Derecho pena digital.

Como no puede ser de otro modo, uno de los más importantes ha sido la necesidad de crear nuevos tipos o subtipos penales debido a la ineficacia de algunas figuras típicas tradicionales para hacer frente a los daños propiciados en el contexto de las nuevas

⁹⁷ Desde una óptica similar, MORÓN LERMA, pese a utilizar la caracterización de nuestra sociedad como *sociedad de la información*, prefiere aludirla como *sociedad digital* precisamente por la superación del entorno analógico que se está experimentando. Véase, al respecto, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal...*, cit., p. 19.

Por otro lado, también a través de la etiqueta «digital» se está haciendo referencia al uso de la tecnología como medio de almacenamiento y procesamiento de toda esa valiosa información que permite hablar de una nueva dimensión más allá de la realidad analógica. Véase, en este sentido, VELASCO NÚÑEZ, Eloy y SANCHIS CRESPO, Carolina, *Delincuencia informática...* cit., p. 263.

⁹⁸ Sobre la transformación del Derecho penal clásico al Derecho penal que gira en torno al delito económico organizado véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal...*, cit., pp. 95-109.

⁹⁹ Esto se produce, siguiendo el planteamiento de AGUILAR CÁRCELES, debido a la vinculación directa y positiva del incremento notable de ciberusuarios con el de la cibercriminalidad. Véase, AGUILAR CÁRCELES, Marta María, «Cibercrimen y cibervictimización en Europa: instituciones involucradas en la prevención del ciberdelito en el Reino Unido», *Revista Criminalidad*, vol. 57, nº1, 2015, p. 124.

tecnologías¹⁰⁰. Según ANARTE BORRALLLO, estas nuevas modalidades delictivas han sido la respuesta bien derivada de la necesidad de protección de nuevas conductas de ataque frente a formas de criminalidad clásicas, bien por la transformación de determinados bienes jurídicos relacionados con las TIC¹⁰¹. También el ámbito de lo punible se ha visto ampliado a propósito del incremento del injusto que genera la realización de comportamientos tradicionales en el espacio digital. En esta línea, un sector de la doctrina ha defendido que de las propias características del ciberespacio como medio comisivo se genera un incremento cuantitativo y cualitativo en la afectación al bien jurídico, produciendo una mayor gravedad de la conducta¹⁰².

En la práctica, esta idea ha inspirado al legislador a tipificar conductas expresamente realizadas a través de las TIC, aunque en el entorno analógico carecía de lesividad¹⁰³, o

¹⁰⁰ Igualmente, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet...*, cit., p. 17.

¹⁰¹ ANARTE BORRALLLO, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías...», cit., p. 196. En relación con el primer caso, el ejemplo más claro fue la introducción del apartado segundo del artículo 248 del Código penal con el que se pretendió evitar la laguna legislativa respecto de las nuevas modalidades de atentar el patrimonio mediante artificios electrónicos. Por su parte, conductas como la de *hacking* o *cracking* contemplados en los artículos 197 Bis, ter y 264 del texto punitivo constituirían supuestos del segundo por su estrecha vinculación al sabotaje de sistemas informáticos como nueva perspectiva de lesión. Más recientemente, en una línea similar LLORIA GARCÍA quien considera que las últimas reformas del Código penal operadas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con las nuevas tecnologías eran necesarias sobre todo en algunos ámbitos específicos en los que los instrumentos tradicionales del Derecho penal no eran efectivos para combatir lesiones a bienes jurídicos nuevos. Cfr. LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting» tras la reforma penal de 2015», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Ciberdelitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 200. Por su parte, desde una visión más general, NÚÑEZ CASTAÑO resalta cómo los cambios sociales suscitados a propósito de una sociedad tecnológica han determinado la aparición de ciertas modalidades delictivas que atentan contra nuevos intereses dignos de tutela penal. Si se desea profundizar, véase, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Relevancia penal de las nuevas tecnologías...», cit., p. 5.

¹⁰² Entre otros, LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio: Concepto y características», en Riquert Marcelo A. (dir.) y Sueiro, Carlos Christian (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 374-377; AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad. ¿Es necesaria una dogmática del ciberdelito ante un nuevo paradigma?», *EPC*, vol. XLI, 2021, pp. 738 y 765; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., pp. 314 y 315.

¹⁰³ Este espíritu de tipificación se observa claramente en las últimas reformas del Código penal. Algunos ejemplos se desprenden tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en el ámbito de la propiedad intelectual en el que los servicios de la sociedad de la información son el medio de publicidad y divulgación de trabajos sin autorización del titular (art. 270.2 CP), en el ámbito de la intimidad en el delito de difusión de imágenes no consentidas (art. 197.7 CP) o en el ámbito de la libertad e indemnidad sexual a través del acoso sexual de menores por internet (183 ter CP).

También en la reforma operada por la LO 8/2021, de 4 de junio en la que ha destacado la incorporación de conductas utilizando las TIC y el amparo de menores y personas de especial protección. Ejemplos de ello han sido la incorporación de los artículos 143 bis y 156 ter CP que regula la conducta de difusión pública mediante las nuevas tecnologías de contenidos destinados a incitar al suicidio o la autolesión de menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Así como la introducción del artículo 361 bis que contempla la difusión a través de las TIC de contenidos destinados a promover entre personas menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección, prácticas susceptibles de generar riesgo para la salud de las personas.

bien a añadir tipos que agravan la pena por el mero hecho de difundirse a través de la red¹⁰⁴.

Por lo tanto, el Derecho penal digital¹⁰⁵ continúa el sendero marcado por el Derecho penal del riesgo mediante la amplificación de los efectos de la expansión penal y la flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales¹⁰⁶. De hecho, siendo más precisos, más que hablar de una *reflexibilización* se está produciendo una auténtica reformulación de alguna de las categorías clásicas debido a la total ineficacia que están suponiendo los medios tradicionales para la salvaguarda de los intereses jurídicos dañados por la ciberdelincuencia¹⁰⁷. Quizás un ejemplo reciente de esta postura sea el

¹⁰⁴ Tal vez, los ejemplos más claros de este tipo han sido los polémicos delitos de expresión como el delito de odio del art. 510 y el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP cuyos apartados tercero y segundo, respectivamente, agravan la pena del tipo básico en su mitad superior cuando los hechos se llevan a cabo a través de Internet, medio de comunicación social o el uso de tecnologías de la información.

¹⁰⁵ Otros autores prefieren hablar de «Derecho penal de la Información y las Técnicas de Comunicación» comprendiendo igualmente el estudio de cualquier forma de manifestación de los delitos tecnológicos que pueden ser cometidos bajo un uso de los sistemas de tratamiento y transmisión automatizado de datos. Véase, ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético...*, cit., p. 23.

¹⁰⁶ Se argumenta, en este sentido, que la nueva política legislativa propiciada por el uso de las nuevas tecnologías se caracteriza, en ocasiones, por la introducción de conductas alejadas a la efectiva lesión del bien jurídico; la vulneración de las garantías penales básicas, en especial la de intervención mínima y la proporcionalidad; la construcción de figuras paralelas a las tradicionales; la tipificación como delitos de meros actos preparatorios y la creación de lícitos penales que protegen aparentemente bienes jurídicos colectivos. Véase, sobre estas cuestiones, entre otros, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», *Revista Penal*, nº 24, 2009, pp. 92-93; FARALDO CABANA, Patricia, «La respuesta legal a la delincuencia informática, ¿hay razones para el ciberpánico?», en Barona Vilar, Silvia (coord.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 499 y NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Relevancia penal de las nuevas tecnologías...», cit., pp. 8 y 9.

¹⁰⁷ Se trata de una cuestión que ya desde hace cuarenta años ha sido suscitada por penalistas como BOIX REIG quien ya advirtió de la necesidad de adaptar el Derecho penal vigente a las nuevas exigencias dimanadas del progreso de la informática y de las nuevas tecnologías, Cfr. BOIX REIG, Javier, «Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y del honor e informática», *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, nº2, 1983, p. 32. Con mayor intensidad actualmente ya que puede apreciarse un crecimiento de juristas que cada vez más consideran que la ciberdelincuencia implica o implicará un desvanecimiento de teorías jurídicas tradicionales por la incompatibilidad o insuficiencia de las estructuras de estas con el desarrollo constante de aquellas. Entre otros, ANARTE BORRALLÓ, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías...», cit., pp. 215-216; AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., *passim*; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 324; ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia...*, cit., p. 19; DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 19. En su caso, VIDAURRI ARÉCHIGA resalta cómo el desarrollo de las nuevas tecnologías ha propiciado para los penalistas la necesidad de trascender la configuración dogmática imperante y la necesidad de formular novedosos planteamientos relacionados con el bien jurídico, el adelantamiento de la barrera de punición y el medio utilizado. Cfr., VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, «Delitos informáticos...», cit., p. 198. Asimismo, LLORIA GARCÍA afirma que «no siempre se realiza la mejor interpretación de la norma, pues los operadores jurídicos siguen anclados en concepciones y teorías habilitadas para un mundo no tecnificado». En LLORIA GARCÍA, Paz, *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías: habitualidad, sexting y stalking*, Iustel, Madrid, 2020, p. 93. De manera similar FERNÁNDEZ TERUELO cuando expresa que «El Derecho penal y procesal (penal) vigentes, así como los principios garantistas inherentes a ambos, han sido contruidos, en esencia, sobre la base de un modelo de criminalidad física, marginal e individual. Frente a ello, con la aparición de internet, los distintos

ofrecido por AGUSTINA¹⁰⁸. Según este autor, para mejorar la respuesta y los instrumentos concretos frente al nuevo paradigma que supone la cibercriminalidad es necesario que se lleve a cabo una profunda modulación de algunos axiomas básicos del Derecho penal. Entre ellos, considera conveniente una modulación del concepto de acción para que se adapte a las mutaciones del espacio y del tiempo que se producen en el mundo digital y de las redes sociales. Unas transformaciones que han propiciado el surgimiento del principio de ubicuidad¹⁰⁹, el replanteamiento de la medición de la prescripción y la funcionalidad de los delitos permanentes¹¹⁰, así como la flexibilización de la teoría de la unidad y pluralidad delictiva o de las fases del *iter criminis*.

Además, plantea que la crisis del concepto de bien jurídico protegido (por su poca capacidad de rendimiento y la pérdida de fuerza expresiva) ha desencadenado una

organismos encargados de su represión se han debido enfrentar a un cauce de ejecución delictiva que cuestiona plenamente muchos de los axiomas vigentes». En FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2007, p. 13.

¹⁰⁸ Si se desea profundizar en las ideas que se exponen a continuación, véase, AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., pp. 746-765.

¹⁰⁹ Sobre las distintas posibles soluciones respecto de la transnacionalidad de los delitos cometidos en la Red y los problemas que puede plantear el principio de ubicuidad, véase, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», *Eguzkilore*, nº21, 2007, pp. 31 y 32. Este principio de ubicuidad como criterio clave en la asignación de la competencia jurisdiccional española fue reconocido en nuestro ordenamiento a propósito del Acuerdo del Pleno de la Sala segunda del TS el 3 de febrero de 2005 de la siguiente forma: «El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa».

Sobre la nueva dimensión que adquieren las variables *espacio y tiempo* en el ciberespacio y su eficacia en la acción mostrando una necesidad de cambiar la valoración de la acción típica física a la *ciberacción* también véase, BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, «Ciberdelitos: evolución hacia un Derecho penal funcional incorrectamente dogmatizado», en Bustos Rubio, Miguel y Abadía Selma, Alfredo (dirs.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Bosch editor, Madrid, 2020, pp. 405-406.

¹¹⁰ En especial, AGUSTINA justifica que los delitos no empiezan y acaban siguiendo la misma lógica en el entorno digital que en el analógico. Por ello, considera que es preciso encontrar una solución que fije el inicio y finalización del cómputo de delitos como el de injurias o delitos de odio en las redes sociales porque «a diferencia de lo que sucede con el paradigma de delito permanente (detenciones ilegales y secuestros), lo más probable es que los efectos del hecho, por ejemplo, en un caso de injurias, estén fuera del control del autor. En todo caso, eso no quita que los efectos del ciberdelito puedan graduarse y llegar a ser muy graves, cuestión que debería considerarse en el ámbito penológico». En AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 747. Por su parte, también LLORIA GARCÍA ha señalado los problemas relativos a la permanencia en relación con determinadas conductas que se llevan a cabo en el ciberespacio. Según esta autora, las acciones fundamentalmente relacionadas con el ataque al honor, la intimidad o la integridad moral (aunque también es plausible en otro tipo de atentados) cuando se realizan en el entorno virtual, se produce una dilatación de la afectación al bien jurídico en el tiempo, convirtiéndolos en permanentes (siempre que cumplan con las condiciones necesarias), lo que repercute en un incremento cuantitativo en la afectación del bien jurídico correspondiente, en una mayor dificultad para finalizar la acción lesiva y en un incremento de los problemas de autoría y participación postconsumativas. Cfr. LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 375.

reformulación de los derechos fundamentales para adaptarlos a la era digital¹¹¹. La consecuencia ha sido el surgimiento de nuevas teorías de tipos de delitos diferentes del esquema tradicional tripartito (lesión - peligro concreto – peligro abstracto) como los delitos de aptitud, de acumulación, de preparación y delitos sin bien jurídico¹¹².

E incluso también considera pertinente la reformulación de la imputación objetiva del resultado como consecuencia de las particularidades especiales y la velocidad con la que se difunde la información en redes sociales. Para este autor el inconveniente derivado de este nuevo escenario es doble¹¹³. Por un lado, hay que tener en cuenta que la previsibilidad de viralización de un determinado contenido que puede considerarse ilícito es muchas veces aleatoria e impredecible, por lo que solo aquellos mensajes difundidos que revistan una peligrosidad *ex ante* de acuerdo con las reglas del ciberespacio que se concreten en un peligro concreto podrían justificar la imputación del riesgo generado. Por otro lado, porque en las redes sociales, en ocasiones, se concatenan numerosos usuarios que moldean el contenido, dificultando la prueba del nexo de la imputación.

Asimismo, la adecuación social del uso de las redes sociales como medio de interrelación también intercede en el campo de la responsabilidad penal y de las consecuencias jurídicas. Piénsese en la aparición de nuevos agentes relevantes en numerosas conductas realizadas a través de estos medios como son las figuras de los prestadores de servicios digitales y los agentes difusores cuyo encaje con las figuras clásicas de autoría y participación de los artículos 27 y siguientes del Código penal presenta ciertos problemas¹¹⁴. O en lo especialmente llamativo que resulta que todavía no exista una importante modificación respecto de novedosas consecuencias jurídicas

¹¹¹ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 750. Asimismo, consideran que el desarrollo tecnológico ha propiciado la aparición de una nueva generación de derechos NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Retos del Derecho penal...», cit., p. 1063 y BUSTAMANTE DONAS, Javier, «La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales: segundos pensamientos», *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº85, 2010, p. 2.

¹¹² Matizar que no es objeto de este apartado analizar en profundidad cuáles serían las implicaciones dogmáticas de aceptar dichas nuevas teorías. Un estudio al respecto y en relación con la desinformación se llevará a cabo *infra* en el epígrafe 2.1. «Principio de ofensa y castigo sin bien jurídico protegido», del capítulo I, parte III.

¹¹³ Véase, en profundidad en AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., pp. 757 y ss.

¹¹⁴ El desarrollo de estas ideas se encuentra recogido en el tercer capítulo de la segunda parte del presente trabajo, titulado: «la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes».

adaptadas a la nueva realidad tecnológica como vienen reclamando desde hace tiempo algunos autores¹¹⁵.

Finalmente, un último aspecto que debe tenerse en cuenta es la transnacionalidad de la delincuencia derivada de esa intensificación del proceso de mundialización. En palabras de SIEBER y NUEBERT «debido a las oportunidades de interacción que el ciberespacio ofrece, el crimen cometido a través del ciberespacio o en internet es por naturaleza típicamente transnacional»¹¹⁶. Esta naturaleza de la cibercriminalidad ha impulsado con mayor intensidad la cooperación internacional y la armonización del Derecho penal entre los diferentes Estados¹¹⁷. Hasta el punto incluso de poder afirmar que este factor ha afectado a la influencia de la dogmática jurídico-penal alemana en pro de teorías que se encuadran en el contexto del Derecho anglosajón del *Common Law*¹¹⁸. En cualquier caso, en estos últimos años se ha observado un aumento de la lógica basada en que los nuevos grandes problemas no son privados e individuales de los Estados, sino que atañe a todos en conjunto. Y de esta idea se debe resaltar el papel del Derecho penal

¹¹⁵ En nuestro actual Código penal es muy escasa y residual la aplicación de medidas jurídicas relacionadas específicamente con las nuevas tecnologías como consecuencia de la realización de un delito. Este sería el caso del delito de pornografía infantil del art. 189.8 y, más recientemente, de las conductas de provocación al suicidio, las autolesiones y consumo de productos peligrosos en los menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección de los arts. 143 bis, 156 ter y 361 bis, respectivamente que prevé, en caso de la comisión de dichos ilícitos, que las autoridades judiciales correspondientes ordenen la adopción de las medidas necesarias para retirar los contenidos relativos a esos delitos así como para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente contenidos similares o incluso el bloqueo de los mismos si radican en el extranjero. Por ello, autores como ANARTE BORRALLÓ ya subrayaron la posibilidad de crear sanciones específicas adaptadas a la nueva realidad como la inhabilitación, suspensión o limitación de acceso a sistemas informáticos y redes de comunicación. Algo que está ocurriendo muy paulatinamente a diferencia de lo que pasó con la delincuencia del tráfico viario que dio paso a la introducción de penas específicas como la prohibición del derecho a conducir vehículos de motor. En ANARTE BORRALLÓ, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías...», cit., p. 248.

¹¹⁶ SIEBER, Ulrich y NUEBERT, Carl-Wendelin, «Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional», en Nieto Martín, Adán y García Moreno, Beatriz (dirs.), *Ius puniendi y global law: Hacia un Derecho penal sin estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 305.

¹¹⁷ Sobre la necesidad imperiosa de desarrollar normas de Derecho penal internacional para estar a la altura de los nuevos desafíos de criminalización ya se habían pronunciado autores como FERRAJOLI y MIR PUIG hace más de quince años en FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad...», cit., p. 307 y MIR PUIG, Santiago, «Constitución, derecho penal...», cit., p. 5.

Actualmente, la coordinación internacional se entiende como un elemento indispensable para que las conductas realizadas en el ciberespacio no gocen de una absoluta impunidad. En una línea similar, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., pp. 323 y 324; ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia...*, cit., p. 30 y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «“Hacking” legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática» en VVAA, *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 181.

¹¹⁸ Así lo ha defendido NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Retos del Derecho penal...», cit., p. 1078.

que, por su capacidad reguladora, puede constituir un «poderoso instrumento de integración»¹¹⁹.

3. CONSIDERACIONES ESENCIALES SOBRE LA CIBERDELINCUENCIA

A propósito de la sociedad del riesgo, como se ha tenido ocasión de explicar, surge un modelo de expansión que trata de acomodar el sistema penal a modernas realidades delictivas. Entre ellas destacan tres grandes grupos de criminalidad: la delincuencia organizada¹²⁰, la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual y aquella relacionada con la marginación y la exclusión social¹²¹. En cambio, en la sociedad digital, si bien es cierto que estos tres grupos siguen ostentando un papel primordial mediático y social, es la cibercriminalidad la que está haciéndose eco a pasos agigantados¹²².

¹¹⁹ Así lo considera QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La globalización...», cit., p. 27. Asimismo, también de la armonización internacional en materia de legislación penal se derivan otras cuestiones interesantes como el Derecho Penal Intercultural. Sobre esta cuestión véase BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Globalización...», cit., pp. 193-201.

¹²⁰ Véase, FOFFANI, Luigi, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», *Revista penal*, nº 7, 2001, pp. 59-60.

¹²¹ Véase, en este sentido en mayor profundidad DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., pp. 15-17.

¹²² Hasta tal punto que alguna autora se refiere al período actual como el «momento de apogeo de la cibercriminalidad». En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Relevancia penal de las nuevas tecnologías...», cit., p. 7. Fíjese, por ejemplo, en algunos de los datos proporcionados por organismos públicos. Así, tal como refleja el estudio sobre la cibercriminalidad en España de la Dirección General de Coordinación y Estudios dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad, la importancia de la delincuencia en el ciberespacio crece de manera incesante al mismo tiempo que va aumentando su peso proporcional dentro del conjunto de la criminalidad. En concreto, el porcentaje que representa la cibercriminalidad sobre el total de infracciones penales ha pasado de un 4'6% en 2016 a un 19'2% en 2023. En Dirección General de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, «Estudio sobre la cibercriminalidad en España. 2020», 2020, p. 22. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Estudio+sobre+la+Cibercriminalidad+en+Espa%C3%B1a+2020.pdf/ed85b525-e67d-4058-9957-ea99ca9813c3> (fecha de consulta: 18-08-2022) y, Dirección General de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, *Informe sobre la cibercriminalidad en España*, 2023, p. 18. Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf (fecha de consulta: 10-01-2024).

Si bien es cierto que, como ha advertido la FGE, en el año 2020 se ha observado un aumento sensiblemente inferior al número de casos incoados por cibercriminalidad del que se estaba produciendo en los últimos años. Según su Memoria de 2021 se ha pasado de un incremento anual de incoaciones como de acusaciones formuladas del 44'92% y 46% respectivamente al 28,69% y 12,64%. No obstante, como refleja la propia memoria esto se debe en gran parte a que el obligado aislamiento social propició una ralentización y paralización de la generalidad de los procedimientos judiciales lo que ha tenido una clara influencia en los resultados estadísticos obtenidos. De hecho, señala que ya en el segundo semestre del año, conforme se ha ido retomando la normalidad en las actuaciones judiciales, se ha observado un gran crecimiento en este tipo de criminalidad. Como se afirma en la memoria mencionada: «este incremento de la criminalidad en el

No obstante, esta ya no tan novedosa forma de delincuencia no ha sido siempre lineal, sino que ha ido evolucionando paralelamente a medida que se ha producido un desarrollo de las TIC. Esta visión la ofrece en profundidad MIRÓ LLINARES cuando relaciona las tres grandes etapas de la era de la información¹²³, con los cambios producidos sobre la ciberdelincuencia¹²⁴. Así, en una primera generación en la que el protagonismo lo ostentaban las terminales informáticas y la información personal en el uso de los ordenadores, la cibercriminalidad se centraba en los sabotajes informáticos, así como cualquier forma de ataque a través del ordenador que pudiera afectar a la intimidad. Tras la aparición de Internet y el crecimiento de la transnacionalidad, en cambio, surge la posibilidad de lesionar bienes patrimoniales y personales de usuarios concretos, así como bienes colectivos a través de figuras como el *scam*, el *phishing* y el *pharming*, por una parte, y el ciberracismo o ciberterrorismo, por otro. En una tercera fase, con el desarrollo de las redes sociales, nos encontramos en la época dorada tanto desde un sentido cuantitativo (por el incremento constante de uso de estas plataformas) como cualitativo (aparición de nuevas formas de delincuencia) que afectan a diferentes esferas de la personalidad. También el derecho a una información veraz que, como se verá, se ha visto gravemente dañado en estos últimos años como consecuencia del traslado del debate público a dichas plataformas.

La desinformación, por tanto, ha sufrido un incremento cuantitativo y cualitativo al producirse en la red. Pero, para comprender la relevancia del traslado de estos

entorno tecnológico no es sino la consecuencia lógica de la profunda digitalización de las relaciones sociales y económicas, a la que la pandemia sin duda ha contribuido, que ha traído consigo el traslado al ciberespacio de la generalidad de las manifestaciones criminales, fenómeno, desde nuestro punto de vista, imparable y cuyos efectos en el momento presente solo somos capaces de vislumbrar pero que percibiremos con mayor claridad en un futuro próximo». Véase, Fiscalía General del Estado, *Memoria FGE 2021*, Madrid, 2021, pp. 1301-1302. Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS21.pdf (fecha de consulta: 22-08-2022). Por su parte, en su Memoria de 2023 continúa observándose ese crecimiento en el porcentaje de procedimientos judiciales incoados, habiendo ascendido un 40% en el período 2020-2021 y un 3% en 2022. Lo que, según la Fiscalía General del Estado «supone la consolidación de la tendencia al alza en el volumen de investigaciones penales por ciberdelitos de la que venimos dando cuenta en anteriores Memorias, y en la que, sin duda, está influyendo la profunda y constante digitalización de las relaciones interpersonales y de la actividad social en su conjunto». Véase, Fiscalía General del Estado, «Memoria FGE 2023», Madrid, 2023. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html (fecha de consulta: 10-01-2024).

¹²³ Véase, en el epígrafe 2.3.1. La etiqueta «digital» en la sociedad de la información la idea desarrollada por Anarte Borrallo.

¹²⁴ Estas ideas de este autor en detalle se pueden encontrar en MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 37-38 y, el mismo, «Cibercriminalidad y responsabilidad...», cit., pp. 561-562.

comportamientos al entorno digital y el cambio de repercusión que ello ha conllevado, se debe tener presente en un sentido más general, qué es la ciberdelincuencia, qué implicaciones tiene y cómo se explica su proliferación.

3.1. Precisiones conceptuales sobre la ciberdelincuencia

El primer problema al que uno se enfrenta cuando estudia en profundidad el fenómeno de la cibercriminalidad es la confusión existente respecto de su contenido y concreta denominación¹²⁵. Posiblemente, una de las primeras referencias extendidas en nuestro país haya sido la de «delito informático», importado de la noción anglosajona *computer crime*, la cual empezó a utilizarse a finales de los 80 a pesar de que, siguiendo a BARRIO ANDRÉS, en ese momento la legislación española todavía no había tipificado ningún comportamiento relacionado con las nuevas tecnologías¹²⁶. Una terminología que, como se ha señalado en la introducción de este apartado, no hacía sino describir la realidad que imperaba en ese momento como era el uso de las computadoras y el daño de los sistemas informáticos como actividad criminal principal.

En cambio, aunque dicha designación se sigue manteniendo en la actualidad, lo cierto es que el protagonismo que se le ha otorgado a la idea de «ciberespacio»¹²⁷ como entorno que va más allá de los ordenadores y que engloba cualquier herramienta con capacidad de conectarse a la red, ha propiciado el incremento en el uso de otros términos

¹²⁵ Un ejemplo muy ilustrativo lo ofrece GARCÍA GUILABERT al detallar los términos que la comunidad científica emplea para referirse a la criminalidad relacionada con las nuevas tecnologías y los autores que las usan como «delincuencia informática», «*computer crime*», «*e-crime*», «*crime online*», «*virtual criminality*», «*high-tech crime*», «*computer-related*», «*digital crime*», etc. En GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores por actos de ciberacoso continuado y actividades cotidianas en el ciberespacio* [Tesis doctoral], Universidad de Murcia, 2014, pp. 22-23.

¹²⁶ BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El régimen jurídico de los delitos...», cit., p. 3.

¹²⁷ Si atendemos al origen etimológico de la palabra, siguiendo a DAVID LYON, esta es una amalgama de la palabra «ciber» de «cibernética» en la que se estudia la analogía entre sistemas de control y comunicación de los seres vivos y los de las máquinas y «espacio» como «extensión que contiene toda la materia existente». Si se desea profundizar en el origen y la historia de esta palabra, así como un examen sociológico de la misma, véase, LYON, David, «Beyond Cyberspace: Digital Dreams and Social Bodies», *Information Technology Education and Society*, vol. 16, nº1, 2015, pp. 3-5. Por ello, cuando la RAE define ciberespacio como el «ámbito virtual creado por medios informáticos» debemos entenderlo, en una línea similar a la propuesta por BORJA JIMÉNEZ, como el conjunto de sistemas de comunicación digital y conjunto de plataformas que permite el contacto de usuarios a través de la Red. Esto es, todo aquello que engloba Internet, la web 2.0 (redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea), así como cualquier plataforma que permita, digitalmente, la interconexión entre usuarios. En BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 309.

como «cibercrimen» y «cibercriminalidad». Hasta el punto de poder afirmar que estos han desplazado a aquel y se han convertido en los más utilizados¹²⁸.

Otra cuestión interesante para abordar es el contenido de estos conceptos. Algunos autores como MIRÓ LLINARES entienden que la noción de «cibercriminalidad» puede interpretarse desde un sentido tipológico, pero también normativo. De este modo, puede abordarse desde una perspectiva puramente criminológica, contemplando las conductas desviadas que reúnen una serie de características relacionadas con el ciberespacio y, por otro lado, desde un punto de vista jurídico-penal, en el que se identifica un tipo y su correspondiente sanción para salvaguardar bienes jurídicos que son dignos de protección¹²⁹. En realidad, como ha precisado GALÁN MUÑOZ, se trata de dos enfoques que son complementarios respecto del fenómeno ya que aportan una visión que se centra en el análisis fáctico de conductas lesivas, con independencia de su tipificación penal, y otra centrada en las particularidades de las conductas consideradas delictivas por el legislador¹³⁰.

No obstante, a diferencia de lo planteado por estos autores, otros como LLORIA GARCÍA prefieren diferenciar entre ambos enfoques, de modo que proponen aludir a «delitos tecnológicos» cuando se haga referencia a aspectos estrictamente penales y no criminológicos. Siguiendo a esta autora, esta denominación permite, por un lado, resaltar el matiz del estudio del delito desde una perspectiva del derecho positivo y, por el otro, no se circunscribe al ataque de los sistemas informáticos como puede llevar a pensar la referencia de «delitos informáticos», sino que contempla aquellas conductas típicas y antijurídicas relacionadas con la tecnología¹³¹.

¹²⁸ Así lo considera MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., pp. 37 y 41. Este autor, además, matiza que, aunque cibercriminalidad y cibercrimen se suelen utilizar de manera indiscriminada, lo cierto es que no designan exactamente lo mismo. El primero se refiere más bien a una categoría: aquella que engloba todos los cibercrímenes, es decir, a la criminalidad producida en el ciberespacio. Por lo tanto, el segundo señala a una concreta conducta dentro de ese fenómeno.

Por su parte, ya algunos autores como MORILLAS FERNÁNDEZ advertían de las dificultades del uso del término «delito informático» que, aunque en una dimensión criminológica tenía cabida, desde el punto de vista jurídico carecía de relevancia al no existir un tipo concreto que castigara tal conducta como sí ocurría en otros países. En MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 99-100.

En contra, podríamos situar a VIDAURRI ARÉCHIGA quien considera que todavía en la actualidad el concepto más utilizado es el de «delito informático». En VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, «Delitos informáticos...», cit., p. 205.

¹²⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., pp. 39-40.

¹³⁰ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, Editorial UOC, Barcelona, 2019, p. 15.

¹³¹ LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., pp. 368 y 371.

En cualquier caso, tanto si se alude a la cibercriminalidad desde un análisis criminológico como al de delitos tecnológicos desde el punto de vista penal, lo verdaderamente relevante es el alcance con el que se aborda el fenómeno. En este sentido, la doctrina suele diferenciar entre una concepción amplia y una más restringida. Si se opta por la primera se está aludiendo a toda conducta delictiva que se lleva a cabo en el ciberespacio, comprendiendo tanto conductas que dañan intereses que solo se pueden atacar en aquel como aquellos otros tradicionalmente ilícitos en los que la red tan solo constituye el medio. Por el contrario, se entenderá que el sentido es restringido cuando se entienda que únicamente comprende aquellos comportamientos delictivos cuya esencia de injusto no podría haberse producido fuera del ciberespacio¹³². Como se puede deducir, el matiz es enormemente trascendente. La doctrina mayoritaria suele decantarse por adoptar una concepción amplia¹³³, aunque existen otros autores que utilizan un alcance

¹³² Así lo ha acogido MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 42. Por su parte, MORILLAS FERNÁNDEZ ha agrupado las posiciones doctrinales respecto del alcance del fenómeno en tres posturas. En primer lugar, la que él denomina «postura amplia» que comprende cualquier comportamiento criminógeno en la que la computadora está involucrada. En segundo lugar, las «posturas intermedias» que son las conductas en las que la tecnología puede constituir el medio o ser el objeto de la acción típica. Y, por último, las «posturas restringidas» que, en su opinión, quedan limitadas al ámbito jurídico en tanto exclusivamente comprende aquellos comportamientos en los que se persigue castigar los atentados que sufren los *software* del ordenador que no puedan ser subsumidos en figuras típicas tradicionales. Para este autor la primera postura cabe rechazarla puesto que ha quedado obsoleta ya que se sustenta en argumentos poco sólidos que fueron creados en una época en la que todavía se desconocía el verdadero potencial de los ordenadores. Cfr., MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., *Análisis dogmático y criminológico...*, cit., pp. 101-106. Son, por tanto, las otras dos posturas las que han permanecido como las dos alternativas de análisis del fenómeno.

¹³³ Entre otros muchos, véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 44 el cual finalmente opta por esta postura al considerar el cibercrimen como «cualquier delito en el que las TIC juegan un papel determinante en su concreta comisión, que es lo mismo que afirmar que lo será cualquier delito llevado a cabo en el ciberespacio, con las particularidades criminológicas, victimológicas y de riesgo penal que de ello se derivan»; LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., pp. 376-377 cuando describe delito tecnológico como: «todos aquellos que, o bien por el objeto material (sistema informático) o en atención al bien jurídico (seguridad de los sistemas informáticos) o bien por el medio comisivo (el tecnológico) o por el lugar en el que se producen (el ciberespacio), van acompañados de una especial dificultad en su persecución y castigo y de un especial peligro de incremento de lesión del bien jurídico, tanto por razones del propio medio comisivo, como por cuestiones relativas a los sujetos que se ven involucrados en la acción (activos-pasivos)»; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y comunicación en el Código Penal: panorámica general», *Cuadernos penales José María Lidón, Delito e informática: algunos aspectos*, nº4, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 44 que lo define como «conductas típicas vinculadas, por el medio comisivo, el objeto del ataque, etc, al ámbito de la informática o de la cibernética, al ámbito del mundo digital»; COLÁS TURÉGANO, Asunción, «El delito de intrusismo informático tras la reforma del CP español de 2015», *Revista Boliviana de Derecho*, nº21, 2016, p. 212 que, de manera sintética, indica que ciberdelitos son todas aquellas conductas «unidas por el denominador común de ser realizadas mediante las nuevas tecnologías»; HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «Aproximación a un concepto de Derecho Penal Informático», en De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De la Mata Barranco, Norberto J. (coord.), *Derecho Penal Informático*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 43 alude a la criminalidad informática como «comportamientos en los que un sistema informático sea el medio para lesionar un bien jurídico, cualquiera, y todos aquellos en que dicho sistema sea el propio objeto sobre el que recae la acción delictiva»; YAR, Majid, «The novelty of 'Cybercrime'. An assessment in light of routine activity theory», *European Journal of Criminology*, vol. 2, nº4, 2005, p. 409 «una gran variedad de actividades ilícitas cuyo denominador común es el papel central

restrictivo del mismo¹³⁴. Entiendo que lo más adecuado es optar por el primer enfoque, sobre todo si nos apoyamos en el sentido que se le ha otorgado normativamente al fenómeno.

Así, esta conceptualización amplia ha sido la adoptada por organismos internacionales. Un ejemplo de ello lo constituye el grupo de expertos invitados por la OCDE en mayo de 1983 que definieron «delitos relacionados con los ordenadores» a «cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesamiento automatizado de datos». Una definición que, como advirtió SIEBER, permitía un uso heterogéneo a campos de estudio de lo más diverso como el penal, el criminológico o el económico¹³⁵.

desempeñado por las redes de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en su comisión»; DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 23 consideran que el concepto incluye «acciones y/u omisiones dolosas o imprudentes, penadas por la Ley en las que ha tenido algún tipo de relación en su comisión, directa o indirecta, un bien o servicio informático o telemático» y POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red*, editorial Fragua, Madrid, 2015, p. 3. Igualmente, NÚÑEZ CASTAÑO al expresar que frente a posturas restringidas, debe mantenerse una concepción amplia que incluya cualquier comportamiento típico en el que las nuevas tecnologías representen un papel determinante para su comisión, bien sea como medio comisivo, bien como objeto de ataque. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Relevancia penal de las nuevas tecnologías...», cit., pp. 11 y 19.

¹³⁴ Este ha sido el planteamiento ofrecido por ROMEO CASABONA, Carlos María, «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político criminal», en Romeo Casabona, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, Comares, 2006, p. 9 quien restringe el cibercrimen al «conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información en redes telemáticas, las cuales constituyen su entorno comisivo, perpetradas sin el consentimiento o autorización exigibles o utilizando información de contenido ilícito, pudiendo afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual». También podría considerarse restrictiva la postura de ESPINOSA SÁNCHEZ, Jesús Francisco, «Ciberdelincuencia...», cit., p. 155 puesto que determina que son ciberdelitos aquellos actos ilícitos que «consiguen penetrar en las defensas de los sistemas informáticos, provocando una vulneración de estos y dando lugar a una pluralidad de delitos que pueden variar en su esencia delictiva». Por su parte, WALL, David, «What are Cybercrimes?», *The center for crime and justice studies, CJM*, nº58, 2004, p. 20 considera que los verdaderos cibercrímenes solo son aquellos que exclusivamente pueden perpetrarse en el ciberespacio, de modo que desapareciendo Internet, estos desaparecerían y no sería posible su comisión. Asimismo, VILLAVICENCIO TERREROS cuando indica que «Por nuestra parte, entendemos a la criminalidad informática como aquellas conductas dirigidas a burlar los sistemas de dispositivos de seguridad, esto es, invasiones a computadoras, correos o sistemas de datos mediante una clave de acceso; conductas típicas que únicamente pueden ser cometidas a través de la tecnología». En VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «Delitos informáticos», *Revista Ius et Veritas*, nº 49, 2014, p. 286. O incluso la postura ofrecida por ABOSO al afirmar que «cuando uno habla con propiedad de delito cibernético está haciendo alusión a la manipulación de un sistema, programa o dato informático, se vincula directamente con la manipulación de los sistemas informáticos o su destrucción, alteración o borrado» y, *por ende*, denomina como *delitos cibernéticos propios* solo las conductas cuyo objeto de agresión es la integridad y el funcionamiento del sistema automatizado de procesamiento de datos y *delitos cibernéticos impropios* cuando el uso de las nuevas tecnologías es el mero instrumento. Cfr. ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético...*, cit., pp. 17 y 20.

¹³⁵ SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática: peligro y prevención», (traducido por Joshi Jubert, U.) en Mir Puig, Santiago (coord.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, p. 66. En un sentido muy similar, MATA Y MARTÍN resalta la extensa cantidad de campos a los que afecta el contenido tan generalizado del concepto en MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática...*, cit., p. 21.

Lamentablemente, el Convenio de Budapest de 2001, caracterizado por ser la norma internacional primordial en materia de Ciberdelincuencia, no llegó a establecer un concepto expreso en su artículo 1. Sin embargo, otros instrumentos relevantes en materia europea como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo «Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia» de 2007 sí que han proporcionado una clara conceptualización entendiendo por ciberdelincuencia las «actividades delictivas realizadas con ayuda de redes de comunicaciones y sistemas de información electrónicos o contra tales redes y sistemas»¹³⁶. Como puede observarse, en este caso se emplea un alcance claramente genérico o amplio del fenómeno en los términos detallados previamente. E incluso, recientemente, normativas propias de nuestro ordenamiento han adoptado de forma contundente esta postura. Buena prueba de ello ha sido la Orden PCI/487/2019, de 26 de abril, por la que se publica la Estrategia Nacional de Ciberseguridad 2019, aprobada por el Consejo de Seguridad Nacional. En esta Orden se define la cibercriminalidad como «conjunto de actividades ilícitas cometidas en el ciberespacio que tienen por objeto los elementos, sistemas informáticos o cualesquiera otros bienes jurídicos, siempre que en su planificación, desarrollo y ejecución resulte determinante la utilización de herramientas tecnológicas».

Por consiguiente, el punto de vista que se adoptará en la presente investigación será desde un enfoque amplio que se vincula con el utilizado por las diferentes legislaciones tanto nacionales como internacionales. Asimismo, con la finalidad de presentar una terminología más clara y precisa, se distinguirá «cibercriminalidad» o «cibecrimen» cuando se aluda a la perspectiva criminológica; y, por otro lado, «delitos tecnológicos» o «ciberdelitos» cuando se haga referencia a la perspectiva penal.

3.2. La relevancia del ciberespacio

3.2.1. El ciberespacio y la cibercriminalidad como categoría

Sin duda, una de las cuestiones más controvertidas cuando se analiza el contenido de la cibercriminalidad es, precisamente, la de considerar si es acertado agrupar todos los comportamientos realizados a través de la red bajo una misma categoría. De hecho, algún

¹³⁶ Comisión de las Comunidades Europeas, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones: Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia», (COM (2007) 267 final, de 22 de mayo de 2007).

autor como GILLESPIE ha puesto de manifiesto que nos encontramos ante una nueva disciplina, una «subespecie» del derecho penal¹³⁷. Desde este punto de vista, este Derecho penal digital, como ocurre con el Derecho penal económico¹³⁸, por ejemplo, se entendería como una parte específica del Derecho penal que presenta unas características comunes. En este caso esta subdisciplina estudiaría tanto los elementos de los delitos en los que las TIC desempeñan un papel relevante como los interrogantes que se derivan de la investigación y prueba mediante el uso de las TIC¹³⁹.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina ha rechazado tal afirmación¹⁴⁰, negando por tanto la existencia de una categoría o rama con sustantividad propia. La razón radica en que, bajo un punto de vista estrictamente penal, la amplia diversidad de bienes jurídicos de distinta naturaleza que los delitos tecnológicos pueden lesionar impide su agrupación bajo una misma categoría dogmática. Por ese motivo, nuestro legislador español ha decidido no regularlos bajo un mismo título específico, de modo que se encuentran diseminados en el Código penal¹⁴¹. En palabras de BARRIO ANDRÉS, argumentar que estos comportamientos conforman una categoría específica de delitos

¹³⁷ GILLESPIE, Alisdair A., *Cybercrime: key issues and debates*, 1ª ed, Abingdon, Routledge, 2016, p. 24.

¹³⁸ Algunas reflexiones interesantes sobre la evolución histórica del Derecho penal económico en Europa se ofrece en FOFFANI, Luigi, «Evolución histórica y perspectivas futuras del Derecho penal económico europeo», en Silva Sánchez, Jesús María, et al., (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBdF, Buenos Aires, 2017, *passim*.

¹³⁹ AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., p. 34. Sin embargo, como se expondrá más adelante, estos autores no están de acuerdo en que exista ni deba existir una disciplina específica o categoría autónoma ni desde el punto de vista criminológico ni penal.

¹⁴⁰ Entre otros, BOIX REIG, Javier, «Consideraciones sobre la protección...», cit., p. 31 cuando aclara que solo puede hablarse de un Derecho penal de la informática a efectos didácticos y no como una rama con sustantividad propia; ROMERO CASABONA, Carlos María, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid, 1987, p. 41; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Los delitos vinculados a las tecnologías...», cit., pp. 43 y 44 quien no considera acertado que los delitos tecnológicos se configuren como una rama dentro del Derecho penal como ocurre con los delitos patrimoniales o sexuales; ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 14; GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Los ciberdelitos...*, cit., p. 16 al afirmar que no se corresponde con la realidad que todos los comportamientos que engloba el fenómeno presenten elementos técnicos comunes que los diferencien del resto; HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «Aproximación a un concepto...», cit., p. 42; ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia...*, cit., p. 31.

¹⁴¹ Para ORTS BERENGUER y ROIG TORRES esta dispersión normativa puede generar algunas dificultades en las que, junto aquellas pragmáticas derivadas de la propia complejidad tecnológica del instrumento del delito, se derivan problemas de interpretación que deberán hacerse siempre de acuerdo con el específico tipo en el que se ubican. ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos...*, cit., p. 14.

significa «crear una nueva clase de ilícitos no autorizada por el legislador, ni exigida tampoco por la naturaleza de las cosas»¹⁴².

Es más, añadiría a este argumento el hecho de que no solo estos delitos afectan a diferentes bienes jurídicos, sino que, en la actualidad, es posible cometer cualquier delito a través de las nuevas tecnologías¹⁴³. Y no solo eso, sino que, en la línea de lo expuesto por AGUSTINA, se debe tener en cuenta cómo paulatinamente gran parte de los delitos, sino todos, van a explicarse a partir de comportamientos híbridos, es decir, con base en acciones y omisiones realizadas en el entorno físico y en el ciberespacio¹⁴⁴. Por lo tanto, una interpretación unitaria y una atribución de sustantividad propia de todos los delitos tecnológicos es y será imposible.

Pese a todo, no debe confundirse, como señala LLORIA GARCÍA, la posible alusión a estos comportamientos de una forma conjunta con la idea de que conforme una categoría dogmática propia¹⁴⁵. Siguiendo a esta autora, algo similar ocurre con los delitos de violencia de género, que se estudian y analizan como un grupo, pese a sus diversas manifestaciones delictivas.

Más bien, la verdadera utilidad como categoría se puede observar desde un prisma criminológico puesto que permite analizar el entorno digital como lugar de riesgo con particularidades propias dentro del cual se producen conductas que pueden poner en peligro o lesionar bienes jurídicos relevantes¹⁴⁶. Una idea que ha sido defendida por ROMEO CASABONA cuando indica que tampoco «el término cibercrimen pueda llegar a satisfacer plenamente una función dogmática de interpretación de estos delitos de nueva generación, sin perjuicio de que desde planteamientos criminológicos pueda ser adecuado para cumplir una función descriptiva o de identificación de un fenómeno criminal»¹⁴⁷.

Atendiendo a la naturaleza criminológica, la cibercriminalidad examina la fenomenología de aquellas conductas desviadas que se cometen en el ciberespacio, de modo que persigue explicar la dinámica del delito en dicho espacio, identificar ciertos

¹⁴² BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El régimen jurídico de los delitos...», cit., p. 34.

¹⁴³ Se han encargado de señalar este hecho algunos autores como LLORIA GARCÍA y AGUSTINA, manifestando como hoy en día es posible incluso atentar contra la vida de las personas mediante la vulneración del sistema informático de un hospital que controla una UCI o los respiradores de pacientes. Véase, LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 377 y AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., p. 35.

¹⁴⁴ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 743.

¹⁴⁵ LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., pp. 369.

¹⁴⁶ Así lo indica MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 40.

¹⁴⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, «De los delitos informáticos al cibercrimen...», cit., p. 9.

factores explicativos, así como elaborar estrategias de prevención¹⁴⁸. Su repercusión ha llegado hasta cierto punto que se ha teorizado acerca de su papel como subdisciplina científica dentro de la criminología. En este sentido, una de las figuras más relevantes ha sido JAISHANKAR y su conceptualización sobre la «cibercriminología» entendida como «el estudio de la causa de los delitos que ocurren en el ciberespacio y su impacto en el espacio físico»¹⁴⁹. De ella se han derivado dos importantes consecuencias. Por un lado, la comprensión como subdisciplina que abarca otros campos, además de la propia criminología y la victimología, como la psicología, la sociología y las ciencias que estudian la tecnología e internet¹⁵⁰. Por el otro, el de comprender que es el ciberespacio el verdadero protagonista que unifica todas esas conductas y, sobre todo, la necesidad de interrelacionar la incidencia que este tiene con el entorno físico¹⁵¹.

En efecto, el elemento de integración de este conjunto de conductas es el ciberespacio. Precisamente porque las actuaciones que se realizan en él se sirven de unas particularidades específicas bien como medio para lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, bien como lugar en el cual ejecutar el ataque propiamente dicho¹⁵². Una contundente postura al respecto la ofrece BARDAVÍO ANTÓN¹⁵³. Para este autor lo que realmente se protege con los ciberdelitos es, principalmente «la vigencia del medio ciberespacio». Es decir, la vigencia de dicho entorno en el que se desarrollan tanto la comunicación como la información y medialmente así los bienes jurídicos particulares.

¹⁴⁸ AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., pp. 31 y 35. Además, este autor fundamenta que dicha disciplina debe ocuparse de estudiar las consecuencias de la perpetración de esos comportamientos en el ciberespacio. Análisis que no solo contemple los efectos psicológicos en la víctima sino también en el seno de las comunidades virtuales en las que se lleva a cabo.

¹⁴⁹ JAISHANKAR, Karuppannan, «Cyber Criminology as an Academic Discipline: History, Contribution and Impact», *International Journal of Cyber Criminology*, 12(1), 2018, p. 2. Esta conceptualización ha sido acogida por autores españoles como GONZÁLEZ GARCÍA quien considera que la cibercriminología ya no es un campo nuevo, sino que forma parte de la Criminología actual y vaticina que va a tener un aumento de relevancia en los próximos años. Asimismo, resalta esta subdisciplina como campo de investigación de interrelación del delito en el mundo *online* y *offline* puesto que la mayoría de delitos cometidos en el ciberespacio acaban afectando a las personas en su vida real. En GONZÁLEZ GARCÍA, Abel, «Cibercriminología, el futuro está aquí», en Janire Rámila, Nuria; Briggs, Daniel y Ramiro Pérez, Jorge (coords.), *La Criminología del hoy y del mañana*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 124.

¹⁵⁰ JAISHANKAR, Karuppannan, «Cyber Criminology...», cit., p. 2. En España, una idea similar se defiende en AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., p. 30.

¹⁵¹ Elemento imprescindible también para CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente», *Derecho y Cambio Social*, nº60, 2020, p. 473.

¹⁵² Véase, en este sentido, LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., pp. 371-372 y RIQUERT, Marcelo A., «Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Ciberdelitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 34.

¹⁵³ BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, «Ciberdelitos...», cit., pp. 408-409.

No se trata de reducir los ciberdelitos a la protección de la seguridad o la confianza sino de comprender que estos se refieren a un grupo heterogéneo en el que el uso de la cibernética o el ataque a esta comprende el pilar central.

Partiendo de estas consideraciones previas, conviene acotar el sentido de este grupo de delitos exclusivamente a aquellos en los que las TIC conforman alguno de los elementos esenciales de la conducta ilícita¹⁵⁴. No es preciso, como defienden algunos autores¹⁵⁵, la exigencia de una alusión explícita en el tipo a la utilización de las nuevas tecnologías (visión penal), ni siquiera centrarse en el criterio de la frecuencia en el que un determinado comportamiento precisa del empleo de la cibernética. Lo verdaderamente importante para ubicar un acto como cibercrimen o delito tecnológico es que el ciberespacio se constituya como parte esencial de modo que presente unas particularidades propias que la diferencian del espacio analógico, en el caso de que sea posible realizarse también en este. Por ello, resulta ineludible analizar cuáles son esos rasgos que lo caracterizan, especialmente aquellos que más intensamente inciden en las redes sociales.

3.2.2. Las características del ciberespacio como factor criminógeno. Especial referencia a las redes sociales

Ya se ha aludido en este trabajo la importancia que tiene en la actualidad diferenciar el entorno digital como medio con unas propiedades intrínsecas distintas a las del espacio analógico. Siguiendo a MORÓN LERMA, para comprender el poder que han adquirido las TIC y cómo diferenciar ambos espacios conviene tener en cuenta el concepto de «digitalización»¹⁵⁶. Así, para esta autora digitalizar es ese proceso en el que diversos tipos de datos como pueden ser las imágenes, los textos y los audios se convierten en números para ser tratados de la misma manera y transmitidos por los mismos canales. De este

¹⁵⁴ Esta postura ha sido adoptada por MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 41 y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 22. Según el primero, no estaríamos ante un cibercrimen en el caso de enviar una carta que ha sido impresa a través de un componente tecnológico (impresora) e incluso en la que se incluyan contenidos copiados de recursos de Internet, pero sí cuando se lleva a cabo una amenaza por medio del correo electrónico.

¹⁵⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, *Los ciberdelitos...*, cit., p. 17.

¹⁵⁶ MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal...*, cit., p. 89.

modo, ambos se distinguen en cuanto a que «el mundo digital es el mundo de la información convertida en dígitos y el mundo analógico es todo lo demás»¹⁵⁷.

Para comprender mejor las divergencias emanadas de ambos entornos, conviene analizar cuáles son esos rasgos que sitúan al ciberespacio como un lugar de especial consideración. Las consecuencias derivadas no será una cosa baladí, pues permitirá determinar si la estructura de los cibercrímenes es completamente diferente a la de los crímenes tradicionales realizados en el espacio analógico y, por tanto, si es necesaria la creación de teorías criminológicas y preventivas novedosas que se adapten a esta nueva realidad.

En la consecución de los mencionados objetivos puede resultar interesante agrupar al conjunto de características que se atribuyen al espacio digital en cuatro conjuntos según su enfoque de referencia. De esta manera, se examinarán aquellas características intrínsecas, las que favorecen la perpetración del crimen, las que facilitan una mayor dificultad en la persecución del agresor y las que explican un incremento del contenido del injusto de los ataques.

Bajo la premisa de la primera se muestra cómo el ciberespacio *per se* está configurado mediante unos elementos espaciales y temporales muy distintos de los acontecidos en espacios analógicos. Así, en este entorno se produce una concentración y acercamiento del tiempo y el espacio a la hora de cometer actos delictivos¹⁵⁸.

Por un lado, en cuanto a la coordenada espacio, hay que tener en cuenta que el ciberespacio es «un lugar de comunicación esencialmente relacional» y, al mismo tiempo, un entorno en el que «el espacio se contrae, la intercomunicación se expande»¹⁵⁹. Ambas

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 38.

¹⁵⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *RECPC*, nº 13-07, 2011, p. 6. En relación con la segunda de las ideas, MIRÓ LLINARES acoge las reflexiones de GREEN quien describe el ciberespacio como un lugar en el que, a la vez que se reduce el tiempo para alcanzar una distancia, se produce una ampliación de la comunicación entre las sociedades. Véase, GREEN, Nicola, «On the Move: technology, mobility, and the mediation of social time and space», *The Information Society*, vol. 18, núm. 4, 2002, p. 285, quien señala que hay una compresión espacio-temporal, en el sentido de la reducción del tiempo necesario para cubrir una distancia, pero un estiramiento en el sentido de que aumenta el contacto entre las sociedades.

Por su parte, VISCONTI resalta del «factor espacio» cómo la distancia de las relaciones en línea, que excluye cualquier contacto físico y visual, contribuye a anular la percepción de las consecuencias de las propias acciones. Factor relevante para comprender las conductas desviadas en este entorno digital. Véase,

peculiaridades se observan con claridad cuando hablamos de redes sociales. Por definición, las redes sociales *online* son instrumentos al servicio de los usuarios para mejorar la interrelación entre ellos, aproximándolos con una rapidez que hasta hace unas décadas era impensable a través de un espacio común que lo integrará cada red social en cuestión. Es más, actualmente no solo constituyen la principal herramienta de relación, sino que también favorecen un acercamiento (aunque sea virtual) instantáneo de personas que viven a miles de kilómetros.

Por otra parte, en referencia al tiempo, podría decirse que las redes sociales conforman un espacio atemporal ya que ofrecen actividades ininterrumpidas a todas horas todos los días¹⁶⁰. Como resultado, son plataformas en las que se produce una aceleración de la experiencia subjetiva del tiempo¹⁶¹ porque la comunicación se lleva a cabo de forma instantánea, requiriendo mucho menos tiempo que en el entorno analógico¹⁶². Pero también tiene la particularidad de que en muchas ocasiones la comunicación entre emisor y el receptor transcurren en momentos temporales lejanos en el tiempo. Los elementos espacio y tiempo de las redes sociales funcionan con unas reglas distintas a las acontecidas en el mundo físico.

Quizás uno de los expertos en nuestro país que más ha puesto atención en las consecuencias dimanadas de estos caracteres intrínsecos ha sido MIRÓ LLINARES. Siguiendo sus reflexiones, pero adaptadas al concreto caso de las redes sociales, podría concluirse que estos cambios en las coordenadas espacio-tiempo del ciberespacio atañen a la capacidad de control del usuario sobre los hechos que realiza¹⁶³. Mientras que en el mundo analógico el individuo puede dominar el instante en el que comienza a desplegar efectos su conducta y el lugar en el que esta se circunscribe, en el mundo digital no es así. Al difundir un determinado contenido en una red social puede terminar afectando de un modo más sencillo a terceros contra los que no se dirigía, en principio, el ataque. También sus efectos pueden prolongarse y mantenerse mucho tiempo después del momento en el que un sujeto inició de la acción. Y, de manera también usual en estas plataformas, puede ocurrir que exista una concatenación y suplantación de roles en los que un usuario ataque

VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle c.d. 'Fake news'», *JUS: Rivista di scienze giuridiche*, nº1, 2020, p. 59.

¹⁶⁰ En un sentido similar, SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección...», cit., p. 93.

¹⁶¹ Idea que puede extraerse desde una visión global de ciberespacio de GREEN, Nicola, «On the Move...», cit., p. 284.

¹⁶² MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 7.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 9.

a través de la publicación de un contenido, posteriormente, salga de ese entorno digital, y otros usuarios interaccionen con el mismo potenciando los efectos con independencia de la voluntad del primer sujeto¹⁶⁴.

Pero también el ciberespacio presenta una serie de caracteres que han sido atribuidos socialmente a medida que las redes sociales se han ido expandiendo y cuyos efectos facilitan la tarea del agresor. Entre ellos destaca el uso generalizado de estas modernas herramientas de interacción social. Con el paso del tiempo, Internet y especialmente las redes sociales han pasado de ser un lugar de visita o tránsito a un espacio de residencia¹⁶⁵, sitio preferencial en el que se llevan a cabo las habilidades de socialización¹⁶⁶. Esto, como veremos más adelante, será un factor relevante que explica el aumento constante de la cibercriminalidad al existir mayores ámbitos de oportunidad criminal en este entorno digital.

Tampoco debe dejarse al margen el efecto de «desinhibición online»¹⁶⁷. La propia dinámica de las redes sociales estimula a los usuarios a que compartan todo tipo de información personal para mejorar la calidad de sus búsquedas de intereses y de contactos. De este modo, el usuario no solo normaliza, sino que ve como indispensable la tarea de exponer públicamente sus inquietudes y una gran cantidad de datos personales (etiqueta de ubicación del lugar en el que se encuentra en tiempo real, gustos, propiedades,

¹⁶⁴ Esta idea también la describe MIRÓ LLINARES en *Idem*.

¹⁶⁵ Así, DONOSO VÁZQUEZ, Trinidad, «Las ciberviolencias de género, nuevas manifestaciones de la violencia machista», en Donoso Vázquez, Trinidad y Rebollo-Catalán, Ángeles (coord.), *Violencia de género en entornos virtuales*, Octaedro, Barcelona, 2018, p. 14. De un modo similar, como ya se ha mencionado *supra* WHITE, David S. y LE CORNU, Alison, «Visitors and Residents...», cit., [en línea].

¹⁶⁶ FLORES, Paula y BROWNIE SARTORI, Rodrigo, «Jóvenes y patriarcado en la sociedad TIC: una reflexión desde la violencia simbólica de género en redes sociales», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 15, nº1, 2017, p. 149.

¹⁶⁷ Este rasgo de las redes sociales ha sido profundamente tratado por LLORIA GARCÍA en el ámbito de la intimidad. Según esta autora la web 2.0 y las redes sociales particularmente favorecen la creación de un ambiente en la que el usuario cree erróneamente que actúa dentro de un entorno de privacidad. Ello potencia una especie de «intimidad acelerada» en la que los usuarios proporcionan información constante y de manera compulsiva sobre su intimidad con el objetivo de encajar en dichas redes de interrelación las cuales, a su vez, incitan a que sigan proporcionando datos mediante preguntas sobre sus preferencias. Un aspecto que incluso se ve todavía más intensificado cuando se tratan de «comunicadores sociales permanentes», es decir, personas que rutinariamente se conectan a estas plataformas digitales de comunicación. Estas reflexiones se encuentran en LLORIA GARCÍA, Paz, «La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño (1)», *La Ley Penal*, nº 138, 2019, pp. 6 y 7. Sobre esta cuestión se volverá posteriormente cuando se analicen los caracteres esenciales de las víctimas en el ciberespacio desde la perspectiva de las teorías criminológicas.

etc.) que facilitan, sin ningún tipo de esfuerzo, a los potenciales agresores¹⁶⁸ conocer en mayor detalle informaciones relevantes de las víctimas.

Ambos elementos explican la sobreabundancia informativa como factor igualmente relevante cuando se habla de redes sociales. Cabe recordar, como ya se ha señalado en la transformación de la *web 1.0* a la *2.0*, que los individuos integrados en estos escenarios digitales se han convertido en agentes que no solo consumen el contenido, sino que también lo producen. Por tanto, la ingente cantidad de información presente en estas plataformas, no solo se materializa en un aumento de las posibilidades de interrelación social en la red, sino también, en una mejor oportunidad para aprovecharse de esa masa de información para la consecución de finalidades delictivas. No solo se trata de que el sujeto activo dispone de más información para atacar a sus víctimas, sino también de que pueden jugar con dicha cantidad y versatilidad de información para manipularles y engañarles de manera mucho más efectiva que en el medio analógico. El uso generalizado de las redes sociales, su efecto de desinhibición y la sobreabundancia de datos que las integran son pues tres grandes bloques relacionados que favorecen los planes delictivos y su ejecución.

Unido a los anteriores, un tercer bloque comprende aquellos elementos singulares que obstaculizan seriamente la persecución de aquellos que cometen actividades ilícitas. Un ejemplo lo integraría la transnacionalidad del medio. El ciberespacio, a diferencia del entorno físico, no se divide en fronteras ni existen distancias en sí¹⁶⁹. Un usuario que se

¹⁶⁸ HAN, en su monografía, ofrece una reflexión muy interesante que fundamenta una de las razones por las que la desinhibición online facilita la labor de vigilancia y control. Este autor explica que, pese a concebirse en un principio la red digital como un lugar de libertad ilimitada, lo cierto es que se ha terminado convirtiendo en un control y vigilancia total. Se ha pasado a una forma de panóptico digital en el que los usuarios que en él se encuentran se comunican continua e intensamente y se desnudan por su propia voluntad, siendo partícipes activos en la construcción de dicho panóptico virtual. Véase, HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* (trad. Bergés, Alfredo), Herder, Barcelona, 2014, pp. 20-21. Este mecanismo que describe Han es una muestra de cómo funcionan hoy en día las redes sociales. En ella se fomenta precisamente dicho proceso en el que se vende la exposición masiva de intimidad como forma de libertad, de modo que los usuarios pueden controlarse los unos a los otros con extrema sencillez. En un sentido similar, MENDOZA CALDERÓN, en su estudio sobre la desinformación, alude a que si bien la sociedad digital ha transformado diferentes aspectos de nuestra vida cotidiana que afecta a la esfera laboral, afectiva, comunicacional, etc., también ha traído una sociedad del control y del panóptico digital donde resalta el auto-control social. MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «La criminalización de las *fake news* e incitación al odio: su interpretación desde la óptica de “política criminal de la sociedad del clic”», *Cuadernos del Audiovisual del Consejo Audiovisual de Analucía*, nº 12, 2024, p. 128.

¹⁶⁹ Al mismo tiempo, como afirma MIRÓ LLINARES se debe afirmar que el ciberespacio es un entorno deslocalizado pues, aunque en sentido físico no está en ningún sitio, en un sentido funcional pertenece a todos los lugares a la vez. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 10.

encuentra localizado en cualquier parte del mundo, con acceso a la red, es capaz de acceder a los contenidos vertidos por otro usuario en otra parte del planeta. Este hecho implica, sobre todo, una enorme desventaja para las autoridades respecto de los agresores ya que mientras los segundos se mueven libremente dentro de un área global, los primeros deben operar dentro de los límites jurisdiccionales¹⁷⁰, con los correspondientes problemas que de ello se deriva¹⁷¹.

Por otro lado, se suele resaltar que Internet es un lugar descentralizado. Esto implica que no existen nodos centrales ni nodos que actúan como centros locales por lo que la caída de un nodo no impide la continuidad del flujo de la información¹⁷². Al mismo tiempo, no existe una autoridad como tal que centralice y controle todo lo que ocurre en la red, sino que cada red que conforma Internet sigue sus propias reglas¹⁷³. A todo esto hay que sumar, en el caso de las plataformas de redes sociales, que en ellas intervienen distintos agentes como el proveedor de la red, el proveedor de acceso y servicio y el de contenido, cada uno pudiendo actuar desde un Estado diferente¹⁷⁴. Inevitablemente, estos factores suponen barreras para el castigo de los ciberdelincuentes en la medida en la que los controles estatales son poco efectivos, originan serias dificultades para ubicar e individualizar los sujetos responsables de actividades delictivas y plantean problemas derivados del lugar en el que se comete la acción¹⁷⁵.

La revolución permanente también es otro aspecto a tener en consideración. Acertadamente, CÁMARA ARROYO expresa que en el ciberespacio el ciclo de innovación es particularmente rápido¹⁷⁶ de modo que continuamente la sociedad experimenta novedosas técnicas de ataque y engaño a sus intereses en lapsos de tiempo extremadamente breves. Como resultado, las innovaciones tecnológicas permiten saltar con facilidad las barreras de seguridad y atacar mediante vías alternativas nuevos bienes

¹⁷⁰ Así lo indican SIEBER, Ulrich y NUEBERT, Carl-Wendelin, «Investigaciones transnacionales...», cit., p. 312.

¹⁷¹ Problemas tanto respecto de obtención de medios de prueba como desarrolla ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «“Hacking” legal al servicio de la investigación criminal...» cit., p. 180 como de espera de una difícil cooperación internacional eficaz tal y como indica QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Problemas de la perseguibilidad de los ciberdelitos», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Ciberdelitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 166.

¹⁷² En este sentido, véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 12.

¹⁷³ MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal...*, cit., p. 96.

¹⁷⁴ Así se indica en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Problemas de la perseguibilidad...», cit., p. 169.

¹⁷⁵ Véase, al respecto QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Problemas de la perseguibilidad...», cit., p. 166; LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 373 y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Problemática de la persecución penal...», *Eguzkilore*, nº21, 2007, pp. 8 y 9.

¹⁷⁶ CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 481.

jurídicos. E irremediabilmente, afecta a las normas encargadas de regular los intereses de los usuarios puesto que las soluciones que ofrecía el ordenamiento jurídico en un momento pasan a estar parcial o completamente obsoletas¹⁷⁷. Algo que dificulta drásticamente la posibilidad de luchar contra las lesiones producidas dentro de este entorno.

Finalmente, uno de los caracteres a los que más suele aludirse cuando se analiza la mayor dificultad en la persecución de los cibercrímenes es el anonimato. Es cierto que el anonimato se configuró como uno de los derechos de los usuarios de Internet que, bajo el amparo del derecho a la privacidad, se pretendía proteger a estos sobre el conocimiento por parte de terceros de los sitios que visitaban¹⁷⁸. Pero también lo es que este carácter representa un gran obstáculo para hacer frente a la lucha contra la cibercriminalidad. No en vano, algún autor razona que es precisamente el anonimato lo que explica el enorme éxito del ciberespacio como canal de ejecución delictiva¹⁷⁹. Gracias a este rasgo las dificultades para detectar al sujeto activo que comete un delito a través de las redes sociales aumentan considerablemente ya que este pasa más fácilmente inadvertido¹⁸⁰, lo que agrava considerablemente los problemas derivados de la persecución y sanción de estos delitos. Por lo tanto, ese derecho al anonimato precisa inevitablemente de una serie de limitaciones por el conflicto que presenta con la necesidad de adoptar medidas para la

¹⁷⁷ Como se expresa en MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 13. evidentemente, también en el entorno físico puede suceder que una solución jurídica quede anticuada por el cambio del contexto social, pero el problema es que en el ciberespacio la revolución tecnológica es tan veloz que la actualización de los sistemas de protección es una tarea imprescindible pero muy compleja. También es muy ilustrativa la visión ofrecida por AGUILAR CÁRCELES, Marta María, «Cibercrimen y cibervictimización...», cit., p. 123. Para esta autora la rápida evolución de la tecnología es un carácter que impide una intervención para frenar sus consecuencias hasta el momento en el que se conocen las nuevas estrategias de actuación diseñadas por los ciberdelincuentes; por lo tanto, solo es en la fase postdelictual cuando pueden elaborarse medios de disuasión y prevención realmente eficaces.

¹⁷⁸ Véase, las reflexiones sobre el derecho al anonimato como *desideratum* innegable en MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal...*, cit., pp. 27-29.

¹⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet...*, cit., pp. 18-34. En él el autor realiza un análisis exhaustivo sobre los problemas de persecución debido al anonimato y a la distancia territorial desde un punto de vista legislativo y jurisprudencial.

¹⁸⁰ Hay que tener en cuenta, como se afirma MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 13 que, aunque cada vez sea más sencillo identificar direcciones IP para encontrar al autor del hecho, los ciberdelincuentes también van mejorando sus técnicas de ocultación. Al respecto, SIEBER, Ulrich y NUEBERT, Carl-Wendelin, «Investigaciones transnacionales...», cit., p. 307 nos advierten de la posibilidad de ocultar las huellas electrónicas mediante redes anónimas como TOR, redes privadas virtuales, *bots zombie*, servicios *dark net*, encriptación, *spoofing*, etc. Y no solo eso, sino que, en la línea de lo señalado en DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos...*, cit., p. 4 también hay que tener en cuenta la posibilidad de que el sujeto activo utilice un ordenador o terminal pública, aprovechando las facilidades de las redes de comunicación electrónicas, para ocultar su procedencia.

represión de los delitos tecnológicos. Evidentemente, unos límites que tendrán que ser justificados, necesarios y proporcionales¹⁸¹.

Además de lo anterior, LLORIA GARCÍA va un paso más allá y señala que existen ciertas características de este entorno que implican un incremento del peligro o de la lesión para el bien jurídico: el anonimato, la viralidad y la permanencia. En primer lugar, explica que el anonimato no solo dificulta la perseguibilidad de los responsables, sino que además constituye un factor importante de indefensión ya que «genera una gran sensación de inseguridad en la víctima, que no sabe ni de dónde, ni de quién procede el ataque, lo que hace que sea más difícil repelerlo»¹⁸².

El segundo de los factores que destaca es la viralidad. Un elemento que, siguiendo con la argumentación de la autora, atañe tanto a los sujetos pasivos atacados como a los sujetos activos atacantes. A los primeros porque el delito en el entorno digital puede aumentar exponencialmente las consecuencias, que en un caso individual sería mínimo, debido al alcance mundial y masivo que puede adquirir el mismo comportamiento en el ciberespacio¹⁸³. Esto provoca que en ocasiones nos encontremos con que una sola acción afecte a todo un conjunto de sujetos pasivos, lo que supone un incremento cuantitativo de lesiones¹⁸⁴. En relación con los segundos, también se produce un aumento cualitativo de afectación al bien jurídico de un solo individuo en conductas en las que aquel se ve atacado por una gran cantidad de sujetos al difundirse el ataque a través de la red¹⁸⁵. Algo que ocurre con cierta frecuencia cuando hablamos de lesiones producidas en redes sociales.

Finalmente, LLORIA alude a la permanencia. Sobre todo, en los ilícitos que se realizan mediante la publicación de contenidos ocurre que algo que podría ser instantáneo en el entorno analógico, se convierte en indeterminado y se prolongan sus efectos en el

¹⁸¹ MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal...*, cit., pp. 28 y 29.

¹⁸² LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 374. En palabras de DÍAZ MARTÍNEZ, el anonimato produce una «despersonalización de la conducta» en la que la víctima sufre una especie de anestesia en la relación causa-efecto de los ataques que padece. Véase, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «El factor criminógeno de las TIC», en Pérez Gil, Julio (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 534-538.

¹⁸³ CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 481.

¹⁸⁴ Así lo desarrolla en LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 374. Sobre todo, cabe señalar como casos paradigmáticos, según la opinión de la autora, principalmente, las ciberestafas o las ciberextorsiones mediante *ransomware*.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 375. En este caso, LLORIA GARCÍA resalta sobre todo los delitos contra la intimidad, el honor y la integridad moral como aquellos en los que puede producirse en mayor medida este tipo de consecuencias.

tiempo¹⁸⁶ cuando se producen en las redes sociales. La consecuencia es que se produce una dilatación en la afectación al bien jurídico correspondiente, de tal manera que aumenta cuantitativamente su lesión, convirtiéndolos, si cumplen con los debidos requisitos, en delitos permanentes¹⁸⁷. Junto a lo anterior, tampoco debemos olvidar que la automatización de los procesos es un factor diferencial. Así, algo que es complicado que ocurra en el entorno físico y, sin embargo, extremadamente sencillo en el ciberespacio, es el hecho de que mediante la programación electrónica se replique un mismo ataque millones de veces durante largos lapsos de tiempo¹⁸⁸. Esto no solo facilita la comisión de delitos en redes sociales, sino que también aumenta la lesión que sufre la víctima, que de forma continuada recibe innumerables ataques automatizados que provienen de un mismo sujeto sin poder contrarrestarlos, dificultando, al mismo tiempo, su capacidad defensiva.

3.3. Clasificación de los cibercrímenes

La sistematización de estas conductas realizadas en el ciberespacio es otra de las cuestiones ineludibles que debe ser tratada. Las razones que lo justifican las ha descrito con gran precisión GARCÍA GUILBERT¹⁸⁹. La primera de ellas está estrechamente relacionada con la extraordinaria amplitud del concepto de «cibercrímenes» que podría generar problemas de tratamiento común sobre conductas de naturaleza y dimensiones bien dispares. La segunda, estaría relacionada con su dimensión de «revolución permanente» a la que se ha aludido en el apartado anterior. Efectivamente, siguiendo el planteamiento de esta autora, conviene elaborar clasificaciones que categoricen de una forma funcional adecuada que facilite comprender los nuevos fenómenos que vayan surgiendo, bien discriminar sus efectos o definir estrategias de prevención efectivas y diferenciadas¹⁹⁰.

¹⁸⁶ De forma similar, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 8.

¹⁸⁷ LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 375.

¹⁸⁸ CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 480. Este rasgo ya lo advirtió en su momento SIEBER en su análisis de los delitos informáticos al indicar que por su propia naturaleza es posible repetir la operación de manera indefinida En SIEBER, Ulrich, «Criminalidad informática...», cit., pp. 29-33.

¹⁸⁹ GARCÍA GUILBERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit., p. 28.

¹⁹⁰ *Ídem*.

El interés suscitado por este nuevo tipo de delincuencia ha generado la aparición de numerosas clasificaciones que la abordan desde los más diversos puntos de vista¹⁹¹. Sin embargo, nos centraremos en aquellos que se han revelado como los más importantes, por ser los más utilizados o, al menos, por ser los que permitan un análisis en mayor profundidad del fenómeno de la difusión de noticias falsas en redes sociales.

Si atendemos a un punto de vista legislativo, a propósito del Convenio de Budapest es posible advertir una primera clasificación en la que se diferencia entre delitos «contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos», los «delitos informáticos»¹⁹², los «delitos relacionados con el contenido»¹⁹³ y los «delitos relacionados con las infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines». No obstante, es en la Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo de 2007 anteriormente citada donde se establece una categorización de tipologías más precisas que distingue:

- 1) Conductas tradicionales de delincuencia que se realizan en el contexto de las redes de comunicaciones y los sistemas de información electrónicos (en los que ubica el fraude o la falsificación).
- 2) Actos de publicación de contenidos ilegales mediante el uso de las nuevas tecnologías (como pueden ser las imágenes de abuso sexual a menores o incitaciones al odio).

¹⁹¹ Algunos de los más relevantes ha sido la tradicional clasificación elaborada por SIEBER que distinguía entre alteración o manipulación de datos, destrucción de datos, obtención no autorizada de datos y agresión al Hardware. En SIEBER, Ulrich, *Computerkriminalität...*, cit., pp. 39 y ss o el elaborado por WALL que distinguía entre el acceso no autorizado a sistemas informáticos (*cyber-trepass*), los relacionados con el fraude en el ciberespacio (*cyber-deceptions/thefts*), aquellas vinculadas con la circulación de contenido sexual explícito (*cyber-pornography/obscenity*) y las que tienen como finalidad la lesión o incitación al daño (*cyber-violence*). En WALL, David, «Cybercrimes and the Internet», en Wall, David (ed.), *Crime and the Internet*, New York, Routledge, 2001, pp. 3-7.

¹⁹² Según el Convenio de Budapest en ellos se encuadra la falsificación informática (art. 7) entendida como «la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos que dé lugar a datos no auténticos, con la intención de que sean tenidos en cuenta o utilizados a efectos legales como si se tratara de datos auténticos, con independencia de que los datos sean o no directamente legibles e inteligibles», así como el fraude informático (art. 8) que comprende «los actos deliberados e ilegítimos que causen un perjuicio patrimonial a otra persona mediante:

- a) Cualquier introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos;
- b) cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático, con la intención fraudulenta o delictiva de obtener ilegítimamente un beneficio económico para uno mismo o para otra persona».

¹⁹³ En ella se ubica esencialmente los comportamientos relacionados con la pornografía infantil (art. 9).

3) Comportamientos delictivos específicos de las redes electrónicas (ataque contra sistemas informáticos o denegación de servicios).

Podría decirse que esta inicial clasificación legislativa ha sido de las más importantes puesto que ha sido la que mayor acogida ha tenido por parte de la doctrina¹⁹⁴. Aunque realmente esta se ha focalizado más en distinguir, de manera general, entre la primera y la tercera¹⁹⁵. De este modo, desde una perspectiva legislativa, se diferencia

¹⁹⁴ Entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Madrid, Fundesco, 1987, p. 22; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños», en Mir Puig, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 145-146; GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», *RECPC*, nº 1, 1999, [en línea]. Disponible en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html (fecha de consulta 21-07-2022); ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos...*, cit., p. 13; MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática...*, cit., p. 23; ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia...*, cit., p. 36 quien también insiste en que este criterio de clasificación es uno de los más extendidos por parte de la doctrina; POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red...*, cit., p. 5.

Esta categorización correspondería con la «postura intermedia» de MORILLAS FERNÁNDEZ a la que se ha hecho referencia *supra*. Precisamente ha sido este autor quien ha ofrecido una distinción bastante precisa para diferenciar ambas tipologías dentro de esta clasificación. Así, cuando se trate de conductas en las que las nuevas tecnologías sean utilizadas como instrumento delictivo cabría hablar de «delito relacionado con la informática» (mejor dicho «delito relacionado con las nuevas tecnologías») por cuanto no crean nuevos tipos, sino que adaptan los existentes a los avances tecnológicos; y cuando se trate de comportamientos en los que estas conforman el objeto del delito se perseguirá tutelar el contenido de la información del sistema informático. En MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., *Análisis dogmático y criminológico...*, cit., pp. 102-103. En un sentido similar, pero en la doctrina anglosajona, se ha pronunciado YAR al expresar que desde un enfoque general es común distinguir entre «computer-assisted crimes» que son aquellos que anteceden a los avances propiciados por Internet pero que adquieren una nueva vida en el ciberespacio y los «computer-focused crimes» integrados por las conductas que surgen con Internet y que no pueden existir a parte de él. En YAR, Majid, «*The novelty of 'Cybercrime'...*», cit., p. 409.

¹⁹⁵ Otros autores, sin embargo, han querido completar esta básica clasificación añadiendo nuevas subcategorías. Este es el caso, por ejemplo, de CLOUGH quien incluye una tercera conducta criminal en la que el uso de las nuevas tecnologías es todavía más residual. Partiendo de un concepto de cibercrimen en el que se incluyen todo un conjunto de ofensas que tienen en común el uso de la tecnología, defiende que, en término generales, también quedan comprendidos aquellos delitos en los que el uso de los ordenadores es un aspecto incidental de comisión del delito, pero que puede contribuir con la obtención de evidencias del mismo como puede ser los mensajes sms que se recuperan del móvil de una víctima de asesinato. Véase, CLOUGH, Jonathan, «Cybercrime», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 37, nº 4, 2011, p. 672. No obstante, este tercer grupo no puede ser admitido a los efectos del presente trabajo en la medida en que se ha adoptado una concepción tanto de cibercriminalidad como de delitos tecnológicos que engloba solo los comportamientos en los que el ciberespacio constituya una parte esencial de la conducta y no un mero aspecto incidental.

Por su parte, ALMENAR PINEDA ha considerado que en la actualidad es necesario superar este binomio arcaico de clasificación (medio comisivo u objeto de ataque) en la medida en que la reciente evolución de las modalidades delictivas en el ciberespacio ha propiciado la aparición de variantes novedosas que encajan en ambos grupos simultáneamente. Para ello, expone el caso del supuesto *WannaCry* en el que, por un lado, se bloquea el sistema informático atacándose al mismo y, por el otro, se obtiene un lucro determinado, propio o ajeno conformando también un medio comisivo para obtener rédito. Véase, ALMENAR PINEDA, Francisco, «El ciberataque WannaCry como modalidad de delincuencia informática», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 45, 2017, p. 101.

También ha sido el caso de LIMA MALVIDO al considerar que, junto a la idea de nuevas tecnologías como fin y el uso de las mismas como medio, existe un tercer grupo en el que se incluye los comportamientos criminales en los que el individuo utiliza métodos electrónicos para conseguir un resultado ilícito entendiendo en este caso que se trata de uso de la tecnología como «método». Idea también defendida en POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red...*, cit., p. 8. No obstante, esta clasificación ha sido

entre aquellos comportamientos en los que las nuevas tecnologías constituyen el objeto material del delito¹⁹⁶ y los que aquellas son un mero instrumento o medio comisivo para realizar el hecho¹⁹⁷. Es decir, desde este punto de vista, se clasifican las acciones u omisiones cometidas en el ciberespacio en función de la posición que ocupan las nuevas tecnologías en los elementos típicos del delito (objeto material o medio comisivo).

Otra clasificación que puede resultar interesante a los efectos de este trabajo es aquella que se centra en el propio sujeto activo y los motivos que le llevan a realizar la acción. Evidentemente, las razones criminológicas que explican la conducta ilícita realizada en el ciberespacio pueden ser numerosas. No obstante, suelen señalarse como las más relevantes aquellas que atañen a los tres contextos esenciales de la vida: el económico, el político y el social.

En la línea expuesta por VELASCO NÚÑEZ y SANCHIS CRESPO, la primera motivación correspondería a lo que han denominado como «delitos cibereconómicos». Estos son aquellos en los que el sujeto activo persigue, esencialmente, apoderarse de los activos económicos de terceras personas mediante el uso de las nuevas tecnologías¹⁹⁸. Aquí se podrían hallar delitos como la estafa del art. 248.2 CP, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial de art. 270 CP, las falsedades del art. 390 CP, el blanqueo de capitales del 301 CP, etc.

Si el planteamiento se realiza desde una naturaleza política, aquí estos autores hacen referencia a lo que han denominado como «delitos de ciberterrorismo»¹⁹⁹, aunque considero que es más conveniente hablar de «delitos ciberpolíticos» o «cibercrimen político»²⁰⁰ por cuanto engloba un mayor número de comportamientos bajo el mismo contexto. De esta manera, no solo ubicaríamos aquí las conductas descritas en el art. 573

criticada por autores como VIDAURRI ARECHIGA y NAVA GARCÉS quienes consideran que este tercer grupo ya queda incluido dentro de los anteriores. Véase, al respecto, VIDAURRI ARECHIGA, Manuel, «Delitos informáticos...», cit., pp. 205-206.

¹⁹⁶ Piénsese en las conductas de secuestro de información, ataque a servidores, robo de datos, reproducción ilegal de programas de cómputo, etc.

¹⁹⁷ Los ejemplos que se pueden citar aquí son múltiples y de gran variado contenido como las falsificaciones en la red, el robo de identidad, el acoso, la extorsión, la pornografía infantil, etc. En relación con este segundo grupo, como tuvo ocasión de señalar MÖHRENSCHLAGER, aunque este tipo de conductas puedan conferir una nueva dimensión a tales hechos, lo cierto es que no representan más que un novedoso *modus operandi* que no plantea problemas de aplicación de determinados tipos penales existentes. En MÖHRENSCHLAGER, Manfred E., «Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática», (traducción de Baldó Lavilla, F. y Mir Puig, S.), Mir Puig, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, p. 48.

¹⁹⁸ VELASCO NÚÑEZ, Eloy y SANCHIS CRESPO, Carolina, *Delincuencia informática...* cit., p. 27.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 238.

²⁰⁰ Así lo denomina MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 127.

CP relacionadas con el ciberterrorismo como proponen estos autores sino toda forma de delincuencia política en el ciberespacio como es el caso de las guerras híbridas entre estados que se analizarán en profundidad más adelante o el *ciberhacktivismo*²⁰¹.

Pero el ciberdelincuente también puede actuar por razones más estrechamente ligadas con la esfera personal del individuo. En este caso, estos mismos autores se refieren a los «delitos ciberintrusivos», entendiendo como tales aquellos en los que se busca la obtención de información privada o intimidades de terceras personas con el uso de las TIC²⁰². Piénsese en este caso en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 CP, la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos para su venta de los arts. 417-423 CP, la suplantación y robo de personalidad, etc.

Ahora bien, también cabe hablar, dentro de este mismo contexto de «delitos tecnológicos sociales» o «cibercrímenes sociales» que, desde un planteamiento más general, engloban conductas directamente vinculadas con la interrelación de los usuarios en la red y, por tanto, aquellos delitos producidos como consecuencia del conflicto generado en el marco de estas relaciones sociales²⁰³. Esto ocurre claramente en el caso del acoso, las amenazas y coacciones, las injurias o el *online grooming* que se realizan a través de las redes sociales.

Esta forma de categorizar el cibercrimen puede resultar muy didáctica, como ya se tendrá ocasión de señalar más adelante, para comprender el hecho de propagar *fake news* en redes sociales. Y ello porque, como veremos, se trata de un fenómeno «multiofensivo» en el que, dependiendo de la intencionalidad del autor, la conducta podría encuadrarse en cualquiera de los tres grandes grupos. Por lo tanto, en la medida en que el elemento de intencionalidad cobra especial interés en este caso, la categorización en un grupo u otro puede resultar sumamente interesante desde el punto de vista criminológico.

²⁰¹ Entendiéndose como tal como el conjunto de ataques coordinados por *hackers* informáticos con el propósito de difundir mensajes políticos e ideológicos y no con finalidades defraudatorias o económicas. Estos ataques, tal como explica POVEDA CRIADO ha aumentado considerablemente desde 2013 mediante la aparición de *hacktivistas* de naturaleza regional y la popularización de Anonymous. Asimismo, cabe destacar el incremento del uso de las técnicas *hacktivistas* por parte de los propios Estados para elaborar ciberataques contra aquellos que ponen en peligro sus intereses. Para una información más completa véase, POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red...*, cit., pp. 159-166.

²⁰² VELASCO NÚÑEZ, Eloy y SANCHIS CRESPO, Carolina, *Delincuencia informática...* cit., p. 131.

²⁰³ Igualmente, MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., pp. 116-117. Según este autor, este tipo de cibercrímenes no dejan de ser más que supuestos de traslado de crímenes tradicionales derivados de conflictos entre personas en el ámbito del ciberespacio.

No obstante, bajo mi punto de vista, posiblemente la clasificación que permite un análisis más preciso y didáctico del fenómeno es el ofrecido por MIRÓ LLINARES cuando fija el foco de atención en la incidencia de las TIC en el comportamiento criminal²⁰⁴. El planteamiento que ofrece se centra en la realidad criminológica y en el papel que ostenta el ciberespacio respecto de la generación de conductas delictivas, proponiendo así la categorización de tres clases de comportamientos relacionados con la cibercriminalidad:

- a) *Ciberataques puros*. En estos supuestos se entiende que el ciberespacio constituye un lugar que genera nuevas conductas delictivas no existentes con anterioridad a la aparición de la red. En consecuencia, solo cuando la conducta delictiva se produzca en dicho ámbito será posible realizarla. Algunos ejemplos de esta modalidad sería el *hacking* o acceso ilícito a sistemas informáticos, las infecciones de *malware* o el uso de redes sin autorización.
- b) *Ciberataques réplica*. A diferencia del anterior, en estos casos las TIC no han generado el surgimiento de nuevas formas de delincuencia. Se trata más bien de comportamientos que replican otras que ya existían previamente en el espacio físico, pero que sus caracteres se transforman debido a que se llevan a cabo en este nuevo espacio. En este grupo podrían encajar todos los ilícitos de ciberfraude como el *phising* o el *scam* o bien otro tipo de conductas que afectan a bienes jurídicos de muy distinta naturaleza como el ciberespionaje, la difusión no consentida de imágenes íntimas, el *ciberstalking*, etc.
- c) *Ciberataques de contenido*²⁰⁵. Especialmente potenciada su importancia por la relevancia que están adquiriendo las redes sociales en nuestra sociedad. En

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 51-116.

²⁰⁵ En cuanto a este grupo de conductas es necesario realizar dos precisiones. La primera, en la línea argumentada por FERNÁNDEZ TERUELO, es precisamente el medio (el ciberespacio) el que ha convertido ciertas conductas que eran casi residuales en hechos delictivos masivos (el autor expone el ejemplo de la pornografía infantil pero también se podría añadir los delitos de odio y el enaltecimiento del terrorismo) por lo que conviene poner especial interés a la propia dinámica de las plataformas digitales para comprender el motivo del crecimiento de este tipo de contenidos. Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet...*, cit., p. 16.

En segundo lugar, es preciso recalcar en este tipo de categoría la diferenciación entre contenidos nocivos o perjudiciales (aquellos que no son delictivos pero que resultan ofensivos para los destinatarios) de aquellos delictivos o ilícitos (subsumibles en un precepto del texto punitivo). Mientras que estos requieren una intervención de las autoridades y deben ser penalmente sancionados, aquellos requieren, sobre todo, el establecimiento de medidas preventivas estrechamente vinculadas con un uso seguro de la red. Cfr., ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio: las noticias falsas y su persecución penal», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n° 98, 2023, p. 207 y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, Aranzadi, Navarra, 5ª ed.,

ellas se dota de protagonismo a los contenidos, siendo el objeto principal de análisis la conducta de difusión o acceso de informaciones ilícitas de todo tipo. Aquí se podría ubicar la pornografía infantil, los delitos de odio a través de redes sociales y el enaltecimiento del terrorismo, entre otros.

A propósito de esta clasificación, será posible resaltar aquellos inconvenientes de estudio criminológico más relevante que dimanen de cada uno de los tres grupos de clasificación²⁰⁶. Esto permitirá, tal y como se desarrolla posteriormente²⁰⁷, profundizar en las repercusiones que las redes sociales tienen respecto los *ciberataques de contenido* (que, como veremos, es el grupo más relevante a efectos del objeto de estudio de esta investigación), así como focalizar el estudio en el mecanismo de la difusión dentro de estas plataformas.

4. LA CRIMINOLOGÍA FRENTE A LA CIBERDELINCUENCIA

4.1. Breve aproximación a las propuestas teóricas de la cibercriminalidad

Existen dos grandes enfoques respecto al estudio teórico del fenómeno criminal en el ciberespacio. El primero de ellos puede ilustrarse en la figura de GRABOSKY y su planteamiento amparado bajo la conocida expresión «*Old wine in new bottles*». A través de ella el autor argumenta que, a pesar de que las nuevas tecnologías facilitan una capacidad sin precedentes para actuar sobre las motivaciones criminales, lo cierto es que ninguna de dichas motivaciones para cometer ciberdelitos es nueva. Por ello, las teorías criminológicas inicialmente elaboradas para explicar el crimen convencional son

2015, pp. 189 y ss. Una idea que debe permanecer, con especial hincapié, en una época de expansión punitiva en la que la línea entre el ilícito penal y las meras conductas perjudiciales es cada vez más difusa.

²⁰⁶ Siguiendo a este autor, respecto de los *ciberataques puros* este será, sobre todo, la falta de estrategias preventivas debido a la novedad de los comportamientos, así como la inexistencia de preceptos que permiten la incriminación de los mismos (inexistencia de protección criminológica y penal). En cuanto a los *ciberataques réplica* el problema se relacionará sobre todo con el aumento de la lesividad de la conducta sobre los bienes jurídicos tradicionales y el incremento del riesgo, así como la «dudosa capacidad de los tipos penales existentes para dar cabida a conductas similares en lo injusto pero cambiantes en su forma de realización». Y, finalmente, de los *ataques de contenido* resaltarán sobre todo inconvenientes relacionados con la atribución de responsabilidad penal de los sujetos que intervienen en el proceso de difusión. Véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 52.

²⁰⁷ Capítulo I, epígrafe 5: «Recapitulación: la desinformación como cibercrimen de contenido».

igualmente aplicables al crimen en el ciberespacio²⁰⁸. Sobre esta idea volveremos más adelante.

En cambio, otros autores como WALL no consideran que el entorno digital sea un viejo vino en una nueva botella, ni siquiera un nuevo vino en botellas nuevas, más bien defiende que muchas de las características generadas por este entorno son tan novedosas que la expresión más adecuada sería «*new wine, but no bottles*»²⁰⁹. Según este parecer, determinados comportamientos producidos en el ciberespacio surgidos gracias a él no pueden explicarse completamente acudiendo a las teorías tradicionales. Y no solo eso, sino que este nuevo entorno merece una especial consideración precisamente porque en él se desdibujan los límites existentes en el entorno físico²¹⁰.

Parece ser que es la primera postura la que ha terminado adquiriendo cierta predominancia²¹¹, aunque, como veremos, a propósito del desarrollo del espacio virtual han ido surgiendo novedosos planteamientos sumamente interesantes. Entre las teorías tradicionales que han sido aplicadas para comprender la criminalidad en el ciberespacio podrían destacarse aquellas que se han centrado más en el punto de vista del delincuente y, por otro lado, aquellas que han priorizado el análisis del evento delictivo.

En relación con las primeras, cabría destacar las teorías de la asociación diferencial y del aprendizaje social propuestas por SUTHERLAND y AKERS²¹². Siguiendo sus

²⁰⁸ GRABOSKY, Peter N., «Virtual Criminality: Old Wine in New Bottles?», *Social & Legal Studies*, nº 10, 2001, pp. 243-244 y 248. Según este autor, Internet ha provocado cambios significantes en la interacción humana. No obstante, aunque esto haya facilitado la realización de diversas actividades en el ciberespacio y fomentado la aparición de nuevas oportunidades de explotación criminal, la criminalidad fundamental todavía se puede reducir a lo básico y entender a través de las teorías clásicas.

²⁰⁹ WALL, David, «Catching Cybercriminals: Policing the Internet», *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 12, nº 2, 1998, pp. 201-202.

²¹⁰ *Ídem*. Concretamente, el autor defiende que las habilidades especiales del ciberespacio permiten, que los usuarios lleguen a un número potencialmente infinito de personas en una amplia gama de jurisdicciones casi sin censura. Precisamente esta cualidad de inexistencia de límites crea situaciones nuevas que precisan de formas de control completamente novedosas.

²¹¹ Véase, en este sentido a STALANS, Loretta J., y DONNER, Christopher M., «Explaining Why Cybercrime Occurs: Criminological and Psychological Theories», en Jahankhani, Hamid (ed.), *Cyber Criminology*, Springer, Cham, pp. 25 y 40 quienes consideran que la mayoría de los estudios relacionados con los factores que explican la ciberdelincuencia no utilizan algunas de las teorías criminológicas más novedosas. Idea que también es apoyada en AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., p. 25. Y, Asimismo, en CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 474. Este último autor, en concreto, considera que tanto desde un punto de vista teórico como empírico la mayor parte de las investigaciones realizadas sobre la cibercriminalidad han tenido como base las teorías criminológicas tradicionales, esencialmente aquellas generales que pretenden explicar cualquier tipo de delincuencia. Hecho que, en su opinión, ha significado que la Criminología haya llegado tarde al estudio del funcionamiento criminal a través de las nuevas tecnologías.

²¹² De hecho, en trabajos como STALANS, Loretta J., y DONNER, Christopher M., «Explaining Why Cybercrime Occurs...», cit. p. 39 y CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p.

propuestas, el delito es el resultado de un proceso de aprendizaje derivado de la comunicación entre los individuos. El delincuente aprende de la experiencia de otras personas que realizan comportamientos criminales que le sirven de orientación en su conducta²¹³. Trasladando estas ideas a la cibercriminalidad, las TIC favorecen el contacto entre cibercriminales de modo que se potencia la contaminación criminógena²¹⁴.

Por su parte, la teoría general de la tensión de AGNEW desarrolla cómo el crimen es el resultado de diversas fuentes de frustración o tensión en el individuo que le precipitan a realizar la conducta delictiva. Este autor, principalmente, las engloba en tres: la imposibilidad de alcanzar metas sociales positivas, la privación de gratificaciones que un individuo posee o espera poseer y la exposición a situaciones aversivas de las que no puede escapar²¹⁵. Siguiendo a CÁMARA ARROYO, debido a que el ciberespacio es un entorno más «libre» ya que en él se reducen los medios de control social, el cibercrimen sirve como una vía escapatoria que ayuda a superar y focalizar dichas tensiones negativas²¹⁶.

474 se citan como las aproximaciones teóricas de mayor aplicabilidad en la investigación de los delitos tecnológicos.

²¹³ Como han tenido ocasión de explicar REDONDO ILLESCAS y GARRIDO GENOVÉS, los dos elementos principales sobre los que se articula la teoría de Sutherland y, por tanto, el aprendizaje criminal son dos: el contenido y el proceso. El primero hace referencia a aquello que se aprende de la conducta delictiva y que se compone, fundamentalmente, por las técnicas de comisión de los delitos, los motivos para delinquir y las vías adecuadas para realizarlo. El segundo hace referencia a cómo suele ser la asociación con grupos íntimos el modo que favorece dicho aprendizaje. En REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 397-398.

²¹⁴ CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 474. Para AGUSTINA estas teorías del aprendizaje permiten explicar el proceso de influencia de modelos de conducta inadecuados en la red que inciden en la percepción y en el imaginario colectivo, sobre todo, de adolescentes. En AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., «Retos educativos ante los riesgos emergentes en el ciberespacio: claves para una adecuada prevención de la cibervictimización en menores», *Revista Española de Pedagogía*, nº 273, 2019, p. 280.

²¹⁵ Véase, en profundidad las aplicaciones de esta teoría y lo que contemplan cada una de estas tensiones en REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., pp. 280-283. En esta línea, es preciso tener en cuenta dos consideraciones. La primera, tal y como matiza SERRANO MAÍLLO, se trata de fuentes de frustración que tienden a solaparse y que conforman *tipos ideales* que producen en el individuo sensaciones negativas que deben provocar el deseo de hacer algo para solventar la situación para que se produzca el delito. Cfr. SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología...*, cit., pp. 375-376. La segunda, como acertadamente expone GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el propio AGNEW reconoce que el delito no es la única posible respuesta ante la frustración generada, pero sí que es cierto que esta se favorecerá si presenta una especial disposición para el delito o bien sí, por las razones que sean, tiene limitadas las estrategias lícitas de hacer frente a dichas tensiones. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 798-799.

²¹⁶ CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 475. Tal y como ha indicado este autor, esta teoría se ha utilizado para demostrar, en ciertas investigaciones, la vinculación existente entre el cibercrimen y el entorno físico. En especial, expone el ejemplo de la relación entre el hecho de sufrir *ciberbullying* y la generación de conductas desviadas en los jóvenes. Por lo tanto, el cibercrimen es

Del mismo modo, la teoría del autocontrol de GOTTFREDSON y HIRSCHI enfatiza el análisis en el individuo infractor. En la línea expuesta por estos autores, el factor más importante que explica la delincuencia es la baja capacidad de ciertos individuos de controlar sus deseos e impulsos²¹⁷. Si esta premisa se traslada al entorno digital, se observa que de las propias características derivadas del ciberespacio se desprenden importantes desinhibidores de la conducta que potencian la probabilidad del comportamiento desviado. AGUSTINA ha recalcado este efecto recientemente cuando declara que: «a la vista de las características criminógenas del ciberespacio, el efecto desinhibidor en la persona (derivado de un entorno digitalizado) genera una aceleración de la conducta en una dinámica en el uso de las TIC que reviste con frecuencia tintes compulsivos, y se traslada a la esfera decisional del sujeto en términos de una mayor confianza o relajación en sus interacciones (ingenuidad) y en una ausencia de reflexividad en sus procesos de toma de decisiones (irreflexividad). Tales rasgos conductuales nos acercarán así a afirmar que el ciberespacio, de hecho, puede suponer un efecto determinante en los niveles de autocontrol del individuo»²¹⁸.

Desde una perspectiva que tiene en cuenta el punto de vista del agresor pero que también comienza a poner el foco de atención en el evento delictivo²¹⁹, sobresale la teoría de la elección racional, la cual ha servido como base para la realización de estudios de

«generador de importantes tensiones que tienen su reflejo en el comportamiento en el mundo *offline* de quienes las sufren».

²¹⁷ Para estos autores, el bajo autocontrol o autocontrol deficitario se fija a una edad muy temprana y es un rasgo bastante estable a lo largo de la vida. Véase, en este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología...*, cit., p. 853 y REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 307.

²¹⁸ AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GAMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología...*, cit., p. 27. De hecho, para este autor la teoría del autocontrol es una de las teorías de mayor consistencia explicativa de la decisión de cometer un ciberdelito. Este planteamiento también se puede ver en AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., «Retos educativos...», cit., p. 280 cuando considera que, en la era digital, el autocontrol constituye un factor individual de los más importantes en los comportamientos adictivos y las conductas desviadas como el consumo compulsivo de pornografía y otros reclamos.

CÁMARA ARROYO también argumenta que esta teoría tradicional es de las más relevantes para explicar la cibercriminalidad en la medida en que las nuevas tecnologías han ayudado a debilitar la capacidad de autocontrol de las personas en un mundo cada vez más interconectado y con menor comunicación real. Según su planteamiento en el ciberespacio la velocidad con la que circula la información es mucho mayor comparada con el entorno analógico y esto explica en gran medida dicha disminución del poder de autocontrol. Junto con esta idea, además, resalta cómo para los más jóvenes existe una menor habilidad de control parental en el uso de las nuevas tecnologías, algo que refuerza la proliferación de comportamientos delictivos en este entorno. En CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 475.

²¹⁹ Tal y como expresa GARCÍA GUILABERT, la teoría de la elección racional explica el proceso de dos grandes decisiones. Por un lado, una con un enfoque individual, consistente en la disposición de realizar el delito, en la que el agresor valora las alternativas para lograr los objetivos propuestos. Por el otro, otra con un enfoque situacional en la que se tiene en cuenta el lugar y el momento en el que realizar la actividad delictiva. Cfr. GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit., pp. 113-114.

criminología aplicada a la cibercriminalidad²²⁰. En ella se plantea que el crimen es el resultado de un proceso de toma de decisión del delincuente en el que analiza los costes y beneficios que le va a reportar la actividad delictiva²²¹. Ideas perfectamente trasladables a la actividad delictiva en el entorno virtual en el que el agresor puede tener en cuenta variables relevantes como las mayores dificultades de persecución o la mayor facilidad de comisión de determinados delitos derivado de las propias características de dicho espacio.

No obstante, ha sido la teoría de las actividades cotidianas de COHEN y FELSON la que particularmente se ha encargado de abordar en profundidad el papel que juega el lugar de comisión de las conductas desviadas y el comportamiento de las víctimas²²². Como se tendrá ocasión de desarrollar, las investigaciones basadas en esta teoría analizan la confluencia de tres elementos esenciales para explicar el fenómeno criminal: un delincuente motivado, un objetivo o víctima adecuado y la ausencia de guardianes capaces. Con base en esta premisa, se han llevado a cabo toda una serie de planteamientos criminológicos que explican que el ciberespacio es un entorno que potencia estos tres elementos y, *por ende*, generan grandes oportunidades para la realización de conductas desviadas.

A propósito de la consideración del entorno digital como un espacio que ha creado su propia criminalidad, han surgido teorías novedosas cuyas premisas tienen como base específicamente la explicación de la cibercriminalidad. Este ha sido el caso de la Teoría de la Acción Situacional de WIKSTRÖM y la versión revisada concretamente para el cibercrimen mediante la *Situational Action Theory Revised for the Internet*, (SAT-RI)²²³, así como la *Space Transition Theory* de JAISHANKAR. Ambas parten de la

²²⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 163. Si bien, aclara este autor, la mayoría de los trabajos de estudio del cibercrimen que toman como base dicha teoría también lo analizan junto con otras teorías como la de las actividades cotidianas debido a su estrecha vinculación con las teorías de la oportunidad.

²²¹ En profundidad, véase, el análisis de REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., pp. 469-475; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología...*, cit., pp. 515-516 y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología...*, cit., pp. 306-310.

²²² REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 500.

²²³ Como bien ha indicado PÉREZ SUÁREZ, en principio la SAT fue creada como una teoría que explicara el crimen en general. Sin embargo, esta teoría ha sido revisada posteriormente por este autor para adaptarla específicamente a la cibercriminalidad mediante la SAT-RI. En ella parte de la premisa de que los rasgos específicos de Internet como entorno podrían generar algunos problemas respecto de la teoría inicial. PÉREZ SUÁREZ, Jorge Ramiro, *We are Cyborgs: Developing a Theoretical Model for Understanding Criminal Behaviour on the Internet*. Doctoral thesis, University of Huddersfield, 2015, pp. 45 y 56.

consideración del ciberespacio como un lugar en el que el comportamiento criminal es claramente distinto al que se produce en el entorno analógico.

PÉREZ SUÁREZ acoge el planteamiento ecléctico de WIKSTRÖM, quien relaciona los factores sociales (el entorno, las reglas que lo rigen y el contexto moral) con factores personales (moral de los individuos, sus hábitos y tendencias)²²⁴, y realiza una revisión teórica que parte de la premisa del ciberespacio como un entorno moral autónomo²²⁵. De modo que termina considerando que el cibercrimen es el producto de la propensión individual a cometer el cibercrimen (P), la exposición a Internet (entendido como entorno criminógeno *per se*) (E) y las técnicas de neutralización después de un proceso moral de deliberación (mediado por el autocontrol) (N)²²⁶. Teoría que concentra en la fórmula $P \times E \times N = CC$ (cibercrimen específico).

Por otro lado, la teoría de la cibercriminalidad propuesta por JAISHANKAR se centra en analizar la naturaleza del comportamiento en el espacio físico y en el ciberespacio sosteniendo, mediante la elaboración de siete premisas²²⁷, que las personas

²²⁴ De hecho, el propio autor argumenta que uno de los principales objetivos de la SAT persigue superar la común pero infructuosa división entre explicaciones individuales y situacionales de las causas del crimen. Véase, WIKSTRÖM, Per-Olof H, «Explaining crime as moral actions», en Hitlin, Steven & Vaisey, Stephen (eds.), *Handbook of the sociology of morality*, Springer, New York, 2010, pp. 216-217.

²²⁵ Según PÉREZ SUÁREZ, a diferencia de otras concepciones en las que consideran que el cibercrimen es causado por la interacción de la propensión personal del entorno offline y *online*, en la SAT-RI el único entorno que se considera es Internet. Parte de la premisa de que ambos entornos son dos espacios autónomos y que Internet se caracteriza por tener su propio conjunto de valores morales y normativos por los que se regula. En consecuencia, los delitos resultantes tendrán una dinámica y explicación diversa si se cometen en un espacio u otro. Cfr. PÉREZ SUÁREZ, Jorge Ramiro, *We are Cyborgs...*, cit., pp. 56-58.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 56-70.

²²⁷ Los postulados de la teoría, formulados en 2008 y reiterados en 2011, como indicó el propio autor, son los siguientes:

- «1. Las personas con comportamientos delictivos reprimidos (en el espacio físico) tienen propensión a cometer delitos en el ciberespacio que, de otro modo, no cometerían en el espacio físico debido a su condición y posición.
2. La flexibilidad de la identidad, el anonimato disociativo y la falta de factores de disuasión en el ciberespacio permiten a los agresores la oportunidad de cometer cibercrímenes.
3. Las conductas delictivas realizadas en el ciberespacio es probable que se importen al espacio físico, y conductas delictivas producidas en el espacio físico pueden exportarse también al ciberespacio.
4. Las operaciones intermitentes de los delincuentes en el ciberespacio y la naturaleza espacio-temporal del ciberespacio da a los agresores un escape
5. (a) Es probable que los desconocidos se unan en el ciberespacio para cometer delitos en el espacio físico. (b) Es probable que los asociados en el espacio físico se unan para cometer delitos en el ciberespacio.
6. Las personas de sociedades cerradas tienen más posibilidades de cometer delitos en el ciberespacio que las personas de sociedades abiertas.
7. El conflicto entre normas y valores del espacio físico y normas y valores del ciberespacio puede llevar a la realización de cibercrímenes».

Traducción realiza personalmente. Otra traducción similar de estas premisas teóricas puede consultarse en CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos...», cit., p. 478. La versión original se encuentra disponible en JAISHANKAR, Karuppannan, «Introduction. Expanding Cyber Criminology With an Avant-

se comportan de manera distinta cuando se mueven de un espacio a otro. Una conclusión que conduce a la interesante idea de ahondar en los motivos que favorecen la elección de realizar una parte de la actividad delictiva en un entorno u otro.

Ahora bien, aunque cada una de estas teorías han servido como base en la explicación de estudios sobre cibercrímenes específicos, lo cierto es que ha sido la teoría de las actividades cotidianas la que ha adquirido una predominancia única²²⁸. Las razones que se han apuntado para justificarlo han sido de diversa índole. Así, se ha considerado como una de las teorías de mayor calado tanto desde el punto de vista victimológico²²⁹, como desde el punto de vista de la prevención de la cibercriminalidad²³⁰. Entre otras cosas, debido al protagonismo que se le otorga en su planteamiento a la importancia de la conducta de la víctima en el ciberespacio para la comprensión del cibercrimen. Pero también se ha aludido a otros motivos como es el hecho de que se trata de una teoría que centra su análisis en el lugar de comisión del delito²³¹, algo que permite destacar las propias características del ciberespacio y, en su caso, de las redes sociales para estudiar el fenómeno. Y, del mismo modo que sus premisas parten de la consideración de la evolución tecnológica como proceso que conlleva un aumento de la tasa de criminalidad (porque implícitamente aumentan el contacto entre potenciales agresores y víctimas), así como se centra más en el estudio del control no formal²³², de la interacción del día a día para actuar sobre él y prevenir la comisión de ciberdelitos.

Por todo esto, la TAC y sus desarrollos aplicados al ciberespacio serán los planteamientos fundamentales sobre los que se partirá en este trabajo y sobre los que se

Garde Anthology», en Jaishankar, Karuppannan (ed.), *Cyber criminology: Exploring internet crimes and criminal behavior*. Taylor & Francis Group, 2011, p. 28.

²²⁸ Así lo ha descrito MIRÓ LLINARES: «si bien podemos encontrar interesantes estudios de criminología aplicada a la cibercriminalidad en las que se manejan teorías de la criminalidad como la del autocontrol, la decisión racional, la del aprendizaje social, el control social o el etiquetamiento, gran parte de los estudios criminológicos que tratan de comprender el crimen en Internet y de, incluso, definir los caracteres particulares de este evento por el hecho de llevarse a cabo en el ciberespacio, toman en consideración para su análisis el “approach” de la oportunidad y, más concretamente, la TAC de Cohen y Felson». En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 14 y 15.

²²⁹ En este sentido, BOSSLER y HOLT para quienes la TAC es la teoría más útil para comprender la victimización del cibercrimen. En BOSSLER, Adam M. y HOLT, Thomas J., «The effect of self-control on victimization in the cyberworld», *Journal of Criminal Justice*, 38, 2010, p. 227. E, igualmente, AGUSTINA, José R., «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, p. 165.

²³⁰ SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección...», cit., p. 93. Por su parte, MIRÓ LLINARES también ha aludido a la importante tendencia hacia la explicación preventiva de la TAC como razón que explica la relevancia de esta teoría para entender la cibercriminalidad. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 16.

²³¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 16-18.

²³² *Ibidem*, p. 17.

tratará de comprender el fenómeno de la desinformación a través de las redes sociales. Pero, previamente a aplicar esta teoría al objeto de estudio del presente trabajo, conviene conocer cuáles son los postulados esenciales con los que se apoya esta teoría y las aplicaciones que estos han tenido en la explicación de la ciberdelincuencia en general.

4.2. La teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio

4.2.1. Las propuestas generales de COHEN y FELSON

Después de décadas centrando el estudio criminológico, sobre todo, en la figura del delincuente, surgen en los setenta del siglo pasado toda una serie de teorías criminológicas situacionales cuyo foco de atención lo fijan, en su lugar, en el evento criminal. Entre ellas la que más ha destacado por ser la más importante y citada en esta disciplina²³³ ha sido la teoría de las actividades cotidianas. Una teoría que, como acertadamente señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «acentúa la relevancia de los factores temporales y espaciales, de una parte, y el fracaso del control social, formal e informal, de otra»²³⁴.

La teoría de las actividades cotidianas (TAC)²³⁵ fue enunciada por COHEN y FELSON en 1979 a través de su brillante trabajo *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*²³⁶. En su planteamiento se resalta la significativa interdependencia entre las actividades cotidianas no delictivas y las delictivas. De este modo, una transformación de la estructuración temporal y espacial de la vida moderna

²³³ Así se manifiesta en REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 489.

²³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 329.

²³⁵ En realidad, a esta teoría se le suele denominar «teoría de las actividades rutinarias» al ser la traducción literal de la formulación en inglés «routine activity theory». Algunos ejemplos se observan en SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología...*, cit., p. 315 y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología...*, cit., p. 329. Sin embargo, MIRÓ LLINARES ha apuntado que en castellano es mejor usar la expresión «cotidiano» porque, en palabras del propio Felson, dicho término refleja de manera más precisa en nuestro idioma la idea central de la teoría: el actuar diario de cada sujeto donde se produce cualquier delito. En cambio, el término «rutina» suele tener una connotación más peyorativa que no guarda relación con la aproximación teórica que se desea llevar a cabo. En este sentido, véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., p. 4.

Por otro lado, a esta teoría también se le suele denominar «teoría de la oportunidad» debido a la relevancia que se le otorga al factor oportunidad en el evento delictivo. Como ha señalado SERRANO MAÍLLO, para los autores de la citada teoría la Criminología tradicionalmente ha obviado este relevante elemento del delito, como si las oportunidades para delinquir fueran ilimitadas. En consecuencia, la premisa esencial de la que hay que partir es la de comprender al delincuente como individuo que aprovecha sus oportunidades. En SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología...*, cit., pp. 312-313.

²³⁶ COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change and crime rate trends...», cit., pp. 588-608.

había incrementado la oportunidad delictiva y, en consecuencia, las tasas de criminalidad²³⁷. Partiendo de algunos planteamientos de la teoría ecológica²³⁸, la TAC propone que el aumento de la criminalidad puede explicarse debido a una mayor confluencia de delincuentes motivados, objetivos apropiados y a la ausencia de guardianes capaces²³⁹. Para Cohen y Felson estos son los tres elementos esenciales que deben converger en el espacio-tiempo para explicar un mayor índice en la delincuencia.

El delincuente probable²⁴⁰ sería cualquier individuo que posee una razón para cometer el delito y que, además, presenta la habilidad necesaria para poner en práctica dicha inclinación. No obstante, aunque este elemento sea necesario para la realización del

²³⁷ Estos autores constatan que, pese a haberse producido una mejora sustancial de las condiciones de vida de la población, se estaba produciendo un gran incremento en las tasas de criminalidad. La explicación del crimen, por lo tanto, no debe relacionarse en general con la mejora de las condiciones sociales de la población, sino con un aumento de la oportunidad criminal. Aumento que se había producido mediante la transformación social de tres grandes bloques. En primer lugar, debido al aumento considerable del tiempo que se pasa fuera de casa y del número de desplazamientos. Efectivamente, en el período comprendido desde la segunda Guerra Mundial hasta los años setenta se estaba dotando de un mayor protagonismo a las actividades laborales y culturales lejos de las propiedades. En segundo lugar, debido a las transformaciones de los bienes de consumo y de la forma en la que realizar las transacciones. Al mismo tiempo, en dicho período se constataba un mayor número del movimiento de propiedades y los avances en la tecnología favorecían el consumo de dispositivos cada vez de menor tamaño, pero de mayor valor económico. Unido a lo anterior, surgía la aparición de los modernos cajeros automáticos en lugares públicos. En tercer lugar, justificado por el incremento de las situaciones de interacción directa entre ciudadanos. Los servicios en los lugares públicos y el transporte entre ciudades se perfeccionan lo que se materializa en una mayor probabilidad de encuentro social en dichos espacios. Estas grandes transformaciones que afectaban a la vida diaria facilitaban la delincuencia sobre las propiedades privadas (puesto que estas quedaban más tiempo solas), sobre determinados bienes (por sus dimensiones y gran valor) y el ataque directo (al existir una mayor concentración de potenciales delincuentes y víctimas en espacios comunes).

²³⁸ De hecho, los propios autores expresamente indican que para su teoría parten de la consideración de ciertos conceptos de dicha teoría. Cfr. COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change...», cit., pp. 589-591. Esto también lo expresan con claridad REDONDO y GARRIDO cuando indican que la TAC tiene una naturaleza ecológica en la que la interacción e interdependencia de la estructura espacial y temporal de las actividades cotidianas tienen un papel decisivo. Véase, REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 494, así como YAR, Majid, «The novelty of 'Cybercrime'...», cit., p. 414 cuando defiende que en el fondo de la TAC presenta un enfoque ecológico de la causación del delito en la que la localización espacial de las personas, objetos y actividades constituye el presupuesto central de su marco teórico.

²³⁹ COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change...», cit., pp. 589 y 604.

²⁴⁰ Si bien es cierto que, en los inicios de su planteamiento, siguiendo a GARCÍA GUILABERT, Cohen y Felson utilizaron la terminología de «delincuente motivado» (*motivated offender*), en sus posteriores trabajos prefirieron utilizar la referencia a «delincuente probable» (*likely offender*) porque, según ellos lo importante eran los factores físicos que facilitaban que el individuo se involucrara en el delito y no sus motivaciones. En GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit., pp. 123. Ya se puede observar cómo en FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V, «Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention», *Police Research Series*, Paper 98. London: Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, 1998, p. 4 utilizan esta nueva terminología en el desarrollo de la teoría.

evento delictivo, según FELSON ni siquiera es el factor más importante para la explicación del crimen²⁴¹.

Por otro lado, encontramos el objetivo adecuado. En la TAC se prioriza el uso de este concepto en lugar del de «víctima» ya que esta, en muchos delitos relacionados con la obtención de bienes, puede estar completamente ausente del lugar en el que se realiza el crimen²⁴². Asimismo, la probabilidad de que el objetivo sea más adecuado y, por tanto, mayor probabilidad de comisión del delito depende, fundamentalmente, de cuatro atributos descritos a través del acrónimo VIVA (*value, inertia, visibility* y *access*)²⁴³. En primer lugar, se hace referencia al valor del crimen, tanto material como simbólico, desde el punto de vista del delincuente. En segundo lugar, a la inercia entendida como aquellas condiciones del objeto (incluyendo peso, tamaño, demás características intrínsecas) y de la víctima que obstaculizan o inhiben su extracción. En tercer lugar, la visibilidad física del mismo, es decir, el grado de exposición que presente frente al delincuente. Finalmente, su accesibilidad que alcanza la facilidad de ataque debido a las características de la ubicación del objetivo.

Sin embargo, en un inicio no se prestó mucha atención a los motivos que llevaban al delincuente a escoger un objetivo u otro ni a distinguir entre los objetos materiales inanimados y las víctimas²⁴⁴. Por ello, posteriormente fueron desarrollándose algunos de estos aspectos como el de los *hotproducts* de CLARKE y su CRAVED²⁴⁵ para analizar los objetos con mayor probabilidad de ser robados por los ladrones.

²⁴¹ FELSON, Marcus, «Those who discourage crime», en Eck, John E. y Weisburd, David (eds.), *Crime and Place*, Crime prevention studies, vol 4, New York, 1995, p. 53.

²⁴² FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., «Opportunity Makes the Thief...», cit., p. 5.

²⁴³ Así lo describen por primera vez los autores en COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change...», cit., p. 591.

²⁴⁴ CLARKE, Ronald V., «Hot Products: Understanding, anticipating and reducing demand for stolen goods», *Police Research Series*, Paper 112, London: Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, 1999, p. 22 y GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit., p. 125.

²⁴⁵ Según este autor, el análisis VIVA presentaba serias limitaciones como modelo de estudio del comportamiento criminal de los «hot products», es decir, de los productos de consumo que son los más atractivos para los ladrones. Principalmente por tres razones: por su carácter general y omnicomprendivo, no específico solo del caso del robo; porque no trata en profundidad la motivación, no se tiene en cuenta los motivos específicos del robo; y porque descuida las características importantes del objeto en el caso del robo y cuando se trata de ocultar o disponer de los bienes en estos supuestos.

En consecuencia, para el caso específico de la comprensión de por qué existen productos de consumo más propicios para ser robados propone modificar el modelo VIVA por el de CRAVED. Según este modelo serán objetos más idóneos para ser extraídos por los ladrones aquellos productos que sean: *concealable* (que no presenta serias dificultades para ocultarse una vez extraído o que no sean fáciles de identificar más tarde), *removable* (que sean fácilmente extraíbles y desmontables o bien que presenten débiles medidas de seguridad), *available* (que sean visibles y accesibles), *valuable* (que sean valiosos para los propios

El tercer elemento que explica el aumento de delincuencia lo conforma la ausencia de guardianes capaces. Una figura que no debe confundirse con la policía o los oficiales de seguridad²⁴⁶, sino que comprende a todo individuo cuya ausencia en el lugar y momento en el que se comete el delito hace más probable su comisión y cuya mera presencia desalienta de que este se cometa. Si bien es cierto que dicha perspectiva es desarrollada posteriormente por el propio Felson quien, junto con la figura del guardián encargado de supervisar al objetivo adecuado, incorpora los elementos del «supervisor íntimo» y del «administrador del espacio» como controladores de los probables delincuentes²⁴⁷. Así, desde el punto de vista del control social informal de los infractores, considera a aquel como cualquier persona próxima al potencial delincuente que, sin necesidad de recurrir a la coerción física, puede neutralizar la capacidad de cometer infracciones. En cambio, el segundo lo componen aquellas personas cuya responsabilidad es la de supervisar o cuidar determinados lugares como el propietario de una casa, el portero, el conserje, el vecino cercano, el recepcionista, el gerente de restaurante, el oficial privado de seguridad, etc.

Siguiendo a REDONDO y GARRIDO, ha sido este último elemento del delito sobre el que se ha marcado una especial relevancia ya que COHEN y FELSON consideran extremadamente complicado evitar con finalidades preventivas la existencia de delincuentes motivados o la presencia de objetivos atractivos y valiosos²⁴⁸. En consecuencia, se afirma que una forma efectiva de atacar la criminalidad es aumentando el control ejercido sobre las personas en sí mismas o sobre sus propiedades. Desde este punto de vista, ECK parte de estos tres factores esenciales propuestos por la TAC para

ladrones), *enjoyable* (que sean útiles para consumir o poseer) y *disposable* (que resulten fáciles para vender ya que muchos ladrones roban para vender los productos). Cfr. CLARKE, Ronald V., «Hot Products...», cit., pp. 23-26.

²⁴⁶ Sobre esta cuestión FELSON y CLARKE explican que «el guardián no suele ser un oficial de policía o un guardia de seguridad, sino cualquier persona cuya presencia o proximidad disuade de la realización del delito. Así, una ama de casa o un portero, un vecino o un compañero de trabajo serviría, simplemente por estar presente, como guardián. A menudo esta capacidad es involuntaria, pero aun así tiene un poderoso impacto contra el crimen. Lo más importante es que, cuando los guardianes están ausentes, un objetivo está especialmente sujeto al riesgo de un ataque criminal». Cfr. FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V., «Opportunity Makes the Thief...», cit., p. 4.

²⁴⁷ FELSON, Marcus, «Those who discourage...», cit., 1995, p. 54. Por lo tanto, según este autor, un adecuado control del delito requerirá que se mantenga una cierta proximidad de los objetivos adecuados cerca de los guardianes capaces y a los posibles delincuentes de los supervisores íntimos y de los administradores del espacio.

²⁴⁸ REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., pp. 492-493.

elaborar su triángulo de la criminalidad o de la delincuencia²⁴⁹. Se trata de un modelo integrador en el que relaciona al delincuente, al objetivo y al lugar con los elementos de control que poseen un cierto potencial para prevenirlos²⁵⁰. Así, para este autor la TAC puede verse como una forma de teoría de control en la que el delito solo puede producirse en ausencia de guardianes capaces para los objetivos, efectivos cuidadores para los delincuentes y administradores respecto de los lugares.

Con todo, esta teoría no ha estado exenta de críticas. Quizás AKERS haya sido quien de manera más contundente ha incidido en los puntos débiles de la misma concretándolos en tres ejes principales²⁵¹. Así, señala la ambigüedad e imprecisión con la que se hace referencia al constructo «delincuente motivado o probable». Cuestiones como si todas las personas están motivadas para el delito o qué características tiene quedan abiertas. Además, la teoría parte de una presunción de que existen individuos motivados para el delito sin examinar en profundidad las raíces que explican dicho comportamiento²⁵². Por esta razón, Akers afirma que más que ser una teoría de la delincuencia es una teoría de la victimización. Y, finalmente, también se le atribuye a la TAC una cierta obviedad al dotar de relevancia al factor oportunidad e incidir en que la gente que presenta una menor exposición tiene menos posibilidades de ser víctima.

4.2.2. Posturas sobre la TAC en el análisis de la ciberdelincuencia

Se ha avanzado con anterioridad que la TAC ha terminado siendo una de las teorías criminológicas más importantes en la explicación de la ciberdelincuencia. Gracias a su

²⁴⁹ ECK, John E., *Drug Markets and Drug Places: A Case-Control Study of the Spatial Structure of Illicit Drug Dealing*, Tesis Doctoral. University of Maryland, 1994, p. 332.

²⁵⁰ *Idem*. De este modo, según el autor, los guardianes se preocupan por proteger el objetivo del ataque y pueden no estar muy preocupados por el bienestar del delincuente. En cambio, los cuidadores se centran en los posibles delincuentes y, secundariamente, por la protección de los objetivos potenciales. Pero ni uno ni otro están predominantemente preocupados por la salvaguarda del lugar del crimen. Es la figura de los administradores del espacio los que se encargan de ello y de forma residual del bienestar de los delincuentes o de los objetivos adecuados. Existe así una estrecha relación entre los elementos principales del crimen y las figuras que se encargan de su protección.

²⁵¹ Véase, en este sentido REDONDO ILLESCAS, Santiago, y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 502 así como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología...*, cit., pp. 332-333.

²⁵² Esta idea ha sido señalada de forma similar por CHOI al resaltar en su estudio que una de las principales críticas de esta teoría reside en su fracaso de detallar proposiciones contrastables relacionadas con las condiciones de algunos agresores, unas especificaciones necesarias que facilitarían predicciones más precisas del crimen. Cfr. CHOI, Kyung-shick, «Computer Crime, Victimization and Integrated Theory: An Empirical Assessment», *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 2, 2008, p. 311.

enfoque situacional muchos autores han decidido poner el punto de mira sobre las consecuencias dimanadas por el novedoso espacio que ha propiciado el entorno virtual. Desde este punto de vista, se ha cuestionado en qué medida el avance favorecido por las nuevas tecnologías ha podido crear una mayor oportunidad delictiva e incluso un nuevo ámbito de criminalidad que poco tiene que ver con el producido hasta el momento. Sobre esta cuestión es posible resaltar tres grandes perspectivas²⁵³ que varían según el grado de aplicabilidad de la teoría de las actividades cotidianas en el análisis de la cibercriminalidad.

Una primera posición que podríamos denominar «de aplicabilidad absoluta» se concentra en el pensamiento de GRABOSKY. Como ya se ha tenido ocasión de señalar, para este autor la criminalidad virtual es básicamente la misma que la producida en el entorno físico, solo cambia el medio. En consecuencia, esta teoría «derivada inicialmente para explicar el crimen “callejero” convencional, es igualmente aplicable a los delitos en el ciberespacio»²⁵⁴. La cibercriminalidad para este autor es un «vino viejo en nuevas botellas» por lo que sus elementos de estudio básicamente se mantienen inalterados en el ciberespacio.

En relación con el agresor potencial, este autor considera que por mucho que las tecnologías cambien rápidamente, la naturaleza y motivación humanas continúan siendo las mismas²⁵⁵. E igualmente predica en relación con los objetivos adecuados ya que, a pesar de reconocer que el aumento exponencial de usuarios en Internet ha generado un aumento de las oportunidades para cometer delitos, en el ciberespacio la principal alternativa de defensa sigue siendo la autodefensa como ocurría en el espacio analógico hace dos milenios²⁵⁶. Por su parte, tampoco parece ser que exista una gran diferencia respecto de los guardianes capaces puesto que «la necesidad de la autosuficiencia en el

²⁵³ Agrupación que en un sentido similar realiza GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit., pp. 131-149 para dar respuesta al interrogante de si los nuevos hábitos de comunicación en Internet proporcionan nuevas oportunidades delictivas.

²⁵⁴ GRABOSKY, Peter N., «Virtual Criminality...», cit., p. 248. De manera similar GARCÍA GUILABERT quien considera que la misma formulación teórica establecida por Cohen y Felson sirve para comprender en qué medida las actividades de los usuarios a través de las nuevas tecnologías han originado oportunidades para cometer cibercrímenes. En GARCÍA GUILABERT, Natalia, «Actividades cotidianas de los jóvenes en Internet y victimización por *malware*», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, 2016, p. 61.

²⁵⁵ GRABOSKY, Peter N., «Virtual Criminality...», cit., pp. 244 y 248.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 248.

control del crimen no es menos en el ciberespacio que en el vecindario físico de uno»²⁵⁷. Del mismo modo que ocurre en el entorno analógico, el control del ciberespacio deberá realizarse de manera compartida entre los agentes del estado, los especialistas en seguridad del sector privado y los usuarios particulares.

En el extremo opuesto podría señalarse la postura de YAR la cual podría considerarse «de escasa aplicabilidad». Para este autor, aunque algunos de los elementos teóricos centrales de la TAC puedan adaptarse a los delitos cometidos en el entorno virtual, existen diferencias cualitativas que hacen que la aplicación de su marco analítico en general al ciberespacio resulte verdaderamente limitado y problemático. Por un lado, sugiere que los «delincuentes motivados» pueden ser tratados en gran medida de manera idéntica en uno y otro espacio. Incluso que los «guardianes capaces» tienen su lugar en el ciberespacio, si bien su eficacia sufre una gran limitación²⁵⁸. Por otro, predica que la adaptación del estudio de los «objetivos adecuados» presenta una mayor complejidad si se realiza desde la perspectiva del entorno virtual ya que la VIVA queda considerablemente limitada al ser el *valor* similar pero el resto de las variables (*inercia*, *visibilidad* y *accesibilidad*) diferentes significativamente²⁵⁹.

²⁵⁷ GRABOSKY incide en que los retos a los que se enfrentan los poderes son bastante similares en ambos espacios. En su opinión tanto en uno y en otro la capacidad de la policía pública es limitada. Por ejemplo, la mayoría de las víctimas de robo residencial son conscientes de las escasas posibilidades de recuperar las posesiones perdidas y de que el delincuente sea llevado ante la justicia. *Ibidem*, p. 245.

²⁵⁸ Así, por ejemplo, dicho autor expone la gran dificultad de la policía, como componente dentro de la categoría de «guardián capaz», de confluir con el agresor potencial debido a la mayor facilidad de movimiento en Internet del ciberagresor y de la irregularidad temporal de las actividades que requerirían una presencia policial universal las 24 horas del día en el ciberespacio, lo que resultaría imposible. Ahora bien, también resalta el autor, en este punto el ciberespacio exige solo una versión más intensificada de control porque también en el mundo físico es muy poco probable que la policía esté presente en el lugar cuando ocurre un crimen. Véase YAR, Majid, «The novelty of 'Cybercrime'...», cit., p. 423.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 419-421. En el momento de analizar el VIVA y su posible reflejo en el ciberespacio, YAR concluye que solo es en el elemento *valor* el que puede ser perfectamente trasladable a lo que ocurre en el dicho entorno ya que en ambos espacios el valor que se le otorga al objetivo varía considerablemente según el punto de vista del delincuente. No ocurre lo mismo respecto de los otros tres elementos. El criterio de la *inercia*, al contrario de lo que ocurre en el espacio físico, parece mucho más problemático en cuanto a que los objetivos en el mundo cibernético son todos similares (información digitalizada) y no poseen las propiedades físicas de volumen y masa que hacen que dicho factor puede tener un papel relevante en la explicación de considerar un objetivo más adecuado que otro. También el criterio de *visibilidad* se vuelve más complejo cuando se pasa de un entorno a otro. Esto ocurre porque precisamente la razón de ser de Internet es invitar a la interacción y la visibilidad es un rasgo intrínseco, lo que convierte en inadecuado este elemento como criterio diferenciador. Y algo similar ocurre con la *accesibilidad* puesto que, a diferencia del espacio físico, en el ciberespacio es complicado concebir los objetivos como diferenciados según la probabilidad de accesibilidad ya que el ciberespacio es no lineal y resulta sencillo saltar de un punto cualquiera a otro sin grandes problemas. En este caso, la única dimensión en la que la accesibilidad entre objetivos digitales y no digitales podría converger sería en el caso de los dispositivos de seguridad que impiden el acceso no autorizado.

Pero es al analizar los elementos espacio-temporales cuando YAR describe los mayores problemas de aplicación de la teoría. Según su punto de vista, mientras que los individuos, los objetos y las actividades cuando se realizan en el espacio físico pueden ser ubicadas en configuraciones espacio-temporales fijas y ordenadas, en el espacio digital estos elementos tienden a desestabilizarse ya que es un lugar espacio-temporalmente desorganizado²⁶⁰. Por ello, para el autor existe una incapacidad de trasposición de la TAC en el ciberespacio ya que dicha teoría parece presentar una «utilidad limitada en un entorno que desafía muchas de nuestras suposiciones que se dan por sentadas acerca de cómo el entorno socio-interaccional de las actividades cotidianas está configurado»²⁶¹. Al contrario de lo que afirmaba Grabosky, para YAR la cibercriminalidad no es un vino viejo en una botella nueva sino un vino añejo sin embotellar o, alternativamente, en botellas de formas variadas y fluidas.

La tercera alternativa vendría representada por MIRÓ LLINARES quien parece presentar una «postura intermedia»²⁶² entre las dos anteriores. Por un lado, al igual que GRABOSKY, considera que el enfoque planteado por la TAC sí que es válido para explicar el cibercrimen ya que este también depende de los elementos de la ecuación del delito que en dicha teoría se plantean. Pero por el otro, resalta cómo debido a las características especiales del ciberespacio obliga a que «todos y cada uno de estos elementos se vean modificados en algún sentido al darse en el ciberespacio. No de una forma tal que cambie su esencia, pero sí de modo que la confluencia de los mismos en el evento resulta distinta a la que define al crimen en el espacio físico»²⁶³.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 415-418. Para este autor existen diferencias cualitativas en las variables espacio-temporales que se presentan en el entorno físico y en el digital. Respecto del factor «espacial», mientras que en el mundo físico las geometrías son relativamente estables y perdurables (lo que permite que las perspectivas ecológicas como la TAC pueda correlacionar factores de proximidad residencial con patrones de ataque), en el mundo digital el espacio es extremadamente volátil en sus configuraciones y fácilmente trasmutables (dificultando seriamente la aplicación de la TAC porque esta presupone la estabilidad del lugar y la posible anticipación de la presencia de actores debido a la existencia de patrones de actividad regularizados). En cuanto al factor «temporal», las actividades en línea no pueden limitarse a ventanas temporales claramente delimitadas ya que la actividad funciona a todas horas todos los días. En este sentido, la TAC se vuelve inefectiva en la medida en que no se puede anticipar la presencia o ausencia de determinados actores en lugares concretos, volviéndose problemáticas el estudio del comportamiento de los tres elementos del crimen. En definitiva, la propia naturaleza “desordenada” tanto desde el punto de vista del espacio como del tiempo provoca que sea especialmente difícil identificar patrones de convergencia entre los elementos criminógenos.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 424.

²⁶² Igualmente, GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores...*, cit. p. 143.

²⁶³ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 19-20.

En este trabajo adoptaremos esta última postura debido a la idoneidad de la teoría para adaptarla a las circunstancias del ciberespacio²⁶⁴ así como la adecuación de su modelo para explicar la cibercriminalidad de manera empírica²⁶⁵. Veamos pues, algunas de las adaptaciones más relevantes de la TAC propuestas por este autor.

Por lo que se refiere al ciberagresor motivado, MIRÓ explica que en el entorno virtual se ha producido una transformación de las coordenadas, las cuales dejan de definirse en términos de distancia por posibilidad de comunicación²⁶⁶. Ello, en consecuencia, genera toda una serie de mutaciones en la oportunidad criminal que no deben minimizarse. Entre ellas, destaca el incremento en el ámbito de la oportunidad. Según el autor, debido a la inexistencia de las barreras que supone la distancia entre agresor motivado y objetivos adecuados, el potencial número de poder ser uno u otro aumenta considerablemente ya que deja de ser necesario que ambos estén juntos espacial y temporalmente en un mismo punto. Al mismo tiempo, se reducen los costes de ejecución del delito y se multiplican las fuerzas. La innecesariedad del desplazamiento

²⁶⁴ Véase, las razones esgrimidas en el apartado «4.1. Breve aproximación a las propuestas teóricas de la cibercriminalidad».

²⁶⁵ Son numerosos los estudios que han contrastado la adecuación del modelo teórico de la TAC como base para explicar la cibercriminalidad, sobre todo destacan aquellas que relacionan las actividades cotidianas en línea de las víctimas con las posibilidades de ser objetos adecuados de victimización. Entre otros destaca el estudio de SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección...», cit., *passim*, sobre las repercusiones que tienen las medidas de autoprotección relacionadas con las contraseñas de cuentas en redes sociales; el de VAKHITOVA, Zarina I. *et al.*, «Lifestyles and routine activities: Do they enable different types of cyber abuse?» *Computers in Human Behavior*, 101, 2019, p. 235, pp. 225–237 cuyo objetivo es establecer la utilidad empírica de la TAC para explicar la victimización de los nuevos tipos tecnológicos como el ciberabuso y el *ciberstaling*; por su parte el de REYNS, Bradford W., «A routine activity perspective on *online* victimisation», *Journal of Financial Crime*, vol. 22, nº 4, 2015, pp. 406-407 cuyos resultados muestran que en cierta medida la victimización por *phising*, piratería e infección por *malware* son facilitadas por las actividades cotidianas en línea de los usuarios; también MIRÓ LLINARES, Fernando, «La victimización por cibercriminalidad social. Un estudio a partir de la teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº11, 2013, p. 30 en el que resalta la importancia de la víctima como elemento clave del evento delictivo, en concreto en el caso de *online harassment*; y PRATT, Travis C. *et al.*, «Routine Online Activity and Internet Fraud Targeting: Extending the Generality of Routine Activity Theory», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 47, nº 3, 2010, pp. 281-283 a través de la cual se relaciona el aumento de la actividad económica en línea con el riesgo de ser víctimas de estafas; y de manera ilustrativa el estudio de HOLT, Thomas J. y BOSSLER, Adam M., «Examining the applicability of lifestyle-routine activities theory for cyber crime victimization», *Deviant Behavior*, nº 30, 2009, pp. 19-20 en el que fundamentan cómo algunas de las construcciones teóricas de la TAC pueden aplicarse a los delitos de ciberacoso. En concreto, concluyen que un uso regular de salas de chat y la participación en estilos de vida desviados está directamente relacionado con un mayor riesgo de victimización por el aumento de la exposición a los delincuentes motivados y la disminución de guardianes capaces. Asimismo, resalta la necesidad de incorporar el género en la aplicación de la TAC sobre victimización en el ciberacoso ya que existen diferencias en los patrones de comunicación y estas son percibidas como objetivos más adecuados para el acoso.

²⁶⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 20 y ss.

físico favorece que el ciberagresor no deba hacer demasiados esfuerzos para dañar bienes jurídicos de víctimas situadas a grandes distancias. Pero también el agresor puede servirse de las características espaciales del entorno digital y de las facilidades informáticas²⁶⁷ para aumentar su potencialidad lesiva atacando a numerosos objetivos con mayor facilidad. Ataque que, además, puede realizarlo desde cualquier parte del mundo evitando las barreras espaciales que suelen existir entre Estados nacionales.

Asimismo, incide en que en el ciberespacio la posibilidad del ciberagresor para dañar a varios objetivos adecuados con una sola conducta es mucho mayor que en el espacio físico. Sobre todo, como acertadamente señala, en los cibercrímenes de contenido en los que una simple publicación de un contenido nocivo en redes sociales ya de por sí puede suponer la afectación de múltiples bienes jurídicos o del mismo bien supraindividual pero con un incremento en la dimensión de la lesión²⁶⁸. En este sentido, el ciberespacio genera un efecto multiplicador sin precedentes tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa en la lesión del bien jurídico²⁶⁹.

Finalmente, otra de las transformaciones significativas en el estudio del agresor potencial en el espacio virtual es la mayor sensación de seguridad derivada del anonimato²⁷⁰. Ya se ha expuesto que esta es una característica particular de la red y según MIRÓ permite que el infractor minimice en ciertas ocasiones el temor a ser detenido por lo que los frenos en la decisión criminal son menores.

A su vez, el espacio virtual también intercede en la comprensión del objetivo adecuado. Existe una diferencia sustancial en relación con el contacto entre la víctima y

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 21-22. Sobre esta cuestión, el propio autor destaca cómo sinalagmáticamente ambas características permiten que los ciberagresores puedan seleccionar múltiples objetivos y que una misma víctima pueda ser objeto de ataque de numerosos agresores simultáneamente. Esta consecuencia, además de la inexistencia de distancias en el ciberespacio se facilita por la utilización de mecanismos informáticos como el ejército de *bots* que permiten cometer agresiones simultáneas sin necesidad de esfuerzo adicional alguno.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 23. Alguno de los ejemplos que señala al respecto son el ciberterrorismo, los delitos de odio y la pornografía infantil.

²⁶⁹ Esta idea ha sido defendida por LLORIA GARCÍA quien considera, como ya se ha adelantado *supra*, que dicho incremento cuantitativo y cualitativo se justifica porque el sujeto activo en el espacio digital puede mediante una sola acción atacar a un conjunto de sujetos pasivos y, por su parte, desde la perspectiva de la víctima, es posible que esta pueda ser atacada por un gran número de sujetos simultáneamente. Cfr. LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., p. 375.

²⁷⁰ Junto a esta idea, VISCONTI también resalta, desde la perspectiva del agresor, que el anonimato produce una pérdida de la percepción de las consecuencias de sus actos, una cosificación de los sujetos pasivos, así como una fuerte sensación de anomia que favorece las conductas desviadas. En VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., pp. 58-59.

el agresor. Mientras que en el escenario analógico se produce un acercamiento físico y directo, en el ciberespacio esto no es así ya que se produce en un contexto espacio-temporal no coincidente. Por lo tanto, lo que en el primero implica que todos los bienes personales y patrimoniales que lleve la víctima queden expuestos, en el segundo solo corren peligro aquellos que la propia víctima elige²⁷¹. Esta premisa inicial ha llevado al autor a la necesidad de reformular el VIVA planteado por COHEN Y FELSON, más idóneo para el entorno físico²⁷², a lo que ha pasado a denominar IVI, que se adecúa más a las peculiaridades propias del ciberespacio.

Manteniendo la relevancia del elemento «valor», puesto que también es necesario en este nuevo entorno que el objetivo sea apetecible para el ciberagresor, defiende que previamente es necesario que el bien sea introducido en dicho espacio. Según su parecer, «la introducción del objeto, por parte de la propia víctima, en el ciberespacio es condición primera y principal para su adecuación al cibercrimen»²⁷³. Ahora bien, esta introducción, que podrá ser voluntaria o involuntaria²⁷⁴, no implicará necesariamente una cierta peligrosidad, sino que será necesario, además, que exista una determinada interactividad.

²⁷¹ Efectivamente, MIRÓ LLINARES desarrolla esta idea explicando que en el entorno virtual el contacto que se produce es una representación de los individuos dentro de un ámbito comunicativo en el que la víctima no puede poner a disposición de otros su entidad física. Ello no obsta a que no puedan verse atacados algunos bienes personalísimos suyos como aquellos relacionados con la sexualidad, pero en aquellos relacionados con la privacidad o el patrimonio es la víctima la que, en el momento de compartir información personal o realizar actividades de índole económica, sitúa esos bienes dentro del ámbito de riesgo. MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 27-28.

²⁷² De un modo similar a Yar, aunque discrepando en alguno de sus razonamientos, MIRÓ LLINARES considera que, salvo la variable «valor», la aplicación del resto de elementos del VIVA queda extremadamente limitada cuando el crimen se lleva a cabo en el ciberespacio. Así, como hace el primer autor, Miró pone en duda la aportación de la «inercia» y de la «accesibilidad» de los objetivos puesto que todos los bienes que entran a formar parte del ciberespacio son bienes informacionales accesibles que no ofrecen resistencia para poder ser descargados. En cambio, rechaza de Yar la posible existencia de algún grado de «inercia» ya que la evolución de las nuevas tecnologías ha demostrado con el tiempo que los bienes en el ciberespacio no presentan diferencias significativas por sus condiciones intrínsecas no relacionadas con los guardianes capaces. Y también niega la afirmación de que la «visibilidad» no sea adecuada como factor de análisis porque en el espacio digital es todo «visible» por ser un lugar eminentemente público. Para Miró es cierto que Internet es un lugar público, pero no hay que olvidar que puede ocurrir que un usuario acceda a la red y solo quienes le proveen el acceso se aperciban de su presencia. MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 30-31.

²⁷³ *Ibidem* pp. 29 y 30. Sobre esta cuestión el propio autor explica que se basa en el elemento de «disponibilidad» (*available*) de la CRAVED de Clarke ya que solo estará disponible un determinado bien si ha sido previamente introducido en el ciberespacio. En caso contrario, dicho objetivo no existirá y no podrá ser objeto de ataque.

²⁷⁴ Al respecto cabe matizar, en un sentido similar al proporcionado por MIRÓ LLINARES, que en determinadas ocasiones un individuo puede introducir un objetivo adecuado en el ciberespacio de manera inconsciente o fortuita. Piénsese, como argumenta el autor, en el mero hecho de poseer en el móvil archivos personales como fotografías que puede ser de por sí un factor de riesgo o compartir imágenes en las que se etiqueta la ubicación a tiempo real, pudiendo ser aprovechado por el ciberagresor para atacar a la víctima.

Esto nos conduce al tercer elemento del IVI, la «interacción», que consiste en que, cuanto mayor es la cantidad de tiempo pasada en línea y mayor son las diversas actividades que se realizan en la red²⁷⁵, mayor es la aptitud para ser objetivo adecuado. Para que exista una verdadera visibilidad en el ciberespacio es necesario que el usuario interactúe ya que la cantidad de información que circula por él hace que el objetivo se diluya, por lo que el movimiento por la red favorece que el objetivo sea más visible²⁷⁶.

Si bien en trabajos posteriores ha pasado de utilizar el acrónimo IVI por el de ISI cambiando el elemento de «valor» por el de «*self protection*» o autoprotección²⁷⁷. Siguiendo con su planteamiento, el «valor», como un constructo de análisis de victimización general, no es determinante para los cibercrímenes en la medida en que dependiendo de la modalidad delictiva este puede tener relevancia o no. Motivo al que hay que añadir que, al ser todos los bienes del entorno digital informacionales, en ocasiones, algunos de escaso valor material pueden poseer un gran valor para el ciberagresor, por lo que deja de ser un indicador eficiente. En cambio, el hecho de que este bien se encuentre mejor o peor protegido sí que puede resultar ser adecuado para el estudio del bien como objeto de cibercrimen. Esto se debe a que identifica los programas de seguridad en la red (antivirus, cortafuegos, etc.) como elementos intrínsecos del objeto

²⁷⁵ A modo de ejemplo, GARCÍA GUILABERT recoge algunos supuestos comunes de interacción que hacen visible a la víctima en el ciberespacio como descargar música y películas, abrir archivos o enlaces recibidos por el email, compartir archivos piratas o comprar por Internet. Más en detalle con los trabajos empíricos que los respaldan se pueden ver en GARCÍA GUILABERT, Natalia, «Actividades cotidianas de los jóvenes...», cit., p. 61.

²⁷⁶ Algunos estudios como el ofrecido en CHOI, Kyung-shick, «Computer Crime, Victimization...», cit., p. 321 reflejan esta conclusión al demostrar la relación directa entre la interacción y el riesgo de victimización. En este caso, en relación con el *hacking* en el que el autor llega a la conclusión de que existe un mayor riesgo de victimización en los usuarios que realizan conductas de riesgo en línea y se pasan mucho tiempo en Internet. También en este sentido resulta sumamente interesante el planteamiento ofrecido por SULER sobre el «efecto desinhibidor online». Siguiendo a este autor, la anonimidad disociativa (la no vinculación del yo digital con el yo real), la invisibilidad (no percibir la presencia física en la red), la asincronicidad (posibilidad de interactuar en tiempos no inmediatos), la introyección solipsítica (asignación de características sobre el resto de usuario que son frutos de la imaginación debido a la ausencia de datos fiables de la otra persona, la imaginación disociativa (percepción de un espacio diferente de su yo digital en otra dimensión) y la minimización del status (todo usuario parte de la misma posición) son características específicas del ciberespacio. Rasgos que fundamentan una psicología propia del ciberespacio que explican ese efecto que eleva la probabilidad de que los usuarios de Internet interactúen de manera más desinhibida e incurran en conductas de riesgo. Si se desea profundizar más en detalle en esta idea, véase, SULER, John, «The online disinhibition effect», *Cyberpsychology & Behavior: the impact of the Internet, multimedia and virtual reality on behavior and society*, vol. 7, nº3, 2004, pp. 322-324. Esta idea ha sido acogida por AGUSTINA quien considera, como se ha tenido ocasión de señalar previamente, que el efecto desinhibidor online acelera la dinámica de uso de las nuevas tecnológicas, potenciando la ingenuidad y la reflexividad, siendo un factor determinante en el autocontrol del individuo. En AGUSTINA, José R., «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica...», cit., p. 166. De modo que podríamos decir que la interacción, en cierta medida, va estrechamente ligada con un menor autocontrol del individuo en el entorno digital.

²⁷⁷ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La victimización por cibercriminalidad social...», cit., pp. 12-16.

y no como guardianes capaces a diferencia de otros autores²⁷⁸. Según explica, estos programas son incorporados mayoritariamente por el propio individuo y deben ser incorporados al propio objeto por lo que es una característica perteneciente al objetivo adecuado. Por consiguiente, tendrá una mayor relevancia atender al comportamiento de autoprotección de la posible víctima en estos casos consistente en ver si ha protegido más o menos un determinado bien al incorporar estos *software* antivirus o la realización de rutinas de riesgo como la no actualización del sistema operativo. Tal y como concluye el propio autor «la adecuación de un bien u objeto en el ciberespacio dependerá de que haya sido introducido en Internet (lo cual en ocasiones será determinado por las propias acciones de la potencial víctima), de que esté más o menos protegido, y de la interacción del usuario que lo haga accesible y visible a los potenciales agresores motivados»²⁷⁹.

Finalmente, coincide con YAR en que la capacidad de los «guardianes capaces» disminuye considerablemente en el espacio digital debido, esencialmente, a rasgos como la transnacionalidad, la ausencia de autoridad centralizada, así como la constante evolución de las TIC. Esto conduce a que los usuarios perciban que los medios de control formal en este entorno tengan un papel más tenue. No obstante, a diferencia del autor anglosajón, MIRÓ LLINARES incide en que en el ciberespacio el propio objetivo puede incorporar sus propios guardianes capaces puesto que los instrumentos más relevantes de seguridad digital (los cortafuegos o antivirus) parten de la propia víctima²⁸⁰. De ahí se deriva una de las grandes diferencias entre espacios puesto que en el caso del escenario

²⁷⁸ Entre otros, YAR, Majid, «The novelty of 'Cybercrime'...», cit., p. 423 cuando indica que además de los guardianes capaces sociales, el ciberespacio está lleno de guardianes tecnológicos integrados por agentes automatizados que ejercen vigilancia constante como son los *firewalls*, los sistemas de detección de intrusos o los software de rastreo de virus y HOLT, Thomas J. y BOSSLER, Adam M., «Examining the applicability...», cit., p. 6 al señalar a los programas de anti virus o cortafuegos como guardianes físicos que sirven para disminuir la amenaza de intrusiones. Más recientemente SOLARI-MERLO ha desarrollado esta conceptualización al englobar como guardián capaz un conjunto de medidas de autoprotección de la víctima que ha ido desglosando por escalas de modo que la distancia con el objetivo (y la dificultad de sufrir un cibercrimen) se reduce conforme se superan los distintos niveles de protección. Así, en las capas superficiales se encuentran los software de protección (antiintrusiones, antivirus, *firewall*, etc.), medidas relacionadas con el uso de contraseñas y privacidad de la cuenta. Siguiendo a esta autora estas serán medidas aplicadas a cualquier usuario de la red. En cambio, a medida que avanzamos se encuentran medidas más personales como el bloqueo de personas que ya es una medida más cercana en proximidad puesto que el sujeto bloqueador debe haber conocido al sujeto bloqueado. Véase, al respecto el gráfico y análisis ofrecido en SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección...», cit., pp. 94-96.

²⁷⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La victimización por cibercriminalidad social...», cit., p. 16.

²⁸⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal...», cit., pp. 35-36. Esto le llevará a afirmar en posteriores trabajos y de manera más contundente que estos programas de protección de los dispositivos tecnológicos son elementos que «conceptualmente, definen la propia adecuación del objeto y no su tutela externa, por lo que en realidad estaríamos más bien ante elementos o características del objetivo adecuado». En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La victimización por cibercriminalidad social...», cit., p. 16.

digital la víctima no solo tiene un papel relevante en su adecuación como objetivo, sino también para su propia autoprotección. Es decir, «el guardián capaz, en el ciberespacio, es prácticamente un autoguardián que depende de la propia víctima»²⁸¹.

5. RECAPITULACIÓN: INCREMENTO DE LA DESINFORMACIÓN COMO CIBERCRIMEN DE CONTENIDO

La consolidación de Internet y, en especial, de las redes sociales en línea han propiciado una innovación lo suficientemente relevante como para producir una transformación sustancial en nuestra sociedad. Del mismo modo que, en su momento, la sociedad de la información (y su consecuente categorización como sociedad del riesgo) determinaron la aparición de novedosos peligros, la sociedad digital está experimentando un proceso similar. Los cambios sociales, económicos y políticos de una cultura en la que ya hay más residentes digitales que visitantes han generado la aparición de nuevas lesiones o puestas en peligro sobre determinados bienes jurídicos. Ello ha fortalecido el papel de la cibercriminalidad como una de las formas de criminalidad más importantes.

Evidentemente, este hecho no puede ser ajeno al Derecho penal pues se encuentra en la tesitura de ofrecer una respuesta adecuada, siempre bajo el absoluto respeto de las garantías penales básicas que lo sustentan. Puesto que la fase de metamorfosis socio-cultural ya se ha asentado, ahora es el momento de comenzar el debate sobre las modulaciones que deben aplicarse en el ordenamiento jurídico penal con el fin de materializar la adaptación a esta nueva realidad. No solo a través de cambios puntuales mediante la introducción de tipos penales que contemplen las nuevas modalidades delictivas en la red, sino a través de verdaderos cambios estructurales.

No obstante, esta investigación es mucho más modesta. No se pretende ofrecer aquí una respuesta a la necesidad que se acaba de apuntar, sino valorar el papel del Derecho punitivo en relación con un fenómeno cibernético concreto: la desinformación en línea.

Desde luego, la desinformación no es un fenómeno novedoso. Sin embargo, la acción de desinformar se ha aprovechado de las ventajas que ofrece el entorno tecnológico para dar un salto cuantitativo y cualitativo sin precedentes en relación con los peligros que representa para esta sociedad digital. A partir de esta aproximación, este desafío

²⁸¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen...*, cit., p. 189.

puede ser considerado como un cibercrimen en un sentido criminológico. Ello es así porque, como se desarrollará en el siguiente capítulo, el ciberespacio conforma uno de los elementos esenciales de la conducta (y no un rasgo incidental del mismo).

La teoría de las actividades cotidianas adaptada a la cibercriminalidad ofrece un análisis inicial de comprensión sobre el notable aumento de la desinformación en una sociedad digital. A partir de los planteamientos de esta teoría, el incremento de la oportunidad de manipular en la red explica que la desinformación en línea haya adquirido un mayor protagonismo que aquella que se venía manteniendo en un entorno analógico. La mayor facilidad para desinformar gracias a las nuevas tecnologías, unido a una mayor presencia de usuarios cuya principal fuente de información es el entorno digital y, al mismo tiempo, el aumento en la dificultad de supervisar los contenidos que se propagan en estos escenarios respalda dicha afirmación.

El cambio de paradigma comunicativo que han supuesto las redes sociales²⁸² ha propiciado un aumento sustancial en el número de agentes desinformadores. Como se verá en el siguiente capítulo, se ha pasado del monopolio comunicativo, en el que unos pocos tenían el papel de informar y, en consecuencia, el poder de desinformar, a un modelo en el que cualquier usuario puede hacerlo, incluso con una gran repercusión en la red. Asimismo, los avances tecnológicos facilitan la labor de manipulación permitiendo una mayor expansión de dicho mensaje. Gracias al ciberespacio, existen más sujetos que desinforman y el mismo usuario puede verse sometido a una mayor cantidad de información falsa simultáneamente.

Por otro lado, esta teoría ofrece un marco teórico a través del cual los usuarios que reciben el contenido manipulado adquieren un rol esencial. La sociedad tecnológica impulsa el consumo de noticias a través de los recursos digitales, entre los cuales se encuentran las redes sociales. La comprensión de estas últimas como foros públicos alimenta el hecho de que el objeto dañado por la desinformación sea introducido, aunque sea de un modo inconsciente, por los propios usuarios. Si la fuente principal de recepción de la información son las plataformas digitales y estas fomentan la abundancia de contenido con fines de manipulación, con mayor probabilidad se explica que los sujetos en la actualidad puedan estar más desinformados. Por esta razón, adquiere una mayor

²⁸² Véase «2.1.2. Desintermediación y comunicación “many to many”» del siguiente capítulo.

importancia atender a los mecanismos de autoprotección de los que se sirve la posible víctima del fenómeno. Cuantas más actividades de autoprotección desarrolle el usuario, como puede ser contrastar los datos que recibe en diferentes páginas y de diferentes fuentes, menor será la posibilidad de ser manipulado. Ciertamente, cuanto más interactúe el usuario en la red, las oportunidades de someterse a técnicas de manipulación son mayores. Ahora bien, si conoce mejor cómo funcionan las plataformas digitales y se sirve de la tecnología para contrastar la información de un modo eficiente, por mucho que interactúe, en este sentido, en el medio tecnológico, más difícil será desinformarse.

Al mismo tiempo, la citada teoría permite resaltar un cambio fundamental con respecto a la función de los guardianes capaces. Sin entrar en muchos detalles, pues será objeto de desarrollo más adelante²⁸³, simplemente adelantar que la transnacionalidad del ciberespacio ha relegado a un segundo plano la importancia del control formal en la supervisión de la desinformación. Por el contrario, han surgido nuevos agentes privados cuyo papel para disminuir los efectos derivados de la desinformación en línea ha aumentado considerablemente. Entre ellos habría que destacar a las empresas privadas prestadoras de servicios digitales y los organismos de verificación de datos.

En otro orden de cosas, para la desinformación en línea, las TIC constituyen un medio comisivo y no el fin en sí mismo objeto de ataque. Ahora bien, esta distinción no es muy relevante, más allá de una mejor concreción del alcance del comportamiento y de meras finalidades didácticas. Tampoco desde el punto de vista del criterio de la motivación, puesto que, en una aproximación genérica, no es posible clasificarlo en un grupo en concreto. Esto es así porque, dependiendo de la intencionalidad del autor, la consideración del mensaje manipulado podrá considerarse un ataque cibereconómico, ciberpolítico o cibersocial²⁸⁴.

En cambio, sí que es conveniente acentuar un enfoque basado en el papel del ciberespacio en la conducta. En esta línea, debe clasificarse como un cibercrimen de contenido. Principalmente, son dos las razones que lo avalan. Por un lado, se trata de una conducta que dota de protagonismo al contenido del mensaje. El factor decisivo es la acción de crear o propagar una determinada información. De un modo similar a lo que

²⁸³ Véase «3.3. Prestadores de servicios digitales y fact-checkers: ¿guardianes de la información veraz?» del siguiente capítulo.

²⁸⁴ Esta cuestión ya ha sido señalada *supra* en el epígrafe «3.3. Clasificación de los cibercrímenes» y será abordada en mayor profundidad en el siguiente capítulo cuando se realice una taxonomía del contenido del fenómeno a los efectos de este trabajo.

ocurre con la propagación de discurso de odio o el enaltecimiento del terrorismo a través de las TIC, el riesgo se centra en la emisión de estos mensajes para la sociedad. Por otro lado, como ya se ha indicado, se trata de una conducta nociva que se potencia a través de las redes sociales como medio comisivo. Esta idea se verá con más claridad en el siguiente capítulo, por ahora basta apuntar que estos nuevos medios de interrelación explican, en gran medida, la proliferación de la desinformación.

La determinación de la desinformación en línea como un cibercrimen de contenido conlleva dos importantes consecuencias. En primer lugar, las redes sociales como principal medio de comisión de la conducta deberán analizarse desde un punto de vista criminológico, dogmático y político-criminal. Ello obliga a entender, en un análisis desde la prevención del comportamiento, cuáles son los mecanismos de estas plataformas que lo favorecen. Asimismo, esta categorización exige que se fundamenten los criterios y circunstancias bajo los cuales la mera emisión de palabras puede ser considerada una acción penalmente relevante, así como cuáles son las particularidades que este tipo de comportamientos ostentan en un escenario digital. Y, finalmente, tener en cuenta el cometido que deben desempeñar los prestadores de servicios digitales para que la política legislativa adoptada en la materia pueda considerarse útil y eficiente. En segundo lugar, derivado de la naturaleza eminentemente comunicativa, habrá que tener presente la interrelación que supone una intervención sobre la desinformación con respecto a las libertades de expresión e información.

En cualquier caso, todo lo anterior es un esbozo del estudio criminológico del fenómeno. Conviene, pues, adentrarse en profundidad en los factores que propician tal incremento de la oportunidad de desinformar, clarificar algunos conceptos y detallar los riesgos que representan en la sociedad digital.

Capítulo II

La desinformación como fenómeno potencialmente peligroso

1. EL DESCONCIERTO EN LA NOCIÓN Y EL ALCANCE DEL FENÓMENO

El aumento de la cibercriminalidad en España y en el mundo es una realidad²⁸⁵. Como se ha señalado en el capítulo anterior, este hecho responde, esencialmente, al incremento de la oportunidad delictiva en el ciberespacio derivado de las transformaciones de la sociedad digital.

Ahora bien, dentro de estos crímenes realizados mediante las TIC, la desinformación ha alcanzado, en palabras de GONZÁLEZ CUSSAC «un merecido protagonismo en los recientes años»²⁸⁶. Tal es así, que en su reciente análisis sociológico CASTELLS define el sistema actual como una «sociedad de la información desinformada»²⁸⁷. En puridad, es cierto que no se trata de un fenómeno novedoso y específico del siglo XXI, pero resulta incuestionable que, desde los acontecimientos del Brexit y de las elecciones estadounidenses del 2016, se ha producido un crecimiento exponencial en el interés académico de esta estrategia de manipulación²⁸⁸.

²⁸⁵ Véase, inicio del apartado 3 «Consideraciones esenciales sobre la ciberdelincuencia». En él se muestran algunos datos sobre los que se asienta esta premisa.

²⁸⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad en Derecho Penal», en González Cussac, José Luís y Velásquez Velásquez, Fernando (eds.), *Derecho Penal y coronavirus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 14. Un ejemplo claro de dicha afirmación se observa en el Eurobarómetro de 2023. En él se señala que el 83% de los españoles consideran que la existencia de noticias falsas es un problema en el país. Véase, Comisión Europea, «Eurobarómetro de invierno 2022-2023», Standard Eurobarometer 98, enero 2023. Disponible en: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2872> (Fecha de consulta 26-04-2023).

²⁸⁷ Concretamente, un análisis en profundidad de esta característica la lleva a cabo en CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., pp. 43-47.

²⁸⁸ Entre otros, destacan la notable importancia en el estudio de las noticias falsas y la desinformación a partir de dichos acontecimientos históricos VALERA-ORDAZ, Lidia et al., «Desenredando la desinformación: nociones y discursos de la población española», *Comunicar: Revista Científica de*

La cuestión que uno debe plantearse entonces es: ¿qué ha ocurrido para que una conducta no novedosa haya ganado tal grado de atención mediática y científica? Evidentemente, la respuesta no es sencilla y requiere el análisis pormenorizado de una serie de elementos tales como: los factores que contribuyen al efecto de la manipulación, el papel de los sujetos relevantes en el proceso de creación del contenido, así como el sentido e impacto que se le atribuye en la actualidad. Todos estos parámetros constituyen el objeto de estudio de los siguientes apartados. Ello no solo ayudará a dar respuesta al interrogante planteado sino también facilitará la tarea de delimitar el significado de otros fenómenos en auge sobre los que existe cierta confusión terminológica.

Precisamente, uno de los grandes inconvenientes en la investigación de la desinformación es la falta de uniformidad sobre su contenido²⁸⁹, así como su uso indistinto con otros procesos vinculados a la manipulación. Prueba de ello es la gran cantidad de nuevos términos que han ido surgiendo y que han sido utilizados para, de un modo u otro, aludir al fenómeno como son «posverdad», «noticias falsas», «*fake news*», «bulos», «infodemia», «infocracia», «operaciones de influencia indebida», «guerra cognitiva», «emocracia», etc²⁹⁰.

En la actualidad existe falta de consenso sobre algunos aspectos relevantes, lo que refleja cómo todavía nos encontramos en un proceso de definición²⁹¹. A modo de ejemplo,

Educomunicación, v. XXX, nº72, 2022, p. 22 y TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit, el populismo y la desinformación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 44. En el concreto caso del concepto de noticias falsas, según MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news: a systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a 'threat'», *European Journal of Criminology*, 2021, p. 2, dichos hitos históricos hicieron que ganaran la popularidad y el alcance que ostentan en la actualidad.

²⁸⁹ Cuestión abordada por el secretario de la Asamblea General de las Naciones Unidas que manifestó cómo todavía sigue sin manejarse internacionalmente una definición clara del término ni una comprensión común respecto a su significado. En Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales», 12 agosto 2022, A/77/287 (punto 3). Opinión respaldada también por autores que han trabajado la materia desde distintos sectores del ordenamiento jurídico. En este sentido, se ha dicho que, como cualquier fenómeno complejo, es difícilmente reconducible a un concepto unitario, presentando serios retos para una aprehensión completa. Cfr., GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 19. Y también que precisamente la inexistencia de una definición compartida es uno de los principales problemas de estudio del fenómeno. Cfr., QUERARLT JIMÉNEZ, Argelia, «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», *Revisión Crítica de Jurisprudencia y Gobernanza*, ICON, 2024, p. 5.

²⁹⁰ Véase, COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación», *TRC*, nº 49, 2022, pp. 199-200 y SENTÍ NAVARRO, Carla, «El fenómeno de la desinformación como amenaza a los sistemas democráticos y la complejidad de su tratamiento», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº3, 2022, p. 2.

²⁹¹ Sobre el estado embrionario y en proceso de definición del término «noticias falsas» alertan MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., p. 5.

y sin perjuicio de que estas cuestiones serán tratadas en profundidad más adelante²⁹², se observa una gran discrepancia acerca de la necesidad de diferenciar o no «desinformación» y «fake news», existiendo posturas que lo identifican como sinónimos²⁹³ y otras que los diferencian²⁹⁴; o bien la de estas con la «decepción»²⁹⁵ o incluso con el término «bulos»²⁹⁶. Pero también existen importantes desacuerdos referidos al alcance y contenido propio de esta amenaza. Primero, desde el punto de vista de la intencionalidad. Siguiendo a BIRRITTERI²⁹⁷, algunos autores optan por

²⁹² Véase, apartado cuarto del presente capítulo: «taxonomía del discurso desinformativo».

²⁹³ Entre otros, autores que usan indistintamente ambos términos son PÉREZ-ESCODA, Ana; ORTEGA FERNÁNDEZ, Eglée y PEDRERO-ESTEBAN, Luis Miguel, «Alfabetización digital para combatir las fake news: estrategias y carencias entre los/as universitarios/as», *Revista Prisma Social*, nº38, 2022, p. 223; WAGNER, Astrid, «Retos filosóficos de las sociedades digitales: esbozo de un enfoque sistémico», en Wagner, Astrid y Degli-Esposti (eds.), *Verdad, desinformación y verificación: retos epistémicos y morales, ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº38, 2022, p. 14; CAMACHO CASTRO, Giova y MONGE OLIVARRÍA, Christian, «Influencia de las noticias falsas en plataformas digitales sobre la conciencia pública», *Gestionar: revista de empresa y gobierno*, vol. 3, nº1, 2022, p. 46.

²⁹⁴ Advierten sobre la necesidad de diferenciar ambos conceptos para evitar confusiones LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación: la ¿eficacia? Del Derecho Penal frente a los riesgos de la transformación digital», en Castelló Pastor, José Juan, (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, p. 540; TUNÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 42; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación informativa: el ejemplo de las redes sociales», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº3, 2022, p.2; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 21; NOGUERA-VIVO, José Manuel et al., «Desinformación y vacunas en redes: comportamiento de los bulos en Twitter», *Revista latina de Comunicación Social*, nº81, 2023, p. 46.

²⁹⁵ Aunque se verá en profundidad *infra* (epígrafe 4.4.) varios han sido los autores que han considerado necesario, dentro de este conglomerado terminológico, distinguir entre la desinformación y la decepción, sobre todo desde un punto de vista geoestratégico. Así MARÍN GUTIÉRREZ, Francisco, «Características del ciberespacio que favorecen las actuales acciones de desinformación y decepción», *Documento de Opinión 78/2021, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2021, p. 4 indica que mientras la primera persigue alterar las percepciones del objetivo y se lleva a cabo en un ámbito cognitivo, la segunda va mucho más allá, afecta a todos los ámbitos (también el físico) buscando engañar a los responsables de las tomas de decisiones para que se comporten a favor de unos determinados intereses. En un sentido similar, NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación», en León Alapont, José (dir.), *El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 450-451 destaca esta diferenciación cuando analiza la política de defensa frente a la política criminal.

²⁹⁶ Si bien la mayoría de la doctrina no diferencia entre «noticias falsas» y «bulos», LOSADA MESTRE explica que un matiz de distinción interesante es que a las primeras debe asignarse aquellos contenidos que parecen ser una verdadera noticia y los segundos, en cambio, aquellos sobre los que no pueden pasar por ser ni siquiera una noticia, siendo simplemente afirmaciones o imágenes falsas. En LOSADA MESTRE, Roberto, «Las fake news en las crisis de la Sociedad Digital», *Más poder local*, nº41, 2020, pp. 48 y 49. Por su parte, SANAHUJA, Rosana, «Respuestas ante la pandemia de desinformación sobre la COVID-19: evolución y tendencias de las plataformas de verificación españolas en 2020», en Pallarés-Renau, María; Vellón Lahoz, Francisco y Salazar-Campillo, Patricia (ed.), *Investigacions transversals i integradores en Ciències Humanes i Socials*, Universitat Jaume I, Col.lecció: Emergents, 2022, p. 49 recuerda que el término *fake news* resulta inadecuado para designar a todos los desórdenes informativos y que es más preciso el de «bulo» por ser más amplio.

²⁹⁷ BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato», *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, nº4, 2021, p. 306. De un modo similar, también DE SIMONE, Federica, «Fake news, post truth, hate speech: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale», *Archivio Penale*, nº1, 2018, p. 3. BAADE, Björnstjern, «Fake News and International Law», *The European Journal of International Law*,

definiciones más restrictivas que limitan la noción de *fake news* cuando el difusor es consciente de la falsedad y las difunde bajo un objetivo específico. En cambio, otros autores, de forma más general, incluyen también la comunicación falsa en sí misma, con independencia del conocimiento de la falsedad y del propósito perseguido. Segundo, desde el punto de vista de la propia falsedad de la información. Aquí, como apuntan MIRÓ LLINARES y AGUERRI, las discrepancias giran en torno a la cuestión epistemológica de cómo determinar dicha naturaleza de «falsedad» de la noticia, existiendo posturas que abogan por el análisis de su propio contenido, pero otras por las características del emisor o incluso de otros modos²⁹⁸.

Todo esto deja patente dos consideraciones: una premisa y una urgencia. En relación con la primera, en el estudio de la desinformación partimos de una premisa metodológica clara: existe un gran desconcierto acerca del alcance de cada uno de los procesos aludidos. Y, de ello, se deriva la urgencia de sistematizar y delimitar adecuadamente la conducta objeto de estudio.

Si nos fijamos en el debate público este uso indiscriminado de conceptos se produce con gran intensidad. Se engloban bajo la misma etiqueta de «*fake news*» o «desinformación» toda una serie de comportamientos heterogéneos. Este hecho, como ya han manifestado algunos autores²⁹⁹, impide establecer definiciones adecuadas y ello supone una enorme dificultad inicial para el legislador, puesto que no puede acoger cualquier rango de comportamiento falso y ofrecer una misma respuesta si aspira a una intervención preventiva y represiva eficaz³⁰⁰. Por lo tanto, como acertadamente expresa FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, es de suma importancia avanzar conceptualmente ya que

vol. 29, nº4, 2019, pp. 1358 y 1359 distingue entre noticias falsas en sentido estricto si son fabricadas intencionalmente y en sentido más amplio si son noticias distorsionadas en las que el uso de la información para influenciar las creencias de las personas y su comportamiento es más sutil.

²⁹⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., p. 6. Asimismo, LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?», *Archivio Penale*, nº1, 2020, p. 8 recoge esta idea y recalca cómo uno de los tres aspectos complejos sobre los que existe discrepancia en torno al contenido del fenómeno es precisamente qué parámetro debemos utilizar para reconocer la falsedad de la noticia.

²⁹⁹ Véase, entre otros, VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., pp. 49-50; ESTRADA-CUZCANO, Alonso; ALFARO-MENDIVES, Karen y SAAVEDRA-VÁSQUEZ, Valeria, «Disinformation y misinformation, posverdad y fake news: precisiones conceptuales, diferencias, similitudes y yuxtaposiciones», *Información, cultura y sociedad*, nº42, 2020, p. 96.

³⁰⁰ Véase, al respecto, VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., pp. 49-50. LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., pp. 7-8 hace un planteamiento parecido exigiendo la necesidad de seleccionar y describir de manera suficientemente precisa la conducta si se desea sancionar. Un problema complejo característico del fenómeno.

«si no logramos delimitar con mayor precisión estas categorías hipotecaremos el resultado final»³⁰¹.

2. FACTORES QUE CONTRIBUYEN A LA MANIPULACIÓN INFORMATIVA

Las estrategias de manipulación informativa han estado presentes mucho antes del auge de Internet y de las redes sociales. No obstante, pese al escepticismo mostrado en ocasiones³⁰², son numerosos los autores que defienden que el fenómeno de la desinformación ha adquirido una nueva dimensión gracias a las TIC³⁰³. En esta línea, se afirma que el incremento de la magnitud del fenómeno no se debe a una transformación en el tipo de mensaje que se transmite, sino precisamente al medio (el ciberespacio) por el que este llegue a los destinatarios³⁰⁴.

Desde esta perspectiva, las redes sociales han propiciado que la desinformación dé un salto no solo cuantitativo sino también cualitativo. Por un lado, por la mayor capacidad de difusión masiva de noticias falsas³⁰⁵. Fundamentalmente, a propósito del incremento

³⁰¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 2. Asimismo, COTINO HUESO incide en la relevancia de partir de un concepto restrictivo de desinformación y recalca que esto es lo que debe caracterizar a los países que cumplen los estándares democráticos en COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 200.

³⁰² Según LOSADA MAESTRE, pese a que la digitalización parece el entorno idóneo para explicar la proliferación de las noticias falsas, conviene ser cautelosos con esta apreciación. El medio digital no es, pues, el principal factor explicativo de la popularidad del fenómeno, sino más bien un conjunto de causas entre las que se encuentran el auge de los movimientos populistas, el triunfo del nihilismo, la prevalencia del pensamiento utópico, el pensamiento débil, la destrucción del sentido común y la fijeza del pensamiento ideológico. En LOSADA MESTRE, Roberto, «Las fake news en las crisis...», cit., pp. 49-50.

³⁰³ Entre otros muchos, así lo expresa GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news: radici, significati attuali, inattesi protagonisti e probabili vittime», *Media Education*, vol. 9, n°1, 2018, p. 8; PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 41, 2018, pp. 297-298; ROJAS CAJA, Fernando, «El fact checking. Las agencias de verificación de noticias en España», *iee.es, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 89, 2020, p. 3; TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 33.

³⁰⁴ COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso», *Diritto Penale Contemporaneo*, n°2, 2019, p. 62. De hecho, RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità.*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 47 habla de «fake news modernas» como un producto de la principal transformación propiciada por las redes sociales como es la fusión del mundo digital con el físico. Es más, DE GREGORIO, Giovanni «The market place of ideas nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati online?», *Media Laws*, n°1, 2017, p. 93 expone que el medio de difusión es lo que ha empujado verdaderamente a que la opinión pública se interese por la repercusión de las noticias falsas.

³⁰⁵ Así lo expresan de manera similar ROJAS CAJA, Fernando, «El fact checking. Las agencias de verificación de noticias en España», *iee.es, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 89, 2020, p. 3 y GALDÁMEZ MORALES, Ana, «Posverdad y crisis de legitimidad: el creciente impacto de las fake news», *Revista Española de la Transparencia*, n°8, 2019, p. 28.

exponencial del número de estas en circulación³⁰⁶ que, en palabras de EXPÓSITO GÁZQUEZ, «ha convertido lo que eran simples rumores en un tsunami de datos que circula, muchas veces, sin diques de contención por el ciberespacio»³⁰⁷. Pero también gracias a la velocidad, hasta no hace mucho tiempo inimaginable, con la que se propagan³⁰⁸ y, a su vez, el amplio alcance que convierte todo mensaje en potencialmente viral³⁰⁹. Este planteamiento ha sido magníficamente sintetizado por DIAS, REIS y LOPES quienes defienden que la digitalización de la vida cotidiana ha contribuido decisivamente a la creación de desinformación³¹⁰. Siguiendo con sus posturas, sin una sociedad realmente interconectada, la desinformación (que ha existido siempre) tendría muchas más dificultades para crecer. De manera que la tecnología es la que ha ayudado a lo que han denominado «epidemia de desinformación».

Por otro lado, se ha producido una transformación cualitativa. Principalmente, relacionada con la cantidad de herramientas que disponemos para elaborar estrategias de manipulación en la red y convertirnos en sujetos «más vulnerables frente a la mentira»³¹¹. El nuevo ecosistema digital ha introducido toda una serie de dinámicas que propician que

³⁰⁶ GAMIR RÍOS, José y TARULLO, Raquel, «Características de la desinformación en redes sociales. Estudio comparado de los engaños desmentidos en Argentina y España durante el 2020», *Contratexto*, nº37, 2022, p. 206.

³⁰⁷ EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº28, 2022, p. 265.

³⁰⁸ Sobre esta cuestión. Véase, CORRAL HERNÁNDEZ, David, «Los medios públicos frente a la desinformación. Ser y estar», *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 23, 2022, p. 332; TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 33 y GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., p. 9.

³⁰⁹ Resaltan el alcance de las noticias falsas en redes sociales como elemento que caracteriza esta nueva dimensión del fenómeno GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation, fake news, and post-truth politics», en Giusti, Serena y Piras, Elisa (eds.), *Democracy and Fake news. Information manipulation and post-truth politics*, Routledge, New York, 2021, p. 3; ROJAS CAJA, Fernando, «El fact checking...», cit., p. 3; GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., p. 8 y PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., pp. 297-298. De hecho, en GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation...», cit., p. 4 se enfatiza cómo este rasgo es fundamental para comprender que la desinformación se haya constituido como una poderosa arma política en la medida en que, combinada con las dinámicas propias de las redes sociales, se vuelven particularmente precisas para producir efectos subliminales con altas posibilidades de persuasión comparado con la difusión de noticias falsas a través de otros medios.

Por su parte, según el estudio ofrecido por VOSOUGH, Soroush; ROY, Deb, & ARAL, Sinan, «The spread of true and false news online», *Science*, 359(6380), 2018, p. 1149, las noticias falsas son un 70% más probable de que sean retuiteadas que aquellas que contienen contenidos veraces.

³¹⁰ DIAS, Carlos Pedro; REIS, Bruno y LOPES, Paula, «Post-Truth and Democracy: a Reflection on Disinformation Mechanisms», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 21, nº1, 2022, p. 6.

³¹¹ Sobre esta idea, véase, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 1.

la mentira sea mucho más sutil y, por lo tanto, más difícil de identificar y desactivar³¹². No ya solo porque al difundirse fácilmente en el momento de exposición del bulo ya han desplegado sus efectos, sino también porque su integración natural con otros contenidos es mucho más etérea³¹³.

En esencia, aunque el problema de la desinformación actual es complejo y no se puede circunscribir exclusivamente a la influencia de las redes sociales³¹⁴, son estas, junto a otros avances tecnológicos, los que nos permiten comprender cómo se lleva a cabo la manipulación hoy en día³¹⁵. Ante esto, uno debe ser consciente que la desinformación actual no es una mera versión 2.0 de la tradicional. Más bien nos encontramos ante un fenómeno que, como destaca COSTANTINI, resulta más peligroso al reproducirse en redes sociales en lugar de otros canales de comunicación³¹⁶. Por todo ello, conviene hacer hincapié en aquellos factores relacionados con las TIC en general y la dinámica de las redes sociales en particular que contribuyen a este cambio significativo cuantitativo y cualitativo que se ha expuesto.

2.1. Factores socio-culturales

2.1.1. Discursos en la era de la posverdad

Probablemente no sería posible comprender correctamente la manipulación del siglo XXI sin llevar a cabo un análisis de algunos componentes socio-culturales que, de algún modo, han sido fomentados por las nuevas dinámicas comunicativas digitales. No

³¹² TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 33. En un sentido similar, RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, Raúl, «Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía», *Profesional de la información*, vol. 28, n° 3, 2019, p. 9.

³¹³ GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales», *Revista de Derecho Político*, n°106, 2019, pp. 85 y 86.

³¹⁴ CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial para el derecho penal. Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n°4, 2021, p. 189.

³¹⁵ GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, G. Giappichelli editore, Torino, 2020, p. 5.

³¹⁶ COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 61. Por ello, tal y como afirma DEL FRESNO GARCÍA, el interés científico en los desórdenes informativos radica en que antes de la aparición del ciberespacio no existían precedentes de la velocidad, distribución, volumen y consecuencias tan significativas que estas podían alcanzar. En DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos: sobreexposados e infrainformados en la era de la posverdad», *El profesional de la información*, vol. 28, n° 3, 2019, p. 1.

solo interesa, pues, centrarse en los elementos puramente tecnológicos de las redes sociales sino también en el contexto cultural sobre el que se enmarcan.

Partiendo de este enfoque, un término al que se le ha asociado estrechamente el fenómeno de la desinformación, hasta incluso llegar a confundirlos, ha sido el de «posverdad». Esta idea se formula por primera vez por el dramaturgo STEVE TESICH quien la utiliza en 1992³¹⁷ para describir cómo la sociedad estadounidense había asumido de manera consciente vivir en un tiempo ajeno a la verdad, en aras de proteger su autoestima, sobre todo en los acontecimientos relacionados con el Watergate y la Guerra del Golfo. En este sentido, se apunta que el prefijo «pos» no alude a un período que transcurre después de un suceso concreto (piénsese en la palabra «posguerra»), sino en un sentido en el que el concepto se ha vuelto irrelevante o insignificante³¹⁸. Siguiendo esta lógica, la «posverdad» haría referencia al momento cultural en el que la verdad ya no es esencial y, por tanto, se ha vuelto obsoleta³¹⁹.

A juicio de BELLOSO MARTÍN, las raíces de la posverdad se encuentran en el relativismo y en el posmodernismo³²⁰. Por una parte, acoge del relativismo los planteamientos de rechazo de verdades universales, puesto que estas dependen de la cultura y del tiempo en el que se sitúen. De modo que no existen absolutos sobre ninguna parte de la realidad ni tampoco esta es posible conocerse completamente sino de forma relativa. Por ende, el recurso a la posverdad se convierte en un arma de manipulación que termina afectando a la diferencia entre lo verdadero y lo falso, entre el conocimiento y la opinión³²¹. Por otra, el autor resalta las corrientes filosóficas posmodernistas como sustentos de la cultura de la posverdad. Es más, acoge las aportaciones de FERRARIS basadas en que la posverdad es el fruto corrupto de los posmodernos y que, por tanto, a

³¹⁷ TESICH, Steve, «A Government of Lies», *The Nation*, vol. 254, no. 1, 1992, *passim*.

³¹⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «Pena y comunicación en la sociedad de la posverdad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, p. 76; GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation...», cit., p. 5 y FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad», *Cuadernos de Estrategia*, nº197, 2018, p. 24.

³¹⁹ Idénticas reflexiones ofrece VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 48 al destacar que la posverdad es, ante todo, un fenómeno cultural caracterizado por el retroceso de la verdad en las discusiones públicas, y uniéndolo así a la idea de «posdemocracia» vinculada a la crisis creciente del espíritu democrático.

³²⁰ BELLOSO MARTÍN, Nuria, «Noticias falsas y posverdad en tiempos de covid: cómo combatir la desinformación», en Sánchez Bravo, Álvaro (dir.), *Semper Sapiens. Libro homenaje al Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornaría*, Alma Mater, Madrid, 2022, pp. 520 y ss.

³²¹ Según WAGNER, Astrid, «Retos filosóficos de las sociedades digitales...», cit., p. 23, estas estrategias argumentativas son características en determinadas ideologías populistas, así como en teorías de la conspiración y movimientos negacionistas.

través de ella se pone de manifiesto el debilitamiento de las «grandes narraciones»³²². Como plantea este último, la posverdad se convierte así en la popularización del principio esencial del posmodernismo según el cual no existen hechos, sino solo interpretaciones³²³.

Con todo, se trata de una corriente cultural extendida y popular hasta el punto de que en 2016 el Diccionario de Oxford seleccionó el término de «posverdad» como «palabra del año». En concreto, en él se define el vocablo como «circunstancias en las que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que las apelaciones a la emoción y la creencia personal»³²⁴. Definición que ha acabado siendo asumida en la mayor parte de los trabajos en los que se analiza³²⁵. De hecho, tal ha sido la relevancia que en los últimos años ha adquirido en el debate público que ha sido calificado como una verdadera figura cultural y filosófica del tiempo histórico actual³²⁶.

³²² FERRARIS, Maurizio, *Posverdad y otros enigmas*, traducción de Carlos Caranci Sáez, Alianza Editorial, Madrid, 2019, p. 13.

³²³ *Ibidem*, p. 23. En este sentido, BELLOSO MARTÍN recuerda que, para comprender esta posverdad, los posmodernos utilizan tres operaciones: ironizar, desublimar y desobjetivar. En la primera, se argumenta que el sentido de la existencia humana no está en la verdad dogmática sino en la ironía tolerante y abierta. De la segunda se deriva la concepción de que hay que votar con el corazón y no con la razón puesto que el deseo es una forma de emancipación mientras que el intelecto de dominación. Y, por último, la desobjetivación enfatiza la idea de que los hechos no existen y, por tanto, hay que dejar apartada la verdad en favor de la interpretación. Véase, BELLOSO MARTÍN, Nuria, «Noticias falsas y posverdad...», cit., p. 523.

³²⁴ En España, el Diccionario de la RAE registró la palabra en 2017 con la siguiente acepción: «Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales». Si comparamos las definiciones proporcionadas en el diccionario anglosajón y en el español, existen interesantes diferencias que hay que destacar. Así, en línea con lo apuntado por RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, más allá de que el término británico es un adjetivo y el español un sustantivo, lo verdaderamente reseñable radica en que la primera es más descriptiva y neutra (habla de una situación que modela la opinión pública, sin calificar dicho modelaje ni atribuir ningún interés), mientras que la segunda es más valorativa (habla de distorsión de la realidad con un interés y que la finalidad de tergiversar los hechos es la de manipular las creencias y emociones). En RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, Raúl, «Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía», *Profesional de la información*, vol. 28, nº 3, 2019, p. 2.

³²⁵ Entre otros, véase, PIZZETTI, Francesco, «Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura», *Media Laws*, nº1, 2017, p. 50; PERUCCHIETTI, Enrica, *Fake news. Dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere consenso*, Arianna Editrice, Bologna, 2018, p. 204; GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle fake news e la disciplina tedesca a confronto», en Cadoppi, Alberto (dir.), *Cybercrime*, UTET Giuridica, Torino, 2019, p. 1255; COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 62; ESTRADA-CUZCANO, Alonso; ALFARO-MENDIVES, Karen y SAAVEDRA-VÁSQUEZ, Valeria, «Disinformation y misinformation, posverdad y fake news...», cit., p. 96; FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad...», cit., p. 51; CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Participación ciudadana en contextos digitales», en Sierra Rodríguez, Javier, Reviriego Picón, Fernando y Tudela Aranda, José (eds.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, p. 19.

³²⁶ COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 62. Por tanto, en el sentido expresado por GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 23, no solo se trata de

Se habla así de que vivimos en la era de la posverdad. Un momento socio-cultural en el que la dimensión emocional ha asumido una clara preponderancia en relación con aspectos racionales y en el que las audiencias son más susceptibles de confiar en informaciones que apelan a creencias personales existentes, en contraposición a la aceptación de la información que se considera como factual.

La preponderancia de esta corriente en la sociedad provoca una mayor facilidad en la capacidad de manipulación colectiva. Los discursos demagógicos impregnados por los rasgos que caracterizan este fenómeno influyen más contundentemente en la opinión pública, en la medida en que asientan ideas preestablecidas y descartan los hechos. Como resultado de todo esto el pensamiento crítico se reduce constituyéndose, en última instancia, como un elemento de distorsión que produce un efecto desestabilizador y una respuesta irracional en la sociedad³²⁷.

Este problema, además, se acrecienta en el ámbito tecnológico puesto que este multiplica su versatilidad, rapidez y eficacia. Así, los nuevos medios tecnológicos enfatizan la condición de posverdad³²⁸ ya que la sobreabundancia informativa accesible en las plataformas digitales (muchas veces vertidas según la lógica comercial) permite que pueda adquirir nuevas formas, difundirse en tiempo real y replicarse entre millones de ciudadanos gracias al proceso de desintermediación.

Sin embargo, que la posverdad contribuya a la manipulación informativa no debe confundirse con que la posverdad y la difusión de noticias falsas son procesos idénticos. DE SIMONE propone que ambas se diferencian, fundamentalmente, en los contenidos y en el foco de análisis desde la perspectiva de los sujetos³²⁹. A propósito del primero, la difusión de noticias falsas implica necesariamente ubicarnos en el campo de los hechos. En el caso de la posverdad es indiferente si lo que se transmite es información falsa o no, puesto que los hechos pasan a un segundo plano y lo relevante es la reacción emocional, la capacidad de compartir e influenciar a través de opiniones personales³³⁰. En esta,

una estrategia propia de sistemas autoritarios, sino que también en democracia se hace uso de la posverdad para condicionar el poder de elección de los ciudadanos.

³²⁷ PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 301.

³²⁸ PERINI, Chiara, «*Fake news* e post-verità tra Diritto penale e politica criminale», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, p. 7.

³²⁹ DE SIMONE, Federica, «*Fake news, post truth, hate speech...*», cit., pp. 4 y 5.

³³⁰ Sobre esta cuestión, acierta CASTELLANOS CLARAMUNT en resaltar que si cuando hablamos de posverdad la veracidad de la información es un aspecto secundario, la cuestión no puede centrarse en si el

adquiere una mayor preminencia el plano subjetivo. En consonancia con esto, como ya veremos en la segunda parte de esta investigación, los aspectos normativos solo podrán realizar aportaciones útiles a la difusión de noticias falsas³³¹.

Pero también hay que hacer hincapié en su distinción respecto de los sujetos que acaparan el centro de análisis de cada uno de ellos. En este sentido, en las *fake news* adquiere un claro protagonismo el perfil del autor, es decir, el estudio de quien elabora el mensaje falso y los recursos sobre los que se sirve. En cambio, en la posverdad el foco se traslada del emisor a los usuarios receptores³³². Lo importante es la opinión pública y la comprensión de cómo las creencias y emociones inciden más intensamente que los argumentos objetivos.

En cualquier caso, ambos fenómenos se encuentran estrechamente conexos hasta el punto de afirmar que, en cierto modo, la cultura de la posverdad favorece que los efectos de las noticias falsas sean más efectivos. En primer lugar, dicha similitud radica en que los dos se apoyan en las transformaciones comunicativas impulsadas por las plataformas digitales para expandir sus efectos. Pero, sobre todo y en segundo lugar, porque ambos se retroalimentan para potenciar su capacidad de manipulación. De modo que una noticia falsa puede, a su vez, complementarse de contenidos con una alta carga de emotividad y aprovecharse de la simplificación del mensaje con el propósito de que estas pasen todavía más desapercibidas y, al mismo tiempo, contenidos repletos de apelaciones subjetivas destinados a colectivos concretos sobre los que puede incidir, puede utilizar el recurso de afirmaciones falsas para impulsar su mensaje.

2.1.2. *Desintermediación y comunicación «many to many»*

La web 2.0 también ha supuesto importantes transformaciones en lo que concierne al modelo de transmisión de la información. Especialmente, gracias al fuerte proceso de desintermediación a través del cual se han eliminado las estructuras de mediación entre

contenido afecta o no a la verdad porque da lo mismo. CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Participación ciudadana...», cit., p. 20.

³³¹ Así lo entiende también PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 301. En especial, cobra relevancia el análisis del proceso de creación y autoría de las mismas, su incidencia en el derecho a la información y las medidas de control de riesgos del fenómeno.

³³² Igualmente, PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 301 y DE SIMONE, Federica, «Fake news, post truth, hate speech...», cit., p. 5.

dos o más usuarios en el proceso de comunicación. De modo que, la prerrogativa de informar que correspondía casi en exclusividad a sujetos profesionales del sector ha dado paso a una transmisión informativa masiva producida por el flujo de contenidos generados por los usuarios en redes sociales³³³. La digitalización ha revolucionado el campo de la comunicación en la medida en que ha desaparecido el oligopolio por parte de unos operadores concretos en la creación y difusión de noticias³³⁴, expandiéndose esta labor a cualquier usuario que puede convertirse en productor activo de la misma y no solo en mero receptor.

Este acontecimiento social ha sido producto, por un lado, de la crisis de la información profesional derivada, fundamentalmente, de la facilidad de creación y expansión de noticias facilitado por los servicios que ofrece Internet y, por el otro, de los elevados costes que supone para los productores y consumidores en comparación con la información que circula en las redes sociales que es, aparentemente gratuita³³⁵. Consecuentemente, la figura del líder clásico de opinión, el periodista o experto, se derrumba, ya que cualquier individuo se convierte en un potencial emisor de información.

Se habla, entonces, de que la desintermediación ha comportado un importante cambio de paradigma de comunicación vertical a uno horizontal (del *one to many* al *many to many*)³³⁶. Una situación que no ha pasado desapercibida para las instancias europeas. Este ha sido el caso, por ejemplo, del Comité Europeo de las Regiones al insistir en su dictamen de 2019³³⁷ que las redes sociales se caracterizan por haber brindado la posibilidad de que cada usuario de cualquier plataforma pueda diseminar mensajes por la

³³³ GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle fake news...», cit., pp. 1254-1255.

³³⁴ Sobre esta cuestión, véase, BASSINI, Marco y VIGEVANI, Giulio Enea, «Primi appunti su *fake news* e dintorni», *Media Laws*, nº1, 2017, p. 15. Este hecho es sumamente relevante ya que la comunicación masiva y horizontal propiciada por las redes sociales constituye un factor crucial en la crisis de legitimidad de las instituciones políticas debido, esencialmente, a que el control del proceso comunicativo (bien por parte del Estado, de organizaciones económicos o de aparatos ideológicos) se ha reducido. En CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., p. 156.

³³⁵ En este punto LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 4 recuerda que aunque aparentemente el usuario no ofrece una contraprestación económica por las noticias que consume en la red, sí que existe el coste oculto de transferencia de nuestros datos como consecuencia de la navegación e inscripción en las redes sociales.

³³⁶ Interesantes son las reflexiones de QUATTROCIOCCI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation*, Neo Società, Milano, 2016, pp. 22 y ss.

³³⁷ Comité Europeo de las Regiones, «Dictamen sobre “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”» (2019/C 168/04). Diario Oficial de la UE, 16 de mayo de 2019. Observación 3.

red, al menos potencialmente, a millones de usuarios sin la ayuda de una redacción lo que, evidentemente, comporta consecuencias positivas y negativas.

Un aspecto positivo por resaltar es que se generan importantes beneficios en términos de apertura y participación. Para QUATTROCIOCCI y VICINI, este nuevo modelo comunicativo fomenta la cultura participativa en la que no existe una distinción entre productores y consumidores, sino una constante interacción³³⁸. Lo que favorece un mayor flujo libre de ideas y una total participación en la cultura. No obstante, también se producen riesgos relacionados con la calidad y la veracidad de los contenidos³³⁹. Sobre todo, debido a la conversión de los ciudadanos en ciudadanos periodistas. Esto puede ocurrir si cualquier dato aportado por los individuos no profesionales es tenido en cuenta por otros usuarios e incluso por los medios tradicionales que utilizan las porciones de realidad que transmiten mediante sus dispositivos como fuente primaria³⁴⁰.

Ahora bien, existen posturas escépticas, como la ofrecida por MIRÓ LLINARES en uno de sus últimos estudios sobre comunicación en *X*³⁴¹, acerca de que las redes sociales hayan propiciado una desintermediación tan pura. Según este autor, aunque la transmisión de la información en estas plataformas parezca horizontal, lo cierto es que presenta algunos rasgos de verticalidad parecidos a la que se produce en los medios tradicionales. De modo que, a pesar de no existir una *agenda setting* en la que desde el principio los medios de comunicación o líderes políticos deciden qué noticia se cubre y cómo se enfoca, una vez el tema en discusión se ha introducido en la plataforma digital, su conversión en noticia se configura por la interacción de aquellos que tienen más

³³⁸ QUATTROCIOCCI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation...*, cit., p. 24.

³³⁹ CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 189. Efectivamente, la sobreabundancia informativa inherente a la sociedad digital ha servido también, desde una óptica negativa, a propiciar el uso de herramientas útiles para amplificar la desinformación. Sobre esta cuestión, véase, ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio: las noticias falsas y su persecución penal», en Romeo Casabona, Carlos María y Rueda Martín, M^a Ángeles (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, ciberdelitos e inteligencia artificial*, vol. II, Comares, 2023, pp. 30-31, el mismo, «La desinformación en el ciberespacio...», cit., p. 198.

³⁴⁰ QUATTROCIOCCI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation...*, cit., p. 24.

³⁴¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, «El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter», *InDret*, n^o2, 2023, *passim*. En él analiza una base de datos conformada por más de seiscientos mil tweets entre el 11 y 18 de noviembre de 2022 para, entre otras cuestiones, corroborar si el tipo de conversación que se le atribuía a la comunicación política en dicha red social. En sus conclusiones muestra cómo la estructura de la comunicación sobre el Derecho penal parecía horizontal, pero presentaba algunos rasgos de verticalidad, era partisana y polarizada, así como simplificadora, sin ofrecer espacios para los matices técnicos. Sobre esta cuestión pp. 461 y 480-481.

seguidores, siendo estos los que acaban definiendo la forma de tratar la discusión y sus posibles visiones³⁴².

Algún autor ha defendido que el proceso de desintermediación ha tenido como principal efecto la anulación de las diferencias de estatus generadas por las instituciones³⁴³. En otras palabras, las instituciones han dejado de desempeñar un papel central en el proceso de concesión de *status* y este se ha otorgado a la propia red social digital y sus dinámicas colaborativas. Así pues, el agente principal de ordenación del interés social (los medios de comunicación y periodistas) han sido sustituidos por los *influencers*. En este contexto, debido a que es extremadamente complejo controlar la red, las élites políticas e instituciones en ciertas ocasiones reclutan o fomentan el activismo de individuos que utilizan las plataformas digitales como caja de resonancia para manipular la opinión pública y dirigir así el debate *online*³⁴⁴.

Quizás, uno de los posibles efectos más perversos de este cambio de paradigma ha sido que la manipulación, inevitablemente, puede convertirse en una práctica de masas ya que cualquiera puede manipular y ser manipulado. Se dice que, desde este punto de vista, la desinformación puede estar correlacionada con el proceso de desintermediación³⁴⁵. En parte, la desinformación ha escalado a unos límites inimaginables debido a que, a través de las plataformas digitales, todos pueden diseminar libremente noticias falsas y reaccionar a la información falsa (intencionada o no) publicada por otros³⁴⁶. Todos pueden informar y desinformar en cualquier momento y lugar. Bajo este prisma, la calidad de la información se ve claramente comprometida. En suma, las noticias que circulan dentro de las redes sociales lo hacen en un entorno

³⁴² *Ibidem*, p. 481.

³⁴³ Sobre esta cuestión, RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., pp. 85 y ss.

³⁴⁴ GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., p. 11. Es más, según el informe de *Freedom House* «Freedom on the Net: Manipulating Social Media to Undermine Democracy», gobiernos de 30 países (entre los que se encuentra China, Rusia, Ucrania, Turquía, Venezuela, Filipinas y México) han utilizado ejércitos de «formadores de opinión» para manipular la opinión pública en redes sociales, diseminando la visión del gobierno, dirigiendo el debate en línea y atacando a las voces críticas. En *Freedom House*, «Freedom on the Net: Manipulating Social Media to Undermine Democracy», 2017. Disponible en: <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2017/manipulating-social-media-undermine-democracy> (Fecha de consulta 22-04-2023).

³⁴⁵ COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 62. De hecho, GUERINI afirma que la desintermediación constituye un factor esencial para comprender la desinformación digital. GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 21.

³⁴⁶ LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 3. Siguiendo a CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 190 los nuevos medios digitales minimizan enormemente los costes y limitaciones de atraer la atención sobre una causa y permiten con mayor facilidad poner en marcha pánicos morales virales.

contaminado en el que destaca la descontextualización y las dudas sobre la calidad e intencionalidad de los contenidos y, en definitiva, las noticias se entremezclan con contenidos desinformantes.

2.1.3. Guerra cultural y polarización

La desintermediación también ha propiciado que las redes sociales se conviertan en un lugar idóneo de sobreabundancia informativa sobre debates que afectan a temas de interés de los más diversos. Dentro de este especial marco comunicativo, la hiperexposición de opiniones ha generado un contexto adecuado para el surgimiento de conflictos entre grupos sociales cuyo deseo es imponer sus perspectivas en lo que se ha denominado «guerras culturales».

Un término que comenzó popularizándose en Norteamérica haciendo referencia a conflictos comunicativos entre diferentes grupos que no buscan obtener puntos de encuentro común, sino más bien imponer su visión e introducirla en la agenda comunicativa del momento³⁴⁷. Por lo que, aunque se insertan en marcos discursivos, no persiguen una confrontación dialéctica en términos «hegelianos» sino que tienen como principal objetivo que su ideario predomine sobre el resto en el medio social correspondiente³⁴⁸.

Estas ideas han sido trasladadas a la doctrina española de la mano de autores que vinculan su práctica con el nuevo marco discursivo que propician las redes sociales³⁴⁹. Siguiendo a CORRECHER MIRA, con la idea de «guerra cultural» se quiere mostrar «la disputa por la hegemonía a partir de distintos aspectos de la vida social que, mediante su consolidación como prácticas dominantes, pretenden un cambio en la representación

³⁴⁷ CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *RECPC*, nº22, 2020, p. 8. Este autor cita a HUNTER como exponente de esta idea entendiendo que las guerras culturales hacen referencia a conflictos de pensamiento irreconciliables que se encuentran enraizados en concepciones morales o culturales antagónicas sobre diferentes asuntos que afectan a la sociedad.

³⁴⁸ CORRECHER MIRA, Jorge, «Guerra cultural, redes sociales y cancelación: un nuevo marco para los delitos de expresión», en Carbonell Mateu, Juan Carlos y Martínez Garay, Lucía (dirs.); García Ortiz, Andrea (coord.), *Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 131.

³⁴⁹ Por ejemplo, CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2021, p. 90 y CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela...», cit., pp. 8-10. Por su parte, MIRÓ LLINARES, Fernando, «El Derecho penal como coartada...», p. 455 también destaca la guerra cultural como aspecto de fondo en la utilización del pánico moral en redes sociales.

pública de una cuestión concreta, con la consiguiente traducción en términos políticos que ello conlleva»³⁵⁰. De modo que, una determinada clase social emplea un conjunto de estrategias con el propósito de convertirse en un grupo dirigente mediante la combinación de liderazgo ideológico, coerción y movilización de intereses compartidos que propicia el consentimiento de los subordinados³⁵¹. Una batalla cultural que puede afectar a las temáticas y asuntos públicos de lo más diversos, tanto respecto de asuntos básicos de la vida en sociedad como de cuestiones más insignificantes a propósito del alcance masivo que ofrecen las plataformas digitales.

En consonancia con CIGÜELA SOLA, una de las características esenciales que se señala sobre estas batallas culturales es el aumento de la polarización ya que los conflictos son percibidos como irresolubles por gran parte de la población³⁵². A su vez, el crecimiento de la polarización incide en que las posiciones ideológicas sean más radicales e incommunicables y se terminen convirtiendo en dogmas³⁵³. El efecto principal que se consigue es el de desacreditar en el imaginario cultural grupal al colectivo antagonista, fortaleciendo el ideario interior en detrimento de la posibilidad de acercar posiciones. El individuo se transforma de este modo en un ser que se guía esencialmente por los impulsos derivados de esos dogmas producto de la opinión del grupo al que pertenece. De aquí también se deriva la relevancia que adquieren las estrategias de desinformación y aquellas derivadas de la posverdad en cuanto a que coadyuvan a que dichas posiciones enfrentadas capten más adeptos de acuerdo con su sistema de creencias personales. En otras palabras, refuerzan el sentido de los discursos enfrentados que tratan de imponer su hegemonía sobre un asunto concreto ya que respaldan el ideario del grupo con el que se sienten identificados. Bajo esta perspectiva, guerra cultural, polarización y desinformación se retroalimentan porque también las estrategias de manipulación se vuelven más efectivas en entornos caracterizados por estas batallas culturales.

³⁵⁰ CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio...», cit., p. 90.

³⁵¹ Ideas adoptadas del concepto de hegemonía de GRAMSCI. Cfr., RENDUELES, César, «Introducción», en Gramsci, Antonio, *Escritos (Antología)*, Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 25.

³⁵² CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela...», cit., p. 9.

³⁵³ Según WAGNER, Astrid, «Retos filosóficos de las sociedades digitales...», cit., p. 18 existen dos formas de polarización: la ideológica y la afectiva. La primera se refiere a la tendencia de los partidos hacia los extremos. Una estrategia que se centra primero en el ámbito simbólico (identificación con una postura política) y, posteriormente, en el plano práctico (posicionamiento de los partidos sobre cuestiones concretas). La segunda alude a los sentimientos de afinidad hacia los propios partidos, sus líderes y votantes.

A pesar de que estos procesos culturales no son exclusivos del entorno digital, los usos comunicativos propiciados por las redes sociales han potenciado significativamente la dinámica de las guerras culturales y de la polarización. Por una parte, porque han favorecido su sobreexposición³⁵⁴. Por otra, porque se ha originado una tendencia a una mayor simplificación del discurso como consecuencia de las nuevas fórmulas de comunicación acelerada que los usos comunicativos digitales promueven. Piénsese, por ejemplo, en cómo los contenidos en *X* se caracterizan por ser mensajes poco matizados complementados por memes y eslóganes los cuales circulan más masivamente que los análisis en profundidad³⁵⁵. Y, además, porque han contribuido a que estas prácticas no se limiten a la esfera pública o política, sino que se ha extendido a todos los ámbitos de la vida³⁵⁶, afectando también a los círculos privados.

En esencia, aunque a las redes sociales se les suele atribuir un potencial democratizador, es decir, la capacidad de favorecer la libre circulación de ideas dentro del ecosistema digital, su dinámica es propicia para favorecer la fragmentación y polarización de los usuarios, manifestando una tendencia que nos aleja del contexto deliberativo ideal³⁵⁷. Una dinámica presente en los debates relevantes de los últimos años y, especialmente en materia penal, como ha ocurrido, por exponer algunos ejemplos, en materia de delitos sexuales a propósito del caso de la Manada y la necesidad de agravar

³⁵⁴ CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio...», cit., p. 90. El autor propone, como ejemplo paradigmático, la adopción de estas estrategias discursivas en redes sociales de la derecha alternativa en los sucesos que llevaron a la victoria de Trump en las elecciones norteamericanas de 2016, así como en los sucesos de asalto al Capitolio, cuando las elecciones fueron ganadas por Joe Biden en 2020. Efectivamente, en consonancia con CASTELLS, las redes sociales no crean la polarización pues esta mantiene sus raíces en los propios conflictos que se originan dentro de la sociedad, pero sí que la exacerban y amplifican. En CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., p. 165.

³⁵⁵ CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 190. Desde una perspectiva penal, este autor muestra cómo la utilización de fórmulas simples e impactantes como *Life means Life*, *Three Strikes*, *Zero Tolerance*, *No means no*, *Victims First*, *Black lives Matter*, *Solo sí es sí* revela un efecto adaptación de la cultura penal al nuevo entorno mediático y a las fórmulas de comunicación rápida en las que se promueven modelos de «descarga emotiva instantánea».

³⁵⁶ Esta idea y sus consecuencias se analiza en profundidad en WAGNER, Astrid, «Retos filosóficos de las sociedades digitales...», cit., p. 18.

³⁵⁷ LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación y campañas de desprestigio en Colombia. Un estudio de Twitter y las elecciones locales de Medellín en 2019», *Política y gobierno*, vol. XXIX, nº1, 2022, pp. 6 y 7 y también CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 191. Como acertadamente afirma SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo», *Revista de Derecho Político*, nº 116, 2023, p. 45 asistimos a una batalla sobre quién infunde en la ciudadanía su visión de la realidad y la nueva lógica algorítmica nos convierte en objetivos vulnerables.

penas³⁵⁸; en relación con el juicio del procés³⁵⁹; con la eficacia de la nueva Ley contra la libertad sexual y el señalamiento a los jueces como machistas³⁶⁰ o en materia de discurso de odio y mensajes que relacionan inmigración y delincuencia.

2.2. Factores tecnológicos

2.2.1. Lógica algorítmica y cámaras eco

Unido a los anteriores elementos, no es posible entender la desinformación en nuestra sociedad sin algunas de las particularidades tecnológicas derivadas del funcionamiento de las redes sociales. Unas especificidades que tienen su razón de ser en la configuración de estas plataformas, según manifiesta RIVA, como enormes contenedores de usuarios que son examinados en función de sus características sociales para vender estos datos a los anunciantes³⁶¹.

Si bien decíamos que a las plataformas digitales se les atribuye un poder democratizador, lo cierto es que en los últimos años se está produciendo una relativización de dicho poder debido a una comprensión más profunda de la lógica algorítmica que sobre ellas impera³⁶². Esto se debe a que la información digital a la que accede un usuario está sometida a códigos algorítmicos creados por grandes empresas que determinan la visibilidad dependiendo de criterios de popularidad y de

³⁵⁸ SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «Pena y comunicación...», cit., pp. 71-80.

³⁵⁹ Un estudio muy interesante acerca de la polarización y la desinformación generada a propósito de la sentencia del procés se encuentra en LLORCA, Elena; FABREGAT CABRERA, María Elena y RUIZ CALLADO, Raul, «Desinformación Populista en Redes Sociales: la Tuitosfera del Juicio del Procés», *Observatorio (OBS)*, vol. 15, nº 3, 2021, pp. 124-148.

³⁶⁰ Sobre este particular, sumamente interesante resultan los trabajos de análisis de los tuits de la red social X desde un análisis técnico-jurídico ofrecido por RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «De protectora de las mujeres a liberadora de violadores: Irene Montero, Twitter y la enésima batalla por la «Ley de solo sí es sí», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 107-116; LLORIA GARCÍA, Paz, «Feminismo y punitivismo: un hilo sobre el castigo», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 125-132; RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, «#Incompetenciadelaleisladora vs #Machismojudicial: modificaciones penológicas en los delitos sexuales tras la LO 10/22 y alcance de la retroactividad de la ley penal favorable», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 170-180.

³⁶¹ RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., p. 113.

³⁶² CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 188.

coincidencia³⁶³. A través de los avances tecnológicos, se ha logrado crear programas preestablecidos que tienen la capacidad de analizar una cantidad ingente de datos relacionados con las búsquedas de los usuarios, realizar operaciones complejas y con base en ello construir un mundo a la medida de cada uno³⁶⁴. Tal y como se refleja en el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión: «los algoritmos de los buscadores dictan qué ven los usuarios y en qué orden de prioridades, y pueden manipularse para limitar un determinado contenido o darle prioridad»³⁶⁵. En otras palabras, como acertadamente expone NAVARRO CARDOSO, «los algoritmos logran que nos encontremos con quienes ellos interpretan que queremos encontrarnos»³⁶⁶. De manera que, en contraposición a la comunicación que se producía a través de los medios tradicionales (información dirigida de manera simultánea a una audiencia masiva), en el ecosistema digital esta se destina individualmente a cada usuario en función de una serie de parámetros que un complejo sistema de monitorización registra sobre él³⁶⁷.

El problema radica, fundamentalmente, en que estos sofisticados procedimientos de personalización de la información no son transparentes. Los ciudadanos acuden al ciberespacio para informarse sin ser conscientes de que estos mecanismos automatizados de perfilado les presentan los contenidos con base en intereses y lógicas que desconocen³⁶⁸, lo que dificulta enormemente que estos dispongan de herramientas para identificar si aquello que reciben está marcado por sesgos ideológicos.

³⁶³ *Ibidem*, p. 189.

³⁶⁴ LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 14 y DE GREGORIO, Giovanni «*The market place of ideas...*», cit., p. 103.

³⁶⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, «Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión», 11 de mayo de 2016, A/HRC/32/38. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/095/15/PDF/G1609515.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta: 24-04-2023), considerando 21.

³⁶⁶ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 447. En un sentido bastante similar FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad...», cit., p. 36 advierte que los algoritmos de las redes sociales no son neutrales puesto que seleccionan la información que creen que va en consonancia con los gustos del usuario independientemente de su relevancia científica.

³⁶⁷ CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 189. La consecuencia de esta personalización es que, si dos personas realizan una misma búsqueda a través, por ejemplo, de Google estas no se encontrarán con los mismos resultados sino más bien con aquellos más adecuados para cada uno de ellos según la ingente cantidad de datos registrados por el algoritmo en sus motores de búsqueda precedentes.

³⁶⁸ DE GREGORIO, Giovanni «*The market place of ideas...*», cit., p. 94. Por su parte, LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 14 recuerda que a nuestra sociedad también se la etiquetado como «black box society». Una denominación que es producto de un sistema

El principal resultado de este efecto distorsionador es la creación de «filtros burbuja». A través de este término, PARISER quería explicar cómo esta lógica algorítmica crea un universo exclusivo de información para cada usuario, produciéndose un fenómeno particular en las redes sociales en el que cada perfil reciben noticias que están más en línea con sus intereses y opiniones³⁶⁹. En otras palabras, las plataformas de servicios digitales hacen que los usuarios vivan en una «burbuja» de intereses comunes con sus similares virtuales³⁷⁰, potenciando una especie de «aislamiento digital»³⁷¹ en la medida en que sobre todo les llega contenidos de individuos parecidos a ellos, sin encontrar grandes posibilidades contradictorias.

Este fenómeno de aislamiento origina en los internautas un efecto de fortalecimiento de las convicciones propias ya que las informaciones con las que se encuentran hacen «resonar» las preferencias que ya han manifestado. Se habla así de la generación de «cámaras de eco» (*eco chambers* en su denominación anglosajona). Por lo tanto, estos mecanismos de automatización característicos de las plataformas digitales conducen a un proceso particular de intercambio de información en la que los valores de un determinado grupo se refuerzan gracias a que los receptores del diálogo solo escuchan sus propias voces³⁷².

caracterizado por la total oscuridad de los procedimientos y mecanismos por los que se obtienen los datos que proporcionamos a las redes sociales, se combinan y se analizan con el propósito de perfilar y predecir nuestras preferencias.

Según PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 304 el conocido como «poder social de los algoritmos» repercute en que los prestadores de servicios digitales gocen de un gran poder puesto que controlan quién publica, qué comparte y quién lo hace. Unos sistemas sobre los que apenas sabemos nada de cómo funciona su selección de noticias debido a la carencia de transparencia y de regulación externa.

³⁶⁹ La obra fundamental sobre esta temática es la de PARISER, Eli, *The Filter Bubble: What the Internet is hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011, *passim*.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

³⁷¹ DIAS, Carlos Pedro; REIS, Bruno y LOPES, Paula, «Post-Truth and Democracy...», cit., p. 6. Según GUERINI, Tommaso, «La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca delle fake news e delle infodemie», *DisCrimen*, 2020, p. 10 estos filtros burbuja tienen la finalidad de crear una personalización en la red cada vez más precisa de modo que se aumenta el valor de los datos recopilados y, al mismo tiempo, a los usuarios les resulta más tranquilizador evitar el diálogo con cualquiera que tenga un sistema de creencias diferente. Hay que tener en cuenta, como recalca DE GREGORIO, Giovanni «*The market place of ideas...*», cit., p. 94 que los criterios que utilizan los algoritmos en las plataformas en línea para personalizar la información que nos llega se van actualizando. De esta forma, se obtiene un perfil más específico del usuario y este se ve impulsado a manejar la información que se asemeja a sus propios intereses lo que desvirtúa el pluralismo informativo. En un sentido similar, PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 303 advierte que el fenómeno limita enormemente el conocimiento y condiciona el descubrimiento casual de otras fuentes.

³⁷² Sobre esta idea véase, LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación...», cit., p. 2, MARÍN GUTIÉRREZ, Francisco, «Características del ciberespacio...», cit., p. 11.

En contra, se sitúa la opinión de MIRÓ LLINARES. En realidad, este autor pone de relieve que investigaciones recientes comienzan a cuestionar el fenómeno de las cámaras eco. Parece ser, según su

La principal consecuencia de los filtros burbuja y las cámaras eco es el debilitamiento del espíritu democrático ya que los procesos de deliberación se ven claramente mermados³⁷³. En un universo en el que los datos contradictorios al sistema de creencias de uno mismo se suprimen, se genera una radicalización de las posturas extremas hasta el punto de conformar comunidades digitales claramente divergentes que se vinculan por fuertes ideas compartidas. Estos grupos sociales refuerzan dentro de sus burbujas sus creencias sin discutirlos y aquellas escasas informaciones que no encajan las ignoran, expulsándolas de dichos núcleos. Evidentemente, estos procesos complican enormemente poder modificar la opinión en un ambiente de constante unanimidad. Como resultado de todo esto se produce un incremento de la polarización y, al mismo tiempo, una aminoración de la pluralidad del debate público que se lleva a cabo en el ciberespacio.

Es decir, la lógica algorítmica conduce a un efecto de «falso consenso» en el que los usuarios sobreestiman el apoyo público de sus ideales³⁷⁴ cuando en realidad lo que se está produciendo es una especie de «disenso manufacturado»³⁷⁵. Efectivamente, siguiendo el análisis proporcionado por CIGÜELA SOLA, hemos pasado del peligro del «consenso manufacturado» de los medios de masas tradicionales a una realidad propiciada por los medios digitales en el que los diferentes colectivos presentan serias dificultades para ponerse de acuerdo puesto que no comparten un mundo común y, lo que es más importante, estos diferentes universos resultan incomprensibles entre ellos³⁷⁶.

opinión, que la interacción entre posturas opuestas en redes sociales no es tan excepcional como se pensaba hasta ahora y que la polarización no se relacionaría por la conformación de círculos cerrados de opiniones sino más bien por grupos semi abiertos expuestos a la opinión de grupos contrarios que lo que hace es reforzar las convicciones propias debido al sesgo de confirmación. Por lo tanto, en palabras del autor: «más que una fragmentación de múltiples burbujas cerradas que se escuchan a sí mismas lo que tendríamos sería una división entre grupos o comunidades, en muchos casos preexistente a la propia conversación concreta de que se trate, abiertas al contacto con el enemigo, el otro grupo o identidad, pero como forma de refuerzo de la comunidad propia». En MIRÓ LLINARES, Fernando, «El Derecho penal como coartada...», cit., pp. 462 y 463.

³⁷³ Si se quiere ahondar en mayor profundidad sobre esta cuestión véase, GAMIR RÍOS, José y TARULLO, Raquel, «Características de la desinformación...», cit., p. 209; LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación...», cit., p. 2; VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 61 y FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad...», cit., p. 37.

³⁷⁴ LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación...», cit., pp. 6 y 7.

³⁷⁵ Siguiendo la terminología empleada por CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 189.

³⁷⁶ *Idem*.

Todo esto justifica que al elemento tecnológico se le haya atribuido un enorme peso en la explicación del crecimiento de la manipulación informativa en la actualidad³⁷⁷. De modo que a propósito de estas dinámicas de las redes sociales se correlaciona un incremento en la visibilidad, cantidad y en la velocidad de la circulación de la desinformación³⁷⁸. En esta línea, EXPÓSITO GÁZQUEZ indica que las noticias falsas se alimentan del sistema de funcionamiento de análisis de datos personalizados en la red para facilitar sus objetivos³⁷⁹. Considera que estas se fundamentan en la información que reportan las *cookies* para exponer noticias deformadas sobre aspectos de interés del usuario, dirigiendo su comportamiento ya que suelen respaldar opiniones previas sobre temas de interés. Un peligro al que hay que sumar el hecho de que una vez un bulo ha sido asumido como creíble, raramente podrá ser rectificado no solo porque no encaja en sus expectativas de opinión, sino también porque será complicado propagar masivamente la corrección ante noticias falsas muy virales. Una idea que relaciona el efecto de las cámaras eco con los «sesgos de confirmación» que serán analizados en el siguiente apartado.

Lamentablemente, las dinámicas de interrelación dentro de las plataformas digitales conducen a lo que podríamos denominar «la paradoja de la libertad digital» en la medida en que, como oportunamente explica GUERINI, «la libertad de un usuario dentro de la red es inversamente proporcional al crecimiento de la red»³⁸⁰. Esto es así porque, por un lado, la personalización automática a nuestra medida facilita nuestra vida, reduce nuestro tiempo y coste de búsqueda, permitiendo que cada usuario se centre en lo que le interesa. Sin embargo, al mismo tiempo, esto se traduce en una limitación de nuestra libertad al quedarnos encerrados en los filtros burbuja³⁸¹. En esencia, el ciberespacio ofrece que la

³⁷⁷ Así lo expresan igualmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 9 y CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Participación ciudadana...», cit., p. 22.

³⁷⁸ Al respecto, LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación...», cit., p. 2 quien respalda esta consideración en diversos estudios.

³⁷⁹ EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., pp. 263-264.

³⁸⁰ GUERINI, Tommaso, «La tutela penale della libertà di manifestazione...», cit., p. 9. Téngase en cuenta, como destaca BIRRITTERI, que la finalidad primordial de los prestadores de servicios digitales es que el usuario interactúe en la red social durante un largo período de tiempo ya que cuanto más permanezca este en dicho espacio, más aumentarán las ganancias de la plataforma, de ahí el enorme interés en construir una experiencia individual lo más personalizada posible. En BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», cit., p. 307. Como se destaca en GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 12 el principal activo de las redes sociales y de motores de búsqueda como Google es la obtención de datos de los individuos y precisamente por ello introducen constantemente nuevos mecanismos para propiciar a que los usuarios presten cada vez más datos a estas empresas de prestación de servicios digitales.

³⁸¹ LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 15. Igualmente, GUERINI, Tommaso, «La tutela penale della libertà di manifestazione...», cit., p. 10 para quien esta

información se adapte al usuario, pero, a la vez, hace que el usuario vaya siendo moldeado por el algoritmo³⁸².

En suma, la problemática fundamental no es que exista desinformación en el entorno digital, sino más bien el contexto y bajo los parámetros en los que esta se extiende. Así pues, la principal preocupación del fenómeno debe versar en su incesante expansión en un universo polarizado y fragmentado en el que los riesgos de manipulación se multiplican exponencialmente debido a la escasez de contradicción en el entorno. Bajo esta premisa, las soluciones relacionadas con la teoría liberal del libre mercado de ideas deben ser rechazadas ya que no se adaptan a las condiciones actuales de las redes sociales³⁸³, resultando más eficaz el cuestionamiento sobre qué herramientas pueden potenciar la contradicción en dichas plataformas.

2.2.2. Inteligencia artificial: automatización y perfeccionamiento de la manipulación

La mencionada lógica algorítmica ha sido posible, esencialmente, gracias a uno de los avances tecnológicos más importantes de nuestra era: la inteligencia artificial. Una herramienta que, sin género de dudas, afecta al modo de comprender los derechos fundamentales y nuestro modelo de estado³⁸⁴. Pero, en lo que aquí interesa, las investigaciones acerca de su alcance han versado sobre dos grandes vertientes: como

paradoja hace que la interacción en línea se parezca más a una habitación cerrada que a una sociedad abierta. Y también QUATTROCIOCHI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation...*, cit., p. 66 al defender que aunque la red ofrezca una amplia gama de posibilidades, nos termina conduciendo a un mundo pequeño, habitado exclusivamente por nuestros semejantes en los que nos reflejamos.

³⁸² CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 189.

³⁸³ Así, LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 16 explica cómo las argumentaciones relacionadas con el libre mercado de ideas no satisfacen la realidad que acontece a las noticias falsas en la red. Este autor expone que dichos razonamientos se basan en que la desinformación se combate simplemente a través de la crítica y el debate abierto en el que una idea depende de su capacidad para prevalecer sobre tesis contradictorias. Del mismo modo que un producto de mala calidad es excluido del mercado porque los consumidores lo desecharán. En cambio, esta metáfora no es aplicable al ecosistema digital puesto que la premisa de la que parte (un mercado verdaderamente libre de condiciones) no se produce debido a los funcionamientos de la lógica algorítmica y de las cámaras de resonancia. Y, en un sentido similar, BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», cit., p. 308.

³⁸⁴ En este sentido, del carácter «social» de nuestro modelo estatal debe promoverse la búsqueda de la mayor igualdad real posible en aplicación de esta nueva tecnología. Ello implica que deben evitarse, en la medida de lo posible, ciertos sesgos cuya consolidación puede ser mucho más perjudicial con el uso de la IA. Y, por otro lado, vinculado con el componente «democrático», las repercusiones que esta presenta en relación con los derechos fundamentales no solo ha de garantizarse de un modo vertical, es decir, frente a los poderes públicos, sino también horizontal, entre los propios ciudadanos. Si se quiere ahondar en estas reflexiones, véase PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación», *Revista Jurídica de Asturias*, n° 45, 2022, pp. 64-65.

mecanismo al servicio de detección y prevención de conductas nocivas e, irónicamente, como lo contrario, es decir, como vía de perfeccionamiento de ciertos comportamientos perjudiciales para la ciudadanía³⁸⁵. Desde esta segunda perspectiva, la IA no solo permite personalizar los contenidos de los usuarios en redes sociales (con las consecuencias peligrosas derivadas de ello que se acaban de analizar), sino que también funciona directamente como amplificador de la reproducción y de la verosimilitud de los contenidos desinformativos. Esto ocurre porque la IA facilita, por un lado, la automatización de la desinformación y, por ende, su viralización; y, por el otro, la perfecciona.

En el primer caso, la automatización de comportamientos en el ciberespacio mediante el uso de *bots* resulta imprescindible para entender esa capacidad de multiplicación. Las repercusiones y el avance de la IA han sido idóneos para diseñar pautas automatizadas que llevan a cabo tareas repetitivas y que pueden diseñarse con la finalidad de mantener comunicaciones bidireccionales³⁸⁶. En realidad, la actividad que pueden desplegar los ejércitos de *bots* es muy diversa, pudiendo usarse para aumentar el número de seguidores de una cuenta (*following bots*), aumentar las reproducciones de un contenido (*traffic bots*) apoyar un hastag (*trending bots*) e incluso simular una conversación con un usuario humano (*chatbot*). Una herramienta tecnológica que puede utilizarse para fines de los más diversos: reconocimiento social, motivos económicos mediante la captación de marcas, contribuir a que adquiera interés un determinado acontecimiento, etc. Quizás, desde la perspectiva de la desinformación, los que más nos interesan son los denominados «bots sociales». Estos son cuentas controladas por *software* que generan contenidos algorítmicamente y establecen interacciones³⁸⁷ mediante la simulación de ser usuarios reales.

³⁸⁵ Evidentemente, ello depende de las prácticas sociales a las que se destine el uso de esta nueva tecnología. En CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., p. 187.

³⁸⁶ En algunas investigaciones también se utiliza el término ciber tropa (*cyber-truppe*) aunque esta en realidad engloba también el uso de *trolls*. Estos, sobre todo, tienen la particularidad de que se usan para generar interés mediante simulación de ser usuarios agresivos que intervienen en conversaciones en la red con comentarios provocatorios y radicales con el propósito de generar conflicto. Véase, al respecto, RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., p. 59.

³⁸⁷ VAROL, Onur et al., «Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization», *Proceedings of the Eleventh International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2017, p. 280. En caso de querer profundizar en los mecanismos técnicos de cómo estos *bots* sociales pueden crear noticias falsas y las limitaciones que todavía presentan en la actualidad para poder ser completamente autónomos véase WANG, Patrick; ANGARITA, Rafael & RENNA, Ilaria, «Is this the Era of Misinformation yet? Combining Social Bots and Fake News to Deceive the Masses», *WWW '18 Companion: The 2018 Web Conference Companion*, April 23–27, 2018, Lyon, France, pp. 1558 y 1559.

Uno de los principales ámbitos de amenaza de utilización de estos *bots* sociales es la política. Se ha demostrado que estos, en ocasiones, pueden utilizarse con objetivos de desestabilización social y política, influyendo en el proceso de intercambio de comunicación en temas de interés y sobre los que existe una gran fragmentación³⁸⁸ e intercediendo así en los procesos de discusión política en la red. Pueden ser utilizados con el propósito de desvirtuar en cierta medida los procesos de la lógica algorítmica y colocar contenidos específicos en los muros de un conjunto de usuarios seleccionados³⁸⁹. Pero, sobre todo, son tremendamente útiles para aumentar el apoyo *online* de candidatos o partidos concretos si actúan estratégicamente en segmentos de la población con una ideología afín a los mensajes apoyados por estos ejércitos automáticos³⁹⁰. De modo que actúan como palanca que aumenta exponencialmente el grado de confianza de aquellos usuarios que defienden los mismos valores y, al mismo tiempo, pueden servir para convencer a otros segmentos que presentan algunas dudas. De hecho, en ciertas ocasiones se aprovechan de los avances introducidos por la inteligencia artificial para, mediante actividades de *chatbots*, dar la apariencia de que en una determinada plataforma en línea se reproducen numerosos discursos y conversaciones de lo que aparentan ser seres humanos que respaldan las opiniones de usuarios verdaderos³⁹¹. En este sentido, los *bots* pueden ser utilizados como mecanismos que potencian los efectos que ya de por sí causan las cámaras de resonancia. Asimismo, cabe añadir que esta herramienta tecnológica puede ser reutilizada de una campaña política a otra produciendo esta «amplificación falsa»³⁹² de forma incesante y sin límites.

Como se puede deducir, el uso de ejércitos de *bots* sociales pueden constituir un verdadero riesgo para la sociedad debido a que pueden servir para automatizar la desinformación³⁹³. Es más, algún autor ya ha advertido que estas redes de *bots* se han

³⁸⁸ BASTOS, Marcos T. y MERCEA, Dan, «The Brexit Botnet and User-Generated Hyperpartisan News», *Social Science Computer Review*, vol. 37, nº1, 2019, p. 40. Como afirman estos autores, se ha demostrado que eventos políticos tan mediáticos como el Brexit o las elecciones presidenciales en EEUU de 2016 sufrieron interferencia automatizada, en especial, en la red social Twitter.

³⁸⁹ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 61.

³⁹⁰ EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., p. 264.

³⁹¹ Tal y como se manifiesta en RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., p. 61 los *chatbots* son mecanismos de automatización más sofisticados y a través de la IA pueden ser capaces de reconocer el sentido del discurso y ofrecer una respuesta adecuada en consonancia.

³⁹² BASTOS, Marcos T. y MERCEA, Dan, «The Brexit Botnet...», cit., p. 51.

³⁹³ Sobre la posible repercusión que pueden tener los bots en relación con la desinformación se han pronunciado, entre otros, EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., pp. 264; MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., p. 3; TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 61 y VAROL, Onur et al., «Online Human-Bot Interactions...», cit., p. 280.

transformado en un arma electoral de primer orden para fabricar falsos consensos mediante la diseminación masiva de campañas coordinadas de desinformación³⁹⁴. Si aplicamos los efectos que se han descrito al apoyo de noticias falsas en la red, estos programas informáticos pueden dar la ilusión de que se trata de una información más fiable o creíble puesto que es apoyado por una ingente cantidad de usuarios aparentes, aunque en realidad se trata de robots que están controlados por una sola persona de manera coordinada. En este sentido, se observa que la capacidad de viralidad de un mensaje falso en el ecosistema digital no tiene límites, no solo porque cualquier persona con un simple «click» puede dar su agradecimiento positivo y contribuir a la expansión de manera individual, sino que también puede hacer que cuentas falsas a su servicio extiendan el mensaje en cuestión de segundos. Se produce así lo que DE FLAMMINEIS ha denominado la «caja de resonancia del pensamiento falso»³⁹⁵. Y no solo eso, sino que también favorece la ocultación de la responsabilidad porque resulta más complicado identificar quien está detrás de toda la cadena de creación de perfiles falsos que crean dichos contenidos.

Asimismo, en el segundo caso, ha favorecido que la manipulación informativa dé un salto cualitativo relevante a través de la tecnología *deepfake*³⁹⁶, también conocida como «ultrafalsos o ultrafalsificaciones». Un producto de la IA que fusiona, combina y superpone imágenes y vídeos con el objetivo de crear contenidos audiovisuales falsos que parecen auténticos. Todo ello, esencialmente, generado a través de las redes generativas antagónicas o GAN (por su denominación en inglés: *generative adversarial networks*). Tal y como explica GARCÍA ULL, el contenido hiperrealista se consigue gracias a un sistema de dos redes neuronales que, utilizando aprendizaje no supervisado, compiten

³⁹⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Estudios Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 34-36. Ya en 2017, un interesante estudio de VAROL, Onur et al., «Online Human-Bot Interactions...», cit., *passim* apuntaba que las cuentas *bots* constituían una parte significativa de los perfiles en línea.

³⁹⁵ DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze», *Sistema Penale*, 6/2020, p. 142. Esta caja de resonancia favorecida por las informaciones repetidas automatizadas, tal y como expone RIQUERT, puede conformar un aporte decisivo sobre un «efecto ilusorio de verdad», en el que la ingente cantidad de contenidos en una dirección similar hace que sea más fácil de procesar esa idea y se vuelva así como verdadera. En RIQUERT, Marcelo A., «Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal», en Riquert, Marcelo A., (dir.) y Sueriro, Carlos Christian (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, p. 119.

³⁹⁶ Este término es el resultado de la combinación de la palabra «deep» («profundo», proveniente del anglicismo *deep learning* o aprendizaje profundo) y «fake» (de falso).

mutuamente en una especie de juego de suma cero³⁹⁷. Por un lado, se encuentra «el generador» que se trata de una red de aprendizaje que persigue crear muestras nuevas de un conjunto de imágenes, vídeos o sonidos obtenidos con la finalidad de engañar a la segunda red. Esta, denominada «discriminador» tiene la finalidad de determinar si los materiales creados son reales a partir del mismo conjunto de datos. De modo que, este segundo algoritmo discriminador criba aquellos resultados emitidos por el primero que detecta que no pueda ser lo suficientemente realista. En consecuencia, estos dos sistemas se enfrentan entre sí para mejorar automáticamente. Como resultado, se crean imágenes dinámicas que son manipuladas digitalmente y que representa a un individuo diciendo o realizando comportamientos que nunca sucedieron.

El verdadero problema de todo esto radica en la alta calidad y verosimilitud del producto obtenido a través de esta tecnología. El contenido audiovisual que se crea es extremadamente realista y sofisticado³⁹⁸ y se lleva a cabo casi de forma instantánea. Y ello debido a que no solamente consigue sustituir la cara de un individuo por el de otro (*face-swapping*), sino que, además, reproduce los movimientos de un sujeto sobre la base de los rasgos del objetivo (*puppet-master*) y sincroniza el movimiento de los labios con el discurso que se desee (*lip-syncing*)³⁹⁹.

A su vez, junto a la verosimilitud que proporciona la IA, también hay que destacar que sea asequible, pero, sobre todo, de fácil acceso. En los últimos años han proliferado aplicaciones gratuitas e interfaces que permiten crear este tipo de contenidos con extrema

³⁹⁷ Si se quiere indagar más sobre el funcionamiento y mecanismos de las GAN véase, GARCÍA ULL, Francisco José, «Deepfakes: el próximo reto en la detección de noticias falsas», *Anàlisi*, nº64, 2021, p. 107 y ss.; SANTISTEBAN GALARZA, Mario, «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)», *RDPC*, 3ª Época, nº 31, 2024, pp. 215-221.

³⁹⁸ SIMÓ SOLER, Elisa, «Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», *InDret*, nº 2, 2023, p. 495. También GARCÍA ULL, Francisco José, «Deepfakes: el próximo reto...», cit., p. 105. Según este autor, a medida que esta técnica se vaya perfeccionando, las diferencias con el individuo real serán cada vez más imperceptibles. Es evidente que este tipo de tecnologías presentan un potencial lesivo en el ámbito político a tener en cuenta puesto que las representaciones audiovisuales adquieren un mayor impacto que las expresiones escritas. No obstante, los estudios todavía no son determinantes en la valoración de su incidencia real ya que mientras algunas investigaciones sugieren que sí que tienen un impacto negativo contra aquellos candidatos que son víctimas de este tipo de estrategias desinformativas, otras indican que no son aptas para producir el error en los individuos, aunque sí para crear cierta incertidumbre y aminorar la confianza. Véase, en profundidad, con referencias bibliográficas sobre las mismas en SANTISTEBAN GALARZA, Mario, «La criminalización de las ultrafalsificaciones...», cit., pp. 218-219.

³⁹⁹ GÓMEZ DE ÁGREDÁ, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *Profesional de la información*, vol. 30, nº2, 2021, p. 15.

sencillez⁴⁰⁰. Por lo que cualquier persona con ordenador o *smartphone* puede elaborar imágenes estáticas y dinámicas falsas sofisticadas sin necesidad de ostentar conocimientos técnicos avanzados⁴⁰¹. E incluso, con mayor facilidad, es posible acceder a los denominados *cheap fakes*, es decir, creación de contenidos audiovisuales manipulados mediante *software* barato⁴⁰² y, por ende, con un resultado final no tan realista.

Lo que parece incuestionable es que los *deepfakes* constituyen un arma que no solo puede instrumentalizarse para cometer hechos delictivos de distinta naturaleza⁴⁰³ sino que, en lo que aquí interesa, plantean retos interesantes que se adhieren a la ya compleja detección de noticias falsas. Hasta el punto de percibirse como una amenaza incluso mayor que las propias *fake news* precisamente por su verosimilitud y la mayor dificultad en su detección⁴⁰⁴. E incluso algún autor los considera el verdadero auge de la desinformación digital⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Algunos de estos sistemas son *Dall-E*, *Midjourney* o *Stable Diffusion* y aplicaciones como *FakeApp*, *FaceSwap*, *DeepFaceLab*. Véase, SIMÓ SOLER, Elisa, «Retos jurídicos...», cit., p. 497. Ahora bien, aunque existe una gran cantidad de algoritmos y plataformas que generan estas imágenes, la mayor parte no está disponible al gran público por el elevado consumo de recursos computacionales que precisan. GÓMEZ DE ÁGREDÁ, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía...», cit., p. 14.

⁴⁰¹ GARCÍA ULL, Francisco José, «*Deepfakes*: el próximo reto...», cit., p. 105.

⁴⁰² GOMES GONÇALVES, Sónia, «Los *deepfakes* como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura», *IROCMM*, vol. 5, nº 2, 2022, p. 27.

⁴⁰³ SIMÓ SOLER, Elisa, «Retos jurídicos...», cit., pp. 496 y 497, por ejemplo, señala la pornografía de venganza, el acoso, el chantaje, la difamación, la alteración de la opinión pública, los fraudes, los ataques a la seguridad nacional. Por su parte, CASTELLS resalta los efectos de estas herramientas tecnológicas en el ámbito político exponiendo el ejemplo de las elecciones brasileñas de 2018 y el *deepfake* de Lula amenazando a sus rivales. En CASTELLS, Manuel, *La sociedad digital...*, cit., p. 43. No obstante, esencialmente, los riesgos más relevantes a los que se han asociado las ultrafalsificaciones han sido aquellos que atañen a la desinformación, a la comisión de delitos contra el patrimonio y a la creación de imágenes sexuales no consentidas. Cfr., SANTISTEBAN GALARZA, Mario, «La criminalización de las ultrafalsificaciones», cit., pp. 215-221. Ahora bien, quizás esta última problemática sea la que más atención está suscitando a la doctrina penal. Es decir, se está centrando en el tratamiento jurídico-penal de aquella conducta que, a partir de la imagen real del rostro de un individuo, normalmente mujer, se elabora un producto audiovisual con la ayuda de la IA en el que se simula que la víctima está realizando escenas sexuales/pornográficas. Un análisis en profundidad sobre la cuestión se ofrece en JAREÑO LEAL, Ángeles, «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», *RECPC*, nº 26-09, 2024, pp. 15-29 y, más recientemente, LLORIA GARCÍA, Paz, «Ciberviolencia de género. Especial referencia a las ultrafalsificaciones o *deepfakes*», en prensa, 2025, *passim*.

⁴⁰⁴ GARCÍA ULL, Francisco José, «*Deepfakes*: el próximo reto...», cit., p. 110. También RIQUERT advierte sobre los usos actuales del *big data* y como el peligro ya no solo se centra en las noticias falsas, sino también en los *deepfakes* en RIQUERT, Marcelo A., «Discursos de odio, inteligencia artificial...», cit., p. 118.

⁴⁰⁵ GOMES GONÇALVES, Sónia, «Los *deepfakes* como una nueva forma...», cit., p. 28.

En definitiva, la IA ha incrementado la problemática sobre la autenticidad de cualquier tipo de soporte documental, ahora también las imágenes estáticas y las dinámicas, conformando un nuevo orden en el que ya no podemos confiar ni siquiera en nuestros ojos⁴⁰⁶. Como reflexionan GÓMEZ DE ÁGREDA, FEIJÓO y SALAZAR GARCÍA la velocidad en la transformación de los medios tradicionales sin el paralelo cambio en el marco de la veracidad ha causado desequilibrios culturales relevantes⁴⁰⁷. De modo que, en un sentido similar a lo que ocurrió en su momento con la autoridad de la palabra impresa en medios públicos, que era percibido como verdad incuestionable, la verosimilitud de la información transmitida a través de imágenes o contenidos audiovisuales ahora también se somete a una profunda revisión⁴⁰⁸. Por lo tanto, los *deepfake* han supuesto un cierto agnosticismo sobre los documentos audiovisuales, retirando el papel de certificación de la realidad que hasta ahora había ostentado⁴⁰⁹.

2.3. Factores cognitivos

2.3.1. El sesgo de confirmación y el narcisismo digital

Cualquier individuo, de un modo u otro, se siente influido por variables ideológicas que repercuten en la forma en la que percibe su realidad⁴¹⁰. Sin embargo, ciertos colectivos aprovechan las herramientas que ofrece el entorno digital para lograr que las estrategias de manipulación sean más efectivas a través de mecanismos psicológicos que potencian todavía más estos sesgos cognitivos. En esta era de la posverdad, la constante apelación a prejuicios y sentimientos en los discursos conduce a que gran parte de estos asimilen estrategias propias del *marketing* en el que se refuerzan perspectivas altamente sesgadas.

⁴⁰⁶ Sobre esta cuestión, GÓMEZ DE ÁGREDA, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía...», cit., p. 15 y BAÑUELOS CAPISTRÁN, Jacob, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *Revista Panamericana de Comunicación*, nº 1, 2020, p. 60.

⁴⁰⁷ GÓMEZ DE ÁGREDA, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía...», cit., p. 2.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁰⁹ SIMÓ SOLER, Elisa, «Retos jurídicos...», cit., p. 510 y GÓMEZ DE ÁGREDA, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía...», cit., p. 18.

⁴¹⁰ ALONSO GONZÁLEZ, Marián, «Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información», *Revista Internacional de Comunicación*, nº45, 2019, p. 34.

Las cámaras eco características de las redes sociales funcionan, desde este punto de vista, como auténticos amplificadores de lo que en psicología se denomina sesgo de confirmación. Con esta expresión se entiende la tendencia de las personas a preferir aquella información que coincida con su propio sistema de creencias. De manera que se tiende instintivamente a considerar que son más verosímiles las informaciones que reafirman sus pensamientos ya que confirman las concepciones que el individuo tiene arraigadas en su imaginario mental⁴¹¹. Se trata pues, de un sesgo contra la información que desprecia aquella opuesta a su lógica y que se impulsa por la naturaleza de nuestra cognición⁴¹².

El sustrato cognitivo en el que opera este prejuicio de confirmación es muy profundo y los mecanismos que explican su funcionamiento son poco claros. Según ELÍAS, cuando leemos algo que respalda nuestra creencia previa el cerebro segrega dopamina, un neurotransmisor que aparece en momentos de placer⁴¹³. En cambio, cuando estos pensamientos son refutados se activan zonas cerebrales que también lo hacen con el dolor. Asimismo, debemos tener en cuenta que, a menudo, nuestro proceso de selección de la información no está vinculado necesariamente con el fundamento de esta, sino que, como seres racionales, tendemos a escoger aquellas que mantienen unidas nuestras certezas de manera coherente, aunque esta selección sea más emocional que lógica⁴¹⁴.

⁴¹¹ TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación y las noticias falsas?», *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 23, 2022, p. 86. En TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 37 el primero explica que una variante del perjuicio de confirmación es el «sesgo partidista». A través de esta expresión hace referencia a la desviación cognitiva que se produce respecto del partido o grupo al que pertenecemos. A propósito de este sesgo, se explica el motivo por el que las contradicciones de nuestros líderes ideológicos son mucho menores que la de sus adversarios.

⁴¹² MORAVEC, Patricia; MINAS, Randall y DENNIS, Alan R., «Fake News on Social Media: People Believe What They Want to Believe When it Makes No Sense at All», *Kelley School of Business Research Paper*, nº 18-87, 2018, p. 5.

⁴¹³ ELÍAS, Carlos, «Fakenews, poder y periodismo en la era de la posverdad y “hechos alternativos”», *Revista Ámbitos*, vol. 40, 2018. Disponible en: <https://institucionales.us.es/ambitos/fakenews-poder-y-periodismo-en-la-era-de-la-posverdad-y-hechos-alternativos/> (Fecha de consulta 26-04-2023). Un detallado análisis sobre los procesos cognitivos que explican el sesgo de confirmación se ofrece en MORAVEC, Patricia; MINAS, Randall y DENNIS, Alan R., «Fake News on Social Media...», cit., pp. 5 y ss.

⁴¹⁴ QUATTROCIOCCI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation...*, cit., pp. 63 y 64. Como acertadamente muestra CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Participación ciudadana...», cit., p. 14 este tipo de respuestas humanas no son un problema social moderno. Un paralelismo claro se observa en el mito de la caverna de Platón en el que la presentación de datos con los que nos sentimos más cómodos, bajo el pensamiento de que nuestra composición del mundo es la adecuada, nos dota de seguridad como seres humanos. Y precisamente a propósito de esta seguridad vamos construyendo nuestra realidad. Hoy en día, las redes sociales generan conjuntos de burbuja en el que los individuos permanecen en estas cavernas inmunes ante las afirmaciones que ponen en entredicho sus creencias. En palabras del autor: «es paradójico que la red abierta al mundo, la ventana que nos puede poner en contacto con cualquier parte del planeta, acabe pareciéndose peligrosamente al reflejo de unas sombras en la pared de una cueva».

También la sobreabundancia informativa que caracterizan las redes sociales tiene mucho que ver en este proceso. Las ingentes cantidades que consumidos diariamente en la red produce una especie de estrés cognitivo que hace que optemos por aquellos contenidos que coinciden con los marcos conceptuales personales o los de nuestro grupo de referencia⁴¹⁵. Sobre todo, porque ello nos resulta más fácil (y también más tranquilizador)⁴¹⁶ y, a su vez, requiere menos gasto de energía.

De lo anterior se deriva que el sesgo de confirmación constituye una variable relevante para comprender la difusión de noticias falsas en la red⁴¹⁷. Ante la hiperexposición de mensajes contradictorios de todo tipo en la red, los individuos van a tender a creer en aquellos que más coincidan con sus creencias ya formadas⁴¹⁸, aunque estas no se ajusten a la realidad. Se potencia así una mayor incapacidad como ciudadanos para diferenciar entre lo verdadero y lo falso en cuanto a que estamos condicionados por estos sesgos.

Una dinámica cognitiva que no es exclusiva de la era digital pero que constituyen las vigas de la comprensión de esta tendencia a la credulidad de la información incorrecta. Una tendencia que se amplifica con la introducción de los mecanismos tecnológicos de los filtros burbuja y las cámaras eco que completan la justificación de esta dinámica.

En el fondo, este factor cognitivo relega la calidad del contenido de los mensajes a un segundo plano, creando un terreno fértil para la difusión de desinformación. Un aspecto sobre el que también incide el narcisismo 2.0. Siguiendo a QUATTROCIOCCI y VICINI, las redes sociales actúan de espejo gratificante en el que la satisfacción de lo publicado se superpone a otras finalidades⁴¹⁹. De modo que en el momento de publicar

⁴¹⁵ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., pp. 33 y 34.

⁴¹⁶ Para PERUCCHIETTI, Enrica, *Fake news...*, cit., pp. 203 y 204 el hecho de optar por los contenidos que coinciden con nuestra lógica interna nos evita cuestionarnos a nosotros mismos y la necesidad de realizar ejercicios de razonamiento más profundo. En un sentido bastante similar VALVERDE BERROCOSO, Jesús et al., «Desinformación y multialfabetización: una revisión sistemática de la literatura», *Comunicar: Revista Científica de Educomunicación*, v. XXX, nº70, 2022, pp. 98 y 99 quienes explican que el «principio de mínimo esfuerzo» es un factor esencial para comprender el porqué los usuarios prefieren información que es más fácil de asimilar, independientemente de su valor intelectual.

⁴¹⁷ En este sentido, DEL FRESNO GARCÍA advierte que precisamente el prejuicio de confirmación es uno de los sesgos que más se asocia a los desórdenes informativos puesto que permiten transformar cualquier evento, en la práctica, en eventos emocionales. En DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos...», cit., pp. 6 y 7.

⁴¹⁸ En un sentido similar se pronuncian QIU, Xiaoyan et al., «Limited individual attention and online virality of low-quality information», *Nature Human Behaviour*, nº1, 2017, p. 3 al indicar que el sesgo de confirmación se encuentra enormemente reforzado en línea debido a la limitada capacidad que los usuarios ostentamos para hacer frente a la sobrecarga de información causada por los mensajes que inundan nuestras pantallas y la consiguiente necesidad de descartar rápidamente información que consideramos irrelevante.

⁴¹⁹ QUATTROCIOCCI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation...*, cit., p. 32.

un contenido uno de los principales aspectos que tenemos en cuenta es la autopromoción y el impacto que estas puedan generar. Esto se traduce en que los «me gusta» y los «retuits» se convierten en el medidor principal de relevancia de un mensaje y no su veracidad o calidad real. Al convertirse estos datos cuantitativos en el medio principal para evaluar la calidad de la información, el uso de los *bots* y su función de amplificación automatizada adquiere una mayor relevancia puesto que se convierten en herramientas todavía más eficaces para generar contenidos falsos.

Esta lógica de búsqueda constante de reconocimiento en el que el contenido es instrumental y lo importante es ese impacto, la veracidad es opcional y, de hecho, la desinformación puede salir más rentable en estos términos que un mensaje que se ajusta a la realidad de los hechos. De aquí se puede comprender mejor también la proliferación de los *clickbait*s⁴²⁰ en las noticias, no solo como búsqueda de rendimiento económico sino también de impacto social.

2.3.2. *El síndrome del déficit de atención y el «efecto de tercera persona»*

Un fenómeno que también se ha potenciado en el contexto de la posverdad ha sido el del síndrome del déficit de atención, sobre todo en aquellas informaciones que adquirimos en línea. En este sentido, se aprecia una tendencia a acceder y difundir noticias sin evaluarlas críticamente⁴²¹, ya que del conjunto de contenidos que se va actualizando en cuestión de segundos en el tablón de anuncios digital, solo hay tiempo para realizar un análisis superficial de los que van apareciendo. Esto explica que en muchas de las ocasiones los usuarios consideren que solo con el título de las noticias basten para compartirla, sobre todo si encaja con nuestro sistema de creencias. De nuevo, aquí el fenómeno del *clickbait* al que se acaba de aludir juega un papel fundamental. Y, evidentemente, ello conduce a una mayor facilidad para que los bulos se propaguen

⁴²⁰ Siguiendo a MENDOZA CALDERÓN, el modelo actual de publicidad digital basado en los *clicks* del usuario favorece este tipo de contenido sensacionalista y contribuye con la propagación de la desinformación. Cfr., MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «Fake news, discurso del odio y aporofobia: la criminalización de los vulnerables», en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 537.

⁴²¹ PINELLI, Cesare, «Postverità, verità e libertà di manifestazione del pensiero», *Media Laws*, nº1, 2017, p. 43.

puesto que los usuarios comparten noticias sin leer prácticamente el contenido, porque ese título (que puede ser engañoso) coincide con lo que uno desea que sea veraz.

Sobre este aspecto, RIVA agrupa tres tipos de atención⁴²². En primer lugar, la atención sostenida, es decir, la capacidad de mantener un nivel de atención adecuado durante todo el tiempo necesario para ejecutar una tarea. En segundo lugar, la atención selectiva entendida como la capacidad de selección solo de los estímulos importantes para la realización de la tarea, ignorando aquellos que distraen. Y, en tercer lugar, la atención dividida que sería la capacidad de llevar a cabo más tareas en paralelo, moviendo sus propios recursos de atención de una actividad a otra.

Pues bien, según este autor, todo apunta a que aquellos sujetos que han usado la tecnología desde jóvenes o que la utilizan de manera masiva, tienen una capacidad de atención sostenida significativamente inferior. En cambio, presentan un aumento de la capacidad de atención dividida y de trabajar en *multitasking*. Aspectos que parecen incidir en la atención selectiva. No tanto si el estímulo es único, pero sí en las multitareas en el ámbito tecnológico (piénsese en actividades que suelen ser habituales en los residentes digitales en los que mientras se ve la televisión se utilizan aplicaciones desde el móvil) en el que se reduce la capacidad de seleccionar aquellos estímulos importantes.

Esta limitación en el nivel de atención unido con la sobrecarga informativa propia del entorno virtual repercute en una correlación débil entre la calidad y la popularidad de la información⁴²³. En consecuencia, este elemento cognitivo característico de las redes sociales también contribuye al fenómeno de la desinformación ya que el contenido de baja calidad tiene la misma probabilidad de convertirse en viral puesto que los usuarios tienden a basar su elección sobre todo en elementos periféricos como la fuente, la adecuación a sus pensamientos o el placer⁴²⁴.

Asimismo, también hay que tomar en consideración el hecho de que gran parte de los ciudadanos creen que pueden detectar noticias falsas. Existe una especie de percepción errónea por la que los ciudadanos subestimamos los efectos persuasivos que algunos contenidos pueden tener sobre nosotros mismos mientras que sobrestimamos los que pueden producir en los demás. Esto es lo que los psicólogos sociales han denominado

⁴²² RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., pp. 116 y ss.

⁴²³ QIU, Xiaoyan et al., «Limited individual attention and online virality...», cit., p. 12 y 13.

⁴²⁴ Sobre esta cuestión, RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., p. 118.

«efecto de tercera persona»⁴²⁵ y en parte pueden explicar la propagación de la desinformación entre la opinión pública⁴²⁶. Desde esta perspectiva, se defiende que las personas son propensas a considerar que los demás son más vulnerables frente a los mensajes manipuladores, mientras que a nosotros mismos es mucho más complejo influenciarnos.

Como resalta TUÑÓN NAVARRO, el problema esencial de estas percepciones erróneas es que tienen consecuencias en las evaluaciones que se llevan a cabo sobre una cuestión y las decisiones que se llevan a cabo en consecuencia⁴²⁷. De forma que, algunos sectores de la opinión pública pueden actuar en consonancia con noticias que no son veraces bajo una percepción equivocada de que nunca caerían en la trampa de la manipulación. Se trataría de una manifestación del efecto «Kruger-Dunning» en el que las personas sobreestiman sus capacidades informacionales pudiendo estar relacionado con la propagación de noticias en las plataformas digitales⁴²⁸. Por lo tanto, esta especie de exceso de confianza puede conllevar una repetición de la argumentación manipulada en la red, lo que puede fomentar la desinformación.

En resumen, los usuarios en redes sociales tienden a preferir la información que coincide con sus ideas preconcebidas, no profundizan en los contenidos que se les presentan y subestiman los efectos persuasivos que se pueden producir sobre ellos mismos.

⁴²⁵ GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., p. 12.

⁴²⁶ Según el Eurobarómetro de 2023 la mayoría de los españoles (el 55%) considera que es fácil identificar noticias falsas. Cifra que asciende al 61% en el conjunto de ciudadanos de la UE. Véase, Comisión Europea, «Eurobarómetro de invierno 2022-2023...», cit. Sin embargo, algunos estudios apuntan a que tal capacidad es una percepción errónea. Por ejemplo, la investigación de MORAVEC, Patricia; MINAS, Randall y DENNIS, Alan R., «Fake News on Social Media...», cit., *passim*. En esta interesante investigación se concluye que solo el 17% de los participantes podían detectarlas mejor que el azar, pudiendo haber influido el sesgo de confirmación en muchas de sus decisiones. E incluso llegan a concluir que los usuarios son tan susceptibles a dicho sesgo que sería mejor tirar una moneda al aire para determinar lo que es verdadero y falso.

⁴²⁷ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 51.

⁴²⁸ WEISS, Andrew P., et al. «Surveying fake news: Assessing university faculty's fragmented definition of fake news and its impact on teaching critical thinking», *International Journal for Educational Integrity*, vol. 16, n° 1, 2020, p. 4.

3. AGENTES RELEVANTES DE LA CREACIÓN DE CONTENIDO EN EL ECOSISTEMA DIGITAL

3.1. La doble función de los medios de comunicación

La web 2.0 ha favorecido también una serie de cambios que afectan al rol que desempeñan los agentes relevantes en la transmisión de información en la sociedad. Bien transformando significativamente el papel que ostentaban hasta el momento, bien creando nuevas figuras que son esenciales para una comprensión completa del proceso de comunicación. Unas mutaciones que, inevitablemente, terminan afectando a las posibilidades de la manipulación en línea.

Si atendemos a las primeras, uno de los colectivos tradicionalmente relevantes ha sido el sector del periodismo integrado en los medios de comunicación convencionales. A estos se les venía atribuyendo el rol de *gatekeepers* de la información⁴²⁹, constituyéndose como la fuente primaria de producción de noticias. Utilizando la terminología propia de la TAC, daba la impresión de que su función primordial debía ser la del «guardián capaz de la desinformación». Precisamente porque a través de los deberes de objetividad, neutralidad y contraste de las fuentes empleadas debían evitar o, al menos, reducir que dicho fenómeno tuviera destacables consecuencias en la sociedad.

Sin embargo, la realidad reveló que también estos podrían ser utilizados con fines de manipulación política. Tal era su grado de influencia que teorías como la del *agenda-setting*⁴³⁰ ganaron una gran popularidad por su explicación del por qué determinados temas adquirirían una mayor relevancia en la agenda mediática que en otros. Desde este punto de vista, la figura del periodista era percibida como el experto encargado de determinar qué acontecimientos y detalles eran importantes para informar al público⁴³¹. Y no solo eso, sino que debido al monopolio que ostentaban, la información se

⁴²⁹ Esta idea ha sido atribuida con contundencia en la STEDH de 20 de mayo de 1999, caso *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, demanda nº 21980/93, ap. 59 que atribuía a la prensa el rol vital de «perro guardián» de la democracia al difundir información de interés público.

⁴³⁰ Un trabajo imprescindible en la materia, en especial, sobre la relación entre medios de comunicación y Derecho penal es el ofrecido en GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, *passim*.

⁴³¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luiz, «Perspectiva de análisis y principios constitucionales», en García Arán, Mercedes y Botella, Joan (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 26.

consideraba como un bien escaso⁴³² puesto que la única verdad era la transmitida por parte de los profesionales de la información por la falta de alternativas en la creación de contenidos destinados a las masas.

Evidentemente, esto favorecía la centralización de la manipulación. Sobre todo, gracias a la llegada de los medios de comunicación de masas como la prensa, la radio y la televisión, las herramientas de propaganda se concentraron en manos de los Estados o de grandes organizaciones comerciales que utilizaban estos medios para influir en las masas⁴³³. Con el paso del tiempo, los rasgos que debían caracterizar a los profesionales de la información fueron degradándose por una «mercantilización de la atención pública»⁴³⁴ en el que los contenidos adoptaban un formato más breve y dramático, priorizándose el espectáculo.

Tras la consolidación de las redes sociales se ha fortalecido un nuevo modelo de comunicación. Hemos pasado, en palabras de CASTELLS, de un modelo de masas preferentemente unidireccional a una especie de «autocomunicación de masas»⁴³⁵. Esta en la actualidad se caracteriza por su notable capacidad de llegar a una audiencia global y, simultáneamente, porque cualquiera puede crear y difundir el mensaje propagándolo de una manera interactiva de muchos a muchos en tiempo real. Ahora bien, como acertadamente expresa el citado autor, esto no significa que la comunicación de masas haya desaparecido, sino que tanto la comunicación interpersonal, la de masas y la autocomunicación de masas coexisten y se complementan, siendo lo verdaderamente novedoso que todas ellas se articulen en un contexto digital interactivo y complejo conformado por una gran diversidad de expresiones culturales. De modo que, según él mismo expresa, «la comunicación de masas en el sentido tradicional ahora también es una comunicación basada en Internet tanto en su producción como en su transmisión»⁴³⁶.

Consecuentemente, el periodismo empresarial ha tenido que adaptarse a las dinámicas intrínsecas del ecosistema digital. Sobre todo, aquellas que se derivan del

⁴³² Así lo consideran OLEART, Álvaro y BOUZA, Luis, «El debate transatlántico sobre la definición y actuación ante la “desinformación”: una agenda de investigación», *adComunica, Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº23, 2022, p. 57.

⁴³³ En una línea similar, GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., pp. 6 y 7 exponiendo el ejemplo paradigmático de los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX.

⁴³⁴ Así lo describe CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., p. 188. Como indica el autor, especialmente por la influencia desde los años 80 de la televisión privada.

⁴³⁵ CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 88 y ss.

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 101.

proceso de desintermediación. Así, se ha impuesto un modelo en el que el periodismo empresarial deja de tener la autoridad suficiente para imponerse al resto de participantes del ecosistema digital⁴³⁷. Surgen así nuevos competidores que han resquebrajado las barreras monopolísticas de los medios de comunicación tradicionales en el ámbito, emergiendo también «pseudomedios»⁴³⁸ y una especie de «periodismo 3.0» que, con apariencia de profesionalidad, difuminan las fronteras con las figuras clásicas. Estos han tenido que adaptarse a las reglas del ciberespacio en el que prima la sobreabundancia informativa y constante, obligándoles a generar noticias permanentemente actualizadas, lo que, inevitablemente, ha repercutido en la precisión en la elaboración de noticias⁴³⁹. Además, conviene resaltar, en consonancia con DEL FRESNO GARCÍA, que la crisis de los medios de comunicación impresos y la aparición de Internet ha desmoronado el modelo de negocio clásico basado en la publicidad⁴⁴⁰ por un modelo de negocio basado en la participación tácita del usuario en el que su comportamiento desempeña un papel más relevante⁴⁴¹. Esto es así porque la conducta del usuario individual adquiere un gran protagonismo ya que mediante el acceso a los enlaces de noticias los motores de búsqueda personalizados dotan de mayor visibilidad a esos medios para el usuario. La lógica algorítmica, en este sentido, incrementa la posibilidad de que un usuario que clica en los contenidos digitales vuelva a encontrarse con futuras noticias de dicha fuente. Por lo que los medios se lucran de ingresos publicitarios por cada clic que hagan esos usuarios⁴⁴². Todo esto genera un contexto en el que el número de visitas adquiere una mayor importancia que la calidad del contenido de la noticia lo que arrastró a los medios tradicionales a importantes recortes en recursos humanos y la desaparición de unidades de investigación. Puesto que el verdadero beneficio se obtiene mediante la viralidad y la visualización, las empresas mediáticas han cambiado su diseño de negocio para adaptarse

⁴³⁷ Sobre esta cuestión, véase, GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública...», cit., p. 84 y MARÍN GUTIÉRREZ, Francisco, «Características del ciberespacio...», cit., p. 4.

⁴³⁸ DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos...», cit., p. 6.

⁴³⁹ Como han apuntado por un lado, PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 298 y ALONSO GONZÁLEZ, Marián, «Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información», *Revista Internacional de Comunicación*, nº45, 2019, p. 35, por el otro, la producción de contenido en el ecosistema digital ha propiciado que los profesionales de la información deban trabajar contrarreloj para convertirse en los primeros en difundir la noticia sobre un acontecimiento ya que, con ello, se facilita un mayor número de visitas y, al mismo tiempo, se ha propiciado la tendencia de confiar en los datos proporcionados por los usuarios no profesionales como fuentes de la información que proporcionan.

⁴⁴⁰ DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos...», cit., p. 6.

⁴⁴¹ Así, CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder...*, cit., p. 141.

⁴⁴² PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 301.

a las nuevas exigencias de comercialización, priorizando la elaboración de titulares que llamen la atención y provoquen un *clickbait*⁴⁴³.

El resultado de todo lo anterior incide en una inevitable bajada de calidad del contenido digital publicado por los medios clásicos. Aspecto que favorece la difusión de rumores y erosiona la percepción de dichos medios como espacios de fiabilidad y autenticación informativa. Y, estrechamente vinculado con esto, se repercute en una pérdida de confianza, siendo la credibilidad el mayor desafío para los periodistas. Pero, en especial, una secuela determinante en todo este cambio ha sido la difuminación de los informadores profesionales y el resto de los usuarios ya que los primeros se nutren de la información que proporcionan los segundos y estos emplean también técnicas procedentes del periodismo clásico para viralizar sus contenidos⁴⁴⁴. De hecho, en ciertas ocasiones se produce una fusión de ambas figuras en la medida en que numerosas empresas de comunicación ofrecen la oportunidad a no profesionales de subir contenidos en sus productos en línea, así como utilizan informaciones de blogs y tuits virales como punto de partida de análisis de la actualidad social. Con todo, estos profesionales clásicos de la información han terminado consolidando también una función de «creadores de la desinformación» puesto que su modelo de negocio actual favorece la propagación de contenidos inexactos o engañosos.

3.2. Los usuarios como nuevos «prosumidores»

Se ha detallado en varias ocasiones⁴⁴⁵ que la sociedad digital de la información ha supuesto un auténtico cambio de paradigma comunicativo en el que el individuo ha pasado de ostentar un rol pasivo a un rol activo en la creación de contenido destinado a

⁴⁴³ PÉREZ-CURIEL, Concha y VELASCO-MOLPECERES, Ana María, «Tendencia y narrativas de *fact-checking* en Twitter. Códigos de verificación y *fake news* en los disturbios del Procés (14-O)», *adComunica, Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2020, nº20, p. 100.

⁴⁴⁴ Sobre este aspecto CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder...*, cit., p. 142 cita a McNair y su denominación de este fenómeno como «paradigma del caos en la comunicación internacional». Por su parte, FERNÁNDEZ MONTESINOS critica que, gracias a esta difuminación en la red de ambas figuras (profesionales de la información y no profesionales) los conceptos *episteme* (verdad científica) y *doxa* (opinión) dejan de diferenciarse ante una ciudadanía con cada vez menos capacidad de discriminación y menor tiempo para documentarse. Cfr., FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad...», cit., p. 36. En un sentido similar se pronuncia DEL FRESNO GARCÍA al afirmar que nos hallamos ante un momento de crisis en la comunicación que provoca, a su vez, una crisis de autoridad epistémica porque la audiencia no sabe distinguir entre los simples opinantes y los expertos. Cfr., DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos...», cit., p. 6.

⁴⁴⁵ Véase, en el capítulo I el epígrafe 2.2. «Las redes sociales como cambio de paradigma» y en el capítulo II epígrafe 2.1.2. «Desintermediación y comunicación *many to many*».

un número indeterminado de sujetos receptores. Se habla así de que el ciudadano, con la utilización de las redes sociales, pasa a ser un «prosumidor»⁴⁴⁶ en la medida en que los usuarios no solo son consumidores y destinatarios de la información, sino también productores, conformándose como los principales responsables de su transmisión a través de este medio.

Ahora bien, esto no quiere decir que su rol de «destinatario» no haya sufrido importantes cambios, ni mucho menos. Se dice que hemos pasado del *homo typografycus*, en el que nuestra interacción con el mundo era esencialmente individualista, estática y abstracta al *homo digitalis*, conectándonos con el mundo primordialmente a través de una pantalla, mediante una interacción dinámica, instantánea y conectiva⁴⁴⁷. Con ello, el hábito de informarse también ha cambiado. El consumo de noticias a través de las plataformas digitales ha posibilitado que el usuario deje de ser un buscador activo a un sujeto que recibe una tormenta de informaciones que aparecen en su muro automáticamente y a un ritmo vertiginoso. Dentro de esta dinámica, el usuario escoge la plataforma sobre la cual puede informarse (*X, Facebook, Tik Tok*, etc.) y ya en ella, en función del algoritmo, va recibiendo, sin necesidad de realizar una mayor actividad, un conjunto de noticias procedentes de diferentes medios.

Desde la nueva posición de «emisor» la interacción multidireccional⁴⁴⁸ permite que cualquier usuario pueda adueñarse de la información en un esquema interactivo en el que bien crea *ex novo* el mensaje, bien reconfigura contenidos que ha recibido previamente (simplemente mediante una acción de difusión sin más, o un sistema de comentarios o citas que pueden cambiar el sentido del mensaje inicial). La autocomunicación de masas se compone así por una «audiencia creativa»⁴⁴⁹ que genera y comparte con los otros, creando un sistema de retroalimentación en constante evolución. Cabe destacar que dentro de este entorno participativo la motivación acerca del mensaje que pasa por las «manos» de los distintos sujetos puede tener una naturaleza muy diversa. De modo que no siempre coincidirán las razones por las que el primer productor crea información desinformativa con las de los distintos agentes que interactúan con él⁴⁵⁰. Un ejemplo

⁴⁴⁶ Expresión utilizada en PAUNER CHULVI, Cristina, «Las noticias falsas y las campañas de desinformación...», cit., p. 394.

⁴⁴⁷ CIGÜELA SOLA, Javier, «Esbozo de una epistemología medial...», cit., pp. 179 y 180.

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 8.

⁴⁴⁹ CASTELLS, Manuel, *Comunicación y poder...*, cit., pp. 184 y 185.

⁴⁵⁰ En este sentido, TUÑÓN NAVARRO resalta que algunos que comparten desinformación pueden hacerlo con ánimo de lucro para beneficiarse de los sistemas de publicidad en línea, otros

prototípico podría ser el de los citados *influencers* cuyas razones de exaltación de determinados contenidos podrían responder a cuestiones económicas, de mérito social o de mera creación de polémica. En cualquier caso, no hay que menospreciar el papel que han adquirido estos usuarios que gozan de una gran popularidad en las redes sociales y que poseen una gran capacidad de ejercer influencia sobre la opinión pública.

En suma, los individuos no profesionales han pasado de ser solo los objetivos adecuados de la desinformación a convertirse, simultáneamente, en potenciales creadores puesto que pueden editar su propia información y también la desinformación⁴⁵¹. Esto se produce porque esta especie de «periodismo ciudadano» carece de competencias básicas en el tratamiento de la información, sobre todo, de aquellas actividades relacionadas con la detección de mensajes manipulados o de verificación y contraste. Se origina así una pérdida en el rigor informativo⁴⁵² debido a la multiplicación de emisores que no se someten a filtro editorial que garantice la calidad del mensaje. De modo que se crea un escenario en el que el periodismo profesional se diluye con la información partisana de estos nuevos gestores de la comunicación.

3.3. Prestadores de servicios digitales y *fact-checkers*: ¿guardianes de la información veraz?

Las principales redes sociales se han convertido en una de las fuentes básicas de acceso a noticias en el mundo. Las empresas tecnológicas, dentro de este nuevo paradigma digital, han adquirido un poder insólito que los sitúa en la posición de nuevos reyes y líderes de la era digital⁴⁵³. Sobre todo, a propósito de su capacidad para aprovechar los datos de los usuarios y de limitar su interacción en un universo en el que la comunicación digital es imprescindible.

simplemente con fines políticos o incluso para la mera obtención de notoriedad en la red social. En TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 64.

⁴⁵¹ PÉREZ-CURIEL, Concha y VELASCO-MOLPECERES, Ana María, «Tendencia y narrativas de *fact-checking*...», cit., p. 100.

⁴⁵² ALONSO GONZÁLEZ, Marián, «*Fake News*: desinformación en la era de la sociedad...», cit., p. 32.

⁴⁵³ VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 67, por ejemplo, los etiqueta como los «verdaderos amos y señores del ecosistema digital». Por su parte, GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation...», cit., p. 9 hablan de «gobernanza informal» y de instrumentos de vigilancia y control sin autoridad que supervise su autoridad. E incluso se habla de nuevas formas de despotismo de las empresas tecnológicas en BLANCO ALFONSO, Ignacio, «Las noticias falsas y la posverdad. Resultados de un nuevo paradigma de comunicación», *Mentira y Posverdad*, vol. 5, nº. 6, 2021, p. 17.

En el epígrafe dos del presente capítulo se ha analizado cómo estos espacios digitales y sus dinámicas intrínsecas facilitan la desinformación. En realidad, como apropiadamente expresa TUÑÓN NAVARRO, las plataformas en línea y los agentes causantes de campañas de desinformación presentan una comunidad de intereses: «capturar la atención de los usuarios, y mantenerlos enganchados el mayor tiempo posible»⁴⁵⁴. Desde luego, cuanto más permanece el usuario en la red social correspondiente, más dinero gana la plataforma. De este modo, aquel que tiene interés en desinformar trata de introducir la información engañosa en las redes sociales (aprovechando también la adecuación social del medio) y se sirve de su funcionamiento como altavoz y contundencia en la manipulación. Evidentemente, este escenario ha sido la razón por la cual las instancias supranacionales han ido confiriendo gradualmente a las plataformas digitales un papel decisivo en la lucha contra la desinformación. Ahora bien, en línea con lo apuntado por SERRA CRISTÓBAL, los gobiernos han tenido serias dificultades para imponerles medidas y obligaciones de actuación debido al poder que aquellas mantienen en la actualidad, por lo que se ha optado por propiciar instrumentos de colaboración para que estas se involucren de algún modo⁴⁵⁵. Si bien es cierto que comenzaron siendo reticentes a la cooperación, deseando preservar una supuesta posición neutral respecto del fenómeno, paulatinamente han decidido colaborar con organizaciones supranacionales, tomando una posición más activa. Una postura basada en asumir que deben co-responsabilizarse en la creación de un entorno virtual en el que los ciudadanos puedan informarse con garantías en tanto en cuanto suponen una infraestructura básica⁴⁵⁶ en los modelos actuales de libertad de expresión e información.

En la medida en que gran parte de los contenidos engañosos circulan dentro de los espacios creados por las plataformas de servicios digitales, estas desempeñan un papel crucial e irremplazable en la lucha efectiva contra la desinformación. De hecho, han sido numerosas las posibles herramientas que se le han atribuido y que podrían tener algún grado de eficacia en la consecución de dicho objetivo: potenciar mecanismos de aprendizaje automático para detectar cuentas de *bots* sociales; implementar sistemas de etiquetado de contenidos, de actores de desinformación y mensajes patrocinados; fomentar medidas de verificación de cuentas, así como canales de denuncia y reclamación

⁴⁵⁴ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 58.

⁴⁵⁵ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 43.

⁴⁵⁶ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 71.

de usuarios; apostar por la transparencia algorítmica; mejorar los procesos de comprobación de hechos y eliminar tutis, bloquear o incluso suspender permanentemente determinadas cuentas⁴⁵⁷. Eso sí, por mucho que estas actuaciones puedan ser imprescindibles, en ningún caso es conveniente dejar el poder de decisión de las medidas a implementar a las plataformas de redes sociales ya que estas siempre tendrán intereses privados que no tienen por qué ir en consonancia con los intereses públicos y derechos fundamentales⁴⁵⁸.

Por lo tanto, para detener el avance de la desinformación es esencial evitar enfoques autoritarios que se basen en intervenciones unilaterales por parte de las plataformas de servicios digitales. En cambio, debe apostarse por perspectivas multilaterales en las que los mecanismos de intervención se guíen por principios de transparencia e independencia. Esto implica establecer regulaciones claras y colaborar estrechamente con las autoridades judiciales. También con otros órganos independientes cuya actividad se destina específicamente a la comprobación y verificación de informaciones publicadas.

Se tratan de acciones que se han denominado *fact-checking* y a las organizaciones que se destinan a ello *fact-checkers*. Esta práctica ha crecido exponencialmente⁴⁵⁹, sobre todo, a propósito de la necesidad de desmentir bulos relacionados con el coronavirus durante la pandemia. Es más, con el paso del tiempo, estas plataformas de verificación se han convertido en un actor esencial para controlar la desinformación en línea⁴⁶⁰, alcanzando un reconocimiento fundamental incluso por parte de la UE⁴⁶¹.

Históricamente, este tipo de iniciativas de verificación se observaba en departamentos integrados en los periódicos más importantes de Estados Unidos⁴⁶².

⁴⁵⁷ Todas estas actividades que se pueden utilizar para contrarrestar la desinformación se analizan en profundidad en la parte III.

⁴⁵⁸ COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 217. En un sentido similar, SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 36.

⁴⁵⁹ Destacan este crecimiento TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación...?», cit., p. 78, así como ALONSO GONZÁLEZ, Marián, «*Fake News*: desinformación en la era de la sociedad...», cit., p. 48.

⁴⁶⁰ COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 220 y EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., p. 279.

⁴⁶¹ TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación...?», cit., p. 81. Como indican estos autores, dicho reconocimiento se fundamenta en la invitación a la red internacional de verificadores a formar parte del grupo de expertos de alto nivel de la UE contra la desinformación, así como el hecho de ser integrados en uno de los cuatro *clusters* que integran la red de iniciativas europeas para combatirla.

⁴⁶² Véase, LÓPEZ PAN, Fernando y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, «El Fact Checking en España. Plataformas, prácticas y rasgos distintivos», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, vol. 26, nº3, 2020, p. 1047.

Concretamente, se dedicaban a contrastar los datos en las notas de los periodistas y evitar errores antes de la publicación. En la actualidad, el enfoque se ha transformado, puesto que ya no se trata de departamentos adscritos a un medio de comunicación que cotejan previamente que esta sea veraz, sino que, en gran parte, hablamos de instituciones independientes que contrastan *a posteriori* afirmaciones ya publicadas. Asimismo, estas no se rigen esencialmente por el criterio de relevancia informativa, presente en los medios tradicionales, sino más bien en el criterio de gravedad en función de parámetros como la falsedad y la voluntariedad de los contenidos generados⁴⁶³.

En cualquier caso, como ha señalado COTINO HUESO, para que estas instituciones independientes sean efectivas, es necesario que gocen de una especial legitimación social, lo que implica que deben cumplir una serie de requisitos que los distinguan de otros medios para que la ciudadanía sea consciente de una verdadera imparcialidad⁴⁶⁴. En esta línea, ha adquirido una especial relevancia la *International Fact-Checking Network* (IFCN). Una red creada en 2015 por el *Poynter Institute* con el propósito de promover buenas prácticas de información en los diferentes países y reunir una creciente comunidad de órganos de verificación para combatir la desinformación⁴⁶⁵. A través de esta iniciativa, se aglutina una serie de *fact-checkers* que, para promover buenas prácticas informativas, deben cumplir con toda una serie de principios éticos como el compromiso con la independencia y la equidad, la transparencia de fuentes y metodologías empleadas, así como de los sistemas de financiación y organización⁴⁶⁶ que garantizan la neutralidad y profesionalidad de sus verificaciones. En el momento de redacción de esta investigación, la IFCN ya cuenta con más de 100 *fact-checkers* que se han adherido a este Código de principios y que anualmente deben ser evaluados para comprobar que cumplen con dichos criterios.

En España, cuatro agencias de verificación forman parte de la IFCN y, por tanto, ajustan sus actividades informativas a dichos parámetros: Efe Verifica, Verificat, Maldita.es y Newtral. Cabe señalar también a AFP Factual, pues pese a ser un organismo

⁴⁶³ SANAHUJA, Rosana, «Respuestas ante la pandemia de desinformación...», cit., p. 50.

⁴⁶⁴ COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 220.

⁴⁶⁵ Cfr., al respecto, TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación...?», cit., p. 80 y EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., p. 279.

⁴⁶⁶ Así establece la IFCN en su Código de Principios que puede consultarse en: <https://ifncodeofprinciples.poynter.org/know-more/the-commitments-of-the-code-of-principles>. (Fecha de consulta 15-05-2023).

francés, está integrado en esta red internacional dedicándose a la verificación de noticias en toda Hispanoamérica. Incluso se ha pretendido regular este tipo de actividades⁴⁶⁷, aunque todavía sin éxito.

Algunos autores advierten que estas tareas de verificación y comprobación podrían provocar el efecto contrario al pretendido, contribuyendo a ampliar la desinformación⁴⁶⁸. En este sentido, se discute que puedan originar un *backfire effect* en la medida en que, al reproducir los marcos erróneos, este tipo de informaciones se vuelven más reconocibles y refuerzan ciertas creencias arraigadas, especialmente entre aquellos grupos que ya se nutren de contenidos falsos para reafirmar sus ideas. No obstante, cabe señalar que no se han encontrado evidencias de tales afirmaciones⁴⁶⁹ y, aunque la verificación puede no ser útil en usuarios con pensamientos arraigados, los especialistas⁴⁷⁰ sostienen que el *fact-checking* es una práctica sumamente beneficiosa dentro del entorno periodístico para controlar las noticias falsas.

4. TAXONOMÍA DEL DISCURSO DESINFORMATIVO

Al inicio del presente capítulo se ha señalado que una de las principales dificultades en la investigación de la desinformación ha sido, precisamente, su conceptualización y clasificación. Un problema que se suscita no solo en relación con la divergencia de comprensión entre los organismos supranacionales y la ciudadanía, sino también entre los expertos al abordar el fenómeno desde su respectiva disciplina. Por citar algún ejemplo

⁴⁶⁷ Un ejemplo lo constituye la Proposición de Ley Orgánica, de 17 de julio de 2020, de regulación parcial de la verificación de noticias falsas en redes sociales, blogs, sitios web en general y medios de comunicación impresos, digitales y audiovisuales. Proposición que fue rechazada y que se encuentra disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-95-1.PDF (fecha de consulta 11-09-2023).

⁴⁶⁸ Véase, TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación...?», cit., p. 86; RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, Raúl, «Posverdad y fake news...», cit. 7 y PÉREZ-CURIEL, Concha y VELASCO-MOLPECERES, Ana María, «Tendencia y narrativas de *fact-checking*...», cit., p. 101.

⁴⁶⁹ Un interesante estudio que explica que todavía no existen evidencias empíricas de la generación de dicho *backfire effect* se puede encontrar en ECKER, Ullrich K.H., et al., «Refutations of Equivocal Claims: No Evidence for an Ironic Effect of Counterargument Number», *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 8, nº 1, Amsterdam, Elsevier, 2019, pp. 98-107.

⁴⁷⁰ Así se expresa en SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 36 y PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «¿El estado como garante de la objetividad periodística? Información y opiniones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso ATV Zrt c. Hungría)», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, nº. 32, 2022, p. 179. De hecho, en LÓPEZ PAN, Fernando y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, «El Fact Checking en España...», cit., p. 1047 se resalta cómo pueden servir como herramientas para recuperar la credibilidad en el periodismo.

que ilustre las anteriores afirmaciones, el estudio ofrecido por LLORCA, FABREGAT CABRERA y RUIZ CALLADO⁴⁷¹ enfatiza cómo la Comisión Europea desvincula los comentarios claramente partidistas con la desinformación, mientras que precisamente la ciudadanía percibe la proliferación de contenidos partidistas como una de las formas más preocupantes del fenómeno. Por otra parte, la investigación proporcionada por WEISS et al.⁴⁷² revela interesantes conclusiones a propósito de cómo los profesores universitarios abordan la definición de las noticias falsas en sus trabajos y en el aula⁴⁷³. Una de las principales conclusiones de dicho estudio es precisamente que el término está sujeto a normas específicas de la propia disciplina, otorgándose predominancia a diferentes elementos como pueden ser los actores o creadores del contenido falso, la actuación (la propia conducta), la motivación, los medios de difusión o el tipo de contenido. Todo ello en función de los marcos teóricos de los que parte cada disciplina.

Tal vez una visión holística sea necesaria para mejorar en el ámbito educativo en aras de crear una ciudadanía responsable e informada. Sin embargo, el presente trabajo tiene como objetivo fundamental estudiar la necesidad o no de criminalización del comportamiento, debiendo atenerse a unas reglas de juego muy particulares derivadas del Derecho penal. Es por ello por lo que, sin dejar de lado algunas aportaciones panorámicas, el núcleo del estudio estará claramente influenciado por parámetros específicos del citado ámbito. En particular, será necesario distinguir la faceta de la desinformación como una posible conducta desviada que suscita una reacción social negativa de una posible conducta delictiva subsumible en un tipo penal⁴⁷⁴, especialmente por haberse convertido en los últimos años en una fuente de angustias sociales y demandas desproporcionadas de criminalización⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ LLORCA, Elena; FABREGAT CABRERA, María Elena y RUIZ CALLADO, Raul, «Desinformación Populista...», cit., p. 126.

⁴⁷² WEISS, Andrew P., et al. «Surveying fake news...», cit., *passim*.

⁴⁷³ Concretamente, se trata de un estudio empírico realizado en la Universidad Estatal de California en Northridge en la que, a través de métodos mixtos de preguntas cualitativas y cuantitativas encuestaron a más de 400 docentes procedentes de los departamentos más diversos y de categorías profesionales del entorno universitario también de lo más diverso.

⁴⁷⁴ En este sentido, VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 44 ha destacado la importancia de introducir el concepto empírico-criminal de desviación en el estudio de las *fake news* como punto de partida para la reflexión crítica y, a su vez, para resaltar cómo en muchas ocasiones no deberá identificarse como ilícito penal

⁴⁷⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., p. 5.

4.1. Marco definitorio: los desórdenes informativos y la comprensión internacional de la desinformación

Un punto de partida interesante para la comprensión del fenómeno podría ser el «desorden informativo». A través de esta noción se persigue enmarcar toda aquella conducta que, de algún modo, genera un disturbio, confusión o perturbación de la información que se transmite. Esta idea, por lo tanto, debe considerarse incluso más amplia que la también trabajada y referida manipulación informativa en cuanto a que, esta segunda, exige una distorsión de la información de modo consciente, al servicio de ciertos fines⁴⁷⁶. Aspecto que no tiene por qué estar presente en el desorden informativo.

El Consejo de Europa, mediante un informe titulado «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making» en 2017⁴⁷⁷, estableció que el desorden informativo está compuesto por tres tipos de información en función de dos parámetros fundamentales. Por un lado, la falsedad del mensaje y, por el otro, la intencionalidad de causar un determinado daño. Dependiendo de si confluye alguno de estos dos parámetros o ambos, el desorden informativo podría entenderse como:

- a) Información nociva (*malinformation*). Supuestos en los que confluye el segundo elemento, pero no así el primero. Es decir, difusión de información que se basa en la realidad, pero con la clara intención de infligir daño a una individuo, organización o país.
- b) Información errónea (*misinformation*). El desorden se origina porque el mensaje transmitido es falso, pero no se crea con la intención de causar ningún daño.
- c) Desinformación (*disinformation*). Actuación en la que convergen ambos elementos puesto que la información transmitida no se corresponde con la realidad y, además, se crea deliberadamente para producir un daño.

⁴⁷⁶ Al respecto, obsérvese la definición de manipulación informativa ofrecida por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 2: «la manipulación informativa es la genérica situación en la que se altera la información transmitida en el proceso comunicativo. Los elementos iniciales del mensaje que se transmite son objeto de una tergiversación, distorsionándose al servicio de ciertos intereses. Esta alteración del relato primero es consciente y después, en la propagación de la versión modificada, quizá de manera inconsciente por parte de los terceros a los que le llega esa información. Las redes sociales permiten con suma facilidad que el receptor reenvíe el mensaje recibido».

⁴⁷⁷ WARDLE, Claire y DERAESHAN, Hossein, «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making», *Council of Europe publications (DGI (2017)09)*, 2017, p. 5.

En el ámbito europeo, este último desorden ha sido el que más interés ha suscitado. Ya en 2018, la Comisión Europea, a través del informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel titulado «A multi-dimensional approach to disinformation» subrayaba que la *misinformation*, entendida como «información engañosa o inexacta compartida por personas que no la reconocen como tal», no formaba parte de sus preocupaciones, siendo el enfoque relevante el de la desinformación la cual definieron expresamente como «toda información falsa, inexacta o engañosa diseñada, presentada y promovida a causar intencionalmente daño público o con fines de lucro. El riesgo de daño incluye amenazas a los procesos y valores políticos democráticos, que pueden dirigirse específicamente a una variedad de sectores como salud, ciencia, educación, finanzas y más»⁴⁷⁸. Una conceptualización que ampliaba los términos tanto por parte del elemento de la falsedad en la que también se incluía la inexactitud, así como de la intención de daño, expresamente indicándose también la posibilidad del propósito de lucro. Asimismo, se resaltaban los peligros que la conducta podía acarrear, poniendo el foco de atención, desde un principio en la afectación al proceso y valores democráticos.

Con todo, una de las definiciones que mayor acogida ha tenido en los textos europeos ha sido la proporcionada por la Comisión Europea en su comunicación «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo». En ella la desinformación se entiende como toda «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público. El perjuicio público comprenda amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE. La desinformación no incluye los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios claramente identificados como partidistas»⁴⁷⁹. Como se puede observar, esta nueva comprensión proporciona matices

⁴⁷⁸ Véase, Grupo de Expertos de Alto Nivel, «A multi-dimensional approach to disinformation», Comisión Europea, 2018, p. 10. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en> (fecha de consulta 24-08-2023). Definiciones que también han sido acogidas expresamente por el Parlamento Europeo en su informe «Regulando la desinformación con Inteligencia Artificial. Efectos de las iniciativas de desinformación en la libertad de expresión and media pluralism», *European Science Media-Hub*, 2019.

⁴⁷⁹ Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2018) 236 final, 2018. Noción expresamente recogida también en Comisión Europea, «Plan de Acción contra la Desinformación», Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al

más específicos. En concreto, se exige que la característica de falsedad se pueda verificar (eliminando, por cierto, la posibilidad de que la información sea inexacta) y añade la causación de un perjuicio público el cual detalla que no solo comprende los procesos democráticos sino también otros bienes relacionados con la salud, el medio ambiente o la seguridad. De modo que se amplía, por tanto, el marco de las consecuencias del fenómeno. Y no solo eso, sino que expresamente se excluyen comportamientos de difusión de contenidos falsos e intencionados cuyos efectos no se consideran lo suficientemente relevantes para incluirlos dentro de la desinformación como son la sátira, la parodia o las noticias partidistas.

A propósito de la pandemia derivada por el covid-19, se extiende, junto con el concepto de desinformación, el de infodemia debida a la gran cantidad de información contradictoria que inundó las redes sociales durante la gestión de la crisis. Según la comunicación de la Comisión Europea en 2020 «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando datos» por «infodemia» debe entenderse «una cantidad desmesurada de información sobre un problema, que dificulta la búsqueda de una solución. Puede consistir en la difusión de información errónea, desinformación y rumores durante una situación de emergencia sanitaria. Las «infodemias» pueden entorpecer la respuesta eficaz de la sanidad pública y generar confusión y desconfianza»⁴⁸⁰.

Desde luego, fue un término usado constantemente a lo largo de los meses que siguieron durante la gestión sanitaria mediante el cual se quería destacar los importantes inconvenientes que suscitaba la sobreabundancia informativa respecto de la situación. Un suceso que no se identifica necesariamente con la desinformación, en la medida en que no solo este conglomerado de contenidos en la red debe consistir en propagar mensajes falsos intencionadamente, sino que también incluye otros desórdenes desinformativos como es la información errónea y la difusión de rumores (falsos o no). Además, en esta comunicación se profundiza todavía más en los posibles riesgos de la desinformación ofreciendo una lista no taxativa ni exhaustiva en la que se mencionan los peligros para la

Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2018) 36 final, 2018, así como en el Código de Buenas Prácticas de la UE sobre Desinformación de 2018.

⁴⁸⁰ Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando datos», Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, JOIN(2020) 8 final, 2020.

vida y la salud de las personas, la incitación a la violencia y al odio, el fraude a los consumidores, así como conductas de piratería y de *phishing*.

Por su parte, desde Naciones Unidas se han encargado de enfatizar en dos cuestiones fundamentales. Atendiendo al informe de la Relatora Especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de 2021⁴⁸¹, existen dos problemas: por un lado, una clara falta de acuerdo en la adopción de una definición universalmente aceptada de desinformación, lo que dificulta enormemente la respuesta internacional y, por otro, el uso frecuente de la información errónea como sinónimo de desinformación, aspecto que reduce la eficacia de las respuestas. En cuanto al primer aspecto, la Relatora remarca que los principales inconvenientes radican precisamente en cómo trazar una línea en los dos elementos clave de la definición: cómo diferenciar entre contenido real o falso y en determinar si ha habido o no intención de causar un perjuicio. En relación con el segundo, indica que para un correcto enfoque en el que se minimicen al máximo los peligros el derecho a la libertad de opinión y de expresión es necesario no usar los términos desinformación e información errónea de manera indistinta, considerando como desinformación: «la información falaz que se difunde intencionadamente para causar un grave perjuicio social».

Finalmente, según el informe del Secretario General de las Naciones Unidas denominado «contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales» de 2022⁴⁸² se destacan tres elementos esenciales que caracterizan todo acto de desinformación: una información inexacta, una intención de engañar y una finalidad de causar un daño grave. Desde luego, estos tres bloques pueden constituir una base sólida sobre la que cimentar el concepto, si bien será necesario profundizar en el alcance que cada uno de ellos puede suponer. En cualquier caso, se ha producido una clara evolución en la comprensión del fenómeno tal y como se desprende de este mismo informe. Tanto respecto de las herramientas para la consecución de sus objetivos, puesto que se incide que no solo hay que centrarse en la palabra escrita, sino también en los materiales audiovisuales, como también en el entendimiento de que la desinformación no es una estrategia con motivaciones exclusivamente políticas sino

⁴⁸¹ IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/47/25, 13 abril de 2021.

⁴⁸² Asamblea General de Naciones Unidas, *Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe del Secretario General, A/77/287, 2022.

también relacionada con otros aspectos ideológicos o económicos, o bien una combinación de ellos que puede afectar a los procesos electorales, a los conflictos armados, a la salud pública, a los derechos de las minorías y al cambio climático, esencialmente.

4.2. Clasificación sistemática de la desinformación

Asentadas algunas de las bases mediante el análisis de informes y documentos internacionales, conviene ahora mostrar algunas de las clasificaciones más comunes presentes en la bibliografía relativa a la desinformación. Esto permitirá mostrar la gran complejidad del fenómeno y, al mismo tiempo, poder determinar de manera coherente con la disciplina que nos ocupa cuál va a ser el concreto objeto de la investigación.

Con el propósito de alcanzar estas metas se destacan cuatro grupos de clasificaciones que, desde una perspectiva distinta, abordan todas las aristas relevantes que componen el fenómeno como es su contenido, sus efectos, las modalidades de conducta y los sujetos.

Si ponemos el foco de atención en el contenido, este se puede clasificar en un sentido amplio y en un sentido estricto. Desde un punto de vista amplio del concepto, la desinformación es entendida como toda información inexacta, distorsionada o tergiversada con independencia de que ello haya sido creado o propagado con el conocimiento de dicha inexactitud o sin él⁴⁸³. La intencionalidad resulta, por tanto, irrelevante y la gravedad de la causación del daño también. Por lo que, desde esta perspectiva, también se aglutinan dentro del término toda una serie de comportamientos de distinta gravedad como es la propaganda, las teorías de la conspiración, la parodia y la sátira, los rumores, la información errónea y las noticias falsas propiamente dichas. El elemento de unión de todos estos sucesos es exclusivamente la inveracidad total o parcial del mensaje que se transmite.

⁴⁸³ Entre otros, describen esta concepción amplia VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 49; WEISS, Andrew P., et al. «Surveying fake news...», cit., p. 7; DE SIMONE, Federica, «Fake news, post truth, hate speech...», cit., p. 4. En cierto modo también SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 17 que identifica desinformación en su concepción amplia con la de desorden informativo.

Ahora bien, esta consideración resulta insuficiente en la medida en que, como ya se ha avanzado, se perpetúa la confusión constante entre la información errónea y la desinformación propiamente dicha. Asimismo, tal y como ha expresado VISCONTI, esta heterogeneidad de conductas comporta una verdadera dificultad inicial para el legislador puesto que si aspira a una intervención preventiva y represiva eficaz debería poder discernir actuaciones de distinta gravedad y encontrar la regulación más adecuada para cada una de ellas⁴⁸⁴.

Frente a esta consideración, en sentido estricto, debería reservarse la desinformación a toda aquella campaña que maneje información que claramente pueda ser verificada como falsa, con conocimiento de dicha falsedad e intencionalidad⁴⁸⁵ de causar una lesión o peligro a un bien jurídico concreto. En consecuencia, en puridad, este fenómeno debe desdibujarse de aquellos contenidos que no cumplan con los mencionados requisitos. Entre ellos, puede citarse la información errónea, los rumores y las teorías de la conspiración ya que son, por definición, difíciles de verificar como verdaderas o falsas; así como la sátira o las declaraciones partidistas⁴⁸⁶. Puesto que el análisis que se ofrece es principalmente penal y en virtud de su carácter fragmentario, en este trabajo se adoptará un enfoque restrictivo del fenómeno, desechando como objeto de estudio aquellas actuaciones que no puedan identificarse con este segundo grupo de clasificación.

Otra de las alternativas frecuentes de clasificación es aquella guiada según la modalidad utilizada. En este sentido, WARDLE ha agrupado el desorden informativo en siete tipos con el propósito de ayudar a entender la complejidad de este ecosistema⁴⁸⁷. En función de su capacidad para generar daño, el mínimo de gravedad estaría compuesto por la sátira o parodia. En este nivel nos encontramos con contenidos que, ciertamente, son falsos pero la finalidad claramente satírica o irónica que las caracteriza impide que puedan

⁴⁸⁴ VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 50.

⁴⁸⁵ En contra, BAADE, Björnstjern, «Fake News and International Law», *The European Journal of International Law*, vol. 29, nº4, 2019, pp. 1358 y 1359 no considera relevante a efectos de distinguir entre la dimensión estricta o amplia del fenómeno la intencionalidad final sino la sutiliza mayor o menor de la manipulación.

⁴⁸⁶ Sobre la necesidad de no ubicar estos contenidos en el concepto de desinformación, en un sentido estricto, se han pronunciado, entre otros, VALERA-ORDAZ, Lidia et al., «Desenredando la desinformación...», cit., p. 22; ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew, «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, nº 2, 2017, p. 213 y la definición de noticia falsa en sentido estricto de DE SIMONE, Federica, «Fake news, post truth, hate speech...», cit., p. 3.

⁴⁸⁷ WARDLE, Claire, «Essential Guide to Understanding Information Disorder», *First Draft*, octubre de 2019. Disponible en: https://firstdraftnews.org/wp-content/uploads/2019/10/Information_Disorder_Digital_AW.pdf?x89004 (fecha de consulta 28-03-2023).

tener un potencial ofensivo relevante. En España un ejemplo prototípico sería el de la cuenta de X de «El Mundo Today», con más de un millón y medio de seguidores, cuyo objetivo principal es el entretenimiento mediante la publicación de noticias falsas que tienen que ver con la actualidad con trasfondo de humor.

En el segundo escalafón se encuentra la conexión falsa (*false connection*). Esto se produce cuando los titulares, las imágenes o leyendas no guardan relación con el contenido del artículo. Es aquí el lugar en el que se puede traer a colación el ya citado fenómeno del *clickbait*. Si bien es cierto que se trata de una práctica extendida y gran parte de la audiencia está familiarizada con estas nuevas formas de comunicación sensacionalistas producto del mercado digital, no hay que subestimar su potencial efecto desestabilizador ya que algunos de los usuarios, debido a la sobreabundancia informativa, no indagan en el contenido del enlace, quedando contaminados por el titular falaz.

Continuando la clasificación en atención al parámetro de la gravedad se encuentran los contenidos engañosos (*misleading content*). Con ello se quiere etiquetar la utilización de un fragmento aislado de un contenido determinado para utilizar, de manera engañosa, en beneficio propio para apoyar una idea. De este modo, una información verdadera se manipula o distorsiona para simplificar cuestiones más complejas y se altera su correcta percepción por parte de los destinatarios finales. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando se extrae un fragmento de una declaración que respalda un punto de vista más amplio, cuando del total del discurso del interlocutor claramente se extrae una idea opuesta. También cuando se cita estadísticas que se alinea con una determinada posición sin tener en cuenta variables u otros datos que, en conjunto, rechazarían dicha primera hipótesis. En España a este tipo de materiales se les suele denominar «fuera de contexto».

La anterior tipología de desorden informativo no debe confundirse con los materiales denominados como «contexto falso» (*false context*). En estos, a diferencia del contenido engañoso, convive una parte de la información veraz dentro de un contexto falso con la finalidad de apoyar una determinada posición.

Si el mensaje difundido se utiliza suplantando la fuente que las emite se consideraría «contenido suplantado» (*imposter content*). Uno de los mecanismos para dotar de credibilidad el mensaje que se transmite puede ser el de designar como fuente de la información una fuente oficial o conocida por gran parte de la población. En estos casos, se utilizan imágenes o dominios que aparentan ser organismos de relevancia contrastada

para crear un mayor impacto en la población. Por lo tanto, aquí el núcleo de la alteración se produce en quién es la fuente de la noticia, logrando una falsa conexión con el receptor del mensaje que acepta el contenido como creíble esencialmente por quien cree que ha sido su creador.

Finalmente, los últimos estadios los ocupan los contenidos «manipulados» y «fabricados». En los primeros se trata de materiales genuinos que se manipulan para engañar a los destinatarios, mientras que en los segundos el material es completamente nuevo y falso, diseñado concretamente para engañar y perjudicar. Desde luego, estas últimas modalidades son las potencialmente más lesivas en la medida en que, junto a la elaboración de contenidos completamente falsos, se une precisamente la intención de lesionar o, al menos, poner en peligro ciertos bienes individuales o colectivos.

En otro orden de cosas, un aspecto relevante que explica la enorme discrepancia existente en el alcance de la desinformación es la motivación o finalidad que debe empujar al agente en su comportamiento⁴⁸⁸. El problema fundamental radica en que el propósito al que se le asocia no tiene un sentido único, sino que puede responder a una gran variedad de motivaciones. La literatura académica se ha encargado de clasificarlo, según esta perspectiva, en grupos de los más diversos, en muchas de las ocasiones no coincidentes⁴⁸⁹. Esencialmente, las diversas propuestas se pueden agrupar en tres bloques principales: política, ideológica y comercial o financiera.

Las motivaciones políticas son todas aquellas en las que se persigue influir en la opinión pública relacionada con la gestión de un Estado. Estas abarcan una amplia gama de finalidades concretas que pueden ir desde la búsqueda de desestabilización de las instituciones o el aumento de la influencia política, nacional o extranjera, hasta lograr un beneficio electoral o, simplemente, desacreditar a un candidato político.

⁴⁸⁸ Sobre esta cuestión, también BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», cit., p. 307.

⁴⁸⁹ Por citar algunos ejemplos ilustrativos, GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., pp. 37 y 38 los agrupa según el contenido sea difamatorio, histórico de tipo revisionista, acientífico o de entretenimiento. WARDLE, Claire, «Essential Guide to Understanding Information Disorder...», cit., resalta como motivaciones principales: beneficio económico, influencia política y causación de daños por el simple hecho de hacerlo. MELZI d'ERIL, Carlo, «Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici», *Media Laws*, n°1, 2017, pp. 63 y 64 resalta como propósitos principales moldear la opinión pública, afectaciones a la salud y aquellas que afecten a otros intereses individuales o colectivos reconocidos en la Constitución. Por su parte, en el informe de WARDLE, Claire y DERAQSHAN, Hossein, «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework...», cit., p. 16 figuran cuatro factores motivadores potenciales: financiero, político, social y psicológico.

Si la estrategia desinformativa persigue reforzar a un determinado grupo o conjunto de ideas cuyo propósito esencial es lesionar o poner en peligro intereses individuales o colectivos de la ciudadanía, estaremos ante motivaciones ideológicas. En este punto, destacan, esencialmente, el uso de la desinformación como método de propaganda para radicalizar y reclutar miembros por parte de grupos extremistas o terroristas. E incluso el apoyo de grupos que promueven la incitación a la violencia de colectivos vulnerables u otros daños a la salud pública o al medio ambiente.

En tercer lugar, se sitúan las motivaciones comerciales o financieras. Es decir, todas aquellas cuyo principal propósito es la obtención de un beneficio económico derivado del desorden informativo. En este sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión recuerda que la desinformación puede ser un negocio muy lucrativo que obedece a motivaciones comerciales cada vez más profesionales⁴⁹⁰. Principalmente, porque las empresas tecnológicas permiten que agentes de difusión de contenidos falsos moneticen sus actividades mediante las nuevas formas de publicidad digital.

Aquí es importante resaltar que la finalidad perseguida por el agente no tiene por qué ajustarse necesariamente a la efectiva lesión o peligro potencial producido. En otras palabras, puede que una determinada conducta aumente el riesgo de daño pero que esta no vaya fundamentada por la consecución de dicho resultado, sino precisamente otro. Esta idea se puede ver claramente con lo que ocurrió durante la crisis sanitaria del covid-19. Numerosos sitios *web* se hicieron eco aprovechándose de la pandemia y utilizaron noticias erróneas con el propósito de ganar visualizaciones y activos a través de la publicidad. En estos casos, aunque pudieran contribuir al peligro de dañar la vida o salud de los destinatarios, no se trataría, desde este enfoque, de una desinformación ideológica sino comercial, ya que esta es su finalidad principal. Evidentemente, ello no es óbice para comprender que algunas conductas de desinformación pueden estar motivadas por varios de estos grupos.

Asimismo, también es frecuente clasificar la desinformación atendiendo a los sujetos o contexto en el que se enmarca. Así pues, la desinformación puede considerarse «estatal» u «oficial» si se produce dentro de una estrategia que proviene de las propias instituciones de un Estado como pueden ser los servicios de inteligencia, los partidos

⁴⁹⁰ IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión...*, cit., p. 4.

políticos u otras organizaciones de noticias⁴⁹¹. O bien, puede considerarse como desinformación «extraoficial» o «privada» siempre y cuando la manipulación informativa tenga su origen en actores no estatales como pueden ser los usuarios, las empresas u organizaciones terroristas o radicales, entre otros.

Usualmente, en el primer bloque nos encontraremos dentro de lo que GONZÁLEZ CUSSAC denomina «guerra política»⁴⁹² cuya característica principal es que no se suelen tratar de medidas espontáneas, sino que se componen de toda una serie de metodologías y estrategias coordinadas. En cambio, el otro bloque de conductas desinformativas puede responder a una gran variedad de motivaciones diversas. Si bien es cierto que, normalmente, en el contexto empresarial regirán motivaciones comerciales o financieras, en otros casos, sobre todo si hablamos de usuarios concretos, podrán regir otro tipo de motivaciones de carácter ideológico.

En este punto conviene aclarar dos cuestiones. La primera de ellas es que, desde esta perspectiva, el punto clave es el sujeto emisor de la información distorsionada. Por lo tanto, aunque la relación entre los sujetos en los que se produce la desinformación puede ser variable (entre organismos estatales, entre organismos estatales y empresas, entre organismos estatales e individuos, entre empresas y entre individuos)⁴⁹³, el criterio que guía la tipología será, en este caso, el actor desinformante.

En segundo lugar, hay que precisar que el sistema de relaciones entre sujetos dentro de una estrategia de manipulación desinformativa puede ser extremadamente compleja y aglutinar una gran cantidad de motivaciones y contextos diversos. Para ilustrar esta afirmación, pongamos como ejemplo paradigmático la desinformación originada dentro de una actividad política. Como ilustra GUERINI⁴⁹⁴, en este tipo de campañas suelen confluir tres tipos de sujetos. Por una parte, se encuentra el cliente-candidato político que contrata los servicios de un experto en tergiversar la realidad y utilizar estrategias desinformativas para alterar el debate público, con el principal propósito de obtener una ventaja o beneficio electoral (desinformación política). El contexto de relación se enmarca en una desinformación estatal entre un ente oficial o público y una empresa. Este *spin doctor* se convierte en el agente productor de la desinformación ya que su finalidad

⁴⁹¹ WARDLE, Claire y DERAESHAN, Hossein, «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework...», cit., pp. 25 y 26.

⁴⁹² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., pp. 18 y 19.

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁴⁹⁴ GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 42.

principal es el beneficio económico y, quizás, mejorar en términos reputacionales para incrementar el valor de sus servicios (desinformación comercial).

Pero, además, como acertadamente matiza el autor, para que dicha campaña tenga éxito es necesario que contribuyan una pluralidad de sujetos redifusores que se pueden dividir en tres categorías: aquellos profesionales que desean formar parte, de manera consciente de la manipulación; los no profesionales que desean individualmente contribuir a la diseminación de la desinformación y aquellos que propagan dicho contenido sin el conocimiento de formar parte de una estrategia de manipulación. Al primer grupo pertenecerían los medios de comunicación y demás empresas que buscan, principalmente, aumentar el número de vistas en sus páginas de noticias con el propósito de obtener un determinado rédito económico. También podrían ubicarse aquellos *influencers* que, siendo conscientes de la manipulación, deciden apoyar dicha causa, si bien es cierto que estos casos, como matiza el autor, no son muy frecuentes en la medida en que su principal ventaja es la reputación y esta se puede ver claramente mermada por estas actividades. En este caso, el contexto o la relación de los sujetos de la desinformación se lleva a cabo, en primer lugar, entre la empresa productora experta y los medios de comunicación o resto de profesionales y, posteriormente, estos y los usuarios.

Por otro lado, también existen agentes redifusores que comparten la información errónea o manipulada sin la consciencia de que ello es así y que forma parte de una estrategia, sino por desconocimiento debido a sesgos de confirmación, polarización u otros motivos de afinidad. Normalmente este grupo estará integrado por aquellos usuarios que reproducirán la información falsa en un contexto de individuo a individuo. Ahora bien, esta conducta no es posible encuadrarla dentro de la desinformación puesto que, propiamente dicho, no tratan de desinformar ya que no existe intencionalidad.

En cambio, entre ambas posturas otros sujetos contribuyen a la propagación sin formar parte del plan de desinformación, pero que son conscientes de la falsedad del contenido. En este grupo encontramos los usuarios no profesionales que integran la correspondiente red social, pero destacan, sobre todo, aquellas figuras políticas que aprovechan el ecosistema desinformativo para obtener réditos políticos personales. De nuevo, el contexto en el que se produce la actividad de manipulación en este caso proviene de esa empresa experta contratada para elaborar la estrategia y se reproduce en un ambiente de individuo hacia otros individuos que reciben finalmente la información falsa.

Eso sí, a diferencia del anterior, en estos casos sí que se puede hablar de desinformación puesto que existe intencionalidad por motivaciones diversas como pueden ser las políticas o ideológicas.

4.3. Una definición orientada al Derecho penal: elementos esenciales

En general, el término «desinformación» suele presentar algunos consensos en relación con sus elementos básicos como son: 1) la existencia de una información, 2) que sea falsa y 3) sobre la que existe una intención de engañar. Así se desprende, por ejemplo, de las definiciones contempladas en importantes diccionarios como el *Collins Dictionary*⁴⁹⁵, el *Cambridge Dictionary*⁴⁹⁶ o el *Oxford English Dictionary*⁴⁹⁷. No obstante, esta visión anglosajona difiere de otras en las que se utilizan dos acepciones para designar el fenómeno: una que contempla su sentido estricto, en términos similares a los anteriores y una segunda que abarca una perspectiva más amplia. Esto ocurre, por ejemplo, con las acepciones de la RAE y de la Enciclopedia Treccani. En ambas, en una primera acepción consideran que desinformar es «dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines» o bien «difusión intencional de noticias o informaciones inexactas o distorsionadas con el fin de influir en las acciones y las elecciones de alguien», respectivamente. Y, en una segunda acepción también comparten que desinformar es «dar información insuficiente u omitirla» y «falta o escasez de información fiable sobre un tema determinado y especialmente sobre hechos y acontecimientos sobre los que debería informarse».

Como se puede observar, esa segunda acepción se caracteriza más por su amplitud conceptual, acercándose a la información errónea más que a la desinformación propiamente dicha, en los términos que en este trabajo se defiende y que así se considera por parte de los organismos internacionales como se ha tenido ocasión de señalar con anterioridad. Por lo tanto, en consonancia con dichos mandatos internacionales, por un lado, y con las necesidades de aplicación restrictiva características de la disciplina que nos

⁴⁹⁵ En este diccionario se define desinformación como: «información falsa destinada a engañar o inducir a error».

⁴⁹⁶ En este caso, entiende por desinformación: «información falsa difundida para engañar a la gente».

⁴⁹⁷ En un sentido similar a los anteriores, la desinformación se define en los siguientes términos: «la difusión de información deliberadamente falsa».

ocupa, por el otro, los elementos de análisis que se expondrán a continuación partirán de la desinformación en sentido estricto.

De este modo, podríamos señalar dos partes diferenciadas en cuanto a su contenido: una objetiva y una subjetiva. A propósito de la primera, su estructura objetiva estaría conformada por una información que, además, resulta no ser veraz. El elemento «información» conduce a dos consideraciones relevantes. Por una parte, como se detallará adecuadamente en el siguiente apartado, a que no necesariamente existirá una correspondencia idéntica entre noticia falsa y desinformación. Y ello precisamente porque las distintas estrategias desinformativas no tienen por qué ir acompañadas de una noticia en sentido propio, es decir, de hechos preexistentes a la actividad informativa conocidos por un sujeto más o menos profesional y difundidos al público⁴⁹⁸, aunque tampoco debe tratarse de un contenido elaborado por expertos en ciencias del comportamiento y de las comunicaciones que operan sobre datos personales recogidos lícita o ilícitamente de Internet⁴⁹⁹. Más bien este elemento introduce la necesidad de comunicar un determinado contenido que, en principio, ampliaría o precisaría los conocimientos sobre los que se poseen sobre una determinada cuestión. Así, no solo los materiales escritos mediante *fake news* entrarían dentro de las posibles estrategias de desinformación sino también otras herramientas de comunicación audiovisual como pueden ser los *deepfakes*. Por otra parte, este primer elemento conduce necesariamente al plano de los juicios de hecho. En otras palabras, puesto que hablamos de información y no de creencias u opiniones todo aquel contenido relacionado con los juicios de valor en los que no cabe demostrar el error queda excluido, siendo solo relevantes a estos efectos la referencia a hechos ya que solo estos pueden juzgarse como verdaderos o falsos⁵⁰⁰.

Junto a la información, debe asociarse la característica de la falsedad. La controversia que en este punto se suscita es la de determinar en qué posición se debe ubicar dicho elemento. Fundamentalmente, como han señalado MIRÓ LLINARES y

⁴⁹⁸ Así lo aclara igualmente GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 29.

⁴⁹⁹ En contra, GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 29 cuyo «elemento ontológico» de las *fake news* está compuesto por esta característica.

⁵⁰⁰ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras y otras técnicas que falta a la verdad para influir en la opinión pública», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 47, 2021, pp. 206-207. En un sentido similar, GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública...», cit., p. 87 recuerda que la doctrina del Derecho de la Información ha identificado la veracidad con la verdad lógica o informativa y no como una comunicación ideológica, más propia de la propaganda cuya naturaleza se sustenta en la subjetividad.

AGUERRI en su trabajo⁵⁰¹ las discrepancias giran en torno a dos enfoques fundamentales: ubicarla en el editor o en el contenido. Si se siguen las aportaciones de LAZER et al., se trata de una información prefabricada que imita la forma de los medios de comunicación, aunque no sus intenciones⁵⁰². Desde este punto de vista, lo esencial no es que el contenido no se ajuste a la realidad, sino más bien en el agente que crea el mensaje, haciéndose pasar por una fuente informativa que no es. Evidentemente, esta consideración se enfrenta a la gran dificultad de que también los propios medios de comunicación y fuentes oficiales pueden constituirse como importantes agentes de desinformación, por lo que esta postura dejaría al margen una parte importante del fenómeno.

En cambio, a diferencia de aquellos que centran el enfoque de la falsedad en el emisor, otros la sitúan en la propia definición, en el contenido mismo del mensaje que se difunde⁵⁰³. Un planteamiento que se ha convertido en el más respaldado y que precisamente pone el centro de atención en la necesidad de que pueda verificarse que el mensaje transmitido no se ajusta a la realidad, con independencia de cuáles son las características del emisor. Esta postura parece ser la más adecuada en la medida en que permite superar el límite anteriormente marcado, centrar el foco en la conducta y no en el sujeto y, al mismo tiempo, ajustarse a las indicaciones europeas e internacionales descritas *supra*.

Otra cuestión interesante que surge al analizar este elemento está estrechamente relacionada con sus modalidades. La doctrina italiana suele identificar tres áreas fundamentales⁵⁰⁴ que comprenden su estructura: las omisiones, las falsificaciones y los «factoides». Las omisiones las identifican con la exclusión deliberada de información relevante para la comprensión de un hecho, fenómeno o problema. Las falsificaciones, por su parte, serían aquellas alteraciones en la naturaleza cuantitativa o cualitativa de un

⁵⁰¹ MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., pp. 5-6.

⁵⁰² LAZER, David M.J., BAUM, Matthew A., BENKLER Yochai et al., «The science of fake news», *Science*, vol. 359, nº 6380, 2018, p. 1094.

⁵⁰³ ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew, «Social Media and Fake News...», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, nº 2, 2017, p. 213.

⁵⁰⁴ Véase, LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 26 y GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news...», cit., pp. 3 y 4. Por su parte, PERINI, Chiara, «Fake news e post-verità...», cit., p. 3, tras un análisis de la jurisprudencia del art. 656 del Código penal italiano proporciona una categorización diversa al distinguir la noticia falsa, aquella que es completamente diferente a la verdad, sin fundamento; la exagerada, en la que se fundamenta en la verdad pero es magnificada e hiperbólica y la tendenciosa que, aunque siendo verdadera, se presenta de una forma que genera una representación deformada de la realidad.

acontecimiento. Y, finalmente, los «factoides», serían aquellas noticias sobre hechos que nunca sucedieron, es decir, invenciones completas sobre acontecimientos que nunca se produjeron.

En España, SERRA CRISTÓBAL ha diferenciado también tres áreas de la desinformación⁵⁰⁵ que se podrían identificar con las anteriormente descritas. De modo que, siguiendo a esta autora, existiría la ocultación explícita en la que existe una intención de evitar determinados hechos o datos de interés para generar un relato distinto; las falsedades que se relacionarían con las medias verdades, es decir, con la creación de una apariencia de realidad de algo que no es cierto; y, por último, la mentira o destrucción sistemática de la verdad en la que, de forma similar a los «factoides» se produce una destrucción radical de la verdad mediante la creación de una realidad sobre unos hechos que nunca han sido ciertos.

En cualquier caso, y siguiendo a COTINO HUESO⁵⁰⁶, un buen punto de partida interpretativo de este elemento de la desinformación puede ser el de la Decisión n.º 2018-773 DC de 20 de diciembre de 2018 del Consejo Constitucional Francés⁵⁰⁷ que, al interpretar la Ley n.º 2018-1202 de 22 de diciembre de 2018 de lucha contra la manipulación de información ha exigido como garantía que sea posible demostrar la falsedad de forma objetiva y, a su vez, justificar su carácter de «manifiesto» y no se trate de una mera opinión, parodia, inexactitud o exageración.

La dimensión subjetiva, por su parte, constituye la parte clave del fenómeno. Así lo ha considerado tanto el Consejo de Europa, la Comisión Europea y Naciones Unidas⁵⁰⁸ como la mayor parte de expertos en la materia⁵⁰⁹, puesto que es la clave para distinguir

⁵⁰⁵ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., pp. 208 y 209.

⁵⁰⁶ COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 201.

⁵⁰⁷ La citada ley francesa se examina en profundidad en el epígrafe «4.2. La subsidiariedad del Derecho penal ante la desinformación: los ejemplos paradigmáticos de Francia y Alemania» del segundo capítulo de la tercera parte. En cualquier caso, esta decisión se puede consultar en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037847711/> (fecha de consulta 25-08-2023).

⁵⁰⁸ Véase, epígrafe «4.1. Marco definitorio: los desórdenes informativos y la comprensión internacional de la desinformación» del presente capítulo.

⁵⁰⁹ Entre otros, LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación...», cit., p. 539 quien considera que es imprescindible que se difundan a sabiendas de su inexactitud y que debe existir una intención; ABACATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático», *Revista de Derecho Político*, n.º 109, 2020, p. 129 según la cual es la nota característica del fenómeno y GALDÁMEZ MORALES, Ana, «Posverdad y crisis de legitimidad...», cit., p. 31 que expresamente determina que este elemento subjetivo es la línea que marca la diferencia y el elemento clave del concepto. En la doctrina italiana GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 29 destaca esta estructura teleológica como eje central de la conducta y PIZZETTI, Francesco, «Fake news e allarme sociale...», cit., p. 49

como desórdenes informativos la información errónea de la estricta desinformación. Esta dimensión se caracteriza por la presencia de dos partes ineludibles: conocimiento e intención. Por un lado, se exige la presencia de un elemento cognoscitivo correspondiente al conocimiento de la falsedad de la información a la que hemos aludido. Por el otro, al elemento volitivo consistente en querer, deliberadamente, transmitir un contenido que no es veraz. A esta segunda parte subjetiva se la ha denominado «intención desinformativa»⁵¹⁰ y esta no sería otra cosa que el objetivo de engañar al destinatario para manipular⁵¹¹.

Algunos autores⁵¹² suelen vincular, dentro de esta dimensión, la intencionalidad a una finalidad específica, especialmente la afectación a la libertad de decisión dentro del contexto político-electoral o, en otras ocasiones, de manera más genérica, lo asocian a la obtención de rendimientos económicos. Sin embargo, esta hipótesis debe ser rechazada, al menos si se quiere identificar, en una primera aproximación, sus elementos básicos, por cuanto, como se ha tenido ocasión de explicar previamente, las finalidades perseguidas por el agente desinformante pueden ir más allá, existiendo la desinformación política, la económica, pero también otras que abarcan lo que hemos denominado «desinformación ideológica». Motivos que se muestran como los más diversos y distantes entre sí.

Por último, ya solo queda señalar dos elementos controvertidos cuyo consenso, de momento, todavía está en entredicho: su carácter estructural y la presencia del medio tecnológico. A propósito del primero, uno de los autores que más ha destacado la necesidad estructural de la conducta ha sido LEÓN ALAPONT⁵¹³. Precisamente, considera que una de las características fundamentales que permiten distinguir entre desinformación y una mera noticia falsa es el alcance pues la primera responde siempre

determina que para la mayoría de los estudiosos se exige que se difundan con una finalidad deliberadamente perseguida.

⁵¹⁰ Así lo explica RUBIO NÚÑEZ haciendo referencia a una intención de influir, normalmente con intereses electorales o económicos. En RUBIO NÚÑEZ, Rafa, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, nº103, p. 202.

⁵¹¹ Al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 16.

⁵¹² GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 6. También BADILLOS MATOS que habla de intención, preferiblemente política en BADILLO MATOS, Ángel, «La Sociedad de la desinformación: propaganda, *fake news* y la nueva geopolítica de la información», *Real Instituto Elcano. Documento de trabajo 8/2019*, 2019, p. 12.

⁵¹³ LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación...», cit., p. 540, así como, más recientemente, en LEÓN ALAPONT, José, «El Derecho penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca», *RGDP*, nº39, 2023, pp. 8 y 9.

a una estrategia, es decir, a un conjunto de acciones coordinadas, mientras que la segunda se trata más bien de un falseamiento puntual y disperso. En cierta medida, este planteamiento se identificaría con lo que WANG et al. denominan «engaños a gran escala» puesto que son aquellos conformados por fabricaciones coordinadas y complejas cuya nota esencial precisamente es la escala de la operación⁵¹⁴. Por lo tanto, desde este punto de vista, la desinformación también requeriría una pluralidad de actos⁵¹⁵ y deberá presentarse como un conjunto de engaños sistemáticos y organizados en un contexto determinado⁵¹⁶.

No obstante, la exigencia de una pluralidad de actos comporta ciertos problemas prácticos. Piénsese, como se ha señalado en este trabajo, que en ciertas ocasiones un conjunto de acciones desinformativas sobre un mismo tema puede provenir por parte de múltiples agentes que de forma aislada y con motivaciones diversas intervienen en la cadena. Situaciones que, partiendo de este elemento no serían considerados como desinformación pese a ser conscientes del engaño que producen. Por no mencionar que, hasta el momento, no ha sido requerido ni precisado esta consideración como elemento integrante del fenómeno por ningún instrumento internacional.

Asimismo, algunos autores también proponen vincular la desinformación de estos últimos años con el nuevo conformante tecnológico producto de la sociedad digital⁵¹⁷. De modo que, la desinformación no solo se caracteriza por ser una información manipulada transmitida con el conocimiento y la intención de engañar, sino también por su aparición en Internet y, especialmente, en redes sociales⁵¹⁸. Así pues, esta nueva estrategia de manipulación se diferencia de los tradicionales procesos de desinformación por su gran capacidad de tocar la dimensión emotiva del destinatario, pero, sobre todo, por la capacidad de las plataformas digitales de alterar la percepción de la realidad de los

⁵¹⁴ WANG, Patrick; ANGARITA, Rafael & RENNA, Ilaria, «Is this the Era of Misinformation yet? Combining...», cit., p. 1558.

⁵¹⁵ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 449.

⁵¹⁶ Así se considera en ESTRADA-CUZCANO, Alonso; ALFARO-MENDIVES, Karen y SAAVEDRA-VÁSQUEZ, Valeria, «Disinformation y misinformation, posverdad y fake news...», cit., p. 96.

⁵¹⁷ GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation...», cit., p. 3; GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., 52 y RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., pp. 15 y ss.

⁵¹⁸ GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation...», cit., p. 3. Por su parte, PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., pp. 300 y 301 vincula el fenómeno directamente con informaciones publicadas deliberadamente en medios digitales. De hecho, esta autora expone que: «En última instancia, son un medio para obtener seguidores, perfiles y usuarios de redes sociales para alentar un movimiento, un interés económico o de marca o a una persona».

usuarios o de influenciarlos para que compartan a tiempo real y de manera espontánea contenidos desinformantes⁵¹⁹. Y, en consecuencia, no es posible deslindar en la actualidad desinformación del medio cibernético en el que se produce ya que este ha permitido que aquella asuma dimensiones epidémicas⁵²⁰, algo que hasta ahora no había ocurrido.

En efecto, no es posible negar la gran transformación que ha supuesto la sociedad digital en la realización de conductas desviadas como se ha tenido ocasión de señalar en el primer capítulo, también en relación con la desinformación tal y como se ha mostrado en este segundo. Ahora bien, puesto que estamos tratando de resaltar sus elementos básicos o esenciales, el conformante tecnológico o el medio en el que se produce no puede estar intrínsecamente ligado a su propia conceptualización en la medida en que es plausible que la conducta se realice al margen de las plataformas digitales. Otra cosa será, desde un punto de vista estrictamente penal, que en aplicación de principios ineludibles como el de intervención mínima solo sea adecuado castigar el comportamiento que se produzca en el ciberespacio porque las características del medio determinan un incremento de lo injusto lo suficientemente relevante para el Derecho penal.

4.4. Delimitación con algunas figuras afines: *fake news*, propaganda y decepción

4.4.1. Diferencia entre desinformación y noticias falsas

Uno de los principales problemas para establecer una definición unificada del fenómeno ha sido su continua identificación con otros comportamientos que, si bien presentan algunos puntos en común, no son exactamente lo mismo. Entre ellos, el término que más se ha asociado en estos últimos años con el de desinformación ha sido el de *fake news* o noticias falsas. Pese a su uso extendido, tanto por los ciudadanos como por las instituciones públicas, diferentes expertos⁵²¹ se han opuesto al empleo del concepto *fake*

⁵¹⁹ RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere...*, cit., p. 18.

⁵²⁰ Precisamente GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 52 afirma que la principal diferencia de la antigua desinformación (aunque él lo denomina *fake news*) de la actual es esta dimensión alcanzada gracias a la invención de Internet. Por su parte, DE LAS HERAS VIVES, Luís, «Las fake news ante el derecho penal español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº Extra 12, 2, 2020, p. 72 enfatiza cómo el desarrollo tecnológico ha sido el motor del crecimiento exponencial en el número de productores y consumidores de desinformación.

⁵²¹ Han señalado la disconformidad en su uso WARDLE, Claire y DERAESHAN, Hossein en el ya citado «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework...», cit., p. 5. También en el Grupo de Expertos de Alto Nivel, «A multi-dimensional approach to disinformation», Comisión Europea, 2018, p. 10. Asimismo, TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 44 y ss.; LAMANUZZI,

news como sinónimo de desinformación fundamentalmente por tres razones. Una de las que más se suele aducir es la gran confusión que genera. Se advierte que ha sido un término cuyo uso social, principalmente en el ámbito político, lo ha convertido en un arma retórica e instrumental usada con el objetivo de contrarrestar los argumentos del adversario y de reprimir la independencia de los medios de comunicación para favorecer la polarización de la opinión pública. De modo que, se ha transformado en toda aquella información desagradable o contraria que perjudica los propios intereses⁵²². Aspecto que ha conducido a que la ciudadanía perciba esta nueva conceptualización como una estrategia más de propaganda electoral y medio para desacreditar más que como un fenómeno complejo que presenta los elementos que se ha señalado en este trabajo. Un hecho que, sin duda, crea un enorme efecto pernicioso si se desea reconocer la verdadera amenaza que se esconde tras el fenómeno.

Asimismo, algún autor como TUÑÓN NAVARRO, ha señalado que, en realidad, el término «noticias falsas» resulta contradictorio⁵²³. El autor considera que, en puridad, una noticia se refiere a acontecimientos que suceden y que, por lo tanto, son ciertos, por lo que no es posible hablar de noticias que sean falsas. Por su parte, en Fundeu RAE se propone hablar de noticias falseadas puesto que este matiz sugiere una «adulteración o corrupción premeditada» de la información⁵²⁴.

No obstante, el que a mi entender es el argumento de mayor peso es que las *fake news* o bien noticias falsas o falseadas, como se prefiera⁵²⁵, es un término inadecuado e insuficiente para abarcar el complejo problema de la contaminación informativa intencional. En este sentido, gran parte de los estudiosos entienden que la verdadera distinción radica en que mientras las noticias falsas son mensajes fabricados falsos con apariencia de información periodística y, por lo tanto, que pretenden hacerse pasar como

Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 2; VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 50 y LÓPEZ PAN, Fernando y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, «El Fact Checking en España...», cit., p. 1046.

⁵²² LÓPEZ PAN, Fernando y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, «El Fact Checking en España...», cit., p. 1046.

⁵²³ TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., pp. 44-46.

⁵²⁴ FundeuRAE, «noticias falsas o falseadas, mejor que *fake news*», 2017. Disponible en:

<https://www.fundeu.es/recomendacion/noticia-falsa-falseada-fake-news/> (fecha de consulta 14-08-2023).

⁵²⁵ También se suele utilizar en este sentido el término «bulo», si bien también algún autor como LOSADA MESTRE, Roberto, «Las fake news en las crisis...», cit., pp. 48 y 49 cree conveniente también su distinción, entendiendo que noticia falsa es aquella que da la apariencia de ser una verdadera noticia, mientras que el bulo es cualquier comentario o afirmación que ni siquiera se preocupa por obtener la apariencia de noticia.

noticias verídicas⁵²⁶, la desinformación es mucho más puesto que no solo comprende este mecanismo de manipulación informativa intencional, sino que también abarca toda una serie de comportamientos y dinámicas más o menos sofisticadas que van más allá como es el uso de cuantas automatizadas utilizadas para el «astroturfing», los *deepfakes* o ultrafalsos, el neuromarketing, las redes de seguidores falsos, *trolling* organizado y mucho más.

En resumen, como acertadamente afirma DEL FRESNO GARCÍA, la complejidad que presenta la desinformación no permite reducir su comprensión a las *fake news*⁵²⁷. De hecho, aquella no necesariamente implica la existencia previa de estas, aunque sí que pueden conformar un mecanismo desinformativo relevante. En cualquier caso, tanto si se desea aludir al anglicismo *fake news* o sus designaciones hispanas como bulos, noticias falsas o falseadas, lo cierto es que no existe una correspondencia con lo que aquí se considera desinformación⁵²⁸.

4.4.2. Distinción frente a otras figuras: infoxicación, propaganda y decepción

Además de las noticias falsas, existen otras nociones que suelen vincularse a la desinformación por su proximidad con la manipulación informativa. A propósito de la relevancia que se le ha otorgado a esta, han surgido nuevas formas de designación de la

⁵²⁶ Esta idea de noticias falsas la proponen, entre otros muchos, DIAS, Carlos Pedro; REIS, Bruno y LOPES, Paula, «Post-Truth and Democracy...», cit., p. 2 entendiendo que las *fake news* persiguen «simular el periodismo y su búsqueda de la verdad con objetivos completamente diferente»; EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red...», cit., p. 262 cuando defiende que «es una noticia que parece completamente real, pero que, en realidad, solo finge serlo»; TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit...*, cit., p. 42 que las define como «Informaciones falsas o parcialmente falsas diseñadas para hacerse pasar como noticias verídicas con la intención de confundir a las audiencias y obtener un beneficio político o económico»; BLANCO ALFONSO, Ignacio, «Las noticias falsas y la posverdad...», cit., p. 22 al definir las como «un mensaje con apariencia de información periodística que, sin embargo, ni se procesa ni se distribuye por los cauces convencionales del periodismo»; PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., pp. 300 y 301 quien destaca que «Los canales que distribuyen esta información tienen apariencia de periódicos lo que contribuye a crear confusión en un intento de aprovecharse de la credibilidad que acompaña a muchos medios profesionales de comunicación digital». Definiciones que, además, siguen la misma línea de algunos diccionarios relevantes como el Collins Dictionary que las define como «información falsa, a menudo sensacionalista, difundida bajo el disfraz de información periodística» o el Cambridge Dictionary que las considera como «historias falsas que parecen ser noticias, difundidas en Internet o el uso de otros medios, por lo general creado para influir en las opiniones políticas o como una broma».

⁵²⁷ DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos...», cit., p. 8.

⁵²⁸ En contra, y lo consideran sinónimos PÉREZ-ESCODA, Ana; ORTEGA FERNÁNDEZ, Eglée y PEDRERO-ESTEBAN, Luis Miguel, «Alfabetización digital para combatir las fake news...», cit., p. 223 y CAMACHO CASTRO, Giova y MONGE OLIVARRÍA, Christian, «Influencia de las noticias falsas...», cit., p. 46.

democracia actual como puede ser la «infocracia», entendida como la democracia de la información, es decir, el hecho de que nos encontremos en una democracia repleta o saturada de contenidos informativos. O bien la «emocracia», estrechamente vinculada con la idea de posverdad pues con ella se enfatiza que nos encontramos en una democracia en la que las emociones han adquirido un papel esencial. E incluso se habla de «mediocracia», aludiendo a la democracia de los medios de comunicación⁵²⁹.

Pero, sobre todo, conviene delimitar la desinformación con otras figuras afines sobre las que puede existir cierta confusión. Esto ocurre, especialmente, con la «infoxicación» o, en otras palabras, la intoxicación de la información. Un proceso que comprende un conjunto de actividades como tergiversar el relato, saturar la información y activar mecanismos que oscurezcan el mensaje para lograr un cierto desconcierto o confusión en la ciudadanía⁵³⁰. En este caso, la diferencia con la desinformación radicaría, fundamentalmente, en la creación de un desconcierto, usualmente con fines políticos, en los destinatarios, mientras que la desinformación persigue, directamente, engañar, debido a propósito muy distintos.

Algo similar ocurre con la propaganda. Concretamente, se trata de una actividad cuya finalidad primordial es la de influir en los receptores para conseguir que estos compartan sus ideas⁵³¹. Del mismo modo que ocurre con la conducta anterior, una de las diferencias fundamentales radica en la intencionalidad puesto que en la propaganda es la de persuadir, tratar de cambiar las creencias o preferencias de la población para obtener un comportamiento acorde con unos objetivos determinados y la de la desinformación, como hemos indicado, engañar, ocasionando así un daño determinado⁵³². Pero, además, es necesario matizar que la propaganda utiliza toda una serie de contenidos con independencia de que estos sean verdaderos, completamente falsos o solo parcialmente, pues lo relevante es conseguir adeptos a las ideas que se propugnan⁵³³. Elemento que,

⁵²⁹ SENTÍ NAVARRO, Carla, «El fenómeno de la desinformación...», cit., p. 2.

⁵³⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 3.

⁵³¹ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 448; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 3; BADILLO MATOS, Ángel, «La Sociedad de la desinformación...», cit., p. 5.

⁵³² DIAS, Carlos Pedro; REIS, Bruno y LOPES, Paula, «Post-Truth and Democracy...», cit., p. 3. Un punto de vista similar se ofrece en VALERA-ORDAZ, Lidia et al., «Desenredando la desinformación...», cit., p. 22 cuando explican que la propaganda puede compartir con la desinformación la búsqueda de determinados objetivos políticos pero mediante estrategias que no llegan al engaño como la desinformación.

⁵³³ Así, BADILLOS MATOS define propaganda como «la voluntad finalista de influir en el público, por un fin (ideológico, político) superior que justifica utilizar información – sin importar si es verdadera, completamente falsa o parcialmente modificada – para persuadir». En BADILLO MATOS, Ángel, «La

como se ha expuesto, no coincide con la desinformación cuya base es la información falsa.

Finalmente, otro concepto bastante similar a la desinformación es el de decepción. Este segundo término es muy usado en el ámbito militar. Como recuerda NAVARRO CARDOSO, tanto la desinformación como la decepción constituyen dos de las formas más complejas y elaboradas de manipulación informativa. La primera opera exclusivamente en el plano cognitivo, sin embargo, la segunda también lo hace en el físico⁵³⁴. De manera que, entendiéndose esta como el conjunto de medidas incorporadas para conducir a error al enemigo a través de una distorsión, falsificación o manipulación de las evidencias con la finalidad de que reaccione de forma perjudicial a sus propios intereses, se considera una actividad lícita dentro de las políticas de seguridad y defensa⁵³⁵ ya que se limita a que el otro agente conozca pero exclusivamente aquello que falsamente interesa que conozca, mientras que la desinformación se considera ilícita ya que exclusivamente consiste en el engaño coordinado del adversario.

Tanto la desinformación como la decepción son pues dos mecanismos informativos tremendamente útiles desde el punto de vista militar. Sobre esta cuestión, la Comisión Europea en 2020, en su «Plan de Acción para la Democracia Europea» destacaba también los fenómenos de la operación e influencia en la información y la injerencia extranjera en el espacio de información⁵³⁶. En relación con el primero, el mencionado organismo europeo entiende que se trata de aquellos esfuerzos coordinados de actores nacionales y extranjeros que persiguen influir en un público mediante la utilización de medios engañosos como la desinformación, pero también la supresión de fuentes de información independientes. La segunda, en cambio, consiste en una operación híbrida más amplia, llevada a cabo por actores estatales extranjeros o sus agentes, que comprende esfuerzos

Sociedad de la desinformación...», cit., p. 5. Conviene remarcar, por lo tanto, tal y como indica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 3 que la propaganda podría ser «blanca» si se utilizan fuentes claras y fiable; «gris» si son dudosas y el contenido es poco verificable; y «negra» cuando directamente es engañoso y la fuente es falsa.

⁵³⁴ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 450.

⁵³⁵ NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 450.

⁵³⁶ Comisión Europea, «Plan de Acción para la Democracia Europea», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2020) 790 final, 2020, p. 21.

coercitivos y engañosos para perturbar la libre formación y manifestación de la voluntad política.

A pesar de que, en muchos aspectos, todos estos mecanismos o estrategias presenten elementos comunes, lo cierto es que cada uno de ellos suele caracterizarse, a su vez, por la presencia de actores y métodos muy distintos. Y, por ello, frente a fenómenos diversos, es preciso contrarrestar con políticas también diferentes.

5. RECAPITULACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Paralelamente a lo que ha ocurrido con la ciberdelincuencia, en general, la desinformación en línea ha sufrido un aumento de la oportunidad en su propagación con la ayuda de los avances tecnológicos. No solo desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo. En la sociedad digital de la información, esta no solo está más extendida, sino que también las posibilidades de detectarla son más complejas y la facilidad de ahondar en la población es mayor.

La dinámica intrínseca de Internet y las plataformas digitales revela una lógica algorítmica que se caracteriza por crear un universo personalizado para cada usuario. Por lo que en cada perfil se destaca la información más en línea con sus propios intereses. Esto origina toda una burbuja digital en la que los puntos de vista similares a los de cada uno resuenan y fortalecen las convicciones propias. Los filtros burbuja y las cámaras eco propias de esta era originan lo que se ha denominado un disenso manufacturado e incluso una paradoja de información en la que mientras más acceso tenemos a fuentes de información de lo más diversa, resulta más complicado determinar el origen y la autenticidad de la información⁵³⁷.

Junto a ello, esta sociedad digital también ha promovido la aparición de una serie de prácticas culturales que inciden todavía más en las posibilidades de manipulación en línea. La inmediatez y la sobreabundancia informativa han sido los motores de toda una

⁵³⁷ Véase, sobre esta cuestión, WEISS, Andrew P., et al. «Surveying fake news...», p. 4. El consumo de noticias en redes sociales difiere bastante al consumo en otros lugares. Mientras que en los medios tradicionales se elige la fuente de información antes de leer el artículo, en las plataformas digitales los usuarios no eligen la fuente, sino que los algoritmos son los que eligen los artículos que aparecen en su muro y estos pueden ser respetables, pero también de muy mala reputación o entremezclarse. En MORAVEC, Patricia; MINAS, Randall y DENNIS, Alan R., «Fake News on Social Media...», cit., p. 4.

serie de usos comunicativos proclives a las guerras culturales y a la polarización. Lo importante no es lo que ocurre, sino lo que yo digo que ocurre. Con ello, se ha producido una tendencia a la simplificación del discurso y a la fragmentación del consenso en una dinámica de lucha por la hegemonía del relato. Dentro de esta dinámica, con la finalidad de ser más efectivo y de manera más sencilla causar un mayor impacto, las emociones cobran un protagonismo sin parangón. Surgiendo así el auge de la era de la posverdad. Y no solo eso, sino que también se ha universalizado la función de creador y propagador de la información. Así, el proceso de desintermediación también característico de las redes sociales ha originado que la desinformación se convierta en una práctica de masas. Cualquier ciudadano puede manipular y ser manipulado.

Al mismo tiempo, los usos discursivos nacidos de las redes sociales han desempeñado un papel esencial en algunos procesos cognitivos que facilitan la manipulación. Las cámaras eco y los filtros burbuja han incidido todavía más en las consecuencias negativas de los sesgos de confirmación. La calidad objetiva del contenido se ha apartado, para dar paso a la primacía del impacto medido a través de valores completamente subjetivos como los retuits y los me gustas. Con ello ha nacido una especie de narcisismo digital en el que, para ganar popularidad, prevalecen las técnicas que más se vinculen con la posibilidad de ganar dicho impacto y no tanto con el ajuste a la realidad. Y, por su parte, la hiperexposición informativa ha sido el culmen de un síndrome de déficit de atención característico de los residentes digitales a través del cual se ha producido una merma de la evaluación profunda y crítica de la información que se nos presenta en nuestros muros. Todo ello envuelto de un efecto de tercera persona en el que, pese a considerar las noticias falsas como un peligro real de la sociedad, se subestima los efectos persuasivos que estas prácticas comunicativas producen sobre uno mismo.

Pero, además, en estos últimos años, el auge y perfeccionamiento de la inteligencia artificial está produciendo un gran salto en la capacidad de manipulación de las estrategias desinformativas nunca visto con anterioridad. De modo que, las plataformas digitales, no solo son un caldo de cultivo para fomentar todos estos procesos discursivos, sino que también se constituyen como medio de automatización y difusión de materiales audiovisuales falsos indetectables por el ojo humano. Ya no solo las palabras engañan, sino también las imágenes y vídeos que muchas veces se acompañan a las mismas para dotar al mensaje de una mayor credibilidad.

Todos estos factores que explican, en cierta medida, el auge de la desinformación, desde luego no son los únicos, pero sí de los más relevantes. Perspectiva sobre la que hay que añadir las transformaciones acaecidas en estos últimos años respecto del papel de los agentes relevantes en la transmisión de la información. En el anterior capítulo se ha expuesto cómo la TAC es una teoría que ayuda enormemente a comprender el fenómeno de la cibercriminalidad. Si trasladamos sus aportaciones a la desinformación entendida como conducta desviada, observamos que los roles asignados a cada uno de los agentes han variado sustancialmente, produciéndose un incremento en el grado de complejidad.

Previamente a las dinámicas discursivas impulsadas por la sociedad digital, existía una mayor concentración en el papel que se le asignaba a cada actor en un comportamiento desinformativo. En este sentido, antes del auge de las redes sociales, el «agresor motivado», es decir, el sujeto que llevaba a cabo la estrategia de manipulación, la ostentaban las élites políticas, mediante la transmisión de aquella «realidad» que favorecía sus intereses. El «objetivo adecuado», el destinatario principal del comportamiento, era la ciudadanía en su conjunto, la cual, como único consumidor informativo, sufría las consecuencias de dichas actuaciones. Los medios de comunicación, por su parte, si bien en cierta medida podían formar parte de la cadena de manipulación (sobre todo aquellas televisiones y prensas con relaciones estrechas a las élites políticas), lo cierto es que tenían asignado como papel fundamental el de sacar a la luz y comprobar que aquello que se quería transmitir a la población era veraz. El «guardián capaz» cuya presencia podía disminuir los efectos desinformativos eran estos medios clásicos de comunicación.

No obstante, el desplazamiento de la actividad desinformativa al ciberespacio, concretamente a las principales redes sociales, ha supuesto una modificación sustancial de dichos roles, hasta el punto de surgir un complejo sistema de duplicidades. Por una parte, se ha producido un aumento exponencial en los potenciales ciberagresores motivados. La capacidad de generar un impacto a través de la desinformación ya no se concentra en la élite política, sino que son los propios usuarios, como se ha tenido ocasión de señalar en este trabajo, los que no solo consumen, sino que producen. De modo que la primera duplicidad se materializa en que el ciudadano puede ser perfectamente un objetivo adecuado y, al mismo tiempo, un ciberagresor motivado que desinforma. No solo como productor del mensaje sino como participante de la cadena desinformativa. Y algo similar ocurre con los medios de comunicación. Estos, al adaptarse al nuevo negocio

digital, han sufrido un aminoramiento en su papel de guardián capaz, siendo percibidos esencialmente como uno de los principales generadores de desinformación. Pero, al mismo tiempo, al tener que adaptarse a las rápidas y constantes dinámicas digitales también experimentan ocasionalmente los efectos desinformativos debido a las necesidades de recortar plazos para contrastar la información y de tener que basarse en fuentes no profesionales. En este sentido, los objetivos adecuados no solo se integran por los propios ciudadanos sino también por los medios de comunicación digital, sobre todo como un problema añadido de alimentar la cadena de manipulación si estos reproducen las noticias falsas que reciben.

Por otra parte, dentro de este ecosistema digital han surgido nuevas figuras llamadas a ser los «guardianes capaces» del fenómeno. Primero, los prestadores de servicios digitales, en tanto en cuanto son los encargados del funcionamiento de las redes sociales, han ido adquiriendo, con el paso de los años, la responsabilidad de atajar aquellos mensajes nocivos que imperan en sus plataformas. Y ello mediante mecanismos en los que su implicación es esencial como el perfeccionamiento en la detección de informaciones falsas, el etiquetamiento, la mejora en la transparencia en su sistema de bloqueo y supresión de contenidos, etc. Y, segundo, la cotidianeidad de contenidos falsos en la red ha impulsado el nacimiento de organismos cuya actividad principal se destine a detectar bulos y a exponerlos al resto de la población. Agentes verificadores o *fact-checkers* que están destinados a ser grandes protagonistas en la lucha contra el fenómeno. Dos agentes cuya colaboración puede ser una herramienta eficaz para paliar los efectos del fenómeno.

En cualquier caso, una de las cuestiones más controvertidas han sido los elementos que debe integrar un determinado comportamiento para considerarse como «desinformativo». En este sentido, por parte de algunos autores se ha manejado un concepto amplio que integraría la difusión de toda información inexacta o tergiversada, con independencia de la intencionalidad. En realidad, tal y como se ha fundamentado en este trabajo, se trata de una idea que con propiedad debe relacionarse más con la noción de desorden informativo y no tanto con la de desinformación que es una conducta más específica.

Ante esta amplitud terminológica, la cual, por otra parte, conlleva a una dispersión conceptual, conviene precisar todavía más sus contornos. Al Derecho penal no se le puede encargar la tarea de reconducir a un concepto unitario toda la problemática que se suscita

a propósito del alcance del fenómeno. Pero sí que se le puede atribuir el cometido de concretar aquella parcela que le correspondería, es decir, la de los ataques más relevantes de la desinformación en línea.

Con base en esta premisa, a los efectos de este trabajo y bajo los estrictos términos de un enfoque penal, se han de especificar, al menos, las bases de la desinformación para poder realizar un estudio dogmático y político-criminal en condiciones. Desde esta perspectiva estricta, la conducta desinformativa se integra por dos aspectos fundamentales: uno objetivo y otro subjetivo. A propósito de un carácter objetivo, el comportamiento se entiende como la transmisión de una información y, por tanto, perteneciente al ámbito de los juicios de hecho. Asimismo, dicha información debe ser manifiestamente inveraz, es decir, debe poder comprobarse dicha situación de un modo claro. Por su parte, su vertiente subjetiva se integra por la exigencia del conocimiento de que el contenido de aquello que se transmite no es veraz y la realización de dicha acción con una intención desinformativa. Este último elemento entendido, de un modo más general, como la intención de engañar para manipular a sus destinatarios.

Si se observa detenidamente, de la intención de manipular se deriva una consecuencia importante: dependiendo de la concreta intencionalidad del sujeto activo materializada en el contenido que transmite, la desinformación podrá afectar a intereses muy variados. En aras de clarificar mejor esta idea, es posible clasificar el comportamiento desinformativo en tres grupos en función de la concreta motivación del sujeto que lo realiza: desinformación política, ideológica y comercial.

La primera de ellas, la política, ha sido definida en esta investigación como aquella que persigue influir en la opinión pública sobre cuestiones relacionadas con la gestión de un Estado. En realidad, se trata de la modalidad que mayor atención ha acaparado en las investigaciones relacionadas con la desinformación. Esencialmente, por ser de las más complejas y por el uso de las modalidades de desorden informativo más dañinas para la población. La literatura académica, reiteradamente, alude a las campañas de desinformación en los procesos electorales, la desestabilización de las instituciones de un Estado y la obtención de cierta influencia en un país como las principales preocupaciones sociales. Generalmente, para la consecución de tales objetivos es necesario acudir a mecanismos de manipulación extremadamente complejos, lo que explica que los actores esenciales detrás de estos comportamientos sean los grandes aparatos estatales, los servicios de inteligencia y organismos políticos. Operaciones que suelen ser coordinadas

e integrarse dentro de ámbitos de guerras híbridas entre estados, o bien de lucha de poder entre las altas esferas de una nación.

La ideológica tal vez sea el grupo más variopinto. Sin embargo, todas ellas tienen en común que la principal razón de impulsar estrategias de manipulación es el de respaldar una idea determinada, siendo el apoyo de esta idea la razón por la que puede producirse el peligro o lesión de ciertos bienes individuales o colectivos. En el ámbito de la desinformación, desde esta panorámica, han destacado los estudios que lo relacionan con apoyos terroristas, la incitación al odio, ataques contra la salud derivados del covid-19 y del medio ambiente, principalmente. Debido a la amplia gama de finalidades más específicas por las que pueden responder, es cierto que las modalidades de ataque pueden ser de lo más diversas. No obstante, suele predominar el uso de desórdenes informativos menos graves y el uso de la desinformación en sentido estricto suele ser menos común, aunque también existente en momentos puntuales.

Si la motivación principal gira alrededor de la obtención de un beneficio económico de manera directa (ingresos publicitarios) o indirecta (mejora presencia digital), se trata de un desorden informativo de tipo comercial. Estos intereses comerciales pueden perseguirse por agentes no profesionales (particulares que buscan rendimiento económico de sus páginas web), pero también profesionales (empresas y medios de comunicación). Estos segundos se han integrado en los últimos años dentro de las nuevas dinámicas del negocio digital en la que el número de visitas se ha convertido en un valor importante, priorizando como modalidad la falsa conexión o *clickbait*. Un mecanismo bastante sencillo de ejecutar y, a su vez, sumamente rentable que domina el noticiero de las redes sociales. Si bien es cierto, también utilizan formas de manipulación más sofisticadas como la elaboración de noticias parcial o totalmente falsas.

Esta clasificación ayuda, en cierto modo, a comprender que la desinformación puede responder a finalidades muy distintas. Por su parte, la práctica comunicativa revela que, aunque las modalidades de ataque pueden variar, la concreta motivación del agente suele relacionarse con la mayor o menor complejidad de la estrategia de manipulación. Desde luego, si el objetivo es desestabilizar un Estado, bien sea aprovechando épocas de convulsión política, bien crisis como la sanitaria, los organismos estatales detrás del ataque emplearán técnicas coordinadas más lesivas. En cambio, objetivos más específicos o livianos como obtener un cierto rédito económico puntual o respaldar una posición ideológica concreta se caracterizarán por el empleo de estrategias más sencillas y menos

lesivas. No es casualidad, por tanto, como se verá en la última parte⁵³⁸ que el enfoque por el que ha optado tanto la Unión Europea como España haya otorgado una mayor prioridad a lo que aquí se ha denominado «desinformación política».

⁵³⁸ Véase, sobre todo, en el segundo capítulo de la tercera parte los epígrafes «II. La política europea en materia de desinformación» y «4.3. El enfoque adoptado en el ordenamiento jurídico español: perspectivas de futuro».

SEGUNDA PARTE

APROXIMACIÓN DOGMÁTICA AL CASTIGO PENAL DE LA DESINFORMACIÓN

Capítulo I

Bases filosófico-jurídicas de la criminalización de la palabra

1. INTRODUCCIÓN

En la primera parte se apuntaba, a través de la famosa frase de JESCHECK, la necesidad de acudir a la realidad empírica para una adecuada aproximación de un fenómeno desde las «Ciencias penales». El Derecho penal está ciego sin el aporte de la Criminología, se recordaba. Ahora bien, el mismo autor también revela una cuestión fundamental: por mucho que la Criminología sea imprescindible, es precisamente la Dogmática el núcleo de la Ciencia del Derecho penal⁵³⁹. La tarea de esta disciplina es básica ya que gracias a ella es posible desentrañar el contenido de los preceptos jurídico-penales a través de un modo sistemático y ordenado⁵⁴⁰.

Para alcanzar dicha función de ordenación, la dogmática parte de la ley penal como base y límite⁵⁴¹. De hecho, el término se deriva de la palabra «dogma», puesto que los preceptos del Derecho positivo constituyen una especie de dogma al que el jurista debe atenerse⁵⁴². Ahora bien, como acertadamente matiza RODRÍGUEZ MOURULLO, la actitud de «creyente dogmático» que se debe presentar no debe confundirse con la del teólogo, puesto que el jurista tan solo debe proceder como si lo fuera, pero no como una creencia total e indiscutible del mismo. En palabras del autor: «su dogmatismo no es una

⁵³⁹ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 35.

⁵⁴⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo I. Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 163 y CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I Introducción*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 62.

⁵⁴¹ Tan es así que a la dogmática jurídico-penal también se le denomina ciencia del Derecho penal positivo. En RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal, parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 11.

⁵⁴² CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal...*, cit., p. 62.

actitud personal total, como en el teólogo, sino una simple actitud metódica»⁵⁴³. En consecuencia, una postura crítica y reformativa también debe formar parte del análisis dogmático y esto también resalta su necesaria complementariedad con la Política Criminal.

Pese a ello, la dogmática no ha estado exenta de objeciones. Por una parte, se ha criticado su excesiva y exagerada elaboración conceptual, que ha propiciado, en ocasiones, la ininteligibilidad de la materia. Y por otra, se ha señalado su carácter alejado de la realidad e incluso superfluo en ciertos aspectos.

Si se partiera de estos enfoques, podría parecer que esta segunda parte de la investigación carece de total relevancia, dado que en este primer capítulo se llevará a cabo una primera aproximación metodológica acerca del fundamento del castigo de la palabra y, posteriormente, en el segundo se realizará un análisis más específico a propósito de los modelos penales de criminalización de la mentira. Sin embargo, lejos de ser ambas aportaciones excesivas, innecesarias o superfluas para el estudio penal de la desinformación, estos primeros acercamientos dogmáticos constituyen un aporte imprescindible para asentar las bases críticas sobre las distintas alternativas de criminalización del fenómeno.

Frente a la primera de las objeciones, no debe olvidarse que se está tratando con el medio de coerción más severo del que dispone el aparato del Estado para resolver un problema social. En consecuencia, partir de una metodología lo más precisa posible mediante una aproximación dogmática desarrollada favorece un mayor control y seguridad en la aplicación de la pena a la que irá aparejada la conducta⁵⁴⁴.

⁵⁴³ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal...*, cit., p. 12. Idea similar plasmada en COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN al afirmar que la ley no debe entenderse nunca como un dogma hasta sus últimas consecuencias, sino que el jurista debe insertarla en una realidad que permita que sea corregida y superada. En COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 130.

⁵⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en Gimbernát Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 128. No en vano, como apunta NÚÑEZ CASTAÑO, precisamente en los denominados delitos de expresión su constitucionalidad y compatibilidad con los derechos fundamentales resulta cuestionable. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo», *RGDP*, nº 36, 2021, p. 4. Con mayor razón, entonces, habrá que respaldarse en la seguridad que aporta la dogmática para analizar este tipo de ilícitos.

Tampoco se puede compartir que estas aportaciones generales impliquen necesariamente un alejamiento de la realidad que envuelve el fenómeno de la difusión de informaciones falsas en una sociedad digital. La dogmática, en definitiva, no deja de ser un puente entre la ley y la práctica⁵⁴⁵ y para que esto sea así no solo debe prevalecer en el estudio una lógica jurídica formal, sino que también es preciso partir de una lógica material. El examen de las valoraciones que subyacen dentro del castigo de los dos elementos fundamentales que componen el objeto de estudio (la palabra y la mentira) contribuirá en la fundamentación de nuevas proposiciones jurídicas. Por tanto, la dogmática, en cuanto que supone una garantía para el ciudadano frente a la intervención del poder punitivo estatal⁵⁴⁶, nunca puede suponer un aporte superfluo y meramente teórico ya que, en definitiva, se aborda la posibilidad de que el legislador pueda dictar normas que resuelvan el conflicto social que origina la desinformación.

En definitiva, la aproximación dogmática que se desarrolla a continuación constituye una de las dimensiones más relevantes del trabajo. Esencialmente, porque, trasladando las conclusiones de GIMBERNAT ORDEIG al caso actual que nos ocupa, permitirá sustraer la irracionalidad, arbitrariedad e improvisación⁵⁴⁷ a las posibles alternativas de criminalización que se ofrecerán en la tercera parte.

⁵⁴⁵ JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., pp. 35 y 36. Tal y como señala el autor, la importancia de la dogmática en la práctica se observa claramente en la medida en que, dentro de la Administración de justicia, intervienen profesionales del Derecho con funciones e intereses de lo más diversos. Esto determina que todos ellos deban argumentar de una manera similar para que sus contribuciones puedan conducirse a un común denominador a través del cual pueda existir un cierto entendimiento. «La Dogmática jurídicopenal es la que levanta el edificio doctrinal en el que todos encuentran su casa o en el que, al menos, pueden orientarse», expresa con claridad el autor.

⁵⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Lecciones y materiales...*, cit., p. 164.

⁵⁴⁷ Cfr., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática...?», cit., p. 126. Esta es una de las principales conclusiones sobre el papel que juega la dogmática en el Derecho penal a las que llega el autor en este magnífico trabajo de hace más de 30 años, aunque la versión inicial alemana es mucho anterior. En esta línea, se ha pronunciado MUÑOZ CONDE al vincular a la Dogmática jurídico-penal el papel de controlar y de dotar seguridad a los límites que impiden un poder arbitrario del Estado en aras de garantizar, así, los derechos fundamentales del individuo. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., IBdF, Buenos Aires, 2001, p. 212. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ que, con contundencia, declara que no parece existir discusión alguna en que la sistematización en categorías y la integración de los conceptos jurídico-penales que proporciona la Dogmática aportan una seguridad jurídica que sería inexistente de otro modo. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Boch Editor, Barcelona, 1992, p. 43.

2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS ACTOS LINGÜÍSTICOS

La conducta criminal puede manifestarse de la forma más variada, incluso a través de la mera emisión de expresiones verbales. No es necesario, exclusivamente, ni mucho menos, el empleo de una *vis physica e in corpore* para la aplicación de las consecuencias del Código penal sobre un individuo, sino que también, además de otras formas, con las palabras se pueden cometer delitos⁵⁴⁸. Ciertamente, el uso de la palabra como acto capaz de subsumirse en hechos que conllevan graves consecuencias no es algo innovador o propio de la sociedad digital del S.XXI. Por citar un ejemplo ilustre, ya CÁNOVAS DEL CASTILLO, en un magnífico discurso de la sesión inaugural de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, celebrada el 28 de noviembre de 1892⁵⁴⁹, alertaba de esta situación. Entre otras cuestiones, el entonces presidente de la mencionada Real Academia destacaba que el simple acto de emitir palabras llegaba a imputarse como una acción gravísima en el Derecho positivo español⁵⁵⁰. Entre algunas de ellas citaba, por ejemplo, la seducción de tropa armada prevista en el artículo 137 del Código penal de 1870⁵⁵¹ que se castigaba con cadena perpetua a muerte; los delitos de inspiración del artículo 193⁵⁵²; y el de provocación por medio de la imprenta contemplado en el artículo 182⁵⁵³, todos ellos del mismo texto punitivo.

No puede negarse, por tanto, la relevancia que el lenguaje ha ostentado históricamente y sigue ostentando para el Derecho penal bajo una serie de circunstancias

⁵⁴⁸ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», *ADPCP*, nº LI, 1998, p. 8.

De hecho, se trata de una cuestión planteada durante siglos en la doctrina penal española. En esta línea, CASTILLO GARCÍA Y SORIANO afirmaba que resulta indudable que se pueda castigar usando la palabra de modo que la polémica sobre la existencia de estos delitos que se denominaban «intelectuales» era superflua e innecesaria. Bien popular es su defensa a esta postura concentrada en la frase: «el pensamiento criminal, lo mismo arma el brazo que desata la lengua; uno y otro son instrumentos, medios si se quiere, de acción». En CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, Ramón, *La reforma del Código penal español*, Tipografía de Cayetano González, Ávila, 1896, p. 238.

⁵⁴⁹ CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio, «Delitos cometidos por medio de la palabra», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 40, nº81, 1892, *passim*.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 558 y 561.

⁵⁵¹ El artículo 137.2º CP 1870 rezaba lo siguiente: «Será castigado con la pena de cadena perpétua á muerte: 2º. El español que sedujere tropa española ó que se hallare al servicio de España, para que se pase á las filas enemigas ó deserte de sus banderas, estando en campaña».

⁵⁵² El art. 193 del CP 1870 rezaba lo siguiente: «Para la observancia de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reputarán como directores de la reunión ó manifestación los que, por los discursos que en ellas pronunciaren, por los impresos que hubieren publicado ó hubieren en ellas repartido, por los lemas, banderas ú otros signos que en ellas hubieren ostentado, ó por cualesquiera otros hechos aparecieren como inspiradores de los actos de aquellas».

⁵⁵³ El art. 182 del CP 1870 rezaba lo siguiente: «Delinquen también contra la forma de Gobierno: 2º. Los que en dichas reuniones y sitios pronunciaren discursos ó leyeren ó repartieren impresos ó llevaren lemas y banderas que provocaren directamente á la realización de los objetos mencionados en el artículo anterior».

concretas. Es por ello por lo que quizás el apoyo de la Filosofía del lenguaje puede resultar de gran utilidad en aras de facilitar la comprensión de la criminalización de la palabra.

No obstante, llama la atención la deficiente consideración que la filosofía analítica del lenguaje ha mantenido para el análisis de esta problemática en Derecho penal⁵⁵⁴. En consonancia con ALCÁCER GUIRAO, si bien esta perspectiva metodológica del lenguaje ha ejercido una notable influencia en la ciencia del Derecho anglosajón, lo cierto es que en la dogmática penal continental no ha gozado de especial atención⁵⁵⁵. De modo que, siguiendo al citado autor, en la ciencia jurídico-penal continental más bien ha predominado el foco del estudio del lenguaje desde una perspectiva estática, es decir, como herramienta para delimitar el significado de los términos del Derecho según su sentido y referencia semántica, quedando en un plano totalmente secundario la perspectiva dinámica que ofrece el análisis pragmático del lenguaje⁵⁵⁶. Como resultado, *aquello que el lenguaje dice* (la búsqueda del significado literal de los conceptos) ha eclipsado por completo *lo que se puede hacer con el lenguaje* o, en otras palabras, la relación entre el significado del lenguaje y la acción humana. Dentro de esta segunda aproximación metodológica es posible destacar notables trabajos como el proporcionado por RUIZ ANTÓN y su artículo: *La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras*⁵⁵⁷; la obra de POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS que desarrollaba sus ideas desde el funcionalismo jurídico-penal⁵⁵⁸; o la excelsa obra *Fundamentos del Sistema Penal* de VIVES ANTÓN⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ Aspecto ya advertido por RUIZ ANTÓN al reseñar que el análisis filosófico del lenguaje para el estudio de la acción delictiva realizada al emitir enunciados lingüísticos ha sido un «aspecto generalmente descuidado». En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 30. Asimismo, similar crítica se ofrece en POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 14 y ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, Gurdíel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 23 y 24.

⁵⁵⁵ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., p. 23.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁵⁵⁷ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., *passim*.

⁵⁵⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., *passim*. De hecho, tal y como indican los autores en la nota preliminar de la monografía, la semilla que inspiró y explica su publicación es la de pretender ser, inicialmente, una contribución al Libro Homenaje a la memoria del profesor RUIZ ANTÓN que fue entregado con algunas fechas de retraso cuando la obra homenaje ya se hallaba en prensa y no pudo ser publicado por esa vía.

⁵⁵⁹ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, *passim*.

Todos ellos servirán de base para ofrecer una primera aproximación al castigo de la desinformación en la medida en que, en esencia, el comportamiento consiste en la posible lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos por medio de la difusión de la palabra (bien sea oral, bien sea escrita). Para ello, se tomará como referencia filosófica una de las teorías del lenguaje con la que más estrechamente se ha vinculado *lo que se puede hacer con el lenguaje* y el castigo penal: la teoría de los actos lingüísticos o, si se prefiere, la teoría de los actos de habla. Una teoría que ha supuesto un punto de inflexión dentro de los estudios referidos a esta rama filosófica ya que, con ella, se ha abierto un espacio más allá del estudio de los enunciados descriptivos para problematizar y describir las múltiples relaciones posibles de las palabras con el mundo⁵⁶⁰. Se parte, pues, de una consideración pragmática del lenguaje que entiende que este no solo se conforma como instrumento de comunicación, sino también como ejecución de acciones, sosteniéndose que la teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción⁵⁶¹.

2.1. AUSTIN, expresiones realizativas y doctrina de los actos ilocucionarios

El origen de la conocida «teoría de los actos de habla» se atribuye al libro póstumo del filósofo inglés John Langshaw Austin publicado en 1962 con el título *Cómo hacer cosas con palabras*⁵⁶². No cabe duda de que la perspectiva proporcionada por este filósofo del lenguaje ordinario⁵⁶³ tuvo un alcance revolucionario que sirvió como punto de partida para la elaboración de una teoría general de los actos lingüísticos⁵⁶⁴. Así, a través de sus aportaciones, este autor ofreció una visión muy clarificadora de la comprensión del

⁵⁶⁰ CUAMBA HERREJÓN, Juan Cruz, «La apropiación habermasiana y deleuzeana de la teoría de los actos de habla de Austin y Searle», *Devenires*, nº15, 2014, p. 83. Véase, también, RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales: perfiles privados versus perfiles públicos», *Literatura y lingüística*, nº 44, 2021, p. 431.

⁵⁶¹ SEARLE, John R., *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luis M. Valdés Villanueva), Cátedra, Madrid, 1980, pp. 26 y 27. Igualmente, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 8.

⁵⁶² Se trata de una obra en la que J.O. Urmson compiló un total de doce conferencias que habían sido dictadas por Austin varios años antes en diversas Universidades. Concretamente, la versión que se maneja para el presente trabajo de investigación será la de Austin, John L., *Como hacer cosas con palabras*, (trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi), 1ª reimpresión en España, ediciones Paidós, Barcelona, 1982.

⁵⁶³ Conviene resaltar que, Austin, a diferencia de Wittgenstein, entendía el estudio del lenguaje ordinario como un fin en sí mismo en el que sus conquistas ayudaban a resolver los problemas filosóficos, pero como una consecuencia no buscada deliberadamente. En cambio, para este segundo, entender el funcionamiento del lenguaje ordinario era el único medio para alcanzar como fin la comprensión de los problemas filosóficos puesto que estos provenían, esencialmente, de las confusiones e incomprensiones de uso del lenguaje. Así lo indican Carrió y Rabossi en la introducción de la obra AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., p. 24.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

lenguaje al entender que las palabras no solo juegan un papel fundamental en la comunicación, sino en la propia construcción de la realidad social⁵⁶⁵, ya que partió de la idea de que con el acto de expresar una oración se está realizando una acción, es decir, se están haciendo cosas con palabras⁵⁶⁶.

Las aportaciones de Austin sirvieron para dejar de atribuir un carácter privilegiado a la función descriptiva del lenguaje y destacar así su papel activo. En este empeño, consideraba que hasta el momento había predominado una «falacia descriptiva» puesto que las expresiones que describen algún estado de cosas o hechos habían monopolizado la atención filosófica. En contraposición, señaló que en ciertos enunciados lingüísticos el hablante no solo profiere ciertas palabras, sino que está ejecutando una acción concreta, abriendo así la reflexión al carácter factual del lenguaje⁵⁶⁷.

Con el objetivo de resaltar ese carácter activo del lenguaje, contrapuso lo que denominaba «expresiones constatativas» de las «expresiones realizativas o performativas» (*performative utterances*). En las primeras se describen, transmiten informaciones o registran estados de cosas y, en consecuencia, son susceptibles de ser evaluados mediante los criterios de veracidad o falsedad. En cambio, las segundas no describen ni registran nada, sino que se vinculan con la realización de una serie de actos ritualizados o convencionales por lo que no pueden ser verdaderas o falsas, sino que pueden salir bien o mal, pueden resultar afortunadas o desafortunadas⁵⁶⁸. En palabras del autor, al expresar oraciones realizativas lo que se consigue «no es describir ni *hacer* aquello que se diría que hago al expresarme así, o enunciar que lo estoy haciendo: es hacerlo»⁵⁶⁹. Por ende, a propósito del estudio de las expresiones realizativas, Austin introdujo una problemática auténticamente original al detectar que, bajo circunstancias concretas, al decir algo se hace algo, y al pronunciar determinadas palabras se realiza una acción concreta.

⁵⁶⁵ SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA», *Revista Signos*, nº 2, 2010, p. 365.

⁵⁶⁶ AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., p. 45.

⁵⁶⁷ Véase, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 10.

⁵⁶⁸ AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., pp. 44 y ss.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 46. Cursiva remarcada por el autor. Entre alguno de los ejemplos que señala sobre este tipo de oraciones se encuentra la de «"sí, juro" (desempeñar el cargo con lealtad, honradez, etc.), expresado en el curso de la ceremonia de asunción de un cargo» o «"lego mi reloj a mi hermano", como cláusula de un testamento».

Para que una expresión lingüística (realizativa) sea satisfactoria o afortunada es necesario, continuando con sus apreciaciones, las siguientes consideraciones⁵⁷⁰:

- 1) Que exista un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional. Y que en ese procedimiento se incluya la emisión de una serie de palabras formuladas por ciertas personas en circunstancias concretas.
- 2) En su caso, las personas y circunstancias específicas deben ser las apropiadas en ese particular procedimiento.
- 3) Este debe realizarse por todos los participantes en forma correcta y en todos sus pasos.
- 4) Si el procedimiento requiere que quienes lo usan tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o está dirigido a que sobrevenga una conducta correspondiente de algún participante, quien participa en él debe tener en los hechos tales pensamientos o sentimientos, o los participantes deben estar animados por el propósito de conducirse de la manera adecuada. Y, en estos casos, los participantes deben comportarse efectivamente de la manera precisada en cada ocasión.

En el caso de que se incumpla alguna de las reglas, la expresión performativa será «infortunada». En este sentido, a aquellas *cosas que pueden andar mal y salen mal* las etiqueta como la «doctrina de los Infortunios»⁵⁷¹ que según el autor pueden ser de dos formas, esencialmente:

- a) Bien puede ser un desacierto porque no se consigue llevar a cabo el acto para cuya realización, o en cuya realización, sirve la fórmula verbal concreta. En estos casos, se ha transgredido alguna de las tres primeras condiciones y, como resultado, el procedimiento al que pretendíamos recurrir ha quedado rechazado (no autorizado) y el acto resulta nulo o carente de efecto. Son, en esencia, actos intentados.
- b) Bien pueden ser abusos⁵⁷² ya que el acto se lleva a cabo, pero ha sido «pretendido» ya que por «hueco» carece del contenido necesario por lo que no queda perfeccionado por carecer de efecto. No se cumple con las pautas reflejadas en la cuarta condición bien porque se trata de un acto insincero (hablante que expresa «te doy mi pésame», cuando en realidad no se solidariza

⁵⁷⁰ *Ibidem*, pp. 55 y 56.

⁵⁷¹ *Ibidem*, pp. 55-60.

⁵⁷² Ideas desarrolladas en AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., pp. 81 y ss.

con la pena del interlocutor); bien porque se trata de un incumplimiento (hablante que dice «te apuesto» cuando no tiene intenciones de pagar). En este caso, no se impide que el acto se realice, pero lo vuelven reprochable o no completamente satisfactorio⁵⁷³.

En cierta medida, esta inicial clasificación ayudó a Austin a resaltar la importancia de hacer cosas con palabras. No obstante, posteriormente, el propio autor denotó la dificultad de distinguir en ciertas ocasiones las expresiones realizativas de las constatativas, desarrollando la pragmática lingüística a través de los conceptos de actos de habla «locucionarios», «ilocucionarios» y «perlocucionarios»⁵⁷⁴. Con ello, finalmente acabó decantándose por una teoría general de los actos ilocucionarios aplicable a todo tipo de enunciados, tanto constatativos como realizativos⁵⁷⁵ ya que en algunos casos el propio enunciado hace explícita la acción que se lleva a cabo y, en otros, únicamente se pone de manifiesto la concreta acción que se efectúa apelando a las convenciones que rigen el uso del lenguaje⁵⁷⁶. Pues bien, con esta novedosa clasificación se proporciona un marco teórico idóneo para el estudio de la relación entre significado, intención y acción resultante⁵⁷⁷ al vincular el primero con el acto locucionario, el segundo con el acto ilocucionario y el tercero con el perlocucionario.

El *acto locucionario* lo describe como «el acto de decir algo» y que posee significado, en otras palabras, aquel con el que se expresa, pronuncia o se dice un enunciado y, *por ende*, consiste en la emisión de los sonidos portadores de un sentido que integran un término o una expresión lingüística. Asimismo, este acto posee una composición compleja compuesta por tres elementos⁵⁷⁸ a su vez: a) el acto fonético (aquel que consiste en la emisión de determinados sonidos); el acto fáctico (al mismo tiempo, esa emisión de sonidos pertenece a un vocabulario determinado y se emiten con una

⁵⁷³ BLANCO SALGUEIRO, Antonio, «Cómo hacer cosas malas con palabras: actos ilocucionarios hostiles y los fundamentos de la teoría de los actos de habla», *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 40, n° 118, 2008, p. 19.

⁵⁷⁴ En este punto conviene matizar, tal y como exponen acertadamente POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, que estas tres denominaciones son las más usuales traducciones utilizadas al estudiar a Austin. Este autor empleó en sus conferencias originales en inglés neologismos de nuevo cuño que han sido incorporados por primera vez a través de sus obras. En castellano también se suelen emplear a veces los términos «locutivo», «ilocutivo» y «perlocutivo», sin embargo, en este trabajo se utilizarán las traducciones de la obra de la que se ha extraído la información. Véase, en este caso, POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 43.

⁵⁷⁵ En AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., pp. 195 y 196.

⁵⁷⁶ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 12.

⁵⁷⁷ En un sentido similar, SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla...», cit., p. 365.

⁵⁷⁸ AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., p. 139.

concreta construcción gramatical); c) acto rético (acto de usar estos vocablos con una referencia y sentido concretos, con un significado). Precisamente con la presencia de estas tres clases se realiza el acto locucionario. Conforman pues los engranajes básicos de emisión de un enunciado lingüístico que permite cómo el lenguaje, sometido a unas ciertas reglas y sentido, determina que decir algo se constituya como un específico modo conductual de actuar⁵⁷⁹.

Por su parte, el *acto ilocucionario*, a diferencia del locucionario, no es el «acto de decir algo», sino más bien el acto que se lleva a cabo «al decir algo». Es aquel con el que el hablante ejecuta un acto locucionario que, a propósito de una fuerza convencionalmente reconocida, se asocia a la emisión de una locución una intención comunicativa⁵⁸⁰. Es cierto que el acto ilocucionario requiere realizar un acto locucionario, pero, sin embargo, aclara AUSTIN, aquel no es una consecuencia de este⁵⁸¹. Dicho de otro modo, que un determinado enunciado adquiera fuerza ilocucionaria, no depende, fundamentalmente, de un acto fonético o del significado de unas palabras pronunciadas, sino más bien de las convenciones que rigen el uso del lenguaje. Con esta reflexión, es posible extraer dos consideraciones imprescindibles. La primera subyace del sentido de «convención». Gracias a esta idea se entiende que el acto ilocucionario es separable del locucionario ya que sólo la emisión fonética de un enunciado lingüístico con una cierta coherencia y sentido podrá expresar una intención comunicativa (y realizar un acto propiamente dicho cuando se dice algo) si existe un acuerdo a través del cual ese enunciado se le vinculan unos significados determinados, aceptados y reconocidos por todos, que permiten que a la formulación de unas palabras se le asocie la fuerza de producir un acto diferente al propio hecho de decirlas. La segunda se deriva de la expresión «fuerza ilocucionaria». Uno de los principales aportes de la teoría de Austin es precisamente la necesidad de

⁵⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 44.

⁵⁸⁰ En contra de este planteamiento «internista» o «mentalista» de fuerza ilocucionaria, se sitúan las posturas denominadas «externismo ilocucionario» en el que se considera que la fuerza ilocucionaria no se obtiene de factores analizables en términos de intenciones o estados mentales del emisor, y ni siquiera añadiendo el reconocimiento de los mismos por parte de la audiencia, sino de pautas externas. Esta postura la defiende BLANCO SALGUEIRO, Antonio, «Cómo hacer cosas malas con palabras...», cit., p. 4. SOLER y FLECHA exponen con una brillante claridad la diferencia entre el acto locucionario y el ilocucionario. Concretamente, ponen de ejemplo las siguientes emisiones: 1) «En este centro van a evitar la matriculación de más inmigrantes» y 2) «¡Vamos a evitar la matriculación de más inmigrantes en nuestro centro!». Así, a pesar de que ambas tienen el mismo significado, el segundo es un acto ilocucionario también porque tiene fuerza ilocucionaria ya que se incluye imperativamente una intención (la necesidad de evitar que se matriculen más inmigrantes), mientras que en el primero solo se describe una situación. En SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla...», cit., pp. 365 y 366.

⁵⁸¹ AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., p. 159.

diferenciar el significado del enunciado, de la fuerza ilocucionaria que posee⁵⁸². Si analizamos la frase «[T]e vas a enterar» puede existir un acuerdo sobre el significado de cada una de las palabras pronunciadas («[T]e», «vas», «enterar»), pero podemos ignorar cuál es la intención del hablante al emitirlas (puede tratarse de una amenaza, una advertencia, un consejo, etc.). Existe, en consecuencia, una diferencia entre el acto de decir y el de hacer diciendo algo. De esta forma, mediante «la doctrina de las fuerzas ilocucionarias», Austin examina los diversos sentidos con los que se emplean los enunciados lingüísticos resaltando cómo, ocasionalmente, un mismo acto locucionario puede llevar a cabo distintos actos ilocucionarios a propósito de las diferentes fuerzas ilocucionarias que la emisión de una misma expresión tiene según las circunstancias o el contexto.

Siguiendo con el ejemplo propuesto, la expresión «[T]e vas a enterar» como acto locucionario, en un contexto determinado convencionalmente puede tener la fuerza ilocucionaria de una acción de amenazar, mientras que en otro puede tenerla de aconsejar. Pese a haber reproducido los mismos sonidos en el mismo orden, el hablante habrá realizado acciones totalmente diferentes ya que, en función de las convenciones que rigen el uso del lenguaje en un espacio concreto, posee una fuerza ilocucionaria distinta⁵⁸³.

Por último, existen los *actos perlocucionarios* que se entienden como aquellos efectos contingentes que se desprenden del hecho de formular una determinada expresión. Ocurren ocasiones, describe el autor, en las que decir algo produce una serie de consecuencias en los sentimientos o acciones de aquellos que perciben lo que se dice. En este caso, se trata de aquel acto que se efectúa porque se dice algo⁵⁸⁴, es decir, el causar algo mediante lo que se hace diciendo algo. Puede ocurrir, que cuando un hablante dice algo se produzcan una serie de consecuencias o efectos que pueden haberse buscado intencionadamente o no.

Así, mediante la emisión fonética de la frase «[T]e vas a enterar» (acto locucionario), puede haberse realizado la acción de amenazar en un contexto determinado (acto ilocucionario) gracias al cual se haya conseguido intimidar a una persona la cual, como resultado, haya realizado un comportamiento que, en principio, no deseaba realizar el oyente, pero sí que realizara el hablante (acto perlocucionario). Pero también podría

⁵⁸² RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 13.

⁵⁸³ En un sentido similar, *Ibidem*, p. 14.

⁵⁸⁴ AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., p. 166.

ocurrir que esa misma acción de amenazar haya producido, además del efecto de que el oyente realizara esa acción determinada, también llevara a cabo otra que no era querida por el hablante.

HABERMAS, al analizar las implicaciones de la teoría de Austin, explica muy bien la diferencia esencial entre los actos ilocucionarios y los perlocucionarios⁵⁸⁵. En este sentido, concluye, mientras que los éxitos ilocucionarios mantienen con el acto de habla una relación interna o regulada por la convención, los efectos perlocucionarios permanecen externos a lo dicho, dependen de contextos contingentes y no vienen fijados por convenciones. En definitiva, los actos perlocucionarios se conforman como posibles consecuencias no controladas por el hablante que se derivan del hecho de llevar a cabo un acto locucionario y, con él, un acto ilocucionario⁵⁸⁶.

En realidad, esta clasificación ofrecida por el filósofo inglés sirve para destacar en los actos de habla la importancia del acto ilocucionario, por encima de los otros dos ya que, en los actos de habla, lo determinante será la intención del emisor en relación con lo que va a decir y cómo lo va a decir⁵⁸⁷. Ahora bien, como brillantemente concluye RUIZ ANTÓN, esta triple distinción austiniana posee un enorme interés en la teoría de la acción⁵⁸⁸ delictiva ya que permite separar nítidamente lo que es el acto físico de articular y emitir sonidos (acto locucionario) de la acción que propiamente lleva a cabo el sujeto cuando dice algo (acto ilocucionario) de los posibles efectos que se puedan derivar de él (acto perlocucionario). Y no solo eso, prosigue, sino que también los denominados «infortunios» están estrechamente vinculados con diversos ámbitos del sistema, como puede ser de la teoría de la tentativa como se tendrá ocasión de analizar detalladamente en los próximos epígrafes.

2.2. La teoría de los actos de habla desarrollada por SEARLE

John Rogers Searle, por su parte, fue quien perfeccionó el legado que había iniciado su maestro Austin para desarrollar más profundamente la teoría de los actos de habla⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Taurus, Madrid, 1987, p. 374.

⁵⁸⁶ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 14.

⁵⁸⁷ Así lo considera también RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales...», cit., pp. 432 y 433.

⁵⁸⁸ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 15.

⁵⁸⁹ RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales...», cit., p. 433.

A propósito de sus estudios (y en especial con su obra *Actos de habla*⁵⁹⁰) este filósofo estadounidense ofreció una teoría general del lenguaje precisamente adoptando como eje central el análisis del acto ilocucionario⁵⁹¹.

Esencialmente, SEARLE sustenta su conceptualización en la consideración de que hablar un lenguaje «es tomar parte en una forma de conducta gobernada por reglas» y que, además, «consiste en realizar actos de habla»⁵⁹². Con el propósito de argumentar ambas premisas, este autor se basa en lo que califica como «principio de expresabilidad» según el cual, cualquier cosa que pueda querer decirse puede ser dicha. Y así, a través de este principio el autor deriva dos importantes consecuencias. La primera es que en aquellos casos en los que el hablante no dice concretamente lo que quiere decir (normalmente caracterizadas por ser expresiones vagas, ambiguas, no completas, etc.) estas no se considerarán teóricamente fundamentales para la comunicación lingüística. Pero, sobre todo, la segunda será que permite considerar equivalentes las reglas para realizar actos de habla y las reglas para emitir ciertos elementos lingüísticos, ya que para cualquier posible acto de habla existe un posible elemento lingüístico cuyo significado (tomando como referencia el contexto de la emisión) es suficiente para determinar que su formulación literal es precisamente una materialización de ese acto de habla en concreto⁵⁹³. De todo ello se deriva, en palabras del filósofo, que «existe una serie de conexiones analíticas entre la noción de actos de habla, lo que el hablante quiere decir, lo que la oración (u otro elemento lingüístico) emitido significa, lo que el hablante intenta, lo que el oyente comprende y lo que son las reglas que gobiernan los elementos lingüísticos»⁵⁹⁴.

A pesar de admitir la existencia del acto perlocucionario⁵⁹⁵, SEARLE rechaza la distinción entre el acto locucionario e ilocucionario ya que considera que todos los actos

⁵⁹⁰Concretamente, la versión utilizada para la presente investigación es: SEARLE, John R., *Actos de habla...*, cit., *passim*.

⁵⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 53. Como expresa GALLARDO, Searle desarrolla especialmente el concepto de ilocutividad, siendo su estudio relevante como indicador de la existencia de la teoría de la mente y de la acción que realiza el hablante simultáneamente a su emisión. En GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «Programas de tertulia política en Twitter: un modelo neurocomunicativo de análisis del discurso», *Círculo de Lingüística Aplicada a la Comunicación*, n°66, 2016, p. 104.

⁵⁹² Ambas citas en SEARLE, John R., *Actos de habla...*, cit., p. 25.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁹⁴ *Idem*.

⁵⁹⁵ En realidad, más bien acepta que de los actos ilocucionarios se pueden derivar consecuencias o efectos que correspondería con lo que Austin denomina acto perlocucionario. En *Ibidem*, p. 34.

son ilocucionarios puesto que toda emisión contiene una fuerza ilocucionaria⁵⁹⁶. En su lugar, defiende que, cuando un hablante expresa con palabras una oración, al menos, está realizando tres actos distintos⁵⁹⁷:

- a) Actos de emisión (referidos a la emisión de palabras como son los morfemas o las oraciones).
- b) Actos proposicionales (consistentes en referir y predicar).
- c) Actos ilocucionarios (realización de la acción propiamente querida como enunciar, preguntar, prometer, etc.).

Asimismo, en su obra distingue claramente los actos de emisión (como una mera secuencia de palabras) de los otros dos, los cuales precisan que esa secuencia se emita bajo ciertas condiciones y con ciertas intenciones⁵⁹⁸.

En otro orden de cosas, quizás una de las clasificaciones que más ayude a comprender la relevancia de las aportaciones filosóficas de SEARLE en esta materia sea la de hechos brutos e institucionales⁵⁹⁹. Ciertamente, existen representaciones de lo que constituye el mundo referidas a componentes físicos o mentales, seguido por las ciencias naturales, cuyas bases son las meras observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales. Y a esto los etiqueta como «hechos brutos». Pero también existen otro tipo de representaciones sobre los que resulta imposible asimilar dichas características. Son más bien hechos cuya presencia, a diferencia de los brutos, presupone la existencia de determinadas instituciones humanas. Estos son los «hechos institucionales» y constituyen sistemas de reglas constitutivas, es decir, tienen como base un sistema de reglas en las que algo significa o cuenta de una forma determinada dentro de un contexto concreto.

Pues bien, precisamente la realización de un acto de habla, según SEARLE, es un hecho institucional que no puede explicarse o analizarse con base en observaciones sensoriales o físicas, sino más bien en atención a reglas constitutivas. En este sentido, va más allá de AUSTIN (quien simplemente apelaba genéricamente a las convenciones que

⁵⁹⁶ SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla...», cit., p. 366. En este sentido, analizando a Searle, estos autores indican que también la emisión de la oración «¿[V]amos a evitar la matriculación de más inmigrantes en nuestro centro?» tiene fuerza ilocucionaria ya que en ella se incluye la intención del hablante.

⁵⁹⁷ SEARLE, John R., *Actos de habla...*, cit., pp. 32 y 33.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, pp. 58-61.

rigen el uso del lenguaje para determinar la fuerza ilocucionaria de una expresión) al ahondar sobre cuáles son dichas reglas que subyacen en todo acto de habla, así como al destacar la trascendencia que esas reglas constitutivas mantienen.

En relación con el primer sentido, el filósofo estadounidense se aventura a especificar cuáles son las reglas semánticas que determinan la fuerza ilocucionaria de la expresión lingüística, o lo que es lo mismo, el conjunto de reglas para el uso del dispositivo indicador de fuerza ilocucionaria, como él mismo expresa⁶⁰⁰. Con dicho objetivo, analiza lo que denomina *condiciones preparatorias*, *condiciones de sinceridad* y *condición esencial* cuyos contenidos varían en función del acto ilocucionario en cuestión⁶⁰¹.

No obstante, a los efectos de este trabajo, mayor interés se suscita en relación con el segundo aspecto. En este sentido, conviene poner de manifiesto una serie de consideraciones claves que resaltan el papel de las reglas convencionales en el lenguaje. Así, para SEARLE, hablar un lenguaje consiste, inexorablemente, en formar parte de una conducta gobernada por reglas en el que el acto de habla es la unidad básica de la comunicación lingüística. En consecuencia, los actos de habla son actos que se realizan de acuerdo con un conjunto de reglas constitutivas subyacentes⁶⁰². Y, por ello, todo acto ilocucionario (en la medida en que determina un acto de habla completo) precisa de determinadas condiciones necesarias y suficientes (que son esas reglas convencionales) que permiten realizar el correspondiente acto ilocucionario, es decir, una particular acción que el hablante efectúa al emitir un enunciado. Gracias a estas reglas convencionales es posible especificar la acción concreta (el acto ilocucionario) que el sujeto materializa al emitir una expresión lingüística y que no sería posible sin la existencia de dichas reglas. O, dicho de otro modo, esas reglas constituyen la modalidad de conducta que en cada ocasión se produce con el correspondiente acto de habla, siendo estas las que lo determinan y no sucesos ni efectos naturales.

En consecuencia, de todo lo anterior se deduce, en un sentido similar al expresado por RUIZ ANTÓN, que 1) el acto de habla es una modalidad articular de la acción humana que se lleva a cabo siguiendo un sistema de reglas constitutivas subyacentes que

⁶⁰⁰ *Ibidem*, pp. 70-72.

⁶⁰¹ Si se desea profundizar en este aspecto, véase *Ibidem*, pp. 72-77. Por su escasa relevancia a los efectos en el análisis de la criminalización de la palabra, simplemente se dejan enunciados.

⁶⁰² Al conocimiento de las reglas que determinan la actividad de hacer uso del lenguaje lo denomina «jugar el juego de los actos ilocucionarios». Cfr. *Ibidem*, p. 63.

rigen el uso del lenguaje y 2) la teoría de los actos de habla, en la medida en que hablar un lenguaje debe considerarse como una manifestación del obrar humano, se inserta en la teoría general de la acción⁶⁰³. Por todo lo demás, también SEARLE establece una taxonomía de actos de habla⁶⁰⁴ más manejable e intuitivamente convincente⁶⁰⁵ que la de su maestro AUSTIN⁶⁰⁶ guiado por las intenciones y metas ilocucionarias que un hablante persigue. Categorías, por cierto, no excluyentes que pueden aparecer simultáneamente en un mismo acto de habla:

- 1) *Actos asertivos*. Manifiestan al oyente cómo son las cosas (también considerados como *constatativos*), por lo que aluden a acciones como afirmar, aseverar, anunciar, predecir, etc.
- 2) *Actos directivos*. Consistentes en tratar de movilizar al oyente a realizar un comportamiento determinado. Este es el caso de los ruegos, órdenes, requerimientos, invitaciones, peticiones, preguntas, recomendaciones, etc.
- 3) *Actos compromisivos o comisivos*. El hablante se compromete a hacer una cosa al pronunciar el acto de habla. Piénsese en acciones como prometer, amenazar, ofrecer o jurar.
- 4) *Actos expresivos*. En los que el actor transmite un estado psicológico, expresando sinceramente sus actitudes psíquicas como ocurre con las quejas, el pedir perdón, felicitar, agradecer, congratular, ofrecer las condolencias, etc.
- 5) *Actos declarativos*. Actos mediante los cuales se transforman las ideas del estado de cosas, produciendo cambios en la situación institucional. Supuestos que ocurren al sentenciar, bautizar, declarar la guerra, excomulgar, despedir, realizar un nombramiento, etc.

⁶⁰³ Véase, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 20.

⁶⁰⁴ Esta taxonomía ha sido extraída de las siguientes obras: HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 409; RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 19 y RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales...», cit., pp. 433 y 434.

⁶⁰⁵ Así lo expresa HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 409.

⁶⁰⁶ Austin provisionalmente lleva a cabo una clasificación de los actos realizativos, aunque, él mismo confiesa, no está totalmente satisfecho con ella. Concretamente, clasifica las expresiones en función de la fuerza ilocucionaria según son judicativos (indican un veredicto o juicio sobre un hecho o valor); ejerciativos (consistentes en el ejercicio de potestades, derechos o influencia); compromisorios (que tienen como caso típico el hecho de prometer o comprometer a un individuo a hacer algo, incluyendo también las declaraciones o anuncios de intención, que no son promesas); comportativos (aquellos que tienen relación con las actitudes y con el comportamiento social); y, finalmente los expositivos (que ponen de manifiesto la manera en la que nuestras expresiones encajan en un argumento o conversación, atendiendo a la forma en que se están utilizando las palabras como es el caso de contestar, ejemplificar o suponer). AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras...*, cit., pp. 198 y 199.

2.3. Matizaciones de HABERMAS en su teoría de la acción comunicativa

La teoría de los actos de habla y las reflexiones de Searle y de Austin constituyen una importante base dialógica de fundamentación de la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS⁶⁰⁷. De hecho, como punto de partida de su teoría de la sociedad⁶⁰⁸, acoge algunas premisas esenciales de Searle entre las que destacan: que toda comunicación lingüística implica actos de habla, que estos conforman la unidad mínima de comunicación, que la teoría del lenguaje forma parte de la teoría de la acción⁶⁰⁹, pero, sobre todo, que el eje central de análisis lo determinan las reglas que subyacen al acto. Por ello, parte del concepto de seguir una regla para establecer que la capacidad de acción se determina porque un sujeto sabe que sigue una regla y que en las circunstancias apropiadas está en condiciones de decir la regla que está siguiendo o, dicho de otro modo, de indicar el contenido proposicional de la «conciencia de regla»⁶¹⁰. Justamente esta reflexión permite diferenciar los movimientos corporales como comportamientos sujetos a nexos causales de las acciones propiamente dichas que se producen conformen a reglas⁶¹¹.

Por ello, la acción como portadora de sentido no es sino el resultado de un proceso de interpretación en atención a una serie de reglas. No obstante, Habermas se aparta de Searle en su comprensión acerca de los actos comunicativos ilocucionarios. A diferencia del segundo, el primero considera que el acto ilocucionario no sólo refleja la intención, sino también que dicha intención sea entendida por el oyente, es decir, añade el componente de la intención consensuada entre las personas que participan en el proceso

⁶⁰⁷ CUAMBA HERREJÓN, Juan Cruz, «La apropiación habermasiana...», cit., p. 83 y SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla...», cit., p. 365. De hecho, el propio Habermas reconoce que la teoría de los actos de habla le permite formular una base categorial adecuada a aquellos aspectos de la acción que se pasan por alto en la teoría oficial de la acción de Weber. En HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 366.

⁶⁰⁸ Desde el principio de su obra, Habermas aclara que la teoría de la acción comunicativa no es una metateoría, sino más bien el principio de una teoría de la sociedad. En HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 9.

⁶⁰⁹ CUAMBA HERREJÓN, Juan Cruz, «La apropiación habermasiana...», cit., p. 84.

⁶¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 193-194. Es más, como indica este autor, precisamente porque los seres humanos saben que siguen una regla y, además, pueden llegar a especificar su contenido, se puede decir que son *capaces de actuar*, a diferencia de los animales que solo se comportan o conducen sus comportamientos a la consecución de un fin.

⁶¹¹ De aquí se deriva la idea, como se profundizará *infra* en el epígrafe «2.2.1. Planteamientos psico-psicológicos», de que los meros movimientos corporales no pueden identificarse con el concepto de acción como en ocasiones ha ocurrido en la doctrina penal puesto que solo son el sustrato mediante el cual las acciones entran en el mundo. Cfr., VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 195.

de comunicación. En cambio, para SEARLE ese consenso no es más que un efecto perlocucionario⁶¹².

Con el objetivo de desarrollar esta diferenciación, HABERMAS describe dos aspectos analíticos bajo los que una misma acción puede examinarse: la acción estratégica y la acción comunicativa⁶¹³. La acción estratégica la entiende como un proceso recíproco de influencia en la que el hablante se comporta estratégicamente. De modo que el lenguaje natural constituye un medio para transmitir informaciones y depende de acciones destinadas a influir. Se trata pues, de una actitud que se orienta al éxito. Por el contrario, en la acción comunicativa el lenguaje se conforma como fuente de integración social mediante el consenso generado por el entendimiento lingüístico. En este caso la actitud se orienta al entendimiento, conformándose, en definitiva, un proceso de avenencia entre los miembros de un mismo mundo. En este segundo aspecto, resalta las aportaciones de Austin de diferenciación entre ilocuciones y perlocuciones para comprender que cuando el lenguaje es orientado al entendimiento, es el modo original de emplear el lenguaje⁶¹⁴.

Quizás una de las contribuciones más sugerentes del sociólogo alemán a propósito de la teoría de los actos de habla ha sido, precisamente, la de aclarar con mayor éxito esta distinción austiniana de actos ilocucionarios y perlocucionarios⁶¹⁵. Según HABERMAS, debe entenderse por acción comunicativa a todas «aquellas interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionarios y *sólo fines ilocucionarios*»⁶¹⁶. En este sentido, se produce una identificación entre acción comunicativa y el acto ilocucionario. Por consiguiente, al caracterizarse la acción comunicativa por ser un proceso de entendimiento lingüístico, se concluye que los éxitos ilocucionarios deben entenderse como aquellos actos en los que los participantes de la comunicación se entienden entre sí dentro de un ámbito de relaciones interpersonales. Es decir, a propósito del acto ilocucionario el interlocutor hace saber que lo que dice quiero verlo entendido como mandato, explicación, amenaza, etc.

⁶¹² Sobre esta comparativa véase SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla...», cit., pp. 366 y 367.

⁶¹³ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 367.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

⁶¹⁵ Sobre esta cuestión en profundidad véase, HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., pp. 370 y ss.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 378. Cursiva indicada por el autor.

y, por ende, la intención comunicativa se agota en el instante en el que el oyente llega a entender el contenido manifiesto del acto de habla.

Por el contrario, los efectos perlocucionarios los incluye como una clase de acción estratégica. En este caso considera que se trata del uso de las ilocuciones como un medio en un contexto de acción teleológica⁶¹⁷. De modo que dichos efectos se producen siempre y cuando se actúe orientándose al éxito y, al mismo tiempo, se vincule el acto de habla correspondiente a una serie de intenciones instrumentalizadas para propósitos que guardan una relación contingente con el significado de lo dicho. Por esta razón, a menudo, el hecho de decir algo producirá una serie de efectos sobre los receptores que haya sido buscado a propósito.

Ahora bien, el oyente que comprende una exigencia a él dirigida (acto ilocucionario) puede no saber qué es lo que además pretende el hablante cuando emite una expresión lingüística. Como mucho, lo podrá inferir a partir del contexto. Pero lo que sí está claro, en todo caso, es la trascendencia que siempre ostentará el acto ilocucionario. Incluso aunque se tome como premisa las reflexiones de STRAWSON según el cual los fines perlocucionarios, para que tengan éxito, el hablante no los deba dar a conocer⁶¹⁸. Así pues, siguiendo a HABERMAS, un acto de habla no podrá ejercer influencia sobre el oyente, aunque el hablante oculte el fin de su acción, si no son aptos para la consecución

⁶¹⁷ En ese marco, el autor enfatiza cómo la descripción de los efectos perlocucionarios debe hacerse en referencia a un contexto de acción teleológica que va más allá del propio acto del habla. Para ello propone los siguientes ejemplos: 1) H afirma ante O que deja su empresa. 2) Cuando H le dice a O que deja su empresa, este se aterroriza (que es lo que pretendía H). Del ejemplo 1) es posible deducir las condiciones del éxito ilocucionario, pero no las del perlocucionario. El éxito ilocucionario se consigue si O entiende su afirmación y la acepta como verdadera. En cambio, en la descripción 2) aparecen resultados que van más allá del significado de lo dicho y lo que el destinatario podría entender de forma inmediata. En el segundo ejemplo se observa cuál ha sido el efecto perlocucionario mientras que el éxito ilocucionario del ejemplo 1 no constituye una condición suficiente para obtener un efecto perlocucionario ya que en un contexto distinto el hablante podría haber reaccionado con alivio ante la misma emisión de palabras. En HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., pp. 372-374.

⁶¹⁸ En su análisis para diferenciar entre actos ilocucionarios y perlocucionarios, Habermas resalta un criterio de diferenciación distinto al de la convencionalidad que es ofrecido por Strawson. Explica que, según este autor, para que el hablante alcance éxito en sus fines perlocucionarios debe realizar el acto de habla a condición de no confesar el fin teleológico de su acción. En cambio, los fines ilocucionarios exclusivamente se puede conseguir si se emiten expresamente. De esta forma, actos perlocucionarios como aterrorizar, incomodar u ofender no pueden aparecer entre los predicados que se emplean para llevar a cabo los actos ilocucionarios con que se consiguen dichos efectos perlocucionarios correspondientes. En HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., p. 374.

de fines ilocucionarios ya que de ningún modo podrá inducir entonces al oyente a comportarse de la forma deseada si ni siquiera entiende lo que el hablante dice⁶¹⁹.

De todo lo anterior, en este punto, conviene hacer una matización. Un acto de habla que, en principio, se realiza bajo los presupuestos de acción comunicativa (destinada al entendimiento y mediante la realización exclusiva de actos ilocucionarios) puede, no obstante, producir una serie de efectos. Esto puede ocurrir bien porque dichas consecuencias no eran intencionadas, en cuyo caso, para excluir el carácter estratégico de la acción el hablante se verá obligado a dar explicaciones y a pedir disculpas, en su caso, cuando se produzca el riesgo de que los efectos perlocucionarios puedan ser imputados al hablante por sus actos de habla; bien porque en contextos complejos la acción comunicativa puede tener simultáneamente un valor estratégico en otros planos de interacción y provocar efectos perlocucionarios en terceros⁶²⁰.

En contraposición, si la acción se orienta directamente al éxito y no prevalece el propósito hacia el entendimiento, la acción deberá considerarse estratégica, como ya se ha explicado previamente⁶²¹. A los efectos de la presente investigación, puede resultar

⁶¹⁹Cfr., *Ibidem*, p. 375. En este sentido, matiza que lo que denomina «empleo del lenguaje orientado hacia las consecuencias» no es una forma originaria de uso del lenguaje, sino más bien la subsunción de actos de habla al servicio de fines ilocucionarios, bajo las condiciones de la acción orientada al éxito.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 377.

⁶²¹ Una de las críticas que se le ha realizado a este autor, precisamente es la de la utilización de un argumento ético-discursivista para distinguir entre acto ilocucionario y perlocucionario. La comprensión habermasiana del acto ilocucionario equivalente a la acción comunicativa orientada al entendimiento en contraposición al acto perlocucionario como acción estratégica orientada al éxito condujo al autor a asumir que actos hostiles como las amenazas, insultos, extorsiones, falsos testimonios, etc. fueran entendidos como actos perlocucionarios y no como actos ilocucionarios. No obstante, tal apreciación no puede ser respaldada en la medida en que, intuitivamente, nosotros como usuarios competentes del lenguaje percibimos que hechos como amenazar, insultar o extorsionar son acciones y no efectos contingentes derivados de una expresión. Esta posición ha sido desarrollada por BLANCO SALGUEIRO en su estudio sobre actos hostiles al defender que amenazar debe considerarse como acto ilocucionario, mientras que intimidar constituirá su efecto perlocucionario, así como insultar será el acto ilocucionario que podrá provocar como efecto el hecho de ofender. Con el propósito de sustentar su tesis, el autor ofrece una serie de indicadores fiables que ayudan a determinar si un acto hostil constituye un acto ilocucionario. Concretamente propone estos tres indicadores: 1) ¿Está al mismo nivel que un acto ilocucionario paradigmático de modo que de forma natural es posible preguntar que «se trató de un(a) X o de una(a) Y»? Donde X es el acto hostil e Y el nombre de un acto ilocucionario paradigmático. 2) Posibilidad de denegación explícita. Si se trata de un acto perlocucionario dependerá, para su éxito, de efectos causados sobre la audiencia. No está bajo el control inmediato del hablante, de modo que cuando se produce el efecto el hablante no puede hacer nada para evitarlo. 3) En los actos ilocucionarios podemos preguntar: «¿Lo estás haciendo?». Pero eso no resulta natural cuando el acto es perlocucionario. En estos casos lo natural es preguntar ya que la realización de un acto perlocucionario típico depende de la producción de efectos en la audiencia. En BLANCO SALGUEIRO, Antonio, «Cómo hacer cosas malas con palabras...», cit., pp. 12-16. Esta matización presenta interesantes repercusiones dogmáticas en la medida en que sustenta la posición que en este trabajo se adopta respecto del momento de la consumación de delitos con palabras que sean de mera actividad.

enormemente trascendente la clasificación que realiza el autor a este tipo de acciones⁶²². En esta línea, la comunicación orientada al éxito puede ser: abiertamente estratégica o bien una acción estratégica encubierta. Si en la primera es el propio hablante en el que a través de actos ilocucionarios refleja con claridad sus propósitos perlocucionarios, en la segunda, en cambio, se produce un engaño por el que alguno de los interlocutores desconoce que la comunicación no se orienta hacia el entendimiento sino al éxito. Este engaño, a su vez, puede ser inconsciente (considerándolo comunicación sistemáticamente distorsionada) cuando al menos uno de los participantes se engaña a sí mismo y no se da cuenta de que está actuando con una actitud orientada al éxito y tan sólo mantiene una apariencia de acción comunicativa. Pero también puede ser consciente (en cuyo caso debe considerarse manipulación) cuando alguno de los participantes orienta la comunicación al logro de sus propósitos particulares, haciendo creer a los restantes que todos cumplen con los elementos de una acción destinada al entendimiento.

Pero mediante este tipo de acciones no se alcanza la «pureza» ideal de la acción comunicativa ya que esta, como ya se ha descrito, se asienta sobre la base de interacciones sobre las que no se producen las restricciones propias de las perlocuciones, considerando, así, la acción comunicativa (como ideal lingüístico al que aspirar) como aquella «en que todos los participantes armonizan entre sí sus planes individuales de acción y persiguen, por ende, *sin reserva alguna* sus fines ilocucionarios»⁶²³. Desde este punto de vista, los actores que forman parte de un enunciado lingüístico pueden insertar sus actos de habla al servicio de tres pretensiones de validez: para establecer y renovar las relaciones interpersonales, pues el hablante hace referencia a algo que pertenece al mundo de las ordenaciones legítimas; para exponer o presuponer estados y sucesos, en la medida en que el hablante alude al mundo de estados de cosas existentes; o bien para expresar vivencias y presentarse a sí mismo, pues el hablante menciona a algo que pertenece a su mundo subjetivo al que él tiene un acceso privilegiado⁶²⁴. Es cierto que los actos de habla a menudo se insertan en una red compleja de referencial al mundo, tanto en su relación con otros, con el mundo y con ellos mismos, sin embargo, del papel ilocucionario del acto será posible inferir cuál es el aspecto de validez que el interlocutor entiende que debe ser preferente en su emisión. Con base en estas ideas, HABERMAS resalta la necesidad de

⁶²² Sobre este particular, HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., pp. 425-426.

⁶²³ *Ibidem*, pp. 376-377.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 394.

revisar la clasificación ofrecida por Searle y, conservando el punto de vista teórico del autor estadounidense, introducir también las ideas de que los propósitos ilocucionarios de los actos de habla se alcanzan gracias al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de poder o pretensiones de validez ofreciendo así la siguiente clasificación de actos de habla⁶²⁵.

- 1) *Actos de habla imperativos*. En ellos el hablante alude a un estado que desea ver efectuado en el mundo objetivo, en el sentido de mover a un sujeto a producir ese estado. Desde este punto de vista, solo puede criticarse este tipo de actos en función de si la acción exigida es o no realizable, es decir, según sus condiciones de éxito. El rechazo de un imperativo se traduce en un rechazo de una pretensión de poder, es, a su vez, expresión de una voluntad.
- 2) *Actos de habla constatativos*. El hablante se refiere a algo en el mundo objetivo, en otras palabras, refleja un estado de cosas. El rechazo a este enunciado implica que un sujeto cuestiona la pretensión de verdad con la que el hablante plantea la proposición que afirma.
- 3) *Actos de habla regulativos*. El hablante hace referencia a algo en un mundo social común, estableciendo una relación interpersonal que sea reconocida como legítima. Al negar estas emisiones el oyente cuestiona la rectitud normativa que el hablante pretende con su acto de habla.
- 4) *Actos de habla expresivos*. El hablante menciona algo que pertenece a su mundo subjetivo, por lo que desvela ante otro individuo una vivencia que sólo tiene acceso privilegiado el propio hablante. Rechazar estas emisiones implica que se pone en duda la pretensión de veracidad con que el hablante acompaña la presentación que hace de sí mismo.

En definitiva, Habermas reconceptualiza algunas de las ideas esenciales introducidas por Austin y Searle, ofreciendo toda una serie de reflexiones filosóficas que, como se tendrá ocasión de señalar, inciden en la doctrina de la acción del Derecho penal. Y ello porque, en palabras de VIVES ANTÓN, se produce un cambio de paradigma en la filosofía de la acción ya que esta deja de ser concebida como un hecho conformado por la unión de movimientos corporales y mentales. Deja de percibirse ontológicamente para poner el foco de atención en el significado de lo que los hombres hacen, no como sustrato,

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 415.

sino como sentido⁶²⁶. Y, en consonancia con ello, el parámetro de determinación de la acción, también de la acción mediante expresiones lingüísticas, deja de ser el psíquico-físico para dotar de protagonismo al parámetro normativo en el que el seguimiento de las reglas es precisamente lo que permite hablar de acciones y diferenciarlas de meros hechos.

2.4. Los actos lingüísticos en el entorno digital

En la primera parte de la presente investigación se ha hecho referencia a las profundas transformaciones acaecidas a propósito de la aparición del ciberespacio y de la consolidación de la sociedad digital de la información⁶²⁷. Sin duda, uno de los ámbitos en los que más radicalmente se han materializado estos cambios ha sido la comunicación social⁶²⁸. No en vano, de la consideración de Internet como quinto poder⁶²⁹ subyace la idea de que las nuevas tecnologías favorecen una reconfiguración de acceso a la información, así como un aumento del poder comunicativo de los ciudadanos⁶³⁰, que se ha traducido en la práctica en un aumento sustancial de los actos lingüísticos dentro del proceso interactivo al que nos encontramos inmersos. Y, en consecuencia, esa democratización informativa ha contribuido a potenciar la relevancia del acto lingüístico en nuestra sociedad. Prueba de ello, ha sido el notable incremento de criminalización de actos cometidos mediante palabras y el interminable debate acerca de su idoneidad por los posibles conflictos con la libertad de expresión e información⁶³¹.

⁶²⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 197.

⁶²⁷ Más concretamente, véase epígrafe 2.3.1. «La etiqueta “digital” en la sociedad de la información» del capítulo I, primera parte.

⁶²⁸ Igualmente, AGUERRI, Jesús C., «Del tuit al Derecho penal», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 18.

⁶²⁹ En este sentido, se destaca la propuesta proporcionada en DUTTON, William H., «The fifth estate emerging through the network of networks», *Prometheus*, vol. 27, nº1, 2009, pp. 1-15.

⁶³⁰ En un sentido similar, GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «Programas de tertulia política en Twitter...», cit., p. 90.

⁶³¹ De hecho, tal y como se desprende del GEPC, existe un cierto consenso doctrinal sobre la necesidad de descriminalizar gran parte de los delitos de expresión y de restringir el castigo penal a las expresiones que presenten una potencialidad lesiva relevante. Véase, GEPC, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 8 y 21.

Una problemática que ha sido abordada en una gran variedad de trabajos. Entre ellos, GÓMEZ BELLVÍS y CASTRO TOLEDO se han encargado de destacar cómo en los últimos años se han producido numerosas reformas penales en materia de delitos de expresión, sobre todo, a propósito de la popularización de las redes sociales y de la judicialización de una ingente cantidad de expresiones vertidas en las plataformas digitales. En GÓMEZ-BELLVÍS, Ana Belén y CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «Los delitos de expresión en redes sociales desde los efectos de la sanción penal: ¿efecto disuasorio o efecto desafío?»,

Es fácil advertir que en todo este proceso de transformación comunicativa se distinguen dos grandes fases mediante las cuales el acto lingüístico se ha caracterizado por un mayor interés cuantitativo y cualitativo, respectivamente⁶³². Así, en un primer momento, la *web 1.0* se instauró como un vehículo sin precedentes a través del cual el lenguaje escrito traspasó las fronteras de intercambio de información que suponían los medios físicos como los libros, las cartas, los folletos, etc. La transmisión de ideas mediante palabras, a partir de entonces, ha resultado extraordinariamente más sencilla, principalmente, por el notable incremento de agentes receptores y la facilidad de diseminación de la información. Junto con el problema cuantitativo, la *web 2.0* ha supuesto una relevancia cualitativa sobre la posibilidad de llevar a cabo actos mediante palabras. De la mano de las redes sociales, fundamentalmente, y de la conversión del usuario en «prosumidor», la autocomunicación de masas reproduce un nuevo modelo mediante el cual los efectos generados por las palabras adquieren una mayor preocupación⁶³³. Ya no solo inquieta una mayor circulación de enunciados, sino las

Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol. 11, n.º 1, 2022, p. 324. También ALCÁCER GUIRAO, por su parte, ha alertado sobre la creciente tendencia restrictiva sobre la libertad de expresión en los últimos años a propósito del incremento de procedimientos penales por delitos de expresión. En este sentido el citado autor afirma: «[P]arece, en efecto, que antes que como agente partícipe de la *res publica*, el ciudadano se asume cada vez más como víctima del discurso, como paciente vulnerable e hipersensible a las ofensas, que demanda espacios sin discurso donde sentirse seguro, y que espera que el Estado le proteja frente a quienes no piensan como ellos». En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio», *Azafea: revista de filosofía*, n.º23, 2021, p. 109. Sobre el aumento considerable en el número de procedimientos judiciales, DOPICO GÓMEZ-ALLER ha realizado un magnífico trabajo en el que critica una praxis judicial inaceptable que se está produciendo en los últimos años en nuestro país. Una práctica judicial extendida en la que los jueces instructores, en lugar de desestimar querellas sobre expresiones de difícil encaje en tipos penales, las admiten y no archivan la causa hasta que no llaman a declarar como investigado al querellado y observan que este no tenía intención de lesionar el bien jurídico correspondiente. Lo que, en consecuencia, ha conllevado a una instrumentalización de los juzgados de instrucción para obtener, por distintas finalidades, «penas de banquillo» por conductas atípicas. Véase, en profundidad, el análisis en DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *RECPC*, n.º24-10, 2022, *passim*.

⁶³² Véase, sobre esta cuestión, MIRÓ LLINARES, Fernando, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 22, 2016, pp. 94-96. Igualmente, aunque en un sentido más esquemático, se deducen estas ideas en RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales...», cit., p. 430.

⁶³³ En el ámbito penal esto se puede explicar en parte gracias a la profunda transformación comunicativa que ha propiciado el ciberespacio. En esta línea, las reflexiones de CIGÜELA SOLA resultan sumamente interesantes. En concreto, puntualiza que, aunque todavía pueda seguirse una estructura *top-down* en la comunicación, los nodos de poder ya no ostentan el control que mantenían previamente y la comunicación penal se ha diversificado en su producción en numerosos puntos en los que los de abajo pueden generar réplicas comunicativas enfatizando una estructura *bottom-up*. Si se quiere profundizar al respecto, véase, CIGÜELA SOLA, Javier, «Esfera pública digital, comunicación política y exclusión por señalamiento: esbozo de un populismo penal 2.0», en Correcher Mira, Jorge (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 89.

diversas modalidades de interacción que se suscitan a propósito del nuevo cambio de paradigma comunicativo propiciado por la desintermediación.

Aunque es cierto que el discurso digital no constituye un lenguaje sustancialmente distinto a aquel que se emite en un entorno físico⁶³⁴, no se puede negar que existen prácticas discursivas inherentes que son características de dicho nuevo espacio. En este punto, convendría destacar alguna de ellas ya que pueden propiciar novedosas reflexiones en torno al entendimiento de los actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios trabajados por Austin, Searle y Habermas. En esta línea, alguna de las prácticas comunicativas digitales que interesan serían:

- 1) Combinar la escritura alfabética con emoticonos y *stickers*. Una práctica ya normalizada principalmente en las plataformas de mensajería instantánea, pero también en redes sociales como *X*, *Facebook* o *Instagram*. A propósito de estos nuevos recursos, se otorga al mensaje una mayor intensidad comunicativa puesto que se expresa con mayor claridad el contenido de «aquello que se dice», puesto que la universalidad de estos grafismos permite una sencilla interpretación.
- 2) Enlazar mediante hipervínculos (URL) a otros espacios escritos, o bien mencionar (@) directamente a usuarios en foros públicos. Se trata de un recurso que permite remitir el contenido de una expresión a un mayor desarrollo en otras páginas web o bien interpelar directamente a un participante, adquiriendo así un matiz vocativo.
- 3) Coordinar y vincular mensajes mediante etiquetas temáticas como el *hashtag* (#). Con esta herramienta característica de redes sociales como *X*, *Instagram* o *Tik Tok*, entre otras, los participantes comunicativos pueden localizar todos aquellos enunciados lingüísticos emitidos por esa plataforma relacionadas con un tema determinado sobre el que desean informarse.
- 4) Limitar el acceso a mensajes concretos. Es un mecanismo que ofrecen algunas plataformas digitales mediante el cual el usuario puede configurar un mensaje

⁶³⁴ Al respecto, muy interesante el trabajo ofrecido en GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «La necesidad de modelos en lingüística: sobre el “análisis del discurso digital”», *Pragmalingüística*, nº31, 2023, *passim*. Como explica esta autora, las alteraciones al análisis lingüístico impulsadas por la digitalización dieron lugar a lo que se etiquetó como «análisis de la comunicación mediada por ordenador», que hoy en día ha adoptado el nombre de «análisis del discurso digital», el cual se corresponde con aquel que se lleva a cabo mediante dispositivos digitales.

determinado sobre el cual no se pueda interactuar, impidiendo que otros usuarios puedan comentarlo o citarlo.

- 5) Replicar mensajes creados por otros mediante «retuit» y «me gusta». Con estas funciones, no solo se favorece de manera más sencilla la posibilidad de ver los acuerdos o desacuerdos de los usuarios en relación con un mensaje concreto, sino que, asimismo, permite que dichos enunciados aparezcan en el muro de cada usuario. Y, en consecuencia, estos aparezcan en aquellas cuentas que le siguen o que el propio algoritmo considera que les puede interesar según las personas y contenidos que visualiza.

Asimismo, unido a estas herramientas que acompañan el acto lingüístico, un adecuado análisis del discurso digital tampoco puede soslayar aquellas variables comunicativas propiciadas por el uso de dichas herramientas y de las características intrínsecas del ciberespacio. En esta línea, GALLARDO PAÚLS ha destacado esencialmente tres: la interactividad, el acceso y la condensación⁶³⁵. El criterio de la interactividad explica la diferenciación entre los géneros monológicos como pueden ser algunos blogs, el texto wiki o páginas web informativas, de los textos dialógicos⁶³⁶ propios de redes sociales que permiten los turnos reactivos en el que, una vez un usuario emite un enunciado a través de la plataforma este puede «completarse» o «matizarse» mediante la intervención de otros usuarios a través de «citados» o «comentarios adjuntos al mensaje». A su vez, no hay que olvidar que estas modalidades comunicativas dialógicas pueden ser de respuesta instantánea, puesto que exigen una gestión de turno inmediata o puntual; o bien diferida, en la medida en que no es necesario que la respuesta se produzca con inmediatez para llevar a cabo la intercomunicación. Como ha matizado la autora, excepto el chat o el vídeo chat que suele exigir la inmediatez, la interactividad que

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 144-145.

⁶³⁶ En trabajos anteriores ya GALLARDO PAÚLS señalaba este rasgo al advertir que las redes sociales ofrecen un marco comunicativo abierto mediante el cual se fomenta y privilegia el diálogo. En GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «Programas de tertulia política en Twitter...», cit., p. 89. Por su parte, BERLANGA y MARTÍNEZ también han destacado el cambio de una estructura unitaria y lineal a un modelo que categorizan como «puzle» puesto que la pantalla no se percibe como un espacio cerrado de exposición de datos, sino más bien como un escenario abierto favorecido por la interacción de los usuarios. En BERLANGA, Inmaculada y MARTÍNEZ, Estrella, «Ciberlenguaje y principios de la retórica clásica. Redes sociales: el caso de Facebook», *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, vol. 7, nº2, 2010, p. 52. Asimismo, este rasgo de interactividad se observa en la investigación de AGUERRI al señalar que las redes sociales no solo permiten consumir el contenido que elaboran otros, sino que propician la reacción del contenido ajeno y la colaboración dentro de los mensajes que se emiten. En AGUERRI, Jesús C., «Del tuit al Derecho penal...», cit., p. 19.

caracteriza las redes sociales permite tanto un intercambio instantáneo como diferido por lo que el tiempo de respuesta depende siempre del receptor⁶³⁷.

Junto con la interactividad, también señala como criterio comunicativo la duplicidad de acceso. En este sentido, un mensaje emitido a través de las plataformas digitales puede ser caracterizado, según el emisor, como privado (para un usuario o usuarios determinados) o público⁶³⁸. En este segundo caso será más probable que el mensaje adquiera una potencial repercusión mayor y ofrezca una dimensión triangular en la interacción puesto que, junto a los participantes esenciales del acto lingüístico (emisor y receptor) pueden aparecer terceros individuos que pueden intervenir en ella o bien seguir la conversación sin la necesidad de una participación activa.

Por último, la condensación debe ser una variable a considerar. Precisamente una de las plataformas por las que más mensajes circulan en Internet es la red social *X* (conocida por ser la nueva ágora pública) y en esta, por ejemplo, se limita la longitud del mensaje a 280 caracteres (siempre y cuando no hayas optado por suscribirte a su opción premium). La consecuencia inmediata de ello es que se impone la necesidad de elaborar enunciados que inevitablemente deben condensarse, o bien optar por hilos con mayor o menor longitud cuya incidencia y atención suele ser menor derivados de los propios rasgos tecnológicos y cognitivos a los que se ha hecho mención previamente⁶³⁹. Por ello, la tendencia a la simplicidad⁶⁴⁰ que se deriva de este rasgo, en ocasiones, puede afectar a la comprensión de aquello que se quiere decir.

⁶³⁷ En este sentido, matiza que la denominación a determinadas aplicaciones como «mensajería instantánea», evidentemente, no apunta a la necesidad de una respuesta rápida, sino más bien al tiempo entre la emisión del mensaje y su disponibilidad. En GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «La necesidad de modelos en lingüística...», cit., pp. 144-145.

⁶³⁸ Este carácter de duplicidad de acceso no debe confundirse con la posibilidad que ofrecen algunas plataformas digitales como *X* de limitación de respuesta a la que se ha aludido *supra*. De este modo, un usuario de *X*, por ejemplo, tiene la capacidad de restringir el acceso a todos los mensajes a determinados usuarios según si decide que su perfil sea público o privado, pero, al mismo tiempo, puede limitar que un determinado mensaje concreto que escribe no pueda ser comentado o citado por otros usuarios.

⁶³⁹ Véase, epígrafe 2.2. y 2.3. del segundo capítulo de la primera parte de esta obra.

⁶⁴⁰ Este rasgo de la simplicidad es una característica que destaca MIRÓ LLINARES, citando a Ott, al estudiar los discursos públicos en *X*. De hecho, resalta cómo precisamente la limitación de caracteres de dicha red social supone de facto una prohibición de la complejidad lo que ahonda en la impulsividad como elemento comunicativo propio del discurso en *X*. Y esto se debe a que el fomento de la comunicación inmediata y a la simplificación conlleva dejar al margen el contexto y la profundidad determinando a actuar de forma impulsiva, directa y básica a los usuarios. Junto a la simplicidad y a la impulsividad, otro de los caracteres del discurso que señala es el de incivilidad. Sobre todo, gracias a la lógica de *X* que impulsa a un discurso informal en el que destaca la impersonación y la falta de preocupación por la gramática y otras bases cívicas. Véase, sobre esta cuestión, MIRÓ LLINARES, Fernando, «Cuando el Derecho penal es *trending topic*», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una*

No obstante, todavía es posible remarcar dos criterios más que no deberían dejarse a un lado: la publicidad y la permanencia. Efectivamente, en la comunicación digital existe, por la propia naturaleza del medio, una cierta publicidad en toda conducta cuantitativamente muy superior a las realizadas, generalmente, en el entorno analógico⁶⁴¹. Aunque también es cierto que dicha publicidad será en mayor o menor grado en función de toda una serie de variables ambientales de la plataforma como el número de seguidores, las limitaciones impuestas al mensaje por el usuario, el perfil abierto o cerrado, el uso de *hashtags*, etc. Por otro lado, frente a la caducidad innata en la mayoría de los actos de habla que se realizan en el entorno físico, en el ciberespacio dichos actos gozan de una mayor permanencia⁶⁴², excepto en el caso en que se retiren los contenidos publicados. Aun así, la práctica demuestra que tanto si son retirados voluntariamente como de manera coercitiva, persiste una cierta permanencia, notablemente superior al acto de habla analógico, debido al transcurso de tiempo que transcurre entre la emisión del mensaje y su retirada o la posibilidad de volver a publicar el contenido por parte de otros usuarios.

Si se relacionan las prácticas comunicativas y las variables mencionadas, surgen toda una serie de peculiaridades de comprensión del acto lingüístico lanzado al ciberespacio. En este sentido, a propósito de la interactividad, un acto de habla que implicaba una acción específica puede transformarse en una acción distinta con la participación de otros interlocutores de la mano de herramientas interactivas como «el citado» o «el comentario». Piénsese, por ejemplo, en un mensaje que alude a la noticia en la que se describe cómo un político se ha comprado un inmueble por un valor de un millón de euros. A continuación, se lleva a cabo un citado en el que un usuario acompaña a dicho mensaje el siguiente texto: «qué vergüenza que un político se gaste ese dinero en una casa

semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter), Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 38-39.

En cualquier caso, como acertadamente afirma CIGÜELA SOLA, la comunicación exitosa en el entorno digital es aquella que se adapta a los formatos breves, simples e impactantes. En CIGÜELA SOLA, Javier, «Esfera pública digital, comunicación política...», cit., p. 85.

⁶⁴¹ Igualmente, MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 24. De hecho, para este autor precisamente esa trascendente diferencia cuantitativa explica que el contenido publicado en redes sociales acabe adquiriendo, a su vez, una relevante significación cualitativa.

⁶⁴² De hecho, las propias características del ciberespacio como medio comisivo pueden transformar la naturaleza de un acto lingüístico que constituya un ilícito penal instantáneo en uno permanente. Aunque ello no tiene por qué implicar una modificación en la naturaleza de delito de resultado a uno de mera actividad ya que la atribución del carácter permanente no se encuentra limitada por su categorización como delito de resultado o de mera actividad. Sobre esta última cuestión, en profundidad, véase, LLORIA GARCÍA, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Granada, 2006, pp. 64-71.

con el dinero de nuestros impuestos». La mera adición de palabras con base en una determinada información habrá transformado, en términos de Searle, un acto constatativo o asertivo en un acto expresivo. Una dinámica común y constante que no es sino consecuencia de la estructura dialógica con la que están conformadas las plataformas digitales.

Por su parte, la condensación y la consecuencia necesaria de la simplicidad textual otorga un claro papel protagonista a los elementos no alfabéticos como son los emoticonos, los *stickers*, los vídeos o memes que se adjuntan, los enlaces o las menciones. El análisis del acto ilocucionario no puede dejar al margen dichos elementos en aras de una correcta valoración de la intencionalidad del creador del contenido. E incluso, a menudo, estos podrán percibirse como esenciales para determinar el tono del mensaje (sarcástico o humorístico, amenazador, serio, etc.). Siguiendo con el ejemplo anterior, un comentario ante la noticia de que un político se ha comprado un inmueble por valor de un millón de euros que exprese lo siguiente: «este hombre se merece todo», puede percibirse, con una lógica razonable, que puede no ser irónico y que expresa un apoyo ante la actuación del político, mientras que si ese mismo texto va acompañado de unos cuantos emoticonos con cara sonriente la percepción de dicho acto de habla podría considerarse, más plausiblemente, como un comentario irónico, mostrando una desaprobación del hecho.

Asimismo, la intrínseca publicidad, unida a la vocación de permanencia de los actos lingüísticos en el ciberespacio conduce a una mayor probabilidad de generación de efectos perlocucionarios a terceros. Por tanto, el uso de mecanismos que posibilitan a restringir o limitar dichos efectos como son el perfil privado o la limitación del mensaje impidiendo que, salvo los seguidores propios, nadie pueda compartir o si quiera comentar el mensaje, debe ser necesariamente una variable a tener en cuenta para valorar las repercusiones que el acto de habla ha podido significar a la hora de atribuir responsabilidad de cualquier tipo.

Por último, quedaría por señalar una cuestión de suma importancia para el Derecho penal. Por el momento, solamente se constatarán las reflexiones, sin ánimo de que serán atendidas en su momento oportuno, cuando se analicen las repercusiones penales del estudio filosófico de los actos de habla. Una de las prácticas comunicativas más usuales en las redes sociales es la posibilidad de retuitear o compartir, de modo que, «a golpe de clic», se replica el contenido que emite un usuario y se reproduce en el muro o noticiero

del propio usuario que realiza esta acción, sin necesidad de incorporar expresiones añadidas al mensaje. Este comportamiento, a su vez, contribuye a la expansión del acto lingüístico, pudiendo llegar a un mayor número de seguidores, no solo del usuario que originariamente elabora el mensaje, sino también de los del usuario que lo retuitea. Esta actividad, propia del ciberespacio conduce, inevitablemente a la siguiente cuestión: ¿es posible realizar un acto ilocucionario con un simple clic?

Si se decía, con Austin, que la fuerza ilocucionaria viene correspondida por el acto que se lleva a cabo al decir algo, asociándose a una emisión de palabras una intención comunicativa con fuerza convencionalmente reconocida, ¿es acertado considerar que el hecho de replicarlos implica asumir esa fuerza ilocucionaria como propia del usuario que retuitea o comparte? Desde luego, al compartir el mensaje ya se está realizando una acción, como se ha expuesto, con unas repercusiones (diseminación del mensaje, reproducción en el muro personal) lo relevante aquí será determinar si la intención de quien emite el mensaje (la fuerza ilocucionaria del contenido) también se replica a aquel que lo comparte por el mero hecho de hacerlo. Sin duda, esto puede acarrear importantes consecuencias jurídicas como se verá a continuación.

Tomando en consideración las aproximaciones precedentes, resulta interesante destacar cuatro conclusiones en las que se reflejan las particularidades de los actos lingüísticos emitidos en redes sociales. La primera de ellas es que la fuerza ilocucionaria de una expresión es objeto de constante transformación en la medida en que se puede agregar matices y nuevas intenciones al mensaje inicial. La segunda es que los elementos de escritura no alfabéticos ocupan una posición privilegiada en el estudio de la fuerza ilocucionaria del acto, en ocasiones, incluso por encima del análisis del significado de las palabras emitidas. En tercer lugar, existe una diferencia sustancial de los posibles efectos perlocucionarios que se pueden originar si un acto lingüístico se reproduce en el entorno digital o analógico, fundamentalmente por el carácter de publicidad y permanencia en el primero. Y, en consecuencia, las herramientas que limitan dichos caracteres deben tenerse en consideración para la atribución de responsabilidad por los posibles efectos generados por el acto ilocucionario. En cuarto lugar y, por último, algunas actividades específicas de estas plataformas que implican la reproducción y diseminación automática de las palabras emitidas por otro usuario no son hechos brutos sino institucionales. No son simplemente comportamientos físicos, sino que para entender su alcance y repercusión hay que atender a las reglas constitutivas que determinan la funcionalidad y finalidad de

uso de esas herramientas digitales. El examen de dichas reglas será imprescindible para valorar en qué medida es posible entender que la réplica del mensaje determina, *per se*, una réplica en la intencionalidad.

3. EMISIÓN DE PALABRAS Y ACCIÓN PENAL

3.1. Planteamientos físico-psicológicos

La teoría de los actos del habla fundamenta de qué forma el hecho de proferir determinadas palabras (sea verbalmente o por escrito) conlleva la realización efectiva de una acción. Sin embargo, todavía falta por argumentar de qué forma esa acción puede ser merecedora de atención desde el punto de vista punitivo. En este sentido, la citada teoría no constituye una cuestión baladí ya que también, desde sus bases, puede aportar argumentos interesantes para entender los cimientos que sustentan la criminalización de la palabra. No sólo sirve pues, para comprender que con palabras se realizan actos, sino también que con ellas se pueden llevar a cabo acciones con un potencial reproche normativo-penal. Como se desarrollará posteriormente⁶⁴³, si la desinformación se sustenta en la diseminación de palabras, no sería posible justificar adecuadamente su castigo sin, previamente, comprender qué teoría de la acción es la que mejor explica la persecución penal de ese tipo de comportamientos. Desde este enfoque, pues, la teoría de la acción en Derecho penal ostenta un papel ineludible y previo para propuestas de castigo de comportamientos desinformativos.

Pues bien, en vistas de alcanzar dicho propósito, se ha explicado con anterioridad que el elemento básico del acto del habla es el locucionario, lo que implica: emitir sonidos (o redactar palabras si se piensa en mensajes de plataformas digitales), que esos sonidos o conjunto de palabras se lleven a cabo bajo una concreta construcción gramatical y que, al mismo tiempo, sean utilizados con un significado determinado. Sin estos criterios no existe acción posible por lo que el acto locucionario funciona como un parámetro *ex negativo* de la acción penal⁶⁴⁴. En consecuencia, aquellos hechos que no contengan un mensaje comunicativamente relevante desde este punto de vista (esto ocurre, por ejemplo, con la mera emisión de palabras absurdas, sin sentido o la difusión de contenidos gráficos

⁶⁴³ Véase, apartado 5 del presente capítulo.

⁶⁴⁴ Así lo indican también POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 68.

como emoticonos o memes sin contexto), bajo ningún aspecto merecerá de un estudio de subsunción en una norma penal puesto que ni siquiera deberá ser considerado como acción. Estos casos serán tratados como hechos brutos, en el sentido propuesto por Searle, puesto que podrán ser descriptibles en términos físico-causales⁶⁴⁵, pero no como comportamientos relevantes.

Desde esta posición se explican algunas dificultades que puede presentar la teoría de la acción causal para, desde la fundamentación filosófica de la teoría de los actos de habla, caracterizar ciertas conductas lingüísticas como una acción penal. La teoría de la acción causal fue atribuida, esencialmente, a VON LISZT, BELING y RADBRUCH⁶⁴⁶, aunque el primero es el que mantuvo la formulación en los términos en que se conoce con todas sus consecuencias⁶⁴⁷. Siguiendo con esta teoría, el concepto de acción se conforma por la presencia de un movimiento corporal que es causado por un impulso de la voluntad que, en consecuencia, determina una alteración en el mundo exterior⁶⁴⁸. Es decir, la acción es entendida como la producción o no evitación voluntaria de un cambio en el mundo exterior, cuyo núcleo lo integra un querer sin contenido y un resultado externo⁶⁴⁹. No obstante, se trata de una teoría que ha recibido múltiples críticas y cuyos mayores fracasos han sido la ineficiencia de cumplir con una función clasificatoria que pudiera agrupar a las acciones y a las omisiones, puesto que, difícilmente esa conceptualización pueda adaptarse a los parámetros omisivos⁶⁵⁰; y, en lo que aquí interesa, por la incapacidad para diferenciar los comportamientos humanos de los realizados por animales o eventos de la naturaleza y poder proporcionar un sustrato sobre el que fundamentar un desvalor o

⁶⁴⁵ En esta línea, RUIZ ANTÓN, escogiendo como ejemplo la acción de amenazar, matiza que la simple enunciación de palabras que no tienen como base una serie de reglas, no pueden ser consideradas como hechos institucionales y, en consecuencia, se trata de actos susceptibles de ser analizados en un laboratorio de física, pero no como acción de amenazar. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., pp. 22-23.

⁶⁴⁶ Precisamente Radbruch, sobre todo en sus últimos escritos, rompe con sus propios precedentes al negar la acción como elemento básico y prejurídico en una vuelta interesante a los planteamientos de Beling. Sobre esta cuestión, véase, MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición de la teoría de la acción», en García Valdés, Carlos et al., (coords), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1370-1371.

⁶⁴⁷ Así se indica en VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 107.

⁶⁴⁸ VON LISTZ, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Berlín, 1884, p. 107.

⁶⁴⁹ Este análisis de la teoría causal de von Liszt se ofrece en VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 107.

⁶⁵⁰ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 107-108; MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición...», cit., p. 1372.

reproche en algunos comportamientos en los que un querer y un cambio en el mundo externo son completamente neutros e incoloros⁶⁵¹.

Precisamente, esta segunda crítica es la que, con base en la teoría de los actos del habla, permite desechar la operatividad de esta teoría causal en materia de los actos lingüísticos. El primer argumento que se podría esgrimir se relaciona con la *ausencia de la función delimitadora de esta concepción*, incapaz de distinguirla de otras emisiones como la de los animales. Así, VON LISZT ofrecía, en consonancia con su planteamiento causal de acción, una sobredimensión del aspecto físico de la emisión fonética, manteniendo que los delitos cometidos mediante la palabra hablada se explicaban por la provocación de vibraciones en el aire que causaban procesos fisiológicos en el sistema nervioso del sujeto pasivo⁶⁵². Sin embargo, dicha consideración no puede ser admitida en la medida en que la mera constatación de sonidos causados por movimientos físicos que afectan al sistema nervioso del agredido resulta insuficiente para distinguirlo del comportamiento de los animales. Una ninfa, por ejemplo, puede replicar palabras comprensibles que llegan a generar alteraciones fisiológicas en el individuo y, pese a ello, no puede considerarse como acto comunicativamente relevante. Desde esta perspectiva, el acto locucionario opera como exigencia de mínima idoneidad comunicativa⁶⁵³, en la que es necesario, previamente, que la emisión fonética presente una cierta estructura y sentido para poder delimitar el acto de habla del ser humano de los comportamientos de un animal.

Claro está que este inconveniente no se suscita a propósito de los actos lingüísticos escritos, en los que con mayores dificultades un animal o evento natural puede llevarlos a cabo. No obstante, aquí la teoría de la acción causal también se topa con el escollo de la *incapacidad de determinar la concreta acción que en cada momento se ejecuta*. Siguiendo a RUIZ ANTÓN, no basta con que el emisor produzca unos sonidos, o redacte un conjunto de palabras, ni que estos sean atendidos por otros sujetos y causen efectos en sus sistemas nerviosos, sino que es la convención lingüística que rige el uso del lenguaje la que determine que esos sonidos, o conjunto de palabras escritas, sean identificados

⁶⁵¹ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 107-108.

⁶⁵² Esta visión del penalista alemán ha sido puesta de manifiesto en RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 32, así como POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 70.

⁶⁵³ Idea extraída en POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 73.

como una acción concreta⁶⁵⁴. Es necesario atender, por tanto, a la específica fuerza ilocucionaria que subyace de la diseminación de palabras y esta solo es posible mediante la contextualización con una serie de reglas o convenciones que van más allá de la articulación física de movimientos corporales. El hecho, por ejemplo, de escribir un mensaje directo por *X* a un sujeto «si sales de casa, voy a por ti», y el de escribirle por la misma vía «siempre estás fuera de casa», desde un punto de vista de la teoría causal de la acción es indiferente puesto que, mediante movimientos físicos se causan directamente alteraciones fisiológicas en el destinatario, por lo que incrementa la dificultad de diferenciación de que la primera acción tiene la fuerza ilocucionaria de una amenaza, mientras que la segunda puede tenerla de una mera constatación expresiva.

Por último, otro inconveniente que no puede olvidar esta concepción causal es la *incapacidad para explicar los efectos que se producen como consecuencia del acto lingüístico*. La vinculación entre el aspecto locucionario y los efectos materializados en su destinatario (actos perlocucionarios) no se pueden explicar simplemente como un proceso de relación causal-naturalístico ya que se requiere de una fuerza ilocucionaria previa mediante la cual el destinatario asocia a ese conjunto de palabras como una concreta acción que, a través de reglas convencionales, producen en él un determinado efecto psicológico. Así, para que la expresión «esta persona es una ladrona que se queda con nuestros impuestos», vertida en una plataforma digital, pueda producir efectos de desasosiego o quebranto de autoestima y heteroestima, no es suficiente con una explicación física sobre el proceso de redacción y subida del contenido a la plataforma. Será, asimismo, necesario que los destinatarios sean conscientes de la fuerza ilocucionaria asociada a ese enunciado para que se puedan producir dichos efectos. Si, en cambio, el destinatario no reconoce ese comportamiento como una acción de injuria porque no reconoce tal fuerza ilocucionaria, no hay posibilidad de que resulte perturbado⁶⁵⁵.

⁶⁵⁴ RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 32. Así este autor expresa que, siguiendo una concepción causalista, da igual que el sujeto emita el enunciado «eres un ladrón» o «son las doce en punto» porque tanto uno como otro causan procesos fisiológicos en el sistema nervioso de un sujeto debido a que este capta las ondas por el pabellón auditivo que lleguen a la corteza auditiva cerebral. Y, en consecuencia, con base en dicha conceptualización no es posible ofrecer una respuesta que explique las razones por las que en el primer caso, antes de toda valoración jurídica, el emisor está realizando una acción de insultar y en la otra dando la hora.

⁶⁵⁵ En un sentido similar, RUIZ ANTÓN propone el ejemplo comparativo de apretar un gatillo y amenazar. Detalla que, el movimiento de apoyar el gatillo de un arma con un dedo, mediante una serie de consecuencias sucesivas, puede llegar a causar la muerte de una persona. Sin embargo, la acción de amenazar – acto ilocucionario – no puede ser entendida como una consecuencia física ya que entre el componente fonético y la acción resultante median toda una serie de reglas que determinan que esas

Estos razonamientos no implican que la teoría causal de la acción no sirva para explicar, desde un punto de vista normativo, la realización de actos lingüísticos penalmente relevantes. Pero sí determinan ciertas incongruencias, o, al menos, deficiencias lógicas entre las proposiciones de esta teoría y la fundamentación filosófica de la teoría de los actos del habla.

Tampoco la conocida teoría de la acción final de WELZEL ofrece una alternativa adecuada. Tal y como la concibe este autor, la acción humana debe entenderse como el ejercicio de una actividad final basada en que el hombre, gracias a su saber causal, tiene la capacidad de prever (dentro de unos límites) las consecuencias posibles de su conducta, asignarse distintos fines y dirigir su actividad en relación con un plan a la consecución de estos⁶⁵⁶. A partir de este enfoque, la acción no solo se explica por un acontecer causal, sino por el control del curso causal que el individuo lleva a cabo encaminándolo a un determinado objetivo⁶⁵⁷. Así pues, WELZEL entiende que, mientras la causalidad es «ciega», la finalidad es «vidente» y bajo este prisma concibe la dirección final de una acción en dos fases⁶⁵⁸. La primera transcurre en la esfera del pensamiento y la segunda en el mundo real. De modo que, en primer lugar, el sujeto se anticipa y se propone el fin que desea realizar y, en consonancia, selecciona los medios necesarios para su realización. Con base en su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el fin, lleva a cabo un proceso mental hacia delante sobre los efectos concomitantes que pueden reducir los medios elegidos hasta ese momento y decantarse por otros factores. En la segunda fase, que se desarrolla en el mundo real, el sujeto, de acuerdo con la anticipación mental del fin, elige los medios y valora los efectos concomitantes para realiza un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento.

En realidad, la teoría de la acción final introduce positivas aportaciones hacia el entendimiento de los actos lingüísticos. Así, esta conceptualización permite *distinguir entre el hecho bruto resultante de la conducta animal o de los eventos naturales del acto*

palabras en una situación convencional concreta sean percibidas como amenaza. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., pp. 22-23. Por su parte, VIVES ANTÓN expone el ejemplo de las injurias verbales. De este modo, se cuestiona si desde el punto de vista causal de acción una emisión voluntaria de ondas sonoras puede tener algún tipo de valoración sobre ese sustrato. En VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 107-108.

⁶⁵⁶ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (versión castellana y notas por José Cerezo Mir), Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 25.

⁶⁵⁷ MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición...», cit., p. 1374.

⁶⁵⁸ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal...*, cit., pp. 26 y 27.

de habla humano. Con base en esta teoría, en el acto de habla del ser humano el sujeto escoge conscientemente los factores causales y los dispone con el propósito de lograr un fin previamente determinado. Trasladando el ejemplo de la ninfa a esta teoría, no podría ser considerado tal hecho como acción en la medida en que este animal no lleva a cabo la reproducción literal de las palabras con el propósito o voluntad de generar unos efectos concretos en el ser humano. En este sentido, la acción final consigue soslayar el primer obstáculo mencionado.

Asimismo, estas consideraciones propuestas por el penalista alemán resultan un interesante punto de partida *para resaltar y comprender cuál es la fuerza del acto ilocucionario correspondiente*. WELZEL entiende que la finalidad no debe confundirse con la mera «voluntariedad». La voluntariedad implica que un movimiento corporal y sus consecuencias puedan reconducirse a algún acto voluntario, independientemente de las consecuencias que quería producir el sujeto. En cambio, a la finalidad le es esencial la referencia a un determinado resultado querido, siendo esta la forma esencial que caracteriza a la acción⁶⁵⁹. Esta perspectiva remarca la importancia del elemento de la intencionalidad del acto ilocucionario y gracias a ella, precisamente, es posible distinguir la realización de un acto u otro mediante un mismo acto locucionario⁶⁶⁰. Así, la expresión enviada por mensaje directo de *X* a una persona con el contenido «si sales de casa, voy a por ti» puede constituir un acto de amenazar o puede ser vertido con un *animus iocandi* en función de la finalidad perseguida por el emisor mediante la creación y envío de dicho mensaje a esa persona en concreto.

Pese a ello, sigue siendo insuficiente esta teoría a propósito de los actos lingüísticos, ya que olvida el componente «convencional» o de reglas subyacentes que tanta relevancia adquiere, como se ha demostrado. Motivo por el cual a través de ella no se consigue alcanzar una solución satisfactoria frente a los dos inconvenientes restantes a los que se ha aludido (incapacidad de determinar la concreta acción que se ejecuta e incapacidad de explicar los efectos que de ella se derivan). Cabe recordar, en este punto, que aquello que realmente otorga de fuerza ilocucionaria a un enunciado lingüístico es precisamente la

⁶⁵⁹ De modo que, con contundencia, concluye al respecto: «a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un *contenido* determinado». *Ibidem*, p. 28.

⁶⁶⁰ Recuérdese, en este punto, la doctrina de las fuerzas ilocucionarias de Austin presentada en el epígrafe 2.1.1. del presente capítulo que apuntaba a cómo un mismo acto locucionario puede presentar diferentes fuerzas ilocucionarias en función de la intencionalidad del emisor del comunicado.

existencia de un contexto que le atribuye un significado concreto. En el caso de acciones con relevancia jurídico-penal será preciso atender al sentido que la norma penal le permite asociar a la emisión de dichas palabras. Y, en esta línea, como han manifestado POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS, la finalidad del sujeto no agota el contexto normativo que atribuye a una expresión emitida un significado determinado⁶⁶¹. Por lo tanto, con la misma contundencia con la que lo ha expresado VIVES ANTÓN, se defiende que el significado de las palabras no depende de la finalidad subjetiva del emisor, como tampoco de ella deriva el sentido de las acciones⁶⁶².

En definitiva, la comprensión del acto ilocucionario quedaría incompleta sólo desde una metodología óptica finalista ya que, si bien el componente de la intencionalidad ocuparía una posición relevante, faltaría el de la convencionalidad. El acto ilocucionario pues, no es tal, en el sentido proporcionado por Austin, Searle y Habermas, sin la referencia al conjunto de reglas que envuelven el acto lingüístico y que le dotan de un cierto significado. Reglas, que, en el caso de comportamientos penales deberán atender

⁶⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., pp. 81 y ss. Así, aunque desde una sistemática claramente funcionalista, estos autores consideran sobre los actos lingüísticos que no interesa tanto el substrato ontológico de la acción sino el significado atribuido normativamente a esas palabras. Por lo tanto, el sentido que un sujeto quiera darle a un hecho no es suficiente, puesto que ello no agota la configuración del contexto. Para explicar estas ideas, estos autores exponen como ejemplo ilustrativo el caso en el que un individuo vierte la expresión «te voy a matar». En este caso, no se podría afirmar, pese a la inequívoca intencionalidad homicida, que a dicha conducta se le asocia necesariamente una relevancia jurídico-penal para ser punible como delito de amenazas, ya que a la vista del resto de circunstancias podría estimarse la emisión de dicha expresión como justificada en legítima defensa al ser proferida cuando estaba siendo objeto de una agresión ilegítima y esas palabras le sirvieron para disuadir al agresor a consumir su propósito delictivo.

⁶⁶² Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 112-113. De hecho, esta es una de las grandes críticas que se ha dirigido a la teoría finalista de acción. ROXIN, por ejemplo, afirma que la esencia de la finalidad no puede establecerse ontológicamente porque el fenómeno normativo no es un mero proceso causal y su control no es suficiente para transformar un suceso en acción. Por ello, alude al ejemplo del delito de injurias. Y, en este caso, expresa que la definición de lo que debe ser considerado como injurias a efectos penales sería absurdo entenderlo meramente como una puesta en movimiento de ondas sonoras que causan excitaciones sensoriales en los oídos de un sujeto. Pero igualmente absurdo sería querer caracterizar la acción de injurias como una supradeterminación de ondas sonoras tendentes a producir sacudidas en el tímpano. Cfr., ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal (traducción de Diego Manuel Luzón Peña)*, Reus, Madrid, 1976, p. 93. Por su parte, VIVES ANTÓN va un paso más allá en la crítica iniciada por ROXIN al señalar las deficiencias aún si se entendiera que el contenido de la voluntad también se extiende a la emisión y recepción de un «ex abrupto» injurioso. Indica que ni aún en ese caso sería posible hablar propiamente de acción de injuriar, por mucho que esta fuera la finalidad subjetiva del hablante, si las palabras pronunciadas no constituyeran objetivamente una injuria. Y, en consonancia con lo anterior, concluye que una comprensión ontológica de la finalidad es inadecuada para cumplir con una función definitoria puesto que la necesidad de un entendimiento normativo conduce fuera del finalismo. Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 112-113.

Igualmente, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS al defender que el significado de las palabras no depende de lo que el remitente pretenda exclusivamente, sino de lo que el contexto normativo quiere que signifique, lo que determina que una misma expresión devenga o no jurídico penalmente relevante al imputar un significado penalmente prohibido. En POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 84.

al contexto objetivo en relación con el tipo penal correspondiente. Por ello, todavía sigue existiendo, desde esta conceptualización, una incapacidad de determinación de la acción que se ejecuta, así como de explicación de los efectos perlocucionarios en el mismo sentido esgrimido en la teoría causal de acción.

3.2. Planteamientos sociológicos

Es necesario, pues, acudir a otras teorías que permitan solventar estos problemas derivados de dotar un papel prioritario al elemento de la intersubjetividad. En este sentido, una de las más relevantes es la teoría social de la acción. Si bien es cierto que esta teoría ha presentado vertientes diferentes y no ha alcanzado una expresión unitaria⁶⁶³, lo cierto es que todas ellas presentan un buen punto de partida en común: desplazar la finalidad subjetiva del finalismo y posicionar la perspectiva social y la finalidad objetiva y potencial como elemento nuclear⁶⁶⁴. Quizás, las reflexiones de uno de los representantes más relevantes de esta propuesta metodológica como fue SCHMIDT ayuden a comprender mejor este cambio de perspectiva. Según este autor, los intentos de explicar la acción a partir de movimientos corporales no son relevantes, sino que esta solo puede entenderse con base en el medio social en el que se desenvuelven, es decir, en la esfera vital de los «otros» para otorgar un sentido que ni el pensamiento ni la voluntad del sujeto puede determinar por sí mismo⁶⁶⁵. No basta, pues, un comportamiento humano y la posibilidad de que este sea dominado por la voluntad humana, sino que debe existir, como expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, una relevancia social o, en otras palabras, que el comportamiento relacione al hombre con su entorno, susceptible de ser objeto de juicio de valor según las consecuencias que provoca en la esfera social⁶⁶⁶.

⁶⁶³ Así lo defiende SCHMIDT, Eberhard, «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt, 1969, p. 339. Es el propio SCHMIDT quien formula las primeras indicaciones de esta teoría considerando que el concepto de acción integra la modificación del mundo social mediante un comportamiento voluntario. En SCHMIDT, Eberhard, «Soziale Handlungslehre...», cit., p. 339. Por su parte, también se ubican en esta teoría, aunque aportan algunos matices diferenciadores ENGISCH, al considerar acción como «la voluntaria realización de consecuencias previsibles y socialmente relevantes» y MAIHOFER, quien la percibe como «toda conducta objetivamente dominable dirigida a un resultado social objetivamente previsible». Véase, respectivamente, ENGISCH, Karl, «Der finale Handlungsbegriff», en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlín, 1944, pp. 60 y 61, por un lado y, MAIHOFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tubinga, 1953, p. 72, por el otro.

⁶⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 114-115.

⁶⁶⁵ SCHMIDT, Eberhard, «Soziale Handlungslehre...», cit., pp. 340-341.

⁶⁶⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal...*, cit., p. 220. En un sentido parecido se pronunciaron JESCHECK y WEIGEND con su consideración de acción como comportamiento humano

Estas ideas se observan con claridad, en relación con los actos lingüísticos, con el ejemplo que propone VIVES ANTÓN a propósito de las injurias⁶⁶⁷. De modo que, siguiendo a este autor, ningún movimiento corporal resulta «a priori» una injuria ni ninguna finalidad subjetiva puede convertir tal acontecer físico-natural en «contrario al honor», salvo que sea socialmente interpretado como acción injuriosa. Por lo que ni la voluntad (dimensión interna) ni el movimiento corporal (dimensión externa) pueden constituir la esencia de la acción, sino que esta debe sustentarse en el sentido social.

En caso de desear comprender en profundidad la concreta fuerza ilocucionaria que subyace de la emisión de una serie de palabras, su verdadero sentido⁶⁶⁸, no queda otra que atender al contexto social en el que se enmarca. En consecuencia, la teoría social de acción, al colocar dicho contexto en una posición prioritaria, permite solventar el problema de la incapacidad de determinar la concreta acción que se ejecuta con un acto de habla. Si un sujeto envía un *whatsapp* a otro con el mensaje «ve preparando la bañera» no solo describe un estado de cosas, sino que también implica la realización de una acción. Acción que *a priori* podría entenderse como mera proposición o mandato conminando a llenar de agua la bañera. Desde esta perspectiva puede que dicho acto lingüístico en principio no posee relevancia jurídico-penal, sin embargo, el análisis es radicalmente distinto si se enmarca en un contexto de violencia de género sistemática en el que el marido ha utilizado esta frase durante años a modo de preludeo para obligar a la víctima a llenar la bañera y ahogarla hasta que se quedaba casi sin respiración. El envío del mensaje se transforma así en una potencial acción de amenaza con un posible reproche normativo penal.

con trascendencia social entendiendo esta como la relación del individuo con el mundo que le rodea y que le afecta a través de sus efectos. En JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho penal, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 238-240.

⁶⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 116. Un giro de comprensión que, desde la teoría causalista hasta la teoría social, en palabras del citado autor, ha transformado la acción de «una *sustancia sin sentido*» a serlo «como un *sentido sin sustancia*». Cursiva perteneciente al autor.

⁶⁶⁸ POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS explican estas consideraciones a partir de la diferencia entre «sentido preidiomático» y «sentido idiomático». Según estos autores, el primero es el sentido natural de las cosas el que caracteriza ciertos movimientos, estímulos e instintos de los animales como puede ser que los pollos recién nacidos sepan distinguir los gusanos nutritivos o que las abejas regresen de las flores a su colmena. En cambio, el segundo representa aquel en el que los concretos sonidos articulados adquieren un significado determinado, en el seno de una oración, en un contexto. En este caso, exponen como ejemplo la expresión «dispara ahora» que bien podría significar la conminación a que otro cometa un delito, pero también el deseo de un entrenador de fútbol a que un delantero marque gol. Pues bien, evidentemente, el sentido preidiomático o los diferentes sentidos que un comportamiento pudiera hipotéticamente presentar no es relevante para el Derecho penal. La relevancia la ostenta realmente el sentido idiomático, el significado de una acción en una situación concreta. Véase, POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras...*, cit., pp. 30 y ss.

A propósito de este caso, con claridad, es posible observar cómo un mismo acto locucionario puede dar pie a varios actos ilocucionarios. Cuando se expresan palabras, también se realizan acciones, pero estas solo pueden entenderse en atención a las reglas y convenciones que las gobiernan⁶⁶⁹ y, para ello, hay que acudir al medio social en el que se llevan a cabo. Este nos proporcionará las pautas objetivas que explican cómo se interpreta un concreto acto lingüístico y, *por ende*, cómo ha podido ser comprendido por su destinatario. Desde este punto de vista, la concepción habermasiana de acto ilocucionario que entendía que este se comprende no solo de intención, sino también de intención consensuada (intención entendida por el oyente) es más acorde con un análisis de la acción no solo desde un punto de vista subjetivo (de la finalidad del emisor) sino también objetivo (comprensión general en atención al contexto concreto).

Ahora bien, en este punto es preciso matizar un aspecto relevante. Cuando se analiza el sentido de un acto lingüístico como manifestación de una acción penal el foco de atención sobre el elemento de la regla subyacente hay que ponerlo en una doble dimensión: en su contexto social, pero también en su contexto normativo. De manera que el verdadero sentido de la acción quedará determinado, por una parte, por el conjunto de convenciones que permiten objetivamente situar la fuerza ilocucionaria de las palabras vertidas y, por otra, por el conjunto de reglas penales que sitúan ese acto al margen o no de un tipo penal. Piénsese en los padres que le dicen a su hijo «o haces la cama o te quedas sin helado». Se trata de un acto cuya fuerza locucionaria en función del contexto puede determinar que se trata de una amenaza, pero esta no puede ser considerada como una acción de amenaza penalmente relevante. Ciertamente, dicho enunciado emitido convencionalmente seguirá siendo una acción de amenazar⁶⁷⁰, pero al carecer de importancia típica no constituirá un delito de amenazas. Por ello, en consonancia con lo

⁶⁶⁹ Idénticas ideas expone RUIZ ANTÓN. Para este autor, puesto que hablar un lenguaje consiste en participar en una forma de conducta gobernada por reglas, esas reglas son precisamente todas aquellas convenciones que explican que unas circunstancias apropiadas especifican la realización de una concreta y particular acción. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 25. Por lo tanto, lo relevante para interpretar el significado de un contenido proposicional habrá que acudir a la función con que se profiere y esta función subyace de la intención comunicativa del hablante mediada por el contexto social en que se emplea. Véase, sobre esta afirmación ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., p. 23.

⁶⁷⁰ Según RUIZ ANTÓN, con palabras se cometen delitos porque, previamente antes de toda valoración jurídica el emisor utiliza el lenguaje en una serie de circunstancias que, en conformidad con un conjunto de reglas que rigen su uso, el enunciado proferido es una acción, por ejemplo, de amenazar. Que el jurista estima que se trata de una acción típica es una cuestión independiente del acto de habla realizado puesto que este se asienta en reglas que están al margen de la norma penal y existen autónomamente de lo especificado en los tipos penales. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 31.

ofrecido por POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, no es posible afirmar, en realidad, que preexista en estos casos un concepto de acción a la propia norma⁶⁷¹, sino que el sentido completo se lo otorga todas las reglas subyacentes que envuelven la emisión de esas palabras y, dentro de estas convenciones, las normas penales pueden jugar un papel imprescindible.

Probablemente sea este último matiz el que determine que la teoría social de la acción resulta insatisfactoria en aras de una correcta explicación de la criminalización del uso de la palabra. Esto es así, porque junto a la crítica de ambigüedad y generalidad a la que se ha asociado esta teoría⁶⁷², su pretensión de acción como supraconcepto implica separar su alcance con la realidad penal⁶⁷³, lo que dejaría al margen las reglas penales que tanto protagonismo se le ha otorgado en este trabajo. Esta segunda crítica queda palmariamente reflejada cuando COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN argumentan que la doctrina social de la acción solo puede seguir dos vías: bien considerarla como comportamiento de sentido social exclusivamente, lo que dejaría el concepto demasiado abstracto y vacío de contenido que esquiva la concreción de cuál es el verdadero alcance significativamente social que la hace adentrarse en el ámbito punitivo; bien entrar a valorar, en cada caso, qué es lo socialmente relevante, en cuyo caso coincidirá con los comportamientos típicos⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Cabe matizar que el planteamiento de estos autores se sustenta sobre bases funcionalistas como se desprende claramente de afirmaciones como la siguiente: «El funcionalismo ha puesto de relieve que tanto el quebrantamiento de la norma como la consecuencia que se desencadena frente a él no son sucesos carentes de sentido sino hechos de un integrante del sistema social que expresan un sentido. Una acción es, en consecuencia, jurídico-penalmente relevante en cuanto infracción de la norma, en cuanto proyecto personal del autor, desautorizador de la vigencia de la norma». En POLAINO y POLAINO, p. 71.

⁶⁷² Reconocida es, en este sentido la crítica elaborada por VIVES ANTÓN al declarar que «la teoría social de acción está a punto de decirlo todo; y, sin embargo, a fuerza de dar vueltas a un círculo vicioso, no dice – finalmente – nada». VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 117. Asimismo, Díez RIPOLLÉS que indica que una de las principales críticas de esta teoría es precisamente su excesiva abstracción y amplitud conceptual que da lugar a una dificultosa vinculación entre él y los restantes elementos de la infracción penal. Cfr., Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 143. Por su parte, MORILLAS CUEVAS también ha remarcado esta crítica al señalar la fragilidad de la teoría por su excesiva generalidad ya que prácticamente todo lo exterior a la persona tiene una dimensión social y muchos actos realizados en este sentido no tienen una fácil ubicación. En MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición...», cit., p. 1380.

⁶⁷³ Cfr., MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición...», cit., p. 1380.

⁶⁷⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 377.

3.3. Toma de postura: la acción como sentido con independencia del medio

Todo el planteamiento ofrecido anteriormente, conduce, necesariamente, a una idea clara: también desde la filosofía del lenguaje es posible defender la conveniencia de renunciar a un supraconcepto de acción⁶⁷⁵. De modo que, para entender realmente el sentido de un acto lingüístico, necesariamente se ha de acudir al tipo, y desde este también interpretar el sentido completo de la acción correspondiente. Quizás, por ello, la concepción de acción establecida por VIVES ANTÓN sea la más adecuada y que mejor

⁶⁷⁵ Históricamente, en la doctrina penal española han imperado, fundamentalmente, dos vertientes en torno al peso que se le ha otorgado a la acción en la teoría jurídica del delito. Por un lado, aquellos planteamientos que la han concebido como un elemento aislado y prejurídico, que es posible establecer sin hacer referencia a lo normativo. Desde este punto de vista, se ubica la postura de GIMBERNAT ORDEIG quien ha considerado que es posible partir de un concepto ontológico, coincidente con la doctrina causal de acción, aunque con ciertas matizaciones ampliatorias y modificativas. Véase, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», *ADPCP*, 1987, pp. 585 y ss. Asimismo, desde planteamientos finalistas CERESO MIR y DíEZ RIPOLLÉS. El primero, considerando que la acción y la omisión cumplen la función de elemento básico y neutral que no prejuzga los siguientes elementos del concepto del delito; mientras que el segundo defiende un concepto autónomo de acción, no pudiendo justificarse su difuminación dentro del elemento de conducta típica, aunque argumenta que se ha de moderar notablemente las expectativas iniciales en cuanto a su virtualidad. Véase, respectivamente, CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 48-50; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español...*, cit., p. 146. E incluso partiendo de un concepto social de acción como el defendido por RODRÍGUEZ MOURULLO quien mantuvo que si la acción comprendiera en sí alguna de las partes integrantes de las restantes características del delito originaría un sistema atormentado. En RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal...*, cit., pp. 209-211.

En cambio, una segunda vertiente ha considerado que la idea prejurídica de acción como supraconcepto es insuficiente ya que depende, necesariamente, del resto de elementos del tipo. En esta línea, fueron COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN quienes, por primera vez en España, partieron en su sistema de la tipicidad. Según estos autores, desde el Derecho penal, lo esencial no es determinar si ha habido o no una acción, sino más bien si se ha realizado una acción descrita en la pertinente figura de la Parte Especial. De modo que, renuncian a resolver los problemas de un concepto general de acción, para partir de la acción típica en la que la conducta no es el fundamento del injusto penal, sino que representa una de las condiciones decisivas para que un determinado injusto pueda presentar relevancia a efectos penales. Véase, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., pp. 367-369. En cierta manera, esta idea también ha sido defendida por MIR PUIG al entender que «son las exigencias del injusto las que permiten delimitar el concepto de comportamiento que importa al Derecho penal». En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p. 195. También por QUINTERO OLIVARES cuando afirma que para que la acción sea relevante jurídico-penalmente, por imperativo del principio de legalidad, es una *conditio sine qua non* que el acto sea típico y, al mismo tiempo, cuando defiende que se trata de un concepto normativo creado por el derecho positivo sin que quepa la existencia de acciones abstractas. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 253 y 261. De igual forma, es clara la postura de ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC al determinar que no es posible establecer un concepto general de conducta, sino que existen tantos conceptos de conducta como clases de acciones típicas relevantes hay para el Derecho penal. En ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 214. Sin embargo, más ambigua parece la postura ofrecida por MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ya que, por una parte, afirman que la acción cumple la función de elemento básico, aunque solo en la medida en que coincide con una conducta descrita en el tipo correspondiente y, por el otro, consideran que el concepto de acción es el objeto de una valoración, pero no la valoración que se hace posteriormente en las restantes categorías del delito. Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 200.

explique el acto de habla como conducta criminal⁶⁷⁶. Concretamente, este autor defiende lo que denomina «concepción significativa de la acción» a través de la cual considera las acciones «como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción no *como sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino *como sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera así un *giro copernicano* en la teoría de la acción: ya no es el *sustrato de un sentido*, sino, a la inversa, el *sentido de un sustrato*»⁶⁷⁷.

Mediante estas consideraciones, el sentido que se atribuye al comportamiento humano se convierte en el pilar fundamental de la comprensión de la acción. Desde esta perspectiva, la acción (y en especial el acto realizado a través del uso de la palabra) no puede concebirse como la suma de un hecho interno y otro externo, sino como una construcción social en el que un conjunto de reglas⁶⁷⁸ son las que dotan de significado a dicho comportamiento. A partir de esta aproximación teórica, y desde un enfoque penal, el acto lingüístico es el sentido (interpretación basada en reglas sociales) que se atribuye a un concreto sustrato (emisión de palabras).

A propósito del peso que otorga la concepción significativa de la acción al componente «sentido» se remarcan, a su vez, dos pilares fundamentales que lo componen: la interpretación y las reglas sociales. Del primero se deriva la consecuencia de que para etiquetar a la diseminación de un conjunto de palabras como acción no es suficiente con haber constatado caracteres subjetivos como la voluntariedad o

⁶⁷⁶ Probablemente, el hecho de que en su teoría haya influido tan notoriamente la moderna filosofía del lenguaje tenga mucho que ver en ello.

⁶⁷⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 205. Una crítica de esta concepción la ofrece Díez RIPOLLÉS al entender que la tesis de Vives no exige de verificar en el sustrato la atribución de ciertas cualidades. Considera discutible que las reglas sociales de interpretación dejen totalmente al margen la presencia de ciertas cualidades psicológicas del comportamiento, condicionándonos a interpretar el sustrato desde una perspectiva mentalista. De modo que estamos obligados a partir de un sustrato con dichas cualidades para poder atribuir de sentido a la acción humana y esto conduce, según su parecer, a que el problema del concepto de acción vuelva al principio. En Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho penal español...*, cit., p. 145.

⁶⁷⁸ Así, VIVES ANTÓN considera que resulta conveniente abordar la idea de acción como objeto de dos pisos – físico y mental – puesto que no sirve para alojar en su seno a toda clase de acciones. Hay que partir, pues de una reflexión sobre normas sociales y no desde ninguna meta psicológica. En VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., pp. 203 y 204. Según ALCÁCER GUIRAO la acción no «existe» en el reino de las cosas, sino que esta es una construcción social conformada a propósito de la asignación de un significado que es otorgado desde un reconocimiento mutuo como agentes capaces de acción. En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., p. 41. Por su parte, RUIZ ANTÓN, en una línea similar, remarca el entendimiento de la acción a partir de las reglas o convenciones que permiten interpretarla. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., pp. 23 y 24.

intencionalidad del sujeto, sino que es preciso dar un paso más y asignar un determinado significado. Es decir, un acto lingüístico, desde este enfoque, no es *aquello que un sujeto hace* (sustrato) *con la emisión de palabras*, sino más bien *el significado de lo que hace* (sentido del sustrato) *con esas palabras*. Ello conlleva a la idea de que una acción no comprenderá meros acontecimientos y no es suficiente con describirla, sino que al tener sentido, es necesario entenderlas⁶⁷⁹. Y ese entendimiento o interpretación no se lleva a cabo por aquel que realiza el comportamiento, sino desde afuera⁶⁸⁰, mediante reglas sociales que atribuyen cierto sentido a un concreto comportamiento. Lo que conduce a determinar que el proceso de adscripción de un suceso el carácter de acción, en definitiva es, como acertadamente afirma ALCÁCER GUIRAO, comunicación⁶⁸¹. El «sentido», en este primer bloque, resalta la idea de que «acción» es el resultado de un proceso de interpretación⁶⁸². Ahora bien, para poder llevar a cabo la actividad de interpretación esta debe basarse en toda regla que ostente un papel para dotar de sentido a la acción. Y puesto que las acciones se explican mediante reglas, las normas jurídicas también deben tenerse en consideración ya que pueden contribuir a establecer, o de hecho, establecen por sí mismas, el sentido de las acciones⁶⁸³.

⁶⁷⁹ Así lo consideran ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal...*, cit., p. 213.

⁶⁸⁰ Así lo resume Díez Ripollés al analizar la concepción significativa de la acción. En Díez Ripollés, José Luis, *Derecho penal español...*, cit., pp. 144 y 145.

⁶⁸¹ Este autor, partiendo de la idea de Habermas, sostiene un planteamiento de acción con base en las reglas que la enmarcan. En esta tarea, considera que dentro de la interpretación de la acción existen dos niveles de significado: «asignación de sentido de primer orden» y «asignación de sentido de segundo orden». En la primera se atribuye el significado de acción a un movimiento corporal. Y, en un segundo paso analítico, a través de la segunda otorgamos un sentido determinado a ese movimiento calificado a través de las respectivas reglas de un determinado juego del lenguaje: social, penal, moral, etc. En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., pp. 39 y 40.

Asimismo, el carácter comunicativo de la acción, siguiendo a RUIZ ANTÓN, aporta un matiz interesante: la necesidad de comprensión del sentido de la acción por parte del destinatario. Así lo expresa este autor al defender que el carácter comunicativo del acto del habla no sólo precisa de unas circunstancias adecuadas, sino también del conocimiento por parte del oyente de las reglas que rigen el uso del lenguaje. De modo que la comunicación se alcanza satisfactoriamente cuando se consigue que el oyente aprehenda la fuerza ilocucionaria y con ello reconozca la acción concreta que se está realizando. En RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., pp. 26 y 27.

⁶⁸² VIVES ANTÓN adelanta esta idea desde el planteamiento de Habermas en VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 195.

⁶⁸³ Para aclarar esta aproximación, VIVES ANTÓN contrapone los hechos de las acciones. Así, mientras que los hechos acaecen, pueden ser descritos, las acciones significan, han de ser entendidas. Las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales y, a partir de la concepción wittgensteniana de gramática profunda, incluye las normas jurídicas ya que pueden desempeñar un papel gramatical para dotar de sentido a la acción. Es más, expone que en algunos casos, incluso, la norma jurídica, por sí misma, será la que dote de sentido a la acción como ocurre con el caso de prevaricar el cual es imposible fuera del Derecho. En VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos...*, cit., p. 205.

Con todo ello, la teoría de la concepción significativa de la acción determina, en lo que aquí interesa, que para comprender un acto de habla haya que acudir también a la norma ya que su significado solo existirá en virtud de esta y no previo a la misma⁶⁸⁴. No podrá, así, decirse que existe una injuria, una amenaza o un discurso de odio penalmente relevante, por poner algunos ejemplos, si previamente la norma penal no los define y les otorga tal relevancia. De tales reflexiones se sustentan dos conclusiones: el hecho de proferir palabras será una condición fundamental, pero solo interesará en la medida en que cumpla con las características exigidas por la ley penal y, en consecuencia, existirán tantos conceptos de acción realizadas con palabras como tantas clases típicas sea establecidas por el Derecho penal⁶⁸⁵. A partir de aquí, se entiende con mayor claridad que el sentido de emitir palabras será la suma de tres elementos: intención comunicativa, contexto social y contexto normativo. Por lo que el segundo, a diferencia de los planteamientos sociales de acción, no será la única fuente a tener consideración, si bien puede ser trascendente⁶⁸⁶.

Recientemente, se observa un creciente interés en las repercusiones que las transformaciones del ciberespacio puedan acontecer también en la teoría de la acción. Esta postura ha sido palmariamente reflejada en la posición de AGUSTINA cuando plantea la necesidad de reconceptualizar el concepto de acción ante los delitos cometidos a través de las TIC⁶⁸⁷. En esta línea, partiendo de la premisa de que en las últimas décadas se han producido toda una serie de transformaciones sociales, filosóficas, epistemológicas y culturales, se cuestiona la necesidad de adaptar la teoría de la acción al nuevo cambio de paradigma de la acción humana en el contexto digital⁶⁸⁸. Y ello porque, según su

⁶⁸⁴ ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal...*, cit., p. 215.

⁶⁸⁵ Tal y como describen ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC en función de las diversas características con las que son descritas normativamente. Véase, *Ídem*.

⁶⁸⁶ MORILLAS CUEVAS, al analizar las deficiencias de la teoría social de acción, alude a este componente cuando expresa que: «Existe, pues, una clara interdependencia entre lo social y lo jurídico, dónde aquel se integra, generalmente en el tipo. Desde esta perspectiva, la relevancia social deja de tener eficacia como elemento sistemático pues no es la referencia sobre la que hay que incorporar los predicados valorativo sino una cualidad, trascendente, pero únicamente en la apreciación del injusto». En MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, «Construcción y demolición...», cit., p. 1380. Más contundentemente lo expresan POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS pues para ellos el contexto normativo es el que determina si un mismo significativo deviene o no jurídico-penalmente relevante al imputarse un significado penalmente prohibido. De modo que, lo importante es que convencionalmente se pueda atribuir a una expresión concreta un desvalor de injusto por infringirse una expectativa normativamente protegida. En POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., pp. 84-86.

⁶⁸⁷ Véase, el planteamiento que desarrolla en AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., pp. 712; 746-748 y 766-768.

⁶⁸⁸ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., pp. 712, 725 y 744. Como consecuencia a este planteamiento, expresa que las conceptualizaciones causales, finales, sociales y el entendimiento

parecer, como consecuencia de ese cambio de paradigma se han producido mutaciones significativas que conducen a un concepto virtual de acción en la que esta no puede medirse con los estándares tradicionales⁶⁸⁹. Ahora bien, en su trabajo, AGUSTINA plantea las bases de argumentación acerca de la necesidad de readaptar la comprensión de acción, pero lo cierto es que todavía no se ha desarrollado una alternativa que indique cuál sería ese nuevo contenido y alcance. En cambio, otras posiciones se muestran más escépticas al respecto. Este sería el caso de LLORIA GARCÍA quien, dejando a un lado las repercusiones dogmáticas de la irrupción de la IA en la teoría de la acción, considera, en una primera aproximación, que el concepto de acción no debería variar en el caso de los comportamientos humanos de los que se derivan resultados de lesión o de peligro para bienes jurídico-penales⁶⁹⁰.

Pues bien, este segundo planteamiento parece el más acorde también en atención a los comportamientos de emisión de palabras a través de las plataformas digitales. Y ello porque la tradicional «concepción significativa de la acción» es suficiente para comprender la atribución de responsabilidad penal a conductas consistentes en la formulación de expresiones en dicho medio. Es cierto, como ya se ha indicado, que la comunicación digital muestra prácticas discursivas específicas como son los emoticonos, *stickers*, retuits, me gustas, etc. Sin embargo, tales recursos propios del ciberespacio, en la mayoría de las ocasiones, en tanto en cuanto acompañados de palabras, más que transformar el sentido de la acción propiamente dicha, sirven como elementos esenciales de interpretación de la intención comunicativa del emisor, así como su contexto

normativo-comunicativo de la acción debería dar paso a un entendimiento de la acción humana que tuviera en cuenta la coexistencia del mundo físico y el virtual que, como dimensiones distintas, no dejan de ser parcelas de un mismo «mundo real». *Ibidem*, pp. 748-749.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, pp. 747-748. Concretamente, tres son las mutaciones significativas que remarca el autor: el surgimiento y consolidación del principio de ubicuidad, la modulación de la prescripción y de los delitos permanentes y, finalmente las alteraciones en el *unum*. En relación con la primera consideración, resalta el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 en el que se fija el principio mediante el cual el Juez del lugar en el que se haya realizado algún elemento del tipo que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será, en principio el competente para la instrucción de la causa, ampliándose así el alcance jurisdiccional en virtud de este principio. A propósito de la segunda, plantea que las características del ciberespacio determinan un replanteamiento en los criterios de valoración del inicio del cómputo y finalización de las expresiones vertidas en las plataformas digitales ya que no funcionan con la misma lógica temporal discursiva puesto que los hechos dejan de estar fuera del control del autor en muchas ocasiones. Y, finalmente, el solapamiento y contracción de las variables del tiempo y del espacio propias del entorno virtual afectan, inevitablemente, a la teoría de la unidad y la pluralidad delictiva, así como en las fases del *iter criminis*.

⁶⁹⁰ LLORIA GARCÍA, Paz, «Reflexiones sobre algunas implicaciones dogmáticas de las formas de criminalidad tecnológica en la teoría del delito y en la teoría de la pena», *Proyecto de investigación. Concurso de acceso al cuerpo de catedráticos y catedráticas de universidad*, Universidad de Valencia, 2022, pp. 70-71.

extralingüístico social. En otras palabras, forman parte de los componentes de interpretación y reglas sociales de la concepción significativa propuesta por Vives Antón.

Por otra parte, aquellas valoraciones que forman parte del «juego de la viralidad»⁶⁹¹ del mensaje, tampoco forman parte del análisis de la acción, sino que son parámetros de las consecuencias penológicas, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, asociadas a un comportamiento concreto. Desde luego, la variable «publicidad» que caracteriza la conducta en el ciberespacio puede ser relevante para fundamentar una mayor lesividad del comportamiento, por lo que la utilización de mecanismos que restringen esa viralidad o el uso de estrategias que la fomentan pueden ser utilizadas en la medición de las consecuencias penológicas a aplicar, pero no, en sí, de adscripción de realización de una acción concreta. Y así se ha encargado de señalar la jurisprudencia⁶⁹²

⁶⁹¹ Cuando se hace referencia al «juego de la viralidad» se alude al conjunto de juegos del lenguaje y prácticas sociales digitales por los que un usuario decide limitar o potenciar los efectos expansivos de un contenido subido a las plataformas digitales para que alcance mayor o menor número de personas. Entre ellos, se encuentra el uso de *hashtags* o etiquetamiento de *trending topics*, la limitación a que puedan comentar o compartir tu comentario, el uso de perfiles cerrados, etc.

⁶⁹² Paulatinamente, los tribunales españoles han hecho eco la intensificación de la lesividad de los mensajes mediante el uso de las nuevas tecnologías. En 2015, el Tribunal Supremo en la STS nº 106/2015, de 19 de febrero de 2015, FJ cuarto ya resaltó la necesidad de que cualquier política criminal no puede negar la explosión tecnológica de las redes sociales que permite, gracias a la publicidad intrínseca del medio, divulgar un mensaje en segundos a una ingente cantidad de usuarios. Corriente seguida por la Audiencia Nacional en sentencias como SAN, Penal, sec. 2ª, n.º 1/2017, de 12 de enero de 2017, FJ segundo y SAN, Penal, no 3/2016, 23 de febrero de 2016, FJ segundo.

Y con mayor contundencia se expresó en la STS nº4/2017, de 18 de enero de 2017, FJ segundo en la que se argumenta que «la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios». De modo que existe un incremento del daño, siguiendo con dicha resolución, debido a la «vocación de perpetuidad» y, al mismo tiempo, en la carencia de «control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión». Argumentos reafirmados a través de la STS, Sala II, nº 547/2022, de 2 de febrero de 2022, FJ tercero.

De hecho, la inmediata publicidad que caracteriza a las plataformas digitales constituye un argumento esencial por parte de nuestros tribunales para castigar el tipo agravado del artículo 209 del Código penal en los delitos de injurias cuando estas se vierten a través de dicho medio. Sobre esta cuestión, resulta sumamente interesante el trabajo de BARRIO, Rodrigo Miguel, «El delito de injurias y las redes sociales. El número de “followers” y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 36, 2022, pp. 7 y 8. Cuestión también tratada en la STS (Pleno), n.º 344/2020, de 25 de junio de 2020, FJ sexto. En ella se indica que «propagar significa posibilitar que algo se extiende o multiplique» de manera que la agravación prevista en el art. 209 del Código penal está sujeta a una condición objetiva que «también alcanza a aquellos supuestos en los que lo que se agrede es la autoestima del sujeto pasivo, potenciándose o multiplicándose la lesividad de los hechos mediante instrumentos de divulgación pública que fortalezcan la acción expresamente emprendida para atacar el bien jurídico». Y entre estos instrumentos de divulgación pública se encuentran las redes sociales como aconteció en el caso enjuiciado y así se hizo constar en la sentencia. Esta es la línea seguida también por la jurisprudencia menor. Ejemplo de ello son las sentencias recientes SAP Cádiz, sec. 8ª, nº 267/2021, de 10 de septiembre de 2021, FJ cuarto y la SAP Barcelona, sec. 7ª, n.º 25/2021, de 11 de enero de 2021, FJ tercero. Ambas justifican que el uso de redes sociales para la comisión del delito de injurias tenga, en la actualidad, «un alcance y capacidad de propagación equiparables a la radio o a la imprenta», lo que se respalda debido a que la injuria se ha realizado con publicidad y, por tanto, se aplique el tipo agravado.

y la doctrina⁶⁹³. Ahora bien, estos efectos perlocucionarios, a menudo «más intensos» que cuando se produce en un medio no virtual, no inciden directamente en una concepción diferente de acción, sino en la legitimación de un reproche penal más grave.

No obstante, más dudosa puede ser la realización de comportamientos propios del entorno digital que no van acompañadas de la emisión de palabras realizadas por el agente. Concretamente, se está aludiendo a la posibilidad de considerar como acción, a efectos penales, la emisión exclusivamente de emoticonos o *stickers*, por un lado, y la de compartir contenidos de otros sujetos a través de las herramientas del «retuit» o el «me gusta», por el otro. En relación con el primer grupo, sí que es posible atribuir, bajo determinadas condiciones, una responsabilidad penal por tales actos. En primer lugar, porque existe un paralelismo entre los emoticonos y *stickers* (entorno digital) y los gestos (entorno físico). De modo que, si es suficiente entender que mediante gestos se están realizando acciones⁶⁹⁴, también a través de estos recursos se pueden llevar a cabo. La concepción significativa de la acción permite dotar de sentido a estos recursos digitales de modo que si del contexto es posible concluir que existía una intención comunicativa determinada y que esta fue comprendida por el destinatario bajo parámetros objetivos, también es posible considerar ese comportamiento como acción a efectos penales⁶⁹⁵. Desde luego, no será algo habitual, y será preciso demostrar con rotunda claridad cuáles son las reglas sociales y normativas que dotan de un determinado sentido a esa acción para responsabilizar penalmente al sujeto, pero ello no impide que pueda quedar dentro del ámbito de aplicación de la norma.

⁶⁹³ Así pues, parte de la doctrina considera que el carácter de perpetuidad y viralidad suponen una mayor lesividad de la conducta ya que un único sujeto puede verse atacado por una gran cantidad de individuos al difundirse el ataque. En este sentido, LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos en el ciberespacio...», cit., pp. 374-375 y BARRIO, Rodrigo Miguel, «El delito de injurias y las redes sociales...», cit., p. 7. Y, por otro lado, se considera que la viralidad provoca un incremento importante de los efectos generados en el tiempo y en el espacio, causando un claro descontrol del impacto del mensaje. En este sentido, MIRÓ LLINARES, Fernando, «Derecho penal y 140 caracteres...», cit., pp. 24 y 25. De hecho, es precisamente esta una de las razones que avala, según AGUSTINA, la introducción de una nueva circunstancia modificativa genérica por razón de los medios tecnológicos. En AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 766.

⁶⁹⁴ Piénsese en el jefe de una organización criminal cuyo modo de ordenar que ejecuten a un individuo es siempre mediante un gesto determinado como puede ser el pasar uno de los dedos de parte a parte de su garganta. Y mediante este gesto el miembro de la banda ya sabe qué le está pidiendo. Podrá ser suficiente, en atención al contexto, para considerarlo como acto de inducción que hace nacer en otro la idea criminal de lesionar la vida de un tercero.

⁶⁹⁵ Aplicando el ejemplo anterior al uso de emoticonos, también puede ocurrir que sea una práctica habitual dentro de una banda criminal que el cabeza de la banda utilice un concreto *emoji* para dar una orden de ejecución y que el destinatario reconozca a través de esa conducta el significado de la orden y, en consecuencia, mate a un tercero.

A propósito del segundo grupo, mayores inconvenientes presenta la atribución de responsabilidad penal «a golpe de click» mediante la figura del retuit⁶⁹⁶. Esto se debe, principalmente, a que, en atención a los usos y prácticas sociales de las plataformas digitales, todavía este tipo de actividades no goza de un sentido unitario que implique que el retuit, necesariamente, conlleve una asunción de lo allí comentado como un comportamiento propio. Es decir, el sentido que se le proporciona a reproducir un mensaje mediante un solo *click* no tiene por qué corresponderse con una asimilación y una postura favorable que permitan identificar tal acción como si fuera el creador de la misma⁶⁹⁷. Y, en consecuencia, emitir el mensaje (creador) y reproducirlo mediante retuit u otros mecanismos similares (redifusor) son conductas cuyo sentido y significado es distinto. El primero realiza una labor de creación, el segundo de expansión, propagación, diseminación, etc. En consecuencia, estas segundas conductas de difusión automática no dejan de ser, en definitiva, hechos institucionales, por lo que siempre habrá que tener en cuenta la funcionalidad que socialmente se le otorga al uso de estas herramientas digitales para dotar de sentido a aquello que se está realizando⁶⁹⁸. Asimismo, en ocasiones, estas

⁶⁹⁶ Desde luego, se trata de un comportamiento novedoso en el que nuestros Tribunales todavía vacilan acerca de su figura como acción penal. Sobre todo, en los delitos de expresión ha sido en los casos en los que los tribunales españoles más han enfatizado esta conducta como mecanismo de propagación. Un ejemplo contundente se desprende de la SAN, sec. 2ª, n.o 3/2016, de 23 de febrero de 2016, FJ segundo, en la que, a propósito del delito de enaltecimiento del terrorismo, argumenta que: «resulta irrelevante que los mensajes, imágenes y composiciones fueran personalmente creados y publicados por el acusado o retuitteados por el mismo, ya que el tipo no exige la autoría material de las imágenes sino la difusión pública de los contenidos». Asimismo, en un sentido similar la SAN, Sala Penal, sec. 2ª, no 1/2017, de 12 de enero de 2017, FJ Segundo. Razonamiento que también está presente en la SAN, Sala Penal, sec. 4ª, n.o 6/2016, de 29 de enero de 2016, FJ tercero al indicar que el delito de enaltecimiento de terrorismo y humillación de las víctimas «no requieren que el sujeto activo sea el inventor de las proclamas, mensajes, comentarios, etc. a través de los cuales se perpetran el ilícito penal».

⁶⁹⁷ En un sentido similar, se ha pronunciado CORRECHER MIRA al afirmar que «el hecho de compartir un contenido no tiene que representar, necesariamente, una posición favorable en relación con éste, en tanto que puede hacerse, por ejemplo, para dar pie a una crítica sobre el alcance de dicho contenido». CORRECHER MIRA, Jorge, *El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas: de la imprenta a las redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, [online].

Un claro ejemplo se desprende de la SAP Navarra, sec. 2ª, n.o 274/2019, de 20 de diciembre de 2019, FJ Tercero. En esta sentencia, en relación con un delito de amenazas se argumenta que «dar un "me gusta" no es lo mismo que instar al redactor del mensaje a que materialice su deseo de que alguien haga algo malo a los denunciantes ni mucho menos equivale a que la denunciada ostentara el poder real de que se llevaran a cabo las acciones exteriorizadas en esos mensajes». Por lo tanto, la mera conducta de «clickeo» mediante la opción del «me gusta» no puede asimilarse a la conducta de emisión de un mensaje objetivamente amenazante hacia un individuo.

⁶⁹⁸ Por ilustrar con algunos ejemplos, piénsese en las figuras del «retuit» y del «me gusta» de la red social X. Ciertamente, el segundo ha pasado de ser un mero elemento de interacción social que simplemente mostraba una afinidad con el mensaje a constituir una herramienta también de difusión puesto que ya aparecen en los «muros» ajenos los mensajes a los que se le da «me gusta». Sin embargo, el «retuit» se le ha atribuido una vinculación más estrecha con la intención de difusión y viralidad del contenido. En cualquier caso, habrá que atender a la evolución del uso social de ambas figuras y al contexto social que envuelve la conducta.

conductas serán entendidas como una acción penal si el tipo contempla dentro de sus elementos típicos estas acciones⁶⁹⁹ de redifusión. Esta es una consecuencia, si se recuerda, de defender la acción como un elemento configurador del tipo puesto que las reglas que dotan de sentido se conforman tanto por las reglas sociales como por las normativo-penales. En el Código penal español esto ocurre, por poner algún ejemplo, en aquellos delitos cuyo verbo típico es el de «difundir» como el delito de revelación de secretos del artículo 197.3, el de difusión no consentida de imágenes íntimas del artículo 197.7.II, el delito de exhibición de pornografía infantil del art. 186, el de discurso de odio del art. 510.1.b) y enaltecimiento del terrorismo art. 579.1 CP. Por ello, para que el «mero clic» pueda ser merecedor de reproche penal, será indispensable atender al resto de exigencias normativas de aquellos tipos penales que contemplen conductas típicas de expansión las cuales realmente representen un peligro o lesión a un determinado bien jurídico protegido.

4. APLICACIONES DOGMÁTICAS DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS LINGÜÍSTICOS

4.1. Fundamentos de legitimación de la criminalización de la palabra

Le asiste toda la razón a ALCÁCER GUIRAO cuando incide en que el lenguaje es fundamental en el ámbito de la dogmática jurídica puesto que este conforma tanto su objeto como el instrumento de trabajo⁷⁰⁰. Entendiéndolo así, la elaboración de una norma penal no es más que un fenómeno lingüístico en el que el emisor (el legislador) emite un mensaje dirigido a la ciudadanía con el claro propósito de lograr que esta se abstenga de realizar determinados comportamientos y ejecuten otros⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ Los tribunales españoles, a propósito de estas conductas de «reenvío», se han encargado de enfatizar que es necesario que dicha acción típica se encuentre dentro de sus requisitos objetivos, pero, sobre todo, que en estos casos habrá que extremar el aspecto subjetivo del análisis de la conducta ya que pueden quedar más desvanecidas. De modo que, habrá que extremar la precaución con el objetivo de determinar la asunción e intencionalidad del sujeto. SSTS nº 600/2017, de 25 de julio, FJ cuarto y TS nº 706/2017, de 27 de octubre, FJ primero.

⁷⁰⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., p. 21. Es más, matiza, la labor del jurista teórico consiste precisamente en «decir lo que dice la ley» mediante una labor de interpretación a través de la cual se concreta e incluso se decide su significado.

⁷⁰¹ En realidad, como expresa el citado autor basándose en el pensamiento de Hruschka, el Derecho penal se sirve tanto de usos descriptivos, prescriptivos como adscriptivos en los procesos de creación y aplicación de la norma. El uso descriptivo prevalecerá en aquellos momentos en los que a través del lenguaje se hagan constataciones sobre determinadas circunstancias fácticas. En este sentido, de lo descrito cabrá afirmarse su condición de verdadero o falso. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se afirma que el hecho cometido se ha llevado a cabo mediante «alevosía» ya que se cumplen con las condiciones descritas en el artículo 22.1 del Código penal. Por su parte, el uso prescriptivo quizás sea el más determinante en la fase de creación de la

Pero un análisis pragmático del lenguaje no solo remarca la importancia de este, como objeto, sino también ayuda a comprender, desde un enfoque más práctico, los fundamentos de criminalización del uso de la palabra. Al comienzo del presente capítulo se ha afirmado que el acto de emisión de palabras puede subsumirse en conductas delictivas diversas y que, además, históricamente, estos comportamientos han llegado a alcanzar consecuencias extremadamente graves. En la actualidad, la verdadera problemática que se suscita está más relacionada con un profundo proceso de expansión penal de persecución de este tipo de comportamientos.

Así pues, en un primer momento, el estudio de los actos lingüísticos coadyuva a asimilar las vías fundamentales de argumentación⁷⁰² de su castigo. Por una parte, la criminalización queda legitimada por la propia fuerza ilocucionaria del acto comunicativo, capaz de afectar por sí mismo intereses especialmente protegidos. A través de esta vía se castigan delitos como los de amenazas (el acto lingüístico *per se* afecta a la libertad en el proceso de formación de la voluntad⁷⁰³); las injurias y calumnias (cuya

norma penal puesto que se caracteriza por un uso del lenguaje en el que subyacen pautas de actuación a través de mandatos o prohibiciones con el propósito de dirigir las conductas de los destinatarios. Evidentemente, de este tipo de usos del lenguaje no cabría predicarse su ajuste a la realidad o falsedad, sino más bien podrá predicarse su justicia o injusticia, su legitimidad o ilegitimidad. Y, finalmente, podrá adquirir un sentido adscriptivo cuando se emplee para atribuir responsabilidad a alguien por un suceso acaecido. Siguiendo con el ejemplo de la alevosía, esta función predominará en el momento de aplicación de la norma cuando el juez o tribunal lleve a cabo la tarea de responsabilizar al sujeto activo de haber ejecutado el hecho empleando medios, modos o formas que tiendan directamente a asegurar el delito. Desde el punto de vista de esta funcionalidad del lenguaje podrá decirse que es correcta o incorrecta, aplicable o no aplicable. Ahora bien, cabe matizar que en gran parte de las ocasiones estos tres usos se encuentren entremezclados. Puede ocurrir, por ejemplo, que una determinada adscripción de responsabilidad venga acompañada por una descripción de hechos constatados y, al mismo tiempo, de un reproche por la conducta realizada. En estos casos habrá que averiguar, según el contexto, cuál es la función predominante. Véase, esta cuestión en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Cómo cometer delitos con el silencio...», cit., pp. 27-29.

⁷⁰² En este trabajo se comparte la fundamentación sustentada en MIRÓ LLINARES, Fernando, «Taxonomía de la comunicación violenta...», cit., pp. 102-107. No tanto la taxonomía que ofrece en relación con las formas de comunicación violentas existentes en Internet. No obstante, resulta ilustrativo a los efectos de distinguir diferentes estadios de criminalización. Así pues, grosso modo, este autor distingue, en primer lugar, aquellos discursos relacionados con la violencia física de la violencia moral. De los primeros, a su vez, diferencia según se trata de una incitación o amenaza directa a la violencia - entre las cuales se encuentra la amenaza, la inducción y la provocación - de aquellas en las que se produce un enaltecimiento de la violencia física -enaltecimiento del delito y enaltecimiento de la respuesta violenta. En relación con la violencia moral el criterio de distinción radica en si el discurso causa daños individuales como son los ataques al honor o a la dignidad, de aquellos que atañen a colectivos como son la incitación a la discriminación o al odio y las ofensas a la sensibilidad colectiva.

⁷⁰³ Por todos, léase la tesis que introdujo MIRA BENAVENT al formular la limitación entre el delito de coacciones y de amenazas en función de las distintas fases del proceso de formación de la voluntad. De modo que, mientras que el objeto de protección del primero se concreta en la fase de actuación de la voluntad anteriormente proyectada, en el segundo se incide en la fase decisoria de la voluntad. Si se quiere profundizar sobre estas cuestiones, véase, MIRA BENAVENT, Javier, «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *Cuadernos de Política Criminal*, nº22, 1984, pp. 125-30.

afectación se dirige frontalmente al honor); o los delitos contra los sentimientos religiosos (actos comunicativos graves que afecten a la libertad religiosa⁷⁰⁴).

En cambio, por otro lado, la legitimidad del castigo no se sustenta por la fuerza ilocucionaria del acto, sino más bien por los efectos perlocucionarios que se derivan del acto lingüístico. Dentro de este segundo plano de argumentación se distinguen, a su vez otros dos: aquellos en los que existe una clara relación directa entre el acto ilocucionario y sus efectos perlocucionarios, por un lado y, los que la relación entre el acto ilocucionario y sus consecuencias perlocucionarias son más bien difusas. Del primer grupo que se alude, la fundamentación del castigo se sustenta más bien en el riesgo que se atribuye a una determinada forma de comunicación con la lesión posterior de un bien jurídico relevante. Es decir, a diferencia de los descritos en primer lugar, la base de legitimización criminalizadora no se apoya sustancialmente en la misma fuerza ilocucionaria del acto como ocurría con los anteriores, sino más bien en los daños posteriores que se derivan de la emisión de unas palabras concretas en contextos determinados. Esto claramente se observa en formas de participación como la figura de la inducción o en actos preparatorios como la provocación⁷⁰⁵. También en figuras delictivas en el que el acto comunicativo es un medio comisivo que, cuando genera determinados efectos, se considera lo suficientemente relevante como para ser merecedor de un reproche penal. En este punto se puede traer a colación el delito de estafa en el que un engaño induce a error a otro

⁷⁰⁴ Si se quiere indagar en estos delitos, un trabajo crítico sobre la legitimidad de la protección penal de los sentimientos religiosos, así como su tensión con el ejercicio de la libertad de expresión se ofrece en ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Protección de sentimientos religiosos...», cit., *passim*. Asimismo, en mayor profundidad se ofrece un análisis en la monografía de BAGES SANTACANA. En ella, el autor se muestra bastante crítico con la criminalización de estos comportamientos, considerando necesario, finalmente, su derogación puesto que las conductas típicas no presentan, ni valorativa ni empíricamente, una singularidad de la estructura de aquellos delitos que protegen genéricamente la libertad y la dignidad individuales y, sin embargo, presentan conflictos importantes con el derecho a la libertad de expresión. En BAGES SANTACANA, Joaquim, *La protección penal de los sentimientos religiosos: especial referencia a la ponderación de bienes jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 313. Y, por último, también puede resultar interesante sobre la materia el trabajo de COLOMER BEA. En esta publicación se ofrece un análisis histórico de los delitos religiosos de suma importancia para comprender cómo la regulación vigente de los delitos contra los sentimientos religiosos presenta numerosos defectos. Entre ellos, el autor critica la amplitud en la descripción típica, así como, en lo que en esta investigación interesa, cómo la modalidad expresiva del artículo 525 del CP no presenta la gravedad suficiente para justificar la imposición de sanciones penales. En COLOMER BEA, David, «El Dret penal i la identitat religiosa», *InDret*, nº3, 2019, *passim* y, en especial, p. 27.

⁷⁰⁵ Desde esta óptica tiene bastante sentido que conforme se presente más lejano la relación entre el acto comunicativo con la probabilidad de generar determinados efectos perlocucionarios, el castigo de tales conductas sea más restrictivo. Precisamente por ello, se justifica que el instituto de la inducción se aplicable, *a priori*, a cualquier conducta delictiva como forma de participación, mientras que los actos preparatorios se reserven a delitos concretos que se determine expresamente de la ley penal. Una excelente monografía sobre el castigo de estas instituciones jurídico-penales se ofrece en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, *passim*.

sujeto y, debido a ello, se produce un acto de disposición patrimonial; o, dentro de los delitos contra el orden público, la conducta de afirmar falsamente una situación de peligro que provoca una movilización de servicios de asistencia previsto en el artículo 561 del Código penal.

En cambio, del segundo grupo la relación entre acto ilocucionario y perlocucionario es más bien abierta o difusa, siendo mucho más complejo vincular los posibles efectos que se atribuyen al acto con la comunicación emitida, razón por la cual se explica la ausencia de consenso sobre la legitimidad en la criminalización de estos comportamientos⁷⁰⁶. Situación que ha determinado la necesidad de justificar la criminalización de estas conductas a través de otras vías como la generación de climas de hostilidad, odio o discriminación⁷⁰⁷. Quizás dos de los ilícitos penales más característicos de este grupo son el discurso de odio (artículo 510 CP) y el enaltecimiento del terrorismo (artículo 578 CP⁷⁰⁸).

⁷⁰⁶ Esta idea la describe con brillantez MIRÓ LLINARES quien, utilizando la terminología de Walker, encuadra este grupo dentro de lo que denomina *precursor crimes*. Por lo demás, este autor entiende que precisamente en estos delitos se produce un salto argumentativo significativo para castigarlos, evitando así reconocer que en realidad la criminalización de estas conductas no se sustenta en la lesión de bienes jurídicos sino en la producción de ofensas. Cfr., MIRÓ LLINARES, Fernando, «Taxonomía de la comunicación violenta...», cit., p. 102. En este sentido, estoy de acuerdo con esta matización del autor, sin embargo, no comparto su posterior conclusión en la que determina que, aunque en realidad se trate de ofensas ello no supone un obstáculo para su criminalización, solo para una limitación de su sentido y características. Y ello porque un verdadero reconocimiento y consideración de los principios de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos que sirven de base del sistema penal se deriva la necesidad de no intervención del *ius puniendi* para este tipo de conductas caracterizadas como meras ofensas. En un sentido similar se pronuncia CANCIO MELIÁ en el caso de las infracciones sobre discursos terroristas. Alude a este tipo de comportamientos también como *precursor crimes* en el que el vínculo con la lesión a un bien jurídico es bastante tenue, lo que presenta el riesgo de confundir los discursos terroristas con determinados discursos sobre terrorismo. Véase, CANCIO MELIÁ, Manuel, «Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?», *Azafea. Revista filosófica*, n°23, 2021, p. 146.

⁷⁰⁷ Por todos, sugerente es la reflexión de ALCÁCER GUIRAO sobre el delito de discurso de odio en el que considera que «si hubiera que sintetizar en un solo término el efecto social inherente al discurso del odio, podríamos acudir al de creación de climas. (...). Lo característico de las formas más conspicuas de discurso de odio sería generar una atmósfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole». En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Dimensiones del discurso del odio», en García Ortiz, Andrea (coord.), Carbonell Mateu, Juan Carlos y Martínez Garay, Lucía (dirs.), *Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 45.

⁷⁰⁸ Sobre este delito, recientemente se ha publicado una excelente monografía que utiliza una metodología histórica y de análisis jurisprudencial en CORRECHER MIRA, Jorge, *El delito de enaltecimiento del terrorismo...*, cit., [online]. En este trabajo se lleva a cabo una excelente crítica cuando se alerta, como manifiesta el autor en su introducción, que en los últimos años «se asiste en España a un proceso de sobrecriminalización en materia de delitos de expresión, siendo el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas uno de los que experimenta un mayor crecimiento en su aplicación».

El hecho de que mediante palabras se realizan actos y que a alguno de estos actos se les atribuye un reproche normativo penal no merece, *a priori*, un tratamiento especializado en función del medio comisivo (entorno físico y entorno digital). La fundamentación del castigo y la comprensión de la acción, como se ha tenido ocasión de demostrar, no precisa de factores diferenciadores entre dichos espacios. A propósito de la acción, en un segundo momento, se ha matizado también la funcionalidad de la teoría de los actos de habla en el ámbito del Derecho penal. En este sentido, el acto locucionario sirve como base para excluir *ab initio* el ámbito de relevancia jurídico-penal de acciones meramente naturalísticas⁷⁰⁹. De modo que el hecho de teclear en un dispositivo electrónico y subir un mensaje a una red social o el simple hecho de clicar para redifundir una información resulta irrelevante a efectos penales. No ocurre lo mismo, cuando, utilizando la terminología de Searle, ese hecho bruto se transforma en un hecho institucional. Es decir, cuando a la actuación física de teclear o clicar le asociamos un sentido, el cual interpretamos a través de un conjunto de reglas subyacentes. La necesidad de acudir a estas reglas determina, para la existencia de un acto ilocucionario (y, en consecuencia, de hablar propiamente de una acción) la insuficiencia de acudir solamente a la finalidad del emisor y a la necesidad de encuadrarla en un contexto social y normativo y no como estructura puramente óptica. Por lo que la intencionalidad de aquel que teclea o clicca será un factor relevante de interpretación del sentido, pero no el único ni el más importante. De todo ello se deriva la posibilidad de castigar los comportamientos de teclear y enviar textos a través de las nuevas tecnologías, así como compartir mensajes, pero exclusivamente cuando estos tengan el sentido de realizar una acción subsumible en el tipo penal correspondiente.

4.2. Ejecución imperfecta de los actos lingüísticos

A su vez, el análisis de los actos lingüísticos presenta aplicaciones dogmáticas en el ámbito de las formas imperfectas de ejecución. Una de las cuestiones esenciales a las que la teoría de los actos del habla ayuda a dar respuesta es a la de si cabe la tentativa en los delitos de mera actividad. Pues bien, en este sentido, la doctrina de los infortunios iniciada por Austin puede ser de gran utilidad para justificar, en los delitos cometidos con

⁷⁰⁹ Igualmente, POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 78.

palabras que sean de mera actividad, la posibilidad de formas imperfectas de ejecución. Recuérdese, como ya ha sido objeto de análisis en la primera parte del presente capítulo, que en la teoría de los actos del habla al acto ilocucionario se le otorga un papel central en la medida en que este representa cómo mediante palabras se están llevando a cabo una acción. Desde esta perspectiva, puede ocurrir que se exprese un conjunto de palabras y, sin embargo, el acto se considere intentado porque no se dan las condiciones convencionales necesarias para que dicha emisión ostente fuerza ilocucionaria⁷¹⁰. Estos «fallos o desacuerdos» dependerán, pues, del momento en que se considere realizado el acto ilocucionario como punto de referencia que representa. En esta línea, se observan dos posibles posturas de comprensión del acto ilocucionario: bien aquella que la asocia simplemente a la intención comunicativa del emisor o bien aquella que, además, requiere la existencia de que dicha intención sea entendida por el interlocutor (intención consensuada).

La primera alternativa (que se deslinda de las ideas de Searle) se traduce en el ámbito del Derecho penal en que el acto se consuma al expresar el mensaje, con independencia de que el concreto destinatario haya estado presente o lo haya captado. En cambio, de la exigencia de la segunda (postura que se deslinda del planteamiento habermasiano) se deriva la necesidad, para que se haya consumado el hecho, de un plus de comprensión en el destinatario a través del cual este asume la garantía de que las condiciones de verdad de la proposición afirmada se cumplen⁷¹¹. A mi juicio, en coherencia con el planteamiento adoptado en este trabajo en el que la acción se concibe como una atribución de sentido mediante procesos de interpretación, el acto ilocucionario se caracteriza por la existencia de una cierta comunicación⁷¹² que comporta un reconocimiento o comprensión de la fuerza ilocucionaria por parte del interlocutor (aprehensión de la fuerza ilocucionaria). Si se quiere, pues, se trata de una posición

⁷¹⁰ Como recuerda RUIZ ANTÓN, este fallo o desacierto del acto ilocucionario se producirá si no se respetan las convenciones del procedimiento en el momento de hacer uso del lenguaje (versión de Austin), o bien si no se dan las condiciones que operan como dispositivos indicadores de una fuerza ilocucionaria concreta (versión de Searle). Véase, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento...», cit., p. 27.

⁷¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras...*, cit., pp. 108-109.

⁷¹² Esta postura también ha sido defendida por POLAINO y POLAINO quienes entienden que para comprender un acto lingüístico y captar su sentido debe existir necesariamente comunicación de manera que emisor y receptor ocupan lugares recíprocos en el que cada uno desempeña una función indispensable consistente en teñir de subjetividad una objetivación, es decir, interpretar, según su propio criterio, un enunciado verbal objetivo. Y, en consecuencia, exigen para la consumación del hecho que el contenido sea comprendido por el sujeto pasivo o sus representantes legales. En POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 36 y 37 y p. 111.

intermedia en la que la mera intención como parámetro se muestra insuficiente y la exigencia de la constatación de que las condiciones de veracidad se cumplen objetivamente se torna excesiva⁷¹³. En consecuencia, debe entenderse, desde este planteamiento, que la consumación se produce en el momento de la recepción del mensaje por parte del destinatario.

Para comprender mejor estas ideas, puede resultar clarificador la discusión doctrinal en relación con el delito de amenazas. Entendido este como un delito de mera actividad, existen discrepancias relevantes a propósito de su momento de perfección: cuando esta llega al amenazado⁷¹⁴; en el mismo momento de la emisión de la amenaza, con independencia de que llegue al conocimiento del sujeto pasivo⁷¹⁵; o cuando se verifica, además, una situación de intimidación o de afectación al proceso de deliberación⁷¹⁶. Pues bien, entendida la amenaza como un acto que se lleva a cabo con el empleo del lenguaje,

⁷¹³ Como ya se indicó en la nota a pie 608, la comprensión habermasiana del acto ilocucionario determina que actos hostiles y criminalmente reprochables sean concebidos como meros actos perlocucionarios debido a su carácter de orientación medio a fin. Postura que, como se ha argumentado, no se comparte por lo que el acto ilocucionario se entiende, a los efectos de este trabajo, como la exigencia de una comprensión por parte los interlocutores, pero no necesariamente orientada a un entendimiento, carácter que se prescinde.

⁷¹⁴ Esta es la posición que respalda la mayoría de la doctrina. Entre otros, JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 41; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Delitos contra la libertad», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 210; RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, «Delitos contra la libertad», en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Ragués i Vallès, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, p. 108; LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Delitos contra la libertad», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, p. 132; CUERDA ARNAU, Mª Luisa, «Delitos contra la libertad: amenazas. Coacciones», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 185; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 158. Y la postura que respalda la jurisprudencia. Entre otras, SSTs 179/2023, Pleno, de 14 de marzo; 137/2022, de 17 de febrero, 49/2019, de 4 de febrero.

⁷¹⁵ Esta postura la ha defendido recientemente DE JUAN GARCÍA al fijar el momento de la consumación en la emisión del mensaje, siempre que se verifiquen el resto de condiciones objetivas de gravedad y receptividad ya que se trata de una tesis «más coherente con el concepto de acción vinculado al riesgo jurídicamente desaprobado y no significa desatender el análisis en clave de bien jurídico» puesto que «la emisión de las palabras amenazadoras (en ciertas condiciones supone en sí misma la afectación al bien jurídico porque estamos ante un delito de peligro (y no de lesión) y, de todas sus modalidades, de peligro hipotético». En DE JUAN GARCÍA, Álvaro, «Consumación e imputación subjetiva como doble límite a las amenazas proferidas a través de terceros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 179/2023, de 14 de marzo», *InDret*, nº1, 2024, p. 603.

Tesis que ha sido defendida por un sector minoritario de la Sala II del Tribunal Supremo en el voto particular de la STS nº. 179/2023, de 14 de marzo. Concretamente, defendida por los magistrados D. Julián Sánchez Melgar, D. Vicente Magro Servet y D. Manuel Marchena Gómez.

⁷¹⁶ Entre otros, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones», en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Arte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 207 y Díez Ripollés, José Luis, «De las amenazas», en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 808.

siendo que este se produce cuando adquiere fuerza ilocucionaria, en el sentido aquí defendido, la segunda y la tercera tesis no pueden ser admitidas.

En primer lugar, desde la teoría de los actos del habla, considerar que la acción se ha consumado con la mera emisión de palabras equivaldría a defender que el acto locucionario dota de carácter de acción de amenazar, lo que resultaría incongruente con el fundamento filosófico aquí defendido. Tal y como se ha encargado de argumentar PAREDES CASTAÑÓN, de los tres actos de habla que permiten fundamentar legítimamente el injusto en el delito de amenazas el acto ilocucionario es el más adecuado, en tanto en cuanto, la conducta amenazante es siempre, por definición, una conducta de comunicación⁷¹⁷. De manera que, un análisis del significado del término «amenazar» y de la fenomenología de las prácticas comunicativas amenazantes exige, para que pueda hablarse de desvalor del hecho, que el conjunto de la acción rética realizada pueda ser interpretada como un mensaje, que enuncia una intención determinada y que se destine a un receptor determinado⁷¹⁸. Es decir, la exigencia mínima de la realización de un comportamiento rechaza poder defender que el acto locucionario sea suficiente para consumir el delito en la medida en que en ese momento todavía no se habría llevado a cabo la acción propiamente dicha.

En segundo lugar, tampoco puede admitirse aquella tesis que entiende que el delito se perfecciona en el momento en el que se causa un efecto intimidatorio, pues con ello se estará confundiendo la verdadera realización de la acción (acto ilocucionario) con los efectos que dicha acción puede causar en los receptores (acto perlocucionario). Efectivamente, como delito de mera actividad, el tipo exige la realización de una conducta, pero no la producción de un resultado externo provocado y separable de la misma⁷¹⁹. No hay que olvidar tampoco que la naturaleza jurídica de este delito es de

⁷¹⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «Libertad, seguridad y delitos de amenazas», *EPC*, n°29, 2009, pp. 363-420. En un sentido similar, SÁNCHEZ TOMÁS, adoptando la terminología de la teoría de los actos de habla, defiende que el delito de amenaza se consumará cuando además de proferir un acto locucionario (enunciación del mensaje) este adquiere carácter ilocucionario (que precisa de una necesaria recepción del mismo), sin que sea preciso su carácter perlocucionario (producción de un efecto determinado en el receptor). SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Amenazas», en Ventura Püschel, Arturo (coord.) y Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 766.

⁷¹⁸ En mayor profundidad, véase, *Ibidem*, pp. 368-371. Evidentemente, la interpretación de la acción como amenazante exige también de un estudio no solo de los elementos verbales proferidos, sino también para otorgar carácter de acción amenazante de los elementos contextuales no lingüísticos como el lugar y momento de realización de la acción comunicativa, los comportamientos gestuales no verbales, las características y relación del emisor y receptor, etc.

⁷¹⁹ Por todos, JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas...*, cit., p. 41.

peligro y no de lesión⁷²⁰. En consecuencia, de lo que se trata, no es de que las amenazas produzcan una serie de efectos psíquicos, sino de que la expresión se caracterice por ser objetivamente idónea⁷²¹ para violentar el ánimo del destinatario ante el mal que se le anuncia, por lo que dichos efectos no deben ser considerados en ningún caso como medida de su lesividad⁷²².

Desde el análisis de la configuración típica y de los fundamentos filosóficos de los actos de habla, la alternativa más acertada es aquella que considera que el delito de amenazas se consuma en el momento en el que el hecho de proferir unas palabras se transforma en una acción con sustantividad propia. Momento que se produce, tal y como se ha señalado previamente, cuando el mensaje amenazante es recibido por el destinatario. Teniendo esto en consideración, es posible aceptar formas de ejecución imperfectas en este delito. Esto ocurrirá, en tanto en cuanto acto lingüístico que es, cuando se confirme la naturaleza de acto locucionario, sin que llegue a desprenderse su fuerza ilocucionaria⁷²³. Lo que se producirá debido a defectos en el canal de comunicación (p.e.

⁷²⁰ Así lo ha declarado rotundamente el Tribunal Supremo en su STS 609/2014, de 23 de septiembre, FJ Quinto: «el delito de amenazas no es de resultado». Más recientemente, STS 328/2022, de 31 de marzo. Algunos argumentos convincentes para apoyar la naturaleza jurídica del delito de amenazas como de peligro las ofrece JAREÑO LEAL. Según esta autora, la consideración como delito de lesión presentan el inconveniente de tener que comprobarse el daño efectivo a la tranquilidad y a la libertad del sujeto pasivo y, además, hacen perder el sentido político-criminal del delito. Esto es así porque se produce una aminoración de la seguridad jurídica en la medida en que se quedaría a merced del sujeto pasivo la existencia del delito, haciendo depender la lesión de su perspectiva subjetiva. El principio de ofensividad, de este modo, quedaría mermado ya que podría ocurrir que amenazas que carecieran por completo de idoneidad para amedrentar al destinatario, pero por el carácter en extremo impresionable del sujeto pasivo, se castigaran, dando lugar a la criminalización de comportamientos inocuos y carentes de potencial lesivo para el bien jurídico protegido. En JAREÑO LEAL, Ángeles, «Delitos contra la libertad (2): las amenazas», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 250-251.

⁷²¹ Con contundencia lo defiende QUINTERO OLIVARES al entender que la amenaza tiene que ser objetivamente idónea para producir el efecto deseado por el autor, con independencia de que ese efecto se produzca en el amenazado. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Delitos contra la libertad...», cit., p. 208. Decisión de idoneidad que la adoptará el juez en función de parámetros fundamentalmente objetivos, aunque teniendo en cuenta las características concretas del sujeto pasivo. En JAREÑO LEAL, Ángeles, «Delitos contra la libertad...», cit., p. 250. El contexto en el que se producen las amenazas será pues determinante y así lo ha manifestado igualmente CUERDA ARNAU al considerar que estas no hay que analizarlas como si se estuviera en un laboratorio lingüístico de forma aislada, sino que será preciso un proceso de interpretación conforme al contexto de la persona a la que se dirige, al de que las profiere y a todas las circunstancias antecedentes y concomitantes. En CUERDA ARNAU, Mª Luisa, «Delitos contra la libertad...», cit., p. 177.

⁷²² Esta afirmación formulada por PAREDES CASTAÑÓN presenta un matiz diferente. Para este autor, si bien es cierto que los efectos perlocucionarios no constituyen un criterio de lesividad, las amenazas siempre van a producir unos efectos psíquicos. Y ello porque cualquier sujeto racional que perciba un mensaje amenazante cambiará la estructura de su sistema de motivaciones, tanto si finalmente se intimida o no, ya que tendrá que añadir un motivo nuevo que hasta entonces no existía en su sistema de motivaciones. Véase, esta argumentación en profundidad PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «Libertad, seguridad...», cit., pp. 384-385.

⁷²³ Igualmente, SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Amenazas...», cit., 766.

amenazas emitidas a terceros para que se la comunique sin que le llegue al destinatario, el medio tecnológico impide que el mensaje llegue, la amenaza es interceptada por terceros), bien por deficiencias en la interrelación entre emisor y receptor (p.e. el destinatario no entiende aquello que se dice o las palabras proferidas no son inteligibles).

Todo esto demuestra, por lo tanto, que sí que es concebible la tentativa en el delito de amenazas⁷²⁴, pese a ser de mera actividad, incluso cuando estas se llevan a cabo en el entorno digital. Ejemplo de ello ocurre si se envía una amenaza a través de *Whatsapp* y el usuario destinatario de la misma le tiene bloqueado y, por tanto, no le llega el mensaje o si este es enviado a un grupo de esta misma aplicación en el que, entre otros usuarios, se encuentra el destinatario y el administrador del grupo (diferente del emisor) elimina el mensaje antes de que el sujeto pasivo lo lea.

Ahora bien, ¿esto quiere decir que todos los delitos con palabras son de mera actividad? Evidentemente no. Que la teoría de los actos lingüísticos ofrezca una consistente vía de argumentación para fundamentar la posibilidad de la tentativa de los actos comunicativos de mera actividad no implica que este aporte un marco teórico general de configuración de todo delito que se lleve a cabo mediante la emisión de palabras. Recuérdese que uno de los elementos esenciales de esta teoría es el sentido que se ofrece a propósito del contexto normativo, por lo que el análisis siempre deberá vincularse necesariamente a la configuración legal del tipo correspondiente. Esta afirmación permite entender por qué alguno de estos ilícitos penales son delitos de resultado y otros de mera actividad. E incluso lo que es más importante, por qué el momento de consumación no siempre se identificará con la recepción del mensaje por parte del sujeto pasivo.

Claramente esto se observa en aquellos delitos de resultado cuyo fundamento de criminalización no radica en el acto ilocucionario sino en el perlocucionario. Si se escoge como caso paradigmático la estafa, se observará que el castigo se produce en atención a

⁷²⁴ Opinión respaldada, entre otros, por MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 158; CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra la libertad...», cit., p. 185; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Amenazas...», cit., p. 766; LARMARCA PÉREZ, 2020, p. 132; JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas...*, cit., p. 41.

En contra de esta postura, QUINTERO OLIVARES para quien carece de sentido la tentativa en la amenaza debido a la absoluta falta de peligro inherente puesto que las amenazas no se diferencian entre las que llegan o no llegan al receptor, sino en función de las condiciones que se quieran imponer con ella y dependiendo de que estas lleguen a cumplirse o no. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Delitos contra la libertad...», cit., p. 210.

los efectos producidos a propósito de una emisión de palabras, no por su mera emisión. Por lo que el delito se consumará cuando estos efectos se hayan realizado. Pero, igualmente ocurre con los delitos que se sustentan en los actos ilocucionarios, como es el caso de las injurias. En este caso, las características del bien jurídico y de los elementos del tipo demandan otras exigencias⁷²⁵ ineludibles. Y aunque no sea tan fácil de determinar⁷²⁶, de la exigencia legislativa de la lesión de la dignidad del sujeto pasivo bien a través de la afectación de la heteroestima («menoscabando su fama») bien mediante el ataque a su autoestima («atentando contra su propia estimación»), se deriva que el momento de consumación del delito se produce cuando la expresión llega a conocimiento de terceros, sin exigir, además, que llegue a ser conocido por el ofendido⁷²⁷. En estos supuestos, la particularidad que presenta el castigo del acto ilocucionario, derivado de la naturaleza del delito, sigue exigiendo, como ocurre con las amenazas, la emisión de palabras y que exista aprehensión de las mismas a un destinatario, pero, a diferencia de estas, en las injurias el carácter de «destinatario» para que se produzca el acto

⁷²⁵ Esta idea también la refleja, en cierto modo, JAREÑO LEAL. Según esta autora, aunque pudiera parecer que existe una similitud entre el delito de amenazas e injurias porque la conducta consiste en expresar un conjunto de palabras, cada uno es un delito que protege un bien jurídico con características totalmente diversas. Esto explica el motivo por el que, en el delito de amenazas, no quepa afirmar que para su consumación se exija una cierta trascendencia pública puesto que la libertad de decidir y la tranquilidad son bienes de carácter íntimo y personal, a diferencia de lo que ocurre con la lesión al honor que, por definición, es un bien de proyección pública. En JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas...*, cit., p. 41.

⁷²⁶ La comprensión de este comportamiento históricamente presentaba menores dificultades cuando los ataques al honor distinguían entre la «contumelia» que era la ofensa que se profería en presencia del destinatario y la «difamación» que era aquella que se realiza a sus espaldas. Así como en el derecho comparado en el Código penal italiano que distinguía injuria cuando la ofensa al honor se realiza con la persona presente y la difamación en la que la ofensa se realiza fuera de su presencia. Asimismo, en el Código penal portugués que también diferenciaba injuria y difamación según el criterio de la dirección del acto al ofendido o a terceros. En VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al prof. José Antonio Sainz Cantero*, nº13, 1987, p. 239.

⁷²⁷ Igualmente, defiende esta postura GARCÍA RIVAS para quien la lesión de la dignidad conduce a que el momento de la consumación sea aquel en el que la expresión proferida llegue a terceros puesto que el honor es un bien jurídico cuya lesión viene dada en gran medida por la opinión que los demás se formen de uno, siendo mucho más lesivo el ataque a la dignidad del sujeto pasivo de la conducta que si es solamente conocida por el ofendido. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 579 y 585. Esta posición de que llegue a terceros para consumir el delito también la han defendido VIVES ANTÓN y CUERDA ARNAU, sin embargo, ellos exigen una «mínima publicidad». Véase, VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., p. 271 y CUERDA ARNAU, Mª Luisa, «Delitos contra el honor», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 333-342.

Una postura totalmente opuesta a las anteriores la defiende QUINTERO OLIVARES para quien las injurias y las calumnias se consuman con la difusión del mensaje, con independencia de que el ofendido tome conocimiento en ese momento o más tarde. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De la calumnia», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1538.

comunicativo y se entienda perfeccionado el delito lo ostentan terceros que realizan el juicio de valor sobre el honor del sujeto pasivo.

Ciertamente, difícilmente podrán llevarse a cabo actuaciones imperfectas de ejecución en el delito de injurias a través de los medios tecnológicos, especialmente en plataformas digitales cuyos caracteres de instantaneidad y publicidad determinarán que el acto se consume en el momento de publicarlas. No obstante, sí que es concebible, sobre todo cuando se inicien actos de ejecución – actos locucionarios –, pero las palabras no lleguen a terceros por interferencias ajenas a la voluntad del sujeto activo: puede ocurrir que se envíe un email injurioso sobre un trabajador de la empresa al resto de compañeros pero este no llega por deficiencias técnicas del programa de correo electrónico o que el mensaje injurioso se envíe a un grupo de *WhatsApp* y el administrador lo borre instantáneamente sin que lo hayan visto más usuarios.

4.3. Bases de la autoría y participación con palabras

Por último, también resulta sumamente interesante la vinculación entre la realización de actos lingüísticos y algunas instituciones pertenecientes al ámbito de la autoría y participación. Especialmente, en aquellos supuestos en los que, mediante el uso de la palabra se cometen hechos delictivos «a través de otros» o bien «causando en otros la idea de hacerlos». Dos supuestos cuya base de estudio no se centra en la fuerza ilocucionaria del acto, sino más bien en el control y previsibilidad de los efectos perlocucionarios que se derivan y que, en definitiva, determinan que un tercero cometa un hecho delictivo.

Se ha señalado que un sujeto, cuando profiere palabras y las comunica, está realizando una concreta acción y que esa concreta acción, en ocasiones, puede suscitar un interés penal. En el Derecho penal, este comportamiento se le asocia a la autoría inmediata o material. Pero también puede ocurrir que el sujeto formule una expresión que cree una serie de efectos contingentes en el destinatario, alguno de los cuales sea que este, consecuentemente, lleve a cabo una acción delictiva. En estos casos, la institución penal que se le asocia al emisor difiere, considerándolo, esencialmente, autor mediato o bien participe del hecho en concepto de inductor. Desde la teoría de los actos del habla la diferenciación entre ser considerado como autor o participe también se puede fundamentar por el «mayor control de los efectos perlocucionarios» del sujeto emisor. El

acto perlocucionario puede ser intencional o no. Respecto del primer caso (acto perlocucionario intencional) también ocurre que el emisor ostente un mayor o menor control de los efectos delictivos que va a generar en el destinatario la emisión de sus palabras. Y en función de ese mayor o menor control perlocucionario se le asigna un rol diferente (como autor o como partícipe) por un hecho que ha terminado realizando el destinatario del mensaje. A este «control de los efectos perlocucionarios» la doctrina penalista alude, desde una perspectiva más genérica, como «dominio del hecho». De modo que, dependiendo de si el enunciado locucionario emitido influye de tal manera que llega a hacerse con el dominio del hecho se distinguirá su papel como partícipe o como autor⁷²⁸. Cuando un sujeto, mediante la emisión de una expresión, llega a adquirir un «dominio de la voluntad»⁷²⁹ del destinatario de modo que reduce a mero instrumento mecánico al receptor del enunciado que realiza materialmente el acto perlocucionario delictivo se le considerará autor mediato del hecho. En cambio, si con su comportamiento no llega a controlar la voluntad del otro porque la decisión determinante sobre la ejecución recae en el autor inmediato que es el único que domina el hecho, será considerado, en su caso, como partícipe de los efectos perlocucionarios ocasionados.

En palabras de MIR PUIG, para que exista «un especial *protagonismo fáctico o normativo* de la intervención de la persona de atrás»⁷³⁰ y, por tanto, estemos ante un autor mediato, será necesario que este logre ese dominio del hecho, en este caso, mediante el uso de la palabra para forzar al ejecutor a la realización del tipo y también dirigiendo su acontecer mediante el engaño al ejecutor convirtiéndolo en ejecutante de su plan delictivo. Lo que ROXIN ha denominado «dominio de la voluntad en virtud de la coacción», al primero, y «dominio de la voluntad en virtud de error», al segundo⁷³¹. En ambos casos,

⁷²⁸ Este es el criterio esencial por el que la doctrina diferencia la figura de la autoría mediata y la inducción. En el primer caso se defiende que la persona de atrás ejerce una posición más relevante respecto al ejecutor material porque ostenta el dominio y control del hecho, mientras que en la inducción no domina la realización del tipo ya que este recae en el autor inmediato. Por todos, véase, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 84 y MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 417.

⁷²⁹ Así es como ROXIN identifica a la autoría mediata. En ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 84.

⁷³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 391.

⁷³¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 85. El ejemplo prototípico que se propone en el primero de los casos y el más ilustrativo a efectos de la criminalización de la palabra y sus efectos perlocucionarios es el supuesto en el que un sujeto amenaza a otro con matar a uno de sus familiares para que cometa un hecho delictivo. En estos casos de dominio por coacción, cabe matizar, la instrumentalización se lleva a cabo a través de una *vis compulsiva* y no mediante una *vis absoluta* ya que, estos segundos deberán tratarse como supuestos de autoría inmediata en la medida en que una cosa es instrumentalizar la voluntad del individuo y otra muy distinta pasar por completo por encima de dicha

lo que ocurre es que se utiliza la palabra para, en definitiva, cometer un hecho delictivo «a través de otros», puesto que ese otro que ejecuta el hecho no es más que un mero instrumento al servicio de los fines que busca el emisor del acto locucionario. El receptor de dicho acto de habla que ejecuta materialmente el hecho al servicio del emisor, en consecuencia, queda exento de responsabilidad, mientras que el emisor del enunciado responde en concepto de autor mediato⁷³².

Cuestión distinta será, como han señalado POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, el caso en el que el acto locucionario e ilocucionario realizado no lleguen a anular la capacidad de voluntad del sujeto receptor⁷³³. Desde luego, como apuntan estos autores, si existe una desproporción entre la amenaza emitida y el ataque realizado, en virtud del principio de prohibición de regreso, la responsabilidad no se extenderá al emisor del acto comunicativo, respondiendo el ejecutor material que actúa por riesgo propio. En este caso se habrá realizado un acto ilocucionario, pero, sin embargo, sus efectos perlocucionarios (intencionales o no) no se podrán atribuir al «sujeto de atrás» en tanto en cuanto la capacidad de decisión del ejecutor se encuentre intacta.

Mayores problemas se suscitarán en el caso en el que se ejerza una influencia motivadora relevante, pero ello no baste a que tenga el total control o dominio del hecho. En estos casos lo más prudente será acudir al «principio de responsabilidad» desarrollado por ROXIN según el cual en atención a circunstancias empíricas (la fuerza de la presión psíquica) pero determinadas normativamente conforme las reglas del estado de necesidad disculpante se ofrecerán interpretaciones teleológicas (ya que difícilmente se podrá medir

voluntad. Cfr., BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 253. Por otro lado, también cabe matizar, en relación con los supuestos de error en el instrumento que, si bien existe un acuerdo en admitir la autoría mediata cuando el ejecutor material actúa en error, lo verdaderamente relevante será determinar el alcance y tipo de error que deba confluir en el ejecutor del hecho. Sobre esta cuestión, la misma, pp. 175 y ss.

⁷³² POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 92. Ahora bien, cabe recalcar la importancia que ostenta, en cualquier caso, la actuación del instrumento ya que generalmente no se suele poner de relieve. Este matiz lo ha resaltado, entre otros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Según este autor, el examen de los criterios materiales que dan pie a valorar la autoría mediata (entre los que se encuentran la existencia de coacción sobre el instrumento o la provocación del error), no explican por sí solo la existencia del domino del hecho. Explican únicamente cuando estructuralmente se da el supuesto de realización de una acción por una persona a través de otra, pero una vez se corrobora la presencia de alguno de dichos criterios lo verdaderamente relevante, en aras de concluir que el sujeto de atrás es autor, será determinar si la conducta del instrumento es, a su vez, objetivamente de autoría puesto que determina objetiva y positivamente el hecho. En profundidad, véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 646 y 647.

⁷³³ Cuestión que abordan los autores en *ibidem*, pp. 92 y 93.

con exactitud el grado de influencia) para determinar la existencia o no de tal dominio⁷³⁴ por parte del «sujeto de atrás» y su comprensión como autor mediato.

Si el ejecutor actúa típica, antijurídica y culpablemente, la influencia psíquica del sujeto que expresa el acto comunicativo podrá fundamentar una inducción, siempre que se cumplan con los requisitos normativos que se requieren⁷³⁵, en cuyo caso se estará ante el segundo de los supuestos expuestos, es decir, la criminalización de los efectos perlocucionarios porque se causa en otro la idea de cometer un hecho delictivo. Aquí lo relevante, a efectos de atribuir responsabilidad al emisor por los efectos perlocucionarios ocasionados a propósito de las expresiones que ha vertido, será que su comportamiento constituya la *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del receptor de la expresión y no cuando se está ante el conocido supuesto de *omni modo facturus*. En cualquier caso, el acto ilocucionario emitido puede consistir en una provocación, un consejo, una solicitud, etc., lo relevante es que ocasione un doble efecto perlocucionario, o lo que es lo mismo, en palabras de GOMEZ RIVERO, un doble resultado de la inducción: por una parte, la adopción por el destinatario de la resolución delictiva y, por la otra, la puesta en práctica de esa resolución, es decir, que se inicie la ejecución del hecho delictivo⁷³⁶. De manera que la atribución de responsabilidad al emisor por los efectos perlocucionarios que ocasione el receptor del mensaje no requerirá que el delito se haya consumado, pero sí que se haya dado comienzo a la realización del tipo⁷³⁷. En los casos de inducción

⁷³⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pp. 85 y 86. Desde luego, la problemática que se suscita a propósito de influir psíquicamente con palabras a que otro cometa un hecho delictivo es mucho más compleja. No solo existe el blanco y el negro, es decir, no solo se podrá determinar que ha habido o no dominio completo o control por parte del «sujeto de atrás». En ciertas ocasiones podrá ocurrir que el influjo ha sido relevante, pero no del todo determinante, en cuyo caso habrá que analizar si cabe una responsabilidad compartida – coautoría – o si es posible imputar como cómplice. En este sentido, se expone el ejemplo de los jefes de un grupo terrorista que señalan que los miembros del partido X no merecen vivir, lo que causa que algunos miembros del grupo, entendiendo esto como una orden, ejecuten a varios sujetos de dicho partido político. Aquí se suscitará algunas dudas interesantes como si se puede atribuir responsabilidad a los miembros de la cúpula de la organización terrorista, si la inducción es suficiente, etc. Al respecto, POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 95. En cualquier caso, tales extremos escapan del propósito de este trabajo de investigación, por tanto, que aquí no interesa profundizar en todas las vicisitudes de la teoría de la autoría y participación, sino más bien en señalar la utilidad de la teoría de los actos del habla para fundamentar algunos comportamientos que se realizan mediante el uso de la palabra.

⁷³⁵ Concretamente, se exige la causación directa de la resolución criminal en otra persona y esto se imputa objetivamente al inductor – lo que presupone que el autor no estuviera ya decidido a realizarlo por sí mismo –, que se dé inicio a la realización del tipo por el autor y que exista un doble punto de referencia del dolo: dirigido tanto a provocar la resolución de realizar el hecho como a provocar el resultado típico. En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 417.

⁷³⁶ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción...*, cit., p. 170.

⁷³⁷ Así lo demanda el principio de accesoriedad limitada del que se deriva que la conducta del partícipe solo puede castigarse en la medida en que el hecho principal alcanza el estadio de la tentativa. Véase, MIRA BENAVENT, Javier, «¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?», *EPC*, nº22,

frustrada, bien porque el mensaje del inductor no llega al conocimiento del inducido, bien porque llega a su conocimiento, pero no adopta la resolución de ejecutar el delito, en principio, no será punible salvo que se cumplan con los requisitos previstos en los arts. 17.2 y 18 del Código penal sobre la provocación como acto preparatorio⁷³⁸.

Ahora bien, lo anterior no implica necesariamente que el sujeto que emite el acto locucionario deba asumir cualquier acto perlocucionario que se derive de la expresión de sus palabras⁷³⁹. En este caso entra en juego, desde la teoría de los actos de habla, lo que

1999-2000, p. 114. O, dicho de otro modo, conforme a dicho principio, puesto que, en principio, ni la realización de meros actos preparatorios por el autor ni la mera adopción de la resolución delictiva es punible para que el inductor responda como partícipe, será necesario que el autor material atraviese el umbral que introduce en los actos ejecutivos y este será el que marque el comienzo de su responsabilidad. En GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción...*, cit., pp. 278-279.

⁷³⁸ Uno de los estudios más completos sobre la inducción frustrada y su castigo en el Código penal de 1995 se ofrece en MIRA BENAVENT, Javier, «¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995...?», cit., *passim*. En ella, entre otras cuestiones, se aborda el concepto de inducción frustrada, sus tipologías y, en definitiva, si el Código penal de 1995 contempla en alguno de sus preceptos su castigo. Pero, sobre todo, resulta sumamente interesante la distinción que realiza el autor entre «provocaciones públicas», es decir, aquellas que se cometen por medios de difusión en los que el destinatario es una masa indiferenciada de personas, y «provocaciones personales», a través de medios que aseguran una relación directa entre incitador e incitado. Esta distinción le permite argumentar que el peligro para el bien jurídico protegido en cada una de ellas es distinto. Mientras que en las públicas sostiene que el peligro nace en el momento en el que el mensaje se difunde, en el caso de las privadas requiere que el destinatario tenga conciencia del mensaje y adopte finalmente la resolución de delinquir, aunque finalmente no dé comienzo a la ejecución del delito.

⁷³⁹ Tampoco en los supuestos de intervención conjunta en un hecho típico, la mera emisión de palabras basta para atribuir, en concepto de autor, la realización de un determinado tipo penal. Por mucho que, se haya acordado mediante palabras la forma concreta en la que se va a realizar un hecho y se haya procedido a distribuir los roles que desempeñará cada uno de los sujetos, no pueden extenderse cualquiera de los efectos perlocucionarios originados por alguno de ellos al resto. La fuerza ilocucionaria de dicha distribución de papeles determinará el grado de autoría y participación de cada sujeto individualmente, y los efectos perlocucionarios derivados de dicha fuerza ilocucionaria también se limitan a los que ha causado cada uno de ellos. El principio de culpabilidad del hecho funciona también, en estos casos en los que las palabras se usan como recurso de reparto de tareas en la actividad delictiva, para marcar el límite de responsabilidad. Por ello, cabe rechazar aquellas teorías que, con base en el acuerdo previo entre varios sujetos, todos los resultados producidos en el curso de los hechos deban atribuirse a todos ellos en concepto de autores. Y por la misma razón también hay que rechazar aquella teoría que igualmente extiende los resultados producidos por uno de los sujetos al resto, cuando aquel se excede de lo acordado, pero era previsible que lo realizara. Sobre un análisis crítico de los resquicios que quedan de la teoría del acuerdo previo en la jurisprudencia española, así como de la aplicación de la teoría de las desviaciones previsibles, véase, en profundidad, JAREÑO LEAL, Ángeles, «Los diferentes conceptos de autor utilizados por la jurisprudencia (reflexiones a partir del ejemplo de varios delitos)», *RGDP*, n° 40, 2023, pp. 22-26. En cualquier caso, la idea principal que subyace de estas reflexiones, aunque no será siempre una empresa fácil de realizar, radica en el examen de subsunción particular de cada acción ejecutada individualmente por cada sujeto interviniente respecto del tipo penal correspondiente. Una propuesta metodológica que, llevada al extremo, resulta coherente con aquellos planteamientos dogmáticos suscitados a propósito de las reflexiones de GÓRRIZ ROYO y su rechazo a un concepto general de autor. Sin entrar en un análisis pormenorizado de este asunto, según esta autora no existe una esencia común entre los significados tan dispares de todos los delitos que componen el texto punitivo por lo que no es posible elaborar un concepto de autor, previo, general u ontológico. En consecuencia, concluye, habrá que atender en cada situación si la conducta realizada por el sujeto cabe relacionarla con el correspondiente significado del comportamiento

podríamos denominar «efectos perlocucionarios previsibles»⁷⁴⁰ de la cual se debe entender que el inductor responderá solo de aquellos efectos que previsiblemente se puedan asumir a consecuencia de la realización de un determinado acto ilocucionario que genera un influjo psíquico en el destinatario para que cometa el hecho delictivo. Esto es lo que la doctrina penalista aborda bajo la etiqueta de «excesos del inducido»⁷⁴¹, haciendo referencia a aquellos supuestos en los que el autor material se desvía de la línea prefijada por la inducción realizando un delito más grave o bien distinto del que se pretendía influir.

5. RECAPITULACIÓN: DESINFORMAR COMO ACTO LINGÜÍSTICO

En un sentido estricto, en el capítulo anterior, se ha definido la conducta de desinformar como aquella consistente en transmitir una información manifiestamente inveraz. Por consiguiente, en esencia, se trata de un acto lingüístico compuesto por un conjunto de palabras que, con una construcción gramatical determinada y con sentido (acto locucionario), realizan una acción mediante la cual se engaña a los destinatarios sobre un determinado hecho para así manipularles (acto ilocucionario), pudiendo originar, a su vez, dicha acción, toda una serie de efectos contingentes derivados de esta manipulación (efectos perlocucionarios).

En realidad, bajo la apariencia de ser un acto asertivo (empleando la clasificación de Searle) o, si se prefiere, constatativo (si se opta por la de Habermas), el emisor del mensaje desinformativo, *a priori*, parece hacer referencia a una cuestión concreta del

que se describe en el concreto tipo de acción contemplado en la Ley penal. Cfr., GÓRRIZ ROYO, Elena M^a, *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 443-445.

⁷⁴⁰ Sobre la previsibilidad de la producción de efectos perlocucionarios también la tratan POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras...*, cit., p. 96. Estos autores distinguen entre si el riesgo que se produce se debe exclusivamente al dolo del ejecutor material – en cuyo caso no cabe responsabilidad penal del emisor del enunciado verbal por mucho que este experimente una satisfacción *ex post* al conocer el resultado lesivo – de si la emisión del enunciado representa como previsible que el receptor llevara a cabo la acción delictiva – que será punible como inductor, a pesar de que el emisor dudara al emitirlo si el receptor llegaría a cometer el acto lesivo -.

⁷⁴¹ Por todos, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., pp. 244-245. En este caso, el citado autor diferencia tres supuestos, principalmente. En primer lugar, si solo se produce un desvío en la modalidad de ejecución (p.e. comete el hecho un sábado en lugar del viernes) la inducción se castiga. En segundo lugar, si el cambio versa en el objeto del hecho (p.e. induce a pegar a B y pega a C) al realizar otro plan distinto no existe inducción. En tercer lugar, si se produce un exceso que afecta a la clase y cantidad del injusto habrá que atender a si lo ejecutado aún se mantiene dentro del marco de la dimensión del injusto prefijada por la inducción que, en caso negativo, existirá un exceso de la inducción que excluye su responsabilidad criminal.

mundo objetivo. Afirmación sobre la que cabe plantearse la pretensión de verdad con la que este sujeto plantea dicha proposición.

No obstante, más bien esta conducta se identifica con claridad con lo que Habermas caracterizaba como acción estratégica encubierta. Así, mediante un engaño y de modo consciente, el sujeto emite toda una serie de proposiciones que de ninguna manera persiguen un entendimiento con los interlocutores, sino más bien el éxito de un objetivo determinado. Desde este enfoque, es posible resaltar el reproche ligado al comportamiento puesto que, intencionalmente, se persigue una manipulación mediante el uso de otros individuos como medio para lograr un determinado fin.

Ahora bien, como es evidente, el reproche social no debe identificarse con un reproche normativo-penal. Poca función tendría entonces el principio de intervención mínima como garantía básica del Derecho penal. Por ello, para dar ese «salto recriminatorio», previamente es necesario atravesar toda una serie de fundamentaciones que respalden la necesidad de intervención de la herramienta más poderosa de la que dispone el *ius puniendi*. En este orden de cosas, el paso previo e ineludible frente a propuestas de castigos de conductas desinformativas debe ser la de poderla encuadrar en una «acción» en un sentido normativo.

Para llevar a cabo esta labor, se ha mostrado en este capítulo que no cualquier teoría de la acción permite explicar la materialización de actos lingüísticos. La teoría causal se muestra insuficiente en la medida en que no permite delimitar el acto de habla del ser humano con el de ciertos animales que pueden replicar determinados sonidos. Pero, sobre todo, por su incapacidad de distinguir, entre las distintas fuerzas ilocucionarias que puede presentar un acto lingüístico, aquellas que sean manifiestamente desinformativas de las que no lo son. E incluso debido a que ni siquiera permite explicar aquellos efectos perlocucionarios que la manipulación informativa pueda ocasionar mediante el mero uso de un conjunto de palabras. Tampoco la teoría final que, aunque resalta uno de los componentes básicos de estudio (la intención del emisor), deja al margen el segundo de los elementos esenciales, es decir, el contexto. Ello incide en no poder alcanzar una adecuada comprensión de la fuerza ilocucionaria, otorgando un papel demasiado relevante al plano subjetivo. Desde este punto de vista, podría caerse en el error de considerarse conductas desinformativas aquellas que no lo son puesto que, aunque para el emisor ha propagado una información manifiestamente falsa con conocimiento, puede

que, desde el punto de vista de aplicación de parámetros objetivos como el del hombre medio carezca de total relevancia ya que cualquiera en esa posición sabría que esa información es claramente falsa. Lo que, en consecuencia, desecharía automáticamente su relevancia como una acción penalmente relevante.

Por su parte, la necesidad de análisis también del componente objetivo del contexto exige tener en cuenta dos dimensiones: contexto social y normativo. Ello quizás determine, como se ha tenido ocasión de explicar en el capítulo, que sea más clarificador optar por un análisis de la acción desde la tipicidad y no operar con un supraconcepto de acción. Esta ha sido la razón principal por la que también se ha desechado el manejo de una teoría social de acción para entender los actos lingüísticos y, en especial, los comportamientos desinformativos. Conviene tener en cuenta que socialmente una determinada información falsa debe ser manifiestamente inveraz pero, al mismo tiempo, que esa conducta haya merecido, político-criminalmente, un reproche penal para ser recogido en un tipo. En caso contrario, es posible hablar de acción de desinformar, sí, pero no de una acción desinformativa penalmente trascendente.

La teoría significativa de la acción sí que permite soslayar las anteriores barreras. Al fijar el foco de atención en el sentido del acto lingüístico se consigue superar el mero análisis subjetivo y partir de una actividad puramente interpretativa (mediante el uso de las reglas sociales) para entender el verdadero significado que logra el empleo de unas palabras en una situación concreta. Interpretación que precisa también de las reglas jurídicas y no solo sociales para completar su verdadero sentido. Esta interdependencia entre lo social y lo jurídico fundamentará que un acto desinformativo devenga en jurídico-penalmente relevante al imputarse un significado penalmente prohibido. Todo ello sirve para concluir que el análisis de un mensaje como desinformativo, desde un punto de vista estrictamente punitivo, exigirá poner la atención en la intención comunicativa, el contexto social y el contexto normativo.

En este trabajo además, se ha señalado la trascendencia del conformante tecnológico para el fenómeno de la desinformación. No obstante, este carácter no presenta relevantes modulaciones en el estudio de los mensajes desinformativos como actos lingüísticos en las plataformas digitales. Algunas prácticas discursivas inherentes a este medio como son los emoticonos o los memes ayudarán a comprender mejor la intención comunicativa del emisor y el contexto extralingüístico y, por tanto, si la fuerza del acto

ilocucionario de una afirmación falsa tiene esa finalidad de manipulación y engaño o es meramente humorística. No hay que olvidar, en este punto, la práctica ciertamente extendida de utilizar la información falsa como un mero recurso sarcástico, especialmente en la red social X.

Por otra parte, que los mensajes desinformativos se caractericen por unas notas de mayor publicidad, viralidad o permanencia, como se ha podido observar en capítulos anteriores, no significa que haya que manejar conceptos de acción distintos. Ahora bien, sí que estos rasgos pueden ser relevantes para la dogmática penal en la medida en que pueden respaldar planteamientos de creación de tipos cualificados debido a la mayor lesividad de la conducta por el medio. Algo que, en la actualidad, no es ni mucho menos ajeno a nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Un análisis del discurso digital tampoco puede dejar al margen las conductas de replicación de mensajes ya creados como son las herramientas del «compartir» o del «retuit». Estas acciones, a propósito de su funcionalidad en las plataformas digitales, son propiamente de diseminación, difusión, propagación, etc. Sin embargo, en el contexto social actual no implican, necesariamente, que aquel que comparte una noticia falsa lo haga con una posición favorable a difundir un bulo con conocimiento de esta circunstancia y búsqueda del propósito de manipulación. Sobre este punto y partiendo de dicha premisa habrá que plantearse si político-criminalmente convendría introducir verbos típicos de esta índole expansiva y cuáles serían los límites que habría que tener en cuenta en relación con la participación de estas posibles modalidades delictivas.

En cualquier caso, puede resultar también interesante utilizar la teoría de los actos de habla con el propósito de comprender mejor cuál es el fundamento que legitima un posible castigo de la desinformación. Aunque esto será objeto de profunda atención en la última parte del trabajo, cuando se aborden las alternativas político-criminales de criminalización, habrá que partir si es suficiente fundamentar el castigo en la propia fuerza ilocucionario del acto o si, por el contrario, la exigencia normativa requiere de la producción real de efectos perlocucionarios que se derivan de la propia acción de desinformar.

En el primer caso, y en una primera aproximación teórica, podrían considerarse que aquellos mensajes de manipulación que presenten una capacidad suficiente para

desinformar son capaces de generar por sí mismos una afectación al proceso de formación de una libre opinión pública y, en consecuencia, de un adecuado pluralismo político en una sociedad democrática. En este supuesto presentarán una estructura de legitimación de la criminalización similar a los delitos contra el honor o las amenazas. O bien, puede que este fundamento no se considere suficiente y sea conveniente exigir una efectiva lesión o peligro a bienes jurídicos adicionales que se desprenden de la manipulación como pueden ser el orden público o la propia soberanía del estado y el correcto funcionamiento de sus instituciones. Aquí la base de legitimación criminalizadora se sustentará en los daños posteriores originados por la emisión de palabras bajo contextos y requisitos determinados similar al que presenta el delito de estafa. Si se opta por esta segunda opción, lo conveniente sería que la argumentación exigiera una clara relación directa entre el acto ilocucionario de desinformar y los efectos perlocucionarios que se le asocian. En caso contrario, se caería en las terribles consecuencias punitivas que ya sufren aquellos tipos penales en los que dicha relación es más bien difusa, como ya ha sido advertido en el apartado 4.1. del presente capítulo. Sobre todo, debido a su posible confusión con las meras ofensas criminalizadas que soslayan garantías esenciales como el principio de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Eso sí, cabe insistir en que la teoría de los actos lingüísticos no es ninguna panacea. Si bien sirve como argumento añadido que respalda ciertas consideraciones dogmáticas, habrá que atender a las características del bien jurídico y al resto de elementos del tipo para analizar con exactitud las consecuencias legales que comporta la conducta.

La citada teoría puede servir, por ejemplo, para argumentar la posibilidad de formas imperfectas de ejecución en el caso en el que la configuración legal de un futuro delito de desinformación sea de mera actividad. Si se estructura en función de los efectos perlocucionarios que ocasiona como un delito de resultado, la comprensión de la tentativa será más sencilla. En cambio, si se estructura como delito de mera actividad (lo cual puede ser plausible si su fundamento sobre todo rige en función del acto ilocucionario) aunque no será tan sencilla ni pacífica, sus formas imperfectas también serán concebibles.

En el caso de la desinformación, todo apunta a que, de una forma similar a lo que ocurre con el delito de injurias, las características del bien jurídico se envuelven en una cierta trascendencia pública para su consumación. Tal afirmación lo respalda el hecho de que los bienes jurídicos con los que se suele asociar a este fenómeno presentan una cierta

proyección pública como son la libertad de opinión, el pluralismo político, la soberanía, etc. En paralelo con el delito de injurias, y partiendo de la consideración del posible delito como de carácter «comunicativo», el acto ilocucionario (es decir, la materialización de la acción) en la desinformación se produce en el momento en el que el destinatario recibe el mensaje.

Si se opta por esta hipótesis, al tratarse de un comportamiento comunicativo, para existir un desvalor de la conducta será necesario que la acción rética pueda ser interpretada como un mensaje desinformativo llevado a cabo con dicha intención y que vaya destinado a un receptor. Mientras el mensaje desinformativo no sea recibido por parte de los destinatarios, como mucho, lo que existirá es un acto locucionario, pero no la materialización propia de la acción (acto ilocucionario). Existirá, por tanto, ya una mínima idoneidad comunicativa, en este caso de desinformación, pero no se habrá consumado la acción.

Ciertamente, si el contenido desinformativo se transmite a través de medios de difusión mecánica en los que los destinatarios son una masa indiferenciada de personas (caso paradigmático de las redes sociales), el peligro a los intereses en juego surge desde el momento en el que el mensaje se difunde. Los caracteres de instantaneidad e inmediata publicidad que caracterizan a las plataformas digitales determinan que el acto se consuma en el momento de publicarlas puesto que difícilmente hay una separación temporal entre el envío y la recepción. Y más ante estas conductas comunicativas de proyección pública. Sin embargo, ello no obsta para la existencia de modalidades imperfectas de aparición que puede ocurrir porque el medio tecnológico ha impedido que el mensaje desinformativo llegue a los destinatarios. Piénsese en el desarrollo de programas informáticos que, con la ayuda de la inteligencia artificial, tienen almacenadas ciertas palabras que, cuando aparecen en los textos, estos son eliminados automáticamente antes que el mensaje pueda ser insertado en una red social o aplicación determinada. También puede ocurrir, en los casos de aplicaciones de mensajería como *WhatsApp* en los que el administrador del grupo elimina el mensaje desinformativo antes de que pueda leerlo ningún destinatario. O bien simplemente porque existe una deficiencia en la comunicación porque los destinatarios no entienden lo que se dice o porque el mensaje es inteligible.

Si, por el contrario, se opta por una configuración legal fundamentada en los efectos perlocucionarios del mensaje desinformativo, la consumación se producirá en el momento en que se materialicen estos efectos contingentes que prevé el tipo penal. Es decir, en el momento en el que se produce la efectiva lesión al bien jurídico que protege la norma.

En todo caso, queda patente que el hecho de que la conducta desinformativa se articule, principalmente, por una emisión de palabras, no niega, *per se*, su deseable carácter delictivo. Ha quedado demostrado en este capítulo que con palabras también se pueden cometer delitos, incluso bastante graves. Es cierto que la tendencia expansiva que caracteriza estas últimas décadas causa un rechazo inicial ante propuestas criminalizadoras mediante discursos, sobre todo por su fricción con el derecho a la libertad de expresión. Pero ello no debe impedir valorar en profundidad cuál es la verdadera gravedad del problema para así ponderar adecuadamente el conflicto de intereses y ofrecer así soluciones efectivas.

Capítulo II

El castigo penal de la mentira y de las noticias falsas

1. INTRODUCCIÓN

Dos son los ejes centrales de la conducta de desinformación en los términos que en este trabajo se maneja: la transmisión de una información (y, por consiguiente, la emisión de un conjunto de palabras) y el engaño, o si se prefiere, la mentira. La vinculación entre proliferación de palabras y castigo penal acaba de ser abordada en el capítulo anterior. Es pues momento de profundizar en la segunda cuestión también desde un punto de vista jurídico-penal.

El Código penal aborda la mentira, principalmente, de dos formas: como un medio comisivo más, o bien como un elemento esencial del tipo⁷⁴². El primer grupo lo integran aquellas conductas delictivas que no prevén explícitamente la emisión de una alegación falsa dentro del tipo, pero su realización constituye un medio comisivo a través del cual puede materializarse el delito. Se trata pues de una modalidad de conducta más en la que el sujeto activo puede cometer el ilícito penal engañando a los destinatarios, pero también se podría llevar a cabo igualmente a través de otras formas. Algunos ejemplos paradigmáticos lo conforman el uso de noticias falsas para afectar a la integridad moral de un individuo cuya conducta podría subsumirse en el artículo 173; o la difusión de noticias falsas en redes sociales para que los discursos de odio sean más efectivos⁷⁴³, en

⁷⁴² Sobre esta cuestión ya me he referido en profundidad en trabajos anteriores. Entre todos, véase, DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «Criminalización de las *fake news* en redes sociales: ¿necesidad de intervención o Derecho penal simbólico?, *RGDP*, n°37, 2022, pp. 12-13. En el ordenamiento jurídico-penal italiano también se han manifestado desde una óptica similar. En esta línea, se establece una primera clasificación en la regulación penal de las *fake news* diferenciando cuando en los tipos penales el castigo de la mentira se encuentra regulado explícitamente, de aquellos otros en los que su criminalización se encuentra implícitamente previsto. En PERINI, Chiara, «*Fake news* e post-verità...», cit., p. 5.

⁷⁴³ Si al lector le interesa esta segunda cuestión, en un reciente trabajo abordó dicha problemática. En especial, se ofrece un estudio exhaustivo acerca del uso de noticias falsas en las plataformas digitales con propósitos de manipulación xenófoba y de exclusión de colectivos vulnerables. Práctica que,

cuyo caso podría conllevar la aplicación del artículo 510 del texto punitivo. El segundo lo conforman aquellos ilícitos penales en los que la exigencia de transmisión de una información falsa es prevista expresamente, de modo que, sin la presencia de tal acción, el hecho sería atípico. Esta segunda modalidad es la que interesa a los efectos de este trabajo y la cual se analizará en el presente capítulo.

Tal y como se ha señalado en reiteradas ocasiones, uno de los principales propósitos de la investigación consiste en ofrecer alternativas de criminalización de la desinformación para, posteriormente, someterlas a un examen de idoneidad y necesidad político-criminal. Por otra parte, se ha concretado que la conducta objeto de estudio se caracteriza por la transmisión de una información manifiestamente inveraz. La inveracidad, por tanto, conforma un elemento esencial que debería integrar toda propuesta de castigo de este fenómeno. Es por ello por lo que conviene comprender, previamente, cuáles son los distintos modelos de castigo penal de la inveracidad (como elemento esencial) que se regulan en nuestro ordenamiento jurídico. Esto coadyuvará a entender cuál de estos sistemas se puede adaptar mejor a propuestas de castigo de *lege ferenda*.

Analizada esta cuestión, en una segunda parte, convendrá llevar a cabo un estudio dogmático más específico del fenómeno. Cuestión que se materializará en el examen del castigo penal de las noticias falsas, tanto desde una visión histórica, como actual. Herramientas interpretativas (histórica y sistemática) que servirán de complemento para una elección más precisa del modelo de castigo penal de la inveracidad para el caso que nos ocupa, así como para fijar límites interpretativos sobre las distintas propuestas de criminalización.

2. MODELOS DEL CASTIGO PENAL DE LA MENTIRA

Para hablar de mentira, inevitablemente, hay que hacer mención a la verdad. Ambas ideas sirven para etiquetar la certeza o incerteza de un determinado hecho. La verdad, así

lamentablemente, se ha desarrollado en estos últimos tiempos tanto por parte de usuarios individuales como de partidos políticos. En esta investigación se muestra la relación existente entre el delito de discurso de odio y desinformación, el papel de las redes sociales y las respuestas judiciales ofrecidas desde el Derecho penal. En DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «La manipulación xenófoba en la era de la posverdad: ¿nuevas? formas de exclusión a colectivos vulnerables», en Correcher Mira, Jorge (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, *passim*. También resulta sugerente el análisis ofrecido en MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «La criminalización de las fake news...», cit., pp. 119 y ss.

entendida se identifica con parámetros como la objetividad o seguridad incontestable y mantiene una profunda vinculación con el ejercicio del poder y también con el Derecho⁷⁴⁴. Desde luego, cabe afirmar, sin ningún tipo de reparo, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un Derecho a mentir. Tampoco en los supuestos del imputado o acusado por un delito, por lo que no hay que confundir el derecho a no declarar contra uno mismo consagrado en el artículo 24.2 CE con un derecho a mentir⁷⁴⁵. Ahora bien, que no exista un derecho a mentir tampoco significa, necesariamente, que la mentira sea punible *per se*. En nuestro ordenamiento jurídico ni existe un Derecho genérico a no recibir información falsa⁷⁴⁶, ni tampoco un deber general de veracidad. A propósito de estas premisas, el modelo español se rige, en principio, por el criterio de impunidad de la mentira, es decir, de ausencia de protección penal autónoma de un derecho a la verdad⁷⁴⁷.

Lo anterior no significa que la mentira solo sea moralmente ilícita. Esta también es jurídicamente desvalorada, pero exclusivamente de manera excepcional. Es decir, el hecho de mentir, en sí mismo, no merece reproche jurídico-penal alguno, pero sí que constituye una parte relevante del castigo en conductas determinadas. De modo que, como se ha encargado de enfatizar DE LAS HERAS VIVES, el reproche penal de la mentira no se deriva por el hecho mismo de proferirla, sino por las consecuencias que se derivan de ella en un contexto concreto⁷⁴⁸. Por lo tanto, la mentira solo puede relacionarse con el delito si afecta a los derechos de otro bajo una serie de circunstancias concretas que el ordenamiento jurídico ha considerado necesarias, puesto que representaban un peligro o una lesión a bienes jurídicos relevantes.

En esta línea, SILVA SÁNCHEZ se ha encargado de ofrecer una panorámica acerca de la regulación penal y los deberes de veracidad en el modelo español⁷⁴⁹. Para

⁷⁴⁴ Si se desea profundizar sobre estas reflexiones, véase, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., pp. 28 y 29. En este sentido, el autor propone optar por una idea de verdad que depende de un sistema de lenguaje, es decir, contextualizada de modo que, acogiendo algunas ideas de VIVES ANTÓN, una proposición verdadera implica que esté racionalmente justificada.

⁷⁴⁵ Efectivamente, el derecho a no declarar contra uno mismo puede conllevar un derecho a guardar silencio y no puede entenderse como un derecho implícito a mentir que solo debería entenderse como tal en el caso en el que el mismo silencio tuviera un sentido autoincriminatorio. Véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Sobre verdades y mentiras», *Indret*, nº1, 2014, pp. 1-2.

⁷⁴⁶ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., p. 231.

⁷⁴⁷ Así lo sostiene SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch, Pablo y Silva Sánchez, Jesús María (auts.), *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, p. 77.

⁷⁴⁸ DE LAS HERAS VIVES, Luís, «Las fake news...», cit., p. 73.

⁷⁴⁹ Las reflexiones que siguen han sido extraídas de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., pp. 78-81.

comprenderlo adecuadamente, en primer lugar, conviene hacer una diferenciación subjetiva entre funcionarios públicos y particulares. Siguiendo al citado autor, por una parte, en relación con los funcionarios no existe ningún deber general de veracidad, en la medida en que el reproche normativo exclusivamente aparece cuando tengan asignada la dación de fe pública y, exclusivamente, bajo el cumplimiento de tales funciones. Por lo tanto, en estos casos la criminalización de la mentira se asocia a las manifestaciones escritas de los funcionarios públicos que se les atribuya la cualidad de fedatarios. En el caso de los particulares, las inveracidades pueden ser sancionadas, a modo excepcional, si constituyen un medio para producir un perjuicio a un tercero. Casos paradigmáticos que caben citar son el delito de estafa que produce el perjuicio patrimonial como resultado típico y el delito de calumnia⁷⁵⁰ en el que la lesión del honor es el daño producido. Además, del texto punitivo se extrae el castigo de la inveracidad del particular, aun cuando no se ha producido un perjuicio a un tercero, siempre y cuando el ordenamiento jurídico haya establecido deberes especiales que recaen sobre los particulares. En este punto conviene traer a colación delitos como el de falso testimonio, denuncia falsa, defraudación tributaria, falsedad de administradores en documentos con relevancia jurídica o económica para la sociedad, delitos contables, etc.

Si atendemos al castigo de la mentira realizada por particulares, en el Código penal vigente, es posible destacar cuatro grandes grupos o modelos en los que la inveracidad se conforma como elemento nuclear de la conducta: el modelo de los delitos contra el honor, el de la estafa, el de las falsedades y aquellos otros que se identifican con los deberes especiales que el ordenamiento otorga bajo circunstancias concretas. Indagar sobre el papel que se le otorga a la inveracidad en cada uno de estos modelos resulta conveniente en la medida en que puede coadyuvar a extraer algunos parámetros de regulación penal que pueden ser trasladados a una posible propuesta *de lege ferenda* del castigo de la desinformación.

⁷⁵⁰ De hecho, según QUINTERO OLIVARES, aunque nunca se ha contemplado bajo esa condición, la calumnia puede entenderse como una noticia falsa, lo que muestra que esta presenta ciertas limitaciones hacia su tolerancia mediante la ley penal. Aspecto que no solo habría que tener en cuenta para la difusión de *fake news* relacionadas con el derecho al honor, sino también con aquellas destinadas a alterar las condiciones del mercado en relación con precios o competencia o aquellas orientadas a provocar alteraciones de la paz pública. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Injurias y mentiras», en Ferré Olivé, Juan Carlos et al. (eds), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Tomo II*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, p. 784.

2.1. El modelo de los delitos contra el honor

2.1.1. Posturas de interpretación: inveracidad subjetiva y verdad objetiva. Toma de postura

El Código penal de 1995 introdujo una importante modificación en materia de delitos contra el honor en la medida en que propició, como se expondrá a continuación, a una transformación en el que el eje central pasó de ser la verdad absoluta a la veracidad subjetiva, en correspondencia con la interpretación y alcance que se otorgó al derecho a la información con la consagración de la Constitución. Ahora bien, el vigente texto punitivo sí que ha mantenido la tradicional regulación hispana de describir dos comportamientos normativos fundamentales: la calumnia y la injuria. En la primera, subyace la atribución de un hecho que la propia norma penal especifica con claridad: la imputación de un delito. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la segunda, que puede clasificarse según representa una imputación falsa de hecho o una emisión de juicios de valor (todo ello a pesar de los intentos por parte de la doctrina penal española por mantener solo la primera modalidad en el ámbito punitivo⁷⁵¹). Aunque se tendrá ocasión de analizar en detalle más adelante⁷⁵², en este punto conviene subrayar la importancia de la distinción entre hechos y opiniones⁷⁵³ en la medida en que el elemento de la falsedad únicamente es atribuible a los primeros y no así a los segundos que se rigen por los parámetros propios de los juicios de valor. Una cuestión que fundamenta el motivo por el que el modelo del «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la

⁷⁵¹ Al respecto, QUINTERO OLIVARES se ha encargado de recordar cómo en su momento el legislador penal, aconsejado por un funesto tradicionalismo penal, no aprovechó el cambio de Código para dejar de lado el castigo de las injurias cargadas de componentes valorativos, sino que decidió mantenerlas. Una decisión que, a su juicio, ha sido errónea puesto que ha conducido a una excesiva subjetivación de los delitos contra el honor. Motivo por el cual, continúa defendiendo, a la luz de la experiencia, sigue siendo conveniente revisar el delito de injurias y reducirlo a la falsa imputación de hechos. Cuestión que coadyuvaría no solo a una despenalización, sino a una racionalización de la intervención del derecho en la protección de un bien constitucional de tal importancia como es el honor. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Injurias y mentiras...», cit., pp. 769, 772, 775-776.

⁷⁵² En especial, en el epígrafe 3 del primer capítulo de la tercera parte de la investigación, cuando se analice en profundidad el contenido y alcance de los derechos de expresión y de información.

⁷⁵³ En el ámbito penal, la distinción entre hechos y opiniones en los delitos contra el honor se revela en tres ámbitos esenciales. En primer lugar, permite deslindar entre delito de calumnia y de injuria. En segundo lugar, dentro de las injurias, permite introducir el parámetro del conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad como límite de intervención penal y, en consecuencia, en tercer lugar, la posibilidad de aplicar la *exceptio veritatis*. No obstante, tal diferenciación, en ocasiones resulta tremendamente dificultoso. Piénsese en el sujeto que llama a otro individuo ladrón. Será el contexto el que determinará si se le está imputando un hecho delictivo o se emite una valoración sobre su persona. O cuando se le acusa a alguien de dilapidar el dinero que se le ha confiado o acusarlo de ser una mal administrador, la distinción entre afirmación de un hecho o una mera opinión sobre una conducta concreta puede ser sutil y difícil de reseñar. Sobre estas cuestiones, CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., p. 340 y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 334.

verdad» por el que ha optado el legislador español tan solo atañe a las calumnias – *ex art. 205 CP* – o las injurias consistentes en imputación de hechos – *ex art. 208.III CP*. Con todo, todavía en la actualidad, no es una cuestión pacífica en la doctrina el parámetro con el que se identifica la citada cláusula legal que caracteriza a los delitos contra el honor. Al respecto, fundamentalmente, es posible diferenciar dos grandes enfoques: uno objetivo y otro subjetivo.

Si se atiende a un modelo objetivo, el elemento de la *falsedad* al que se hace referencia en el art. 205 o en 208.III del Código penal sigue respondiendo al parámetro de verdad objetiva que históricamente se ha entendido⁷⁵⁴. Desde esta perspectiva, se exige que la imputación sea objetivamente falsa y no solo subjetivamente inveraz, por lo que, independientemente de la malicia del sujeto activo, la imputación de un hecho cierto se considera atípica⁷⁵⁵. En consonancia con este planteamiento, la búsqueda sobre si el hecho atribuido es verdadero o falso, desde este plano objetivo, cobra una atención esencial⁷⁵⁶. Para fundamentar dicha postura, el principal argumento que se esgrime parte de una interpretación literal y estricta de los preceptos en los que se establece «el conocimiento de *su* falsedad» el cual se refiere al hecho imputado⁷⁵⁷. En otras palabras, directamente de los citados tipos penales se desprende la necesidad de que exista un hecho que sea falso como elemento imprescindible para que el comportamiento pueda ser típico⁷⁵⁸. La

⁷⁵⁴ Así lo defendían en sus trabajos tanto PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal. Concordado y comentado (estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera)*, Edisofer, Madrid, 2000, p. 1098 y GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870. Concordado y comentado, Tomo V*, Esteban-Hermanos Impresores, Salamanca, 1893, pp. 282-283.

⁷⁵⁵ Entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 339; MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el honor», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, p. 247; GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., pp. 578 y 588 y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 97 y 98.

⁷⁵⁶ Es lógico, si se parte de dichas premisas, que se defienda en el delito de calumnia que la imputación objetivamente inveraz de un delito, por mucho que se contraste la información de un modo diligente, no deja de ser un hecho objetivamente típico que autoriza a la víctima a poder defenderse en estado de necesidad defensivo. De modo que, *a sensu contrario*, si un sujeto cree imputar falsamente un delito que sí existe, está intentando, de modo inidóneo, lesionar el honor ajeno puesto que el desvalor subjetivo de su conducta no quita que sea imposible lesionar el honor penalmente protegido con afirmaciones objetivamente inveraces. Cfr., sobre esta cuestión, COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el honor», en Ragués i Vallès, Ramón (coord.) y Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 190.

⁷⁵⁷ Este es el argumento que utiliza GARCÍA RIVAS para apoyar esta postura objetiva. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 578. Igualmente, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El derecho al honor...*, p. 98.

⁷⁵⁸ En cualquier caso, como bien han recordado QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, aunque el hecho imputado sea falso, todavía cabría la posibilidad de no apreciar delito cuando el autor padeciera una equivocación evitable sin haber despreciado la verdad, lo que llevaría al error de tipo. Ahora bien, ello no obstaría de poder ejercitar una acción civil para exigir la reparación al amparo del apartado séptimo del art. 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y

alusión a «su» falsedad impondría la previa existencia de dicha condición de la información diseminada.

Por el contrario, una segunda postura adopta como premisa una comprensión acerca de los delitos contra el honor que no se determina con parámetros objetivos sino subjetivos⁷⁵⁹. En este modelo, a diferencia del anterior, que el hecho en sí mismo sea falso no constituye un elemento del tipo. El criterio se transforma de modo que ya no se entiende como verdad objetiva comprobable *ex post* sino bajo el concepto de veracidad o, mejor dicho, inveracidad, porque subjetivamente se difunde una información determinada sin la diligencia necesaria en la búsqueda de lo cierto⁷⁶⁰. Aquí, por consiguiente, al elemento de la falsedad se le dota de una dimensión principalmente subjetiva identificando así imputación falsa con inveracidad subjetiva. El centro de atención lo ostenta así la actuación realizada por el autor. De manera que, en consonancia con las afirmaciones expuestas por VIVES ANTÓN⁷⁶¹, solo se podrán aplicar consecuencias punitivas de los tipos contra el honor referidos a la imputación de un delito o de hechos cuando el autor realice la acción conociendo la discordancia con la realidad o sin un fundamento probatorio razonable. Y, *a sensu contrario*, el hecho será atípico si el autor cree que lo que imputa es cierto y posee elementos que lo sustentan, pese a no demostrar la verdad objetiva de lo imputado. La inveracidad de la imputación se define de un modo puramente subjetivo en el que lo relevante es la indagación de la diligencia y actuación realizada por el sujeto activo para atribuir a alguien la realización de un hecho. Un planteamiento que, como sigue recordando CUERDA ARNAU, es producto del

familiar y a la propia imagen que permite la posibilidad de sanción por la lesión genérica al honor o a la dignidad de otro. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 533.

⁷⁵⁹ Siguen una comprensión subjetiva que parte de la veracidad y no de la verdad absoluta, aunque situando la cláusula del «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» en una posición sistemática distinta dentro de la teoría jurídica del delito, CUERDA ARNAU, Mª Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., p. 336; DE PABLO SERRANO, Alejandro, *Honor, injurias y calumnias: los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 275; LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 88-91; BACIGALUPO, Enrique, *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 9; MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 432-434 y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (dir.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1031.

⁷⁶⁰ Desde esta perspectiva, veracidad se entiende por la convicción que adquiere el sujeto que emite una información sobre la verdad de la misma. Es decir, se identifica lo veraz con la exigencia de un deber de comprobación y contraste de la fuente de la noticia, o, dicho de otro modo, con aplicar la diligencia necesaria para comprobar el rigor de esa información. Véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Injurias y mentiras...», cit., p. 777.

⁷⁶¹ VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., p. 260.

nuevo paradigma que se instauró en el Derecho norteamericano a propósito de la Sentencia *New York Times Co. Vs Sullivan*, del Tribunal Supremo Federal en 1964 y que hizo cambiar la interpretación de la protección de la libertad de expresión e información en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁶².

Esta segunda aproximación de la configuración del elemento de la inveracidad en los delitos contra el honor parece la más acertada por una serie de razones. En primer lugar, tal y como ha expuesto MUÑOZ LORENTE, de la tramitación parlamentaria de los preceptos se deriva claramente cómo para la tipicidad de la calumnia y de la injuria consistente en una imputación de hechos lo relevante no es la falsedad si no la actitud hacia la verdad de quien lo transmitió⁷⁶³. Es cierto, como señala GARCÍA RIVAS, que la *voluntas legislatoris* puede quedar reflejada de forma inexacta en la norma penal y es trabajo del intérprete atenerse a la literalidad del precepto con el propósito de evitar infringir la proscripción constitucional de la analogía prohibida⁷⁶⁴. Sin embargo, en este caso, una interpretación literal de la norma también respalda la postura subjetiva de la inveracidad. Al respecto, es preciso tener en cuenta que, con anterioridad al Código penal de 1995, el artículo 453 del texto punitivo de 1973 hacía referencia a la «falsa imputación de un delito» en relación con el delito de calumnia. En cambio, en la vigente norma dicha designación se ha modificado, de modo que nada se dice de la falsedad al definir la acción típica, sino que se hace mención a ella dentro del contexto subjetivo de «conocimiento de su falsedad». Esta idea, junto al hecho de añadir la expresión «temerario desprecio hacia la verdad» permite inferir, desde un enfoque literal, la inexigencia de la falsedad del hecho imputado, siendo suficiente la temeridad del sujeto activo al respecto⁷⁶⁵.

En segundo lugar, también avalan la postura subjetiva razones teleológicas y sistemáticas. Incluso aún vigente la anterior redacción, pero ya con la Constitución en vigor, VIVES ANTÓN defendía esta comprensión de los delitos contra el honor «por

⁷⁶² CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., p. 336.

⁷⁶³ En especial, este autor destaca las manifestaciones del Sr. CUESTA MARTÍNEZ – representante del Grupo socialista – en el debate de la Comisión de Justicia e Interior sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal, así como del Sr. MARTÍNEZ BJORKMAN – representante del Grupo Socialista en el Pleno del Senado. El primero expresó en el citado debate cómo «se está tipificando no la mera información errónea o no aprobada, sino la ausencia de la información comprobada», mientras que el segundo, por su parte, manifestó que «el elemento de la falsedad de la imputación que caracteriza a la calumnia ha sido interpretado en sentido subjetivo y no en un sentido objetivo. Ésta es, en definitiva, la principal novedad del proyecto sobre la regulación vigente». Más información disponible en MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 372-373.

⁷⁶⁴ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 578.

⁷⁶⁵ En un sentido similar, ofrecen esta argumentación LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., pp. 105 y 106 y MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 371.

imperativo de una interpretación conforme a la Constitución española»⁷⁶⁶. Y es que, efectivamente, en consonancia con LAURENZO COPELLO, la interpretación del alcance y conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información ha influido de manera trascendente en la configuración de las injurias y las calumnias, en especial en relación con la interpretación de la referencia legal al «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» sobre el que se sustenta el concepto de veracidad que ha sido elaborado por la jurisprudencia constitucional⁷⁶⁷.

Asimismo, la citada autora añade un criterio de argumentación de índole práctica al considerar que, partiendo de un modelo objetivo, se exigiría la prueba de la representación del autor del contenido falso del hecho imputado⁷⁶⁸. Y, al no existir una figura imprudente, tan solo bastaría alegar que en ningún momento se planteó la posibilidad de la falsedad del hecho para forzar un error de tipo que aseguraría en todo caso la impunidad. Por lo que, las trascendentes dificultades prácticas probatorias del efectivo conocimiento de la falsedad aumentarían las posibilidades de exención de pena, pese a la lesividad del acto cometido. En cambio, el hecho de partir de la falta de diligencia para contrastar la información, como exige el modelo subjetivo, resulta más sencilla en la medida en que solo hay que atender a los mecanismos previos a los que acudió el sujeto para asegurarse que aquello que decía se ajustaba a la realidad, con independencia de cuál era su conocimiento real acerca de la falsedad o no del hecho. Por último, cabe añadir a

⁷⁶⁶ VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., p. 260.

⁷⁶⁷ Sin ánimo de desarrollar en profundidad estas ideas cuando se aborde la cuestión del bien jurídico protegido en el primer capítulo de la tercera parte de la investigación, conviene adelantar que, a propósito del derecho de información, el TC se ha decantado por una interpretación de «verdad subjetiva». Planteamiento por el que se rechaza admitir la posibilidad de un criterio absoluto de verdad que conllevaría, *de facto*, a considerar que siempre la «verdad absoluta» está en poder de alguien y cerrar la posibilidad de opinar o de informar de aquellos que no la tuvieran a su alcance. Por ello, se configuró como límite del derecho de información la comprobación de la verdad de las afirmaciones. Véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor...», cit., p. 531. Exigencias constitucionales que directamente han quedado plasmadas en los preceptos penales de calumnias y de injurias consistentes en imputación de hechos que, como afirma LAURENZO COPELLO, se constituyen por una fórmula creada por el legislador para garantizar la no punición al cumplir con el deber de comprobación diligente de la veracidad del hecho imputado que se exige en tal derecho. En LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., p. 84.

En contra se muestra claramente GARCÍA RIVAS quien entiende que dentro del planteamiento de vincular el derecho a la información con la interpretación subjetiva de la inveracidad en ambos delitos parte del equívoco de confundir los criterios constitucionales de protección del derecho al honor con los criterios jurídico-penales de protección del honor. De modo que, mientras que para el primero es cierto que la verdad del hecho imputado no se exige, en el segundo sí que se requiere que el hecho sea falso para intervenir. Y, en consecuencia, en consonancia con un Derecho penal vinculado a la protección integral de bienes jurídicos que existe la acreditación de un desvalor de resultado para considerar un hecho como punible, aquellas actuaciones de mala fe pero basadas en hechos ciertos deben considerarse impunes. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 579.

⁷⁶⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., p. 86.

los argumentos anteriormente expuestos que, precisamente, el criterio subjetivo es el que ha terminado predominando en la jurisprudencia española. Y así lo indicó de forma contundente el Tribunal Supremo al entender que el requisito de la falsedad en el delito de calumnias «ha de determinarse fundamentalmente con parámetros subjetivos, atendiendo al criterio hoy imperante de la “actual malice”»⁷⁶⁹.

Quizás, menor controversia presenta el carácter que se le dota, respectivamente, al «conocimiento de su falsedad» y al «temerario desprecio hacia la verdad». La doctrina suele señalar que el primero es una clara alusión al dolo directo (a través del cual se entiende que el sujeto actúa conociendo la falsedad de lo imputado), mientras que la segunda cláusula constituye un reflejo de la modalidad eventual (cuando el sujeto no muestra interés o la diligencia mínima en la comprobación de la verdad)⁷⁷⁰. Criterio que se identifica, en este aspecto, con la apreciación jurisprudencial⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ SSTs nº 856/1997, de 14 de junio, FJ sexto y nº90/1995, de 1 de febrero, FJ primero.

⁷⁷⁰ En realidad, se distinguen dos claras posiciones en relación con la comprensión del dolo de estas cláusulas legales. Por un lado, existen posiciones que se decantan por entender que el legislador hace referencia a un dolo genérico mediante el cual, partiendo de la falsedad de la información, se exige que el sujeto conozca y sepa que el hecho imputado es falso, o al menos, que asuma que puede serlo. Postura que parece ofrecerse en CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., p. 336. La autora recuerda que el «temerario desprecio hacia la verdad» no es más que la traducción, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, del *reckless disregard* del Derecho norteamericano. Asimismo, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 338; GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 583 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor...», cit., p. 532. Estos autores consideran que el tipo se realiza cuando existe conciencia de la falsedad de la imputación o bien cuando, siendo falsa la imputación, sin desear directamente imputar falsamente, no muestra un interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad. Por otro lado, se ha defendido que la citada cláusula no debe identificarse con un dolo genérico ni con un *animus iniuriandi*, sino más bien como un elemento subjetivo específico del tipo mediante el cual, sin considerar la falsedad como un elemento del tipo objetivo, se hace referencia a una actitud negativa del sujeto hacia la veracidad de la información. Así lo ha defendido DE PABLO SERRANO para quien concibe claramente dicha expresión legislativa como un elemento subjetivo adicional del tipo que señala la censurable actitud negativa del autor hacia la verdad. En DE PABLO SERRANO, Alejandro, *Honor, injurias y calumnias...*, cit., p. 275. Igualmente, se ha argumentado que con el cambio de regulación del CP 1995 se requiere la presencia de un elemento subjetivo más preciso que consiste en que el sujeto bien conoce que la información es objetivamente falsa o bien que, cuando la transmite, no sabe si es verdadera o falsa. Véase, MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 432-434. Una línea que ya advirtió VIVES ANTÓN al no admitir la falsedad como un elemento del tipo objetivo. En VIVES ANTÓN, Tomás Salvador (dir.), *Comentarios al Código...*, cit., p. 1031.

En contraposición a estos planteamientos se sitúan las opiniones de aquellos que sitúan la citada exigencia legal en el ámbito de la antijuridicidad considerándolo como un elemento subjetivo del contenido de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a informar. Al respecto, se ha manifestado LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., pp. 88-91 y con algún matiz BACIGALUPO, Enrique, *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 9.

⁷⁷¹ De un modo meridianamente claro se ha pronunciado en la STS nº 176/2021, de 1 de marzo, FJ Primero al identificar directamente, desde el tipo subjetivo, el dolo directo con el conocimiento de la falsedad y el dolo eventual con el temerario desprecio hacia la verdad al que alude el tipo penal de calumnia. En la jurisprudencia menor se han pronunciado, recientemente, en este mismo sentido, SAP Burgos, sec. 1^a, nº280/2023, de 26 de octubre, FJ Segundo; SAP Sevilla, sec. 7^a, nº 177/2023, de 11 de abril, FJ Segundo y SAP Madrid, sec. 1^a, nº59/2023, de 19 de enero, FJ Segundo.

2.1.2. Naturaleza jurídica de la «exceptio veritatis»

Ahora bien, las consideraciones anteriores no implican, ni mucho menos, que si una imputación resulta ser verdadera, esto resulte indiferente para el ordenamiento jurídico. A propósito de esta cuestión se ha diseñado la figura de la *exceptio veritatis* para el delito de calumnia cuya previsión en el art. 207 establece que «el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado». Institución también presente en el delito de injurias, aunque no con un alcance general, si no con un ámbito de aplicación restringido a la imputación de hechos a los funcionarios públicos sobre actos concernientes al ejercicio de su cargo o relacionados con la comisión de infracciones administrativas en el art. 210 del Código penal. Mediante esta cláusula legal prevista en ambos preceptos, el legislador dota de un interés esencial la búsqueda de la verdad hasta tal punto que la prueba de esta evita que se pueda atribuir reproche normativo-penal alguno por la conducta realizada. No obstante, la exégesis de la citada figura tampoco ha evitado ser objeto de una profunda controversia. Esencialmente, dos son las tesis interpretativas que han imperado en la doctrina: cada una de ellas en coherencia con el modelo de la falsedad por el que han optado.

Por una parte, la naturaleza jurídica de la prueba de la verdad quedará vinculada a una causa de exclusión de la tipicidad según aquellas posturas que defienden la pertenencia de la falsedad al tipo objetivo del delito de calumnia. Este ha sido el criterio mayoritario que se ha seguido hasta la vigente regulación del Código penal de 1995. Es decir, para aquellos que siguen el modelo objetivo señalado, la *exceptio veritatis* cumple una función de atipicidad de la conducta ya que la cláusula legal citada describe el supuesto de demostración de la ausencia de un elemento típico⁷⁷². Desde dicha óptica,

⁷⁷² Entre otros, esta es la función que le otorga MUÑOZ CONDE al afirmar que la relevancia de la *exceptio veritatis* es que si el acusado prueba el hecho criminal imputado el hecho no es típico. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 338. Asimismo, GARCÍA RIVAS al defender un planteamiento de imputación de hechos objetivamente falso y no subjetivamente inveraz y considerar que en caso de demostrar que el hecho imputado es cierto, faltaría un elemento esencial de la infracción. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 588. Por su parte, siguen esta misma corriente de pensamiento QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS al relacionar la prueba objetiva del hecho imputado con la atipicidad de la conducta. Eso sí, cabe matizar, como señala este autor, que también cabría llegar a la atipicidad de la conducta, pero ya fuera de la órbita de la *exceptio veritatis*, en el caso de que el hecho imputado sea incierto pero el sujeto haya conseguido demostrar que no actuó con desprecio por la verdad, colmando el deber de comprobación relativo a la fiabilidad de la fuente de la noticia, ya que en ese caso tampoco se cumplirían con las condiciones típicas subjetivas de la calumnia. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor...», cit., pp. 536-537. Dentro de esta corriente también se ha señalado la consideración de la prueba de la verdad como una cláusula de exención de responsabilidad por tentativa inidónea en los casos en los que aquel que en la

tiene sentido que, si se considera que la falsedad es un elemento esencial del tipo, la demostración de que en realidad el hecho no era falso, excluya directamente la posibilidad de subsumir la conducta dentro del mandato de prohibición previsto por la norma.

Sin embargo, al margen de las dificultades interpretativas que ya se han señalado a propósito de este modelo, se suman toda una serie de objeciones relacionadas con la vinculación de la prueba de la verdad como causa de tipicidad. Al respecto, VIVES ANTÓN ha defendido, y con razón, la incongruencia que originaría el dejar un hecho incierto, futuro e independiente de la voluntad del autor – como es el hecho de que en un juicio se logre convencer al Tribunal de la prueba de la verdad de la imputación – que, *a posteriori* de la realización del acto, se excluya la tipicidad de la conducta⁷⁷³. Además, esta consideración de la *exceptio veritatis* podría dar lugar a la errónea consideración de presumir la existencia de un elemento que fundamentaría el injusto incompatible con el principio de culpabilidad. En este sentido se ha pronunciado LAURENZO COELLO al criticar, con meridiana claridad, que el principal inconveniente de considerar la excepción de la verdad como una causa de atipicidad es la de que, para garantizar la presunción de inocencia del sujeto pasivo, se priva de ese mismo derecho al autor de la imputación calumniosa ya que, en el fondo, se le estaría obligando a cargar con la prueba de la no concurrencia de un elemento del tipo que lo incrimina⁷⁷⁴. Objeciones a las que hay que sumar la innecesariedad y redundancia a la que se caracterizaría el artículo 207 del Código penal puesto que, aunque no existiera ese precepto, en consonancia con el modelo objetivo, la prueba de la verdad ya excluiría, por sí sola la tipicidad de la conducta⁷⁷⁵. O, dicho de otro modo, la institución de la *exceptio veritatis* quedaría totalmente vacía de

errónea creencia de estar imputando un delito de manera falsa atribuye el hecho delictivo que objetivamente es cierto. Véase, COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el honor...», cit., p. 192.

⁷⁷³ Por ello, el mencionado autor recalca que, aunque por imperativo constitucional no pudiera defenderse, elemento del tipo podría comprenderse que fuera la verdad objetiva de la imputación, pero nunca la ulterior prueba de esa verdad. En VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., p. 260.

⁷⁷⁴ LAURENZO COELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., p. 119.

⁷⁷⁵ De hecho, esta crítica la señalan los propios partidarios del modelo objetivo del delito de calumnia. Por ejemplo, véase GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el honor...», cit., p. 588 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor...», cit., p. 536. Sobre todo, se muestra muy crítico, desde una postura acorde con el modelo objetivo, MESTRE DELGADO al defender que la *exceptio veritatis* carece de sentido puesto que no añade nada que no resulte del tipo y lo único para lo que sirve es para producir efectos disfuncionales en la interpretación y aplicación del delito. MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 247 y 254.

una funcionalidad propia ya que de las exigencias del tipo penal se desprende, implícitamente, que si el hecho no es falso no es típico.

Por estas razones, de nuevo, parece que la alternativa más acertada es aquella que coherentemente se vincula con una apreciación subjetiva del modelo penal de regulación de la calumnia. Siguiendo la lógica de estos planteamientos, la naturaleza jurídica que ostenta es la de una causa de exclusión de la pena de naturaleza objetiva que opera, por lógica dogmática, a un comportamiento típico y antijurídico y que, a su vez, es comunicable a los partícipes⁷⁷⁶. De esta manera, la figura adquiere una operatividad residual en la medida en que únicamente se aplicará cuando el sujeto haya imputado inverazmente a otra persona la realización de un hecho *ex ante* – cumpliéndose así con los requisitos del tipo – pero que *ex post* ha resultado ser verdadero y así se ha podido acreditar en juicio⁷⁷⁷. El fundamento que sustenta la no necesidad de pena en estos casos radica en razones utilitarias o de convivencia político-criminal vinculadas con el interés estatal en la persecución de delitos así como en el correcto y efectivo funcionamiento de la Administración pública⁷⁷⁸. De modo que, dicho interés social que se suscita – de forma evidente cuando se trata de castigar delitos o bien de salvaguardar una correcta actuación de la administración – prevalece, en todo caso, a pesar de que el sujeto actúe sin la conciencia de contribuir a la realización de dichos intereses estatales.

⁷⁷⁶ Entre otros, ha atribuido tal naturaleza jurídica a la figura de la *exceptio veritatis* CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., pp. 338 y 339; DE PABLO SERRANO, Alejandro, *Honor, injurias y calumnias...*, cit., p. 297; MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 384 y VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., p. 261. En consecuencia, la virtualidad de la renuncia de la pena en estos casos se encuentra una vez ya se han sobrepasado los límites de la legitimidad del derecho a informar y, por tanto, al margen del conflicto entre honor y libertad de información. En LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor...*, cit., p. 117.

En cambio, se critica sobre estas consideraciones que con ello no se logra argumentar con claridad las razones por las que, siendo irrelevante la condición de verdad objetiva en el ámbito de lo injusto, resulte tan decisivo a la hora de imponer el castigo. Y, al mismo, tiempo, que se obligue a castigar a aquel que imputa con temerario desprecio hacia la verdad un hecho cierto cuando no se logra *ex post* demostrar la veracidad de lo imputado. En este sentido, COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el honor...», cit., p. 190.

⁷⁷⁷ Esto ocurrirá, bien porque lo ha hecho «a la ligera», con temerario desprecio hacia la verdad, o porque se trataba de una situación de error inverso de justificación porque el sujeto estaba convencido de que el hecho era objetivamente falso y, por tanto, el sujeto ha realizado una conducta sin cumplir con el deber de diligencia exigible antes de imputar un hecho que sabe que lesionará el honor de otro individuo. Consideraciones adoptadas por MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 384. Algunos ejemplos concretos propuestos por la doctrina son los casos de difusión de rumores sin hacer mínimas comprobaciones que finalmente resultan ser ciertas. En este sentido, CUERDA ARNAU, M^a Luisa, «Delitos contra el honor...», cit., p. 338.

⁷⁷⁸ Sobre esta cuestión, MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 384 y VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de expresión...», cit., pp. 261 y 262.

2.2. El modelo de la estafa

2.2.1. Tesis sobre la idoneidad de la inveracidad

El delito de estafa ha sido considerado como el mecanismo general de aprehensión de las inveracidades punibles entre particulares⁷⁷⁹. A diferencia del modelo de los delitos contra el honor, este ilícito penal se caracteriza por dos notas distintivas que comportan, a su vez, importantes consecuencias dogmáticas: por una parte, el concepto normativo que se utiliza para designar la mentira ya no es la «falsedad» si no el «engaño» y, por otro lado, se estructura como un «delito de relación», por lo que los actos desplegados por la víctima ostentarán un papel esencial.

A propósito de la primera cuestión, desde la reforma operada en el Código penal de 1973 por la LO 8/1983, de 25 de junio, el legislador español decidió decantarse por un concepto unitario de la estafa⁷⁸⁰, en el cual el engaño ha sido concebido tanto por la doctrina⁷⁸¹ como por la jurisprudencia⁷⁸² como el «alma», la «piedra angular» o incluso la misma esencia del delito. Este elemento, en el lenguaje común, comprende la acción y efecto de engañar y, en consecuencia, una falta de verdad en lo que se dice o hace. A

⁷⁷⁹ Así lo declara SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 98. No obstante, según GONZÁLEZ CUSSAC tal afirmación debe cuestionarse puesto que, si bien es cierto que es acertada en relación con el modelo alemán, en el caso de la regulación española convive con los modelos del honor y de las falsedades. En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 36.

⁷⁸⁰ Tradicionalmente, el concepto de estafa ha sido configurado mediante un sistema por enumeración – en el que se diferenciaban grupos de conductas defraudatorias - y de *numerus apertus* – que se cerraba con la cláusula abierta como la de «u otro embuste semejante» o, posteriormente, aquella que designaba al «que defraudase o perjudicase a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores». Véase, sobre los antecedentes legislativos, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 22-23. Sin embargo, la excesiva amplitud, rayana a la analogía, daba pie a una fórmula de extraordinario vaguedad que llevó a la doctrina a formular un concepto de estafa unitaria a través del cual se simplificara su contenido y se reforzara la seguridad jurídica en su aplicación. De las numerosas alternativas aportadas, la definición clásica que ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la que formuló ANTÓN ONECA al definir la estafa como «la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero». En ANTÓN ONECA, José, «Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la Jurisprudencia», *Tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1957, p. 1.

⁷⁸¹ Por ejemplo, el engaño ha sido designado como «el más significativo de los elementos definitorios de la estafa» según GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): estafas», en González Cussac, José Luís (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 431. E incluso como «papel rector de la acción» por MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 413. Así como la «piedra angular», el «alma» o la *ratio essendi* del delito según ANARTE BORRALLÓ, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, p. 135.

⁷⁸² Algunas sentencias recientes que ha hecho hincapié en la importancia del engaño ha sido la STS nº 207/2024, de 6 de marzo. FJ Tercero al designarlo como el «núcleo o esencia» de la estafa y, en los mismos términos STS nº 188/2024, de 29 de febrero. FJ Segundo.

partir de esta idea, la doctrina designa dos principales vertientes a la figura del engaño: una dinámica activa consistente en la afirmación de hechos falsos como verdaderos y una dinámica pasiva consistente en la ocultación de circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado⁷⁸³. Desde esta perspectiva, el «engaño» se concibe en un sentido relativamente amplio, de medios y formas indeterminados y, por tanto, pudiendo ubicarse en él cualquier tipo de ardid, maniobra o artificio que determine un perjuicio patrimonial; solo limitado a una referencia sobre hechos⁷⁸⁴, bien falseada, bien desfigurada. Que uno de los límites de la comprensión del engaño sea la referencia a los hechos sustenta una concepción de la inveracidad objetiva de dicho engaño. En esta línea, PASTOR MUÑOZ y COCA VILA ofrecen una interesante reflexión⁷⁸⁵ acerca de si el engaño típico debe

⁷⁸³ Entre otros, hacen referencia a ambos aspectos GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 431 y REBOLLO VARGAS, Rafael, «Engaño en el delito de estafa», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 463. En términos parecidos ya concebía así CONDE-PUMPIDO el engaño al caracterizarlo como ocultamiento o disfraz de la realidad que comprende bien una simulación de algo que no existe, o bien una ocultación o disimulación de aquello que sí existe, pero cuyo conocimiento modificaría la actitud de la persona a quien se dirige el engaño. En CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas...*, cit., p. 45. Ambas manifestaciones del engaño que forman parte del delito de estafa se reconducen a lo que se denomina «engaño explícito o semántico» y «engaño implícito o pragmático». Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Pandemia, desinformación y verdad...», pp. 34 y 35.

También la jurisprudencia ha admitido esta doble vertiente y, en consecuencia, la modalidad omisiva del engaño. El TS lo ha defendido, siguiendo esta línea, como «afirmar como verdadero algo que no lo es o en ocultar circunstancias relevantes para la decisión del perjudicado». De las más recientes, véase, STS nº280/2024, de 20 de marzo, FJ Tercero. De hecho, tal y como se argumenta en la STS nº 442/2019, de 2 de octubre de 2019. FJ Quinto, se ha apreciado engaño típico en reiteradas ocasiones: al omitir los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido; cuando el que tiene posición de garante por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no comunica el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial que hubiera podido impedir el resultado; o bien cuando el sujeto omite facilitar una determinada información obligada.

⁷⁸⁴ Efectivamente, como aclara ANARTE BORRALLA, es preciso que el engaño verse y tome como referencia hechos puesto que solo de estos puede predicarse su realidad o falsedad. En ANARTE BORRALLA, Enrique, «Estafa», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 473. En contra, se sitúa la posición de GONZÁLEZ CUSSAC según el cual los juicios de valor mendaces también pueden conformar el engaño idóneo. En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 434. No se sustenta en el presente trabajo tal opinión puesto que se considera que, en todo caso, las meras opiniones carecen de relevancia típica, considerándose solo como juicios de valor subsumibles en el engaño aquellos que presuponen falsamente la existencia de unos hechos.

A esta misma conclusión llegó el Tribunal Supremo en su STS nº113/2004, de 5 de febrero, FJ Único: «Es claro que en la medida en que sólo los hechos pueden ser verdaderos o falsos, el objeto del engaño debe ser en todo caso un hecho. Asimismo, se ha entendido que un hecho es algo que ha ocurrido o que existe, que ha llegado a ocurrir y llegado a ser realidad. En consecuencia, si el engaño se reduce a la afirmación de un hecho falso o al ocultamiento de un hecho verdadero relevante para la decisión del sujeto pasivo, quedan descartados como objeto de engaño los “hechos futuros” y los juicios de valor, en la medida en la que no son hechos, sin perjuicio de ciertas excepciones admitidas en la doctrina respecto de juicios de valor que comportan afirmaciones fácticas».

⁷⁸⁵ Esta se encuentra en PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el patrimonio (II)», en Ragués i Vallès, Ramón (coord.) y Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2023, p. 272. Como afirman estos autores, incluso en los casos etiquetados como «inveracidad subjetiva», como son los de mentir sobre la propia voluntad de cumplir un contrato, en realidad, se trata de supuestos de inveracidad sobre hechos internos que conforman inveracidades objetivas.

consistir en una «inveracidad objetiva», es decir, en una discrepancia entre lo que afirma el autor y la realidad; o bien si abarca también una «inveracidad subjetiva», comprendiendo la discrepancia entre la afirmación realizada por el sujeto activo y la representación que él mismo mantiene respecto de esa realidad.

Ahora bien, estas consideraciones tan amplias a las que conduce el engaño entendido aisladamente deben ser complementadas con pautas normativas que vinculan este elemento con el resto de los que componen el tipo de modo que se exigen también su carácter causal, antecedente y bastante. Efectivamente, como acertadamente expone MUÑOZ CONDE, «el concepto de engaño es un concepto tan amplio que sólo puede ser limitado en función del concepto mismo de estafa, conectándolo con los otros elementos de la misma, y de la finalidad preventiva y político-criminal específica del Derecho penal»⁷⁸⁶. De tal afirmación se deriva la consecuencia de que no puede ser considerado «engaño» a estos efectos ni aquel que ni siquiera presenta la capacidad de producir un error en el sujeto pasivo ni aquel que refuerce un error que ya existía⁷⁸⁷.

Surgen así los planteamientos que revelan los criterios adecuados para que una determinada conducta pueda considerarse engañosa desde un punto de vista estrictamente jurídico-penal, o dicho de otro modo, las posturas relativas a la idoneidad del engaño en la estafa. En esta línea, cabe señalar las tres más determinantes en la doctrina: la tesis restringida o *mise en scène*, la tesis de la quiebra de la buena fe en el tráfico y la mixta objetiva-subjetiva.

Tal y como sustenta CONDE-PUMPIDO FERREIRO, desde una postura restringida se atiende, fundamentalmente, al revestimiento exterior que presenta el engaño en el que se exige que el medio engañoso adopte una expresa intensidad y cualidad exteriorizada⁷⁸⁸. Se trata de la denominada teoría *mise en scène* que es adoptada

Ello porque, aunque la realidad sobre la que se mienta forme parte de la disposición del autor, no se ha producido una representación errónea de la realidad por su parte.

⁷⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 416.

⁷⁸⁷ Estos casos son denominados por la doctrina como «error irrelevante» y son los que impiden, por ejemplo, la aplicación del delito de estafa en los supuestos de los magos o adivinos que realizan artificios engañosos con el propósito de obtener un beneficio patrimonial cuando quienes acuden ya creían falsamente en sus poderes sobrenaturales. Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 434. Tampoco formará parte del engaño si conforme a criterios de riesgo jurídicamente desaprobado este pertenece al riesgo permitido. Así lo defienden PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el patrimonio...», cit., pp. 271-272. Ni cuando se trata de engañar con algo poco creíble pero el sujeto pasivo prueba suerte por si fuera verdad. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las estafas», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 666.

⁷⁸⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas...*, cit., pp. 23 y 45.

mayoritariamente por los sistemas latinos en el siglo XIX a través de la cual se exige, para entender que existe estafa, que el autor refuerce el carácter mendaz de su conducta con una cierta maquinación externa que otorgue de ciertos visos de certeza a aquello falso que se ha afirmado. No obstante, frente a esta visión tan restringida se le ha objetado la insuficiencia que presenta frente a determinadas conductas en las que la simple mentira, pese a no estar acompañadas de un aparato ratificante, pueda resultar relevante para ciertos sujetos pasivos cuyas condiciones intrínsecas puedan hacer que el engaño pase desapercibido⁷⁸⁹.

En cambio, otra tesis seguida en el ordenamiento jurídico español, principalmente por PASTOR MUÑOZ, propone articular la idoneidad del engaño en torno a la infracción de un deber de veracidad⁷⁹⁰. En atención a este planteamiento, el engaño se considera penalmente relevante cuando conforme a las valoraciones ordinarias de las situaciones de la vida cabría esperar que el sujeto activo actuara con veracidad y buena fe, de forma que las afirmaciones proferidas debieran tomarse como serias⁷⁹¹. Desde este punto de vista, la verdad no se configura como el objeto de protección del tipo sino más bien como parámetro normativo mediante el cual designar qué informaciones tenía que conocer la víctima antes de decidir realizar la disposición patrimonial y aquellas que debían ser facilitadas por el autor del engaño⁷⁹². De modo que los criterios que imperan en la valoración de la idoneidad son, por un lado, un estándar que emana de la posición de ambos sujetos y, por el otro, uno que proviene de las conductas que llevan a cabo en relación con los deberes de fidelidad iniciales⁷⁹³.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁷⁹⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 167.

⁷⁹¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas...*, cit., pp. 51 y 52. Por ello, como afirma el citado autor, es precisamente la buena fe el parámetro que determina la condición del engaño y son los usos sociales los que marcan el límite de su credibilidad. En la jurisprudencia, alguna resolución puntual ha utilizado este criterio como factor de análisis del engaño. Por ejemplo, la STS nº906/2004, de 14 de julio, FJ único, al disponer que «En la moderna doctrina de la estafa esta noción de engaño es consecuencia que se deduce de la concepción de este delito como un delito que, protege el patrimonio a través de la libertad de disponer de él. Desde este punto de vista toda infracción del deber de informar sobre un punto esencial para la decisión jurídico-negocial del sujeto pasivo es bastante a los efectos del tipo del art. 248 CP».

⁷⁹² En realidad, tal y como propone REBOLLO VARGAS, se trata de una postura estrechamente vinculada con la propuesta clásica de normativizar el engaño mediante las exigencias de la buena fe y parecida al doble criterio objetivo-subjetivo que ha prevalecido como criterio mayoritario puesto que introduce un doble parámetro de conocimiento de lo que la víctima se debía haber informado y de la información de lo que el autor del engaño le debía haber proporcionado. En REBOLLO VARGAS, Rafael, «Engaño...», cit., p. 466.

⁷⁹³ BALMACEDA HOYOS, Gustavo, «Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?», *REJ*, nº12, p. 371.

No obstante, la postura doctrinal y jurisprudencial mayoritaria se ha decantado por la tesis de la aplicación del módulo mixto de valoración objetivo-subjetivo. Mediante este criterio de valoración, la determinación del «engaño bastante» que se exige normativamente se lleva a cabo a través de un estudio *ex ante* sobre las particularidades concretas de la acción para constituir un instrumento defraudatorio capaz de generar un riesgo jurídico penalmente desaprobado de lesión del patrimonio ajeno sobre el que se le puede atribuir la realización concreta de ese riesgo⁷⁹⁴. Juicio de comprobación *ex ante* que se lleva a cabo mediante la aplicación de un doble baremo. En primer lugar, se acude a un parámetro objetivo en el que se valora la eficacia en abstracto que la conducta engañosa presenta para racionalmente ejercer una influencia en el ánimo del sujeto pasivo que provoca la disposición patrimonial. En este sentido, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia nº 46/2023, de 1 de febrero⁷⁹⁵, la interpretación del elemento «bastante» ha sido tradicionalmente objeto de una gran discusión. Por una parte, se ha interpretado en términos excesivamente estrictos en los que se exigía que fuera capaz de producir un error a las «personas más “avispadas”» - representando una verdadera *mise en scène* – y, por otra, se ha optado por dotarle un carácter más laxo en el que el requisito objetivo ha comprendido como parámetro al ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal. Con todo, esta segunda opción es la que parece haber imperado⁷⁹⁶ excluyendo, desde este prisma, exclusivamente las falacias más burdas o aquellas mentiras que conformen la práctica social común⁷⁹⁷.

Asimismo, este examen, desde una perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y valorada *ex ante*, se complementa con un análisis subjetivo desde la visión del sujeto

⁷⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las estafas...», cit., p. 666. Desde esta dimensión, en consecuencia, se desecha un análisis *ex post* de mera comprobación de la efectividad evidenciable en la producción del error como parámetro de determinación del engaño tal y como afirman ANARTE BORRALLA, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas...», cit., p. 142.

⁷⁹⁵ STS nº 46/2023, de 1 de febrero, FJ segundo.

⁷⁹⁶ Así se decanta finalmente la anterior sentencia citada - STS nº 46/2023, de 1 de febrero, FJ segundo – al describir el baremo objetivo como aquel referido «a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo». Por su parte, la doctrina también adopta el criterio del hombre medio. Entre otros, REBOLLO VARGAS, al ubicar en el baremo objetivo toda maquinación engañosa que adopte apariencia de veracidad creíble por la media de las personas; MESTRE DELGADO, cuando afirma que el engaño ha de generar un error a una generalidad de personas o al ciudadano medio ideal; CONDE-PUMPIDO FERREIRO al destacar el patrón medio del ciudadano normal. En REBOLLO VARGAS, Rafael, «Engaño...», cit., p. 465; MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 381 y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas...*, cit., p. 73, respectivamente.

⁷⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 434. En una línea parecida, se ha argumentado la posibilidad de rechazar la admisibilidad del engaño en los supuestos en los que ninguna persona «normal» podría creer razonablemente en la verosimilitud del negocio que se le ofrecía puesto que en estos casos el motor de decisión es la codicia antes que la capacidad propia del engaño. Sobre esta cuestión, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las estafas...», cit., p. 666.

pasivo. De modo que, este segundo baremo sirve para valorar *intuitu personae* las condiciones personales del sujeto pasivo y las concretas circunstancias que rodean el caso: la personalidad del sujeto pasivo, su inteligencia, su edad, las relaciones entre la víctima y el ofensor que pueden despertar una confianza que determinen una relajación del cuidado habitual, etc⁷⁹⁸. Ahora bien, como no puede ser de otro modo, este aspecto subjetivo debe ser valorado teniendo en cuenta la representación de quien realiza el engaño. De manera que, la virtualidad de las condiciones que rodean el hecho y a la víctima del engaño que se apartarían de lo «objetivamente idóneo o medio» debe ser conocido o reconocible por el autor⁷⁹⁹.

2.2.2. Deberes exigibles al sujeto pasivo

El papel que ostenta la víctima del engaño en el tipo adquiere una relevancia tal que, junto con los criterios de análisis aislados objetivo-subjetivos expuestos, es necesario añadir una especial valoración sobre su contribución fáctica en la realización del hecho. Es por ello por lo que al delito de estafa se le etiqueta como «delito comunicativo» o «delito de relación»⁸⁰⁰ en la medida en que la existencia del mismo depende, en parte, de

⁷⁹⁸ Para REBOLLO VARGAS, a pesar de que la jurisprudencia suele hacer una referencia formar al uso del doble criterio de valoración, la determinación del engaño termina recayendo en el análisis subjetivo, resultando, en la práctica, determinantes la buena fe de la víctima y sus condiciones personales. Cfr., REBOLLO VARGAS, Rafael, «Engaño...», cit., p. 465.

Con todo, se exige que el sujeto pasivo presente una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas ya que en los casos de un menor de corta edad o de un enfermo mental, el engaño que ocasiona que un sujeto en dicha situación entregue una cosa es considerado por la doctrina dominante como hurto y no como estafa. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 416.

⁷⁹⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las estafas...», cit., p. 666.

En la jurisprudencia, de manera contundente se ha defendido en la STS nº300/2024, de 9 de abril, FJ Primero, al expresar que: «modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor».

⁸⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 99. De hecho, detalla el citado autor, puesto que la inveracidad adquiere un componente instrumentalizador en la estafa, la estructura del delito permite caracterizarlo como una «autoría mediata tipificada» en la medida en que el instrumento es el disponente-engañado. Por su parte, también se sume esta terminología en GALLEGOS SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa (comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004)», *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, pp. 543-545. Este autor no solo

la relación entre el sujeto activo y el engañado, así como se presupone un determinado comportamiento de este último. Con estas premisas, la doctrina y jurisprudencia asume un «principio victimodogmático» a través del cual, si en el caso concreto es posible detectar un deber de autoprotección, que no tiene por qué ser necesariamente de carácter jurídico, pudiendo ser de tipo profesional, por ejemplo⁸⁰¹, y la víctima infringe dicho deber, es posible rechazar la existencia de estafa a pesar de la concurrencia de un engaño. Se trata, pues, de un principio de «autorresponsabilidad»⁸⁰² que se ubica como un problema de tipicidad en la estafa, concretamente, sobre el alcance que se le debe otorgar al elemento típico del engaño.

La cuestión fundamental a valorar se encuentra, pues, en cuál debe ser el grado de diligencia exigible al sujeto engañado para poder apreciar el delito de estafa. Con el propósito de depurar tal criterio conviene situar el objeto de análisis en la creación del riesgo típicamente relevante siempre en relación con el fin de protección de la norma. Para ello, GALLEGO SOLER propone, en atención a la aplicación conjunta del principio de *ultima ratio* y el de unidad del ordenamiento jurídico dejar al margen del tipo penal aquellos comportamientos que no adquieran una propia antijuridicidad material⁸⁰³.

adopta las ideas de delito de relación y de autoría mediata tipificada, sino que también caracteriza su estructura como un delito de «autoperjuicio patrimonial inconsciente» ya que el disponente desconoce que su comportamiento será perjudicial para sus intereses patrimoniales o los de un tercero.

⁸⁰¹ ANARTE BORRALLÓ, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas...», cit., p. 147.

⁸⁰² Uno de los autores que ha trabajado más brillantemente este principio ha sido CANCIO MELIÁ. Según este, la autorresponsabilidad de la víctima se sustenta en los criterios de autonomía y responsabilidad. Por una parte, se apoya en la idea de que a todo ciudadano le corresponde un ámbito propio de organización de su ámbito vital, derivado del art. 10.1 CE. Por otro, precisamente le corresponde a él, inicialmente, la responsabilidad que pueda desprenderse de dicha autoorganización. Cfr., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2ª ed., Barcelona, 2001, pp. 279 y ss. Por su parte, según GALLEGO SOLER, esta idea de autorresponsabilidad opera en aquellos ámbitos en los que la víctima interviene en la actividad generadora del riesgo y, por tanto, en donde se garantice la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima siendo el delito de estafa un ejemplo de delito patrimonial en el que sí que participa esa nota de autorresponsabilidad. Cfr., GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección...», cit., p. 532.

⁸⁰³ GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección...», cit., p. 551. Ilustrativa es, en un sentido parecido, la STS nº300/2024, de 9 de abril, FJ Primero al concluir que: «En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión, esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de estafa».

Razonamientos que determinan la atipicidad por inexistencia de engaño relevante en dos sentidos. En primer lugar, en aquellos supuestos en los que la realización del riesgo típico creado por el sujeto activo dependa esencialmente de la actuación voluntaria del sujeto pasivo. En segundo lugar, cuando la víctima no ha utilizado aquellos mecanismos de autoprotección que el ordenamiento jurídico ha puesto a su alcance. En este caso, el motivo principal no es otro que el de, en aplicación del principio de subsidiariedad, el Derecho penal no proteja a aquellos que teniendo a su alcance herramientas de protección en el ámbito del Derecho civil o mercantil, y siendo consciente de ello, deje de ejercer tales medidas de autoprotección⁸⁰⁴.

Valoraciones que conducen, necesariamente, en el sentido acertadamente expresado por REBOLLO VARGAS, a que el nivel de diligencia exigible a la víctima sea el razonable o estándar en el ámbito social y cultural en el que se desarrolla su actividad de modo que deberá obrar «según los usos generales de protección en cada contexto»⁸⁰⁵. Razón por la cual se explica cómo el citado principio de deber de

⁸⁰⁴ Opinión a la que se llega siempre con el foco de atención en el fin de protección del delito de estafa. En GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección...», cit., pp. 553-555. Asimismo, SILVA SÁNCHEZ, según el cual el Derecho penal no debe proteger a quien decide no protegerse a sí mismo. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., pp. 99 y ss. Igualmente, ANARTE BORRALLÓ, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas...», cit., p. 147. Estos autores defienden la no intervención penal en los casos en los que la propia víctima tiene a su disposición la posibilidad de evitar la estafa y no lo hace en virtud del citado principio de subsidiariedad. Argumentos cuya base puede encontrarse en el aforismo *vigilantibus iura succurrunt* y en la idea de que el actuar negligente de la víctima frente a la inveracidad respalda la denegación de tutela del Derecho. CONDEPUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas...*, cit., p. 72.

⁸⁰⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael, «Engaño...», cit., p. 467. Opinión que también se encuentra plasmada en algunas resoluciones judiciales. Este es el caso de la STS nº300/2024, de 9 de abril, FJ Primero al considerar, dentro del análisis de los deberes de autoprotección exigibles a la víctima de un delito de estafa que: «la cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado (...). El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección». Sin embargo, como explica el mencionado autor, en la jurisprudencia se observan oscilaciones importantes a propósito del nivel de diligencia exigible al sujeto pasivo existiendo fallos contradictorios a pesar de la tendencia a la subjetivización en el análisis del comportamiento. Críticas a la que también se suma, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC según el cual la estructura singularmente compleja de la estafa ha originado una jurisprudencia oscilante en relación con los deberes de autoprotección de la víctima y sus deberes de diligencia exigibles y ANARTE BORRALLÓ, al entender que la jurisprudencia española no solo oscila en su respuesta sobre los deberes de autoprotección de la víctima, sino que parece que, cada vez con mayor frecuencia, trata de neutralizar el principio de autorresponsabilidad ante la dimensión del engaño o lo trivializa al condicionar la exclusión de responsabilidad a que el engaño presente un carácter palmario y grosero que cualquiera fuera capaz de neutralizarlo, además de mediatizar su virtualidad recurriendo al principio de confianza. Sobre estas cuestiones, cfr., GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 447 y ANARTE BORRALLÓ, Enrique, «Estafa...», cit., p. 477, respectivamente.

autoprotección ha adquirido una mayor virtualidad en los campos concernientes al ámbito profesional o de operaciones especialmente complejas, como pueden ser aquellas que se llevan a cabo en el mundo bancario y de relaciones financieras, y, sin embargo, una aplicación con escasa relevancia en los contactos sociales «cotidianos»⁸⁰⁶. Lo que, desde luego, tiene sentido pues no es posible justificar que se exija un mismo nivel de diligencia, con independencia de la posición que la víctima ocupe en el tráfico jurídico, a un ciudadano cualquiera en una transacción entre particulares, que a aquellas relaciones comerciales que se realizan entre comerciantes o entre un individuo y una entidad financiera⁸⁰⁷.

En cualquier caso, la mentira típica configurada en el modelo de la estafa hace hincapié en que el engaño tenga la capacidad, y así se haya materializado, de producir un efectivo error sobre el engañado gracias al cual se derive un acto de disposición

Ciertamente, parece ser que el Tribunal Supremo, en sus criterios más recientes, solo exonera de responsabilidad al sujeto activo considerando que no puede apreciarse un engaño típico cuando este es tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a nadie a error, exigiendo simplemente una mínima diligencia o cuidado por parte del sujeto pasivo. Y esto es así porque, según la jurisprudencia: «interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea». Así se ha pronunciado en SSTs nº207/2024, de 6 de marzo, FJ Tercero y nº188/2024, de 29 de febrero, FJ Segundo. Asimismo, en la STS nº300/2024, de 9 de abril, FJ Primero se complementa dicha argumentación al expresar que: «La autotutela no puede llevar a imponer al ciudadano e implementar en la sociedad actitudes de extremada y sistemática suspicacia o sospecha en la que solo la acreditación exhaustiva de cada extremo sería escenario apropiado para un negocio o una transacción (STS 319/2013, de 3 de abril (EDJ 2013/55352)). Habría que partir, según eso, de la presunción de que cualquier comerciante o negociante es por principio un eventual defraudador frente al que hay que mantener despiertas las alertas que sólo se podrán relajar una vez comprobada y acreditada su buena fe».

⁸⁰⁶ ANARTE BORRALLA, Enrique, «Estafa...», cit., p. 477. Con mayor detalle, GALLEGO SOLER analiza cómo los supuestos protagonistas en la práctica forense en los que se plantea el papel del deber de autoprotección en la estafa son los del ámbito bancario y, especialmente, con mayor frecuencia en los casos de aperturas de líneas de crédito, descuentos bancarios de documentos mercantiles, efectos cambiarios que no obedecen a negocio subyacente y casos de no comprobación de los datos del titular cuando se realizan pagos con tarjetas de crédito. En GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección...», cit., p. 532.

⁸⁰⁷ GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección...», cit., pp 554 y 558. No ha sido objeto de un análisis en profundidad el papel que puede jugar el principio de confianza en relación con la valoración del mencionado principio de autorresponsabilidad debido a su escasa aplicabilidad para proponer planteamientos relacionados con la desinformación. Sin embargo, conviene subrayar, como hace el autor citado, que la jurisprudencia española ha utilizado el principio de confianza para no exigir al acreedor la verificación de la autenticidad de los elementos de pago y, por tanto, no requerir ciertos grados de diligencia que sí que se exigirían cuando la operación no se lleva a cabo en el marco de una relación jurídica basada en la confianza entre las partes. Ahora bien, este principio de confianza no cabe apreciarlo en las relaciones *ex novo* en las que sí que se deberá analizar la diligencia del comportamiento de la víctima. Interesantes reflexiones al respecto se ofrecen en la STS nº207/2024, de 6 de marzo, FJ Tercero.

patrimonial. Error que debe entenderse⁸⁰⁸ como una falsa representación de la víctima acerca de la realidad que determina su comportamiento.

2.3. El modelo de la falsedad documental

2.3.1. Tratamiento jurídico de la falsedad en función del medio y de los sujetos

Otro de los grandes modelos que contempla en su configuración típica el castigo de la mentira se regula en el Título XVIII del Código penal. Ubicados dentro de este título se encuentran toda una serie de delitos cuyo bien jurídico común es complejo de concretar⁸⁰⁹, razón por la cual, quizás, el legislador ha preferido sustituir la habitual referencia al mismo en la rúbrica por el medio comisivo común a todos ellos, el falsario⁸¹⁰. No obstante, de entre los comportamientos típicos, el núcleo de la regulación legal de los delitos de falsedades lo conforman las falsedades documentales⁸¹¹, motivo que determina la especial atención que a estas se le dedicará en el presente apartado.

De este modo, en el citado Título XVIII del Libro II se reúnen un conjunto de conductas cuyo denominador común es el componente falsario, entendido como engaño,

⁸⁰⁸ Sobre el concepto de error en el delito de estafa, véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 436. En él se ofrece una interpretación de error activo como aquella que subyace en el tipo penal del art. 248 CP.

Ahora bien, la no concurrencia del error no tiene por qué impedir la apreciación de la tentativa de estafa en el caso de que el engaño fuera objetivamente idóneo. En este sentido, ANARTE BORRALLA, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas...», cit., p. 141. En contra de esta opinión, se considera que si la mentira no consigue producir el error en la presunta víctima no existe delito de estafa en MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el patrimonio...», cit., p. 382.

⁸⁰⁹ Al respecto, LLORIA GARCÍA ya señaló que una de las cuestiones más discutidas por la doctrina debido a su dificultad dogmática y práctica era la determinación de un bien jurídico común que agrupara a todos los delitos de falsedades. En esta línea, la citada autora recordaba los famosos ejemplos ilustrativos que al respecto empleaban ANTOLISEI y VON LISTZ. El primero mediante la identificación de las falsedades con el «haz de ortigas» como metáfora y el segundo con la comparación con los monstruos marinos que atraen por su fosforescencia, pero que se diluyen en partículas en el momento en el que se procede a atraparlos. En LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo profesional. (Bien jurídico y configuración del injusto)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 120. En concreto cita las obras de ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Tomo II*, Milano, 1995, p. 54 y la cita en los trabajos sobre falsedades que Quintano atribuye a Von Liszt en QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, Tomo IV*, Madrid, 1967, p. 557, nota 8.

⁸¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 731. Lamentablemente, el hecho de designar en la rúbrica el medio comisivo común al conjunto de conductas heterogéneas que en él se encuentran hace perder la información esencial que suele derivarse de las rúbricas en la configuración del bien jurídico. Crítica manifestada por LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo...*, cit., p. 121.

⁸¹¹ Así lo afirma, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades documentales», en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Ragués i Vallès, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, p. 371.

esto es, una alteración o mutación de la verdad⁸¹². Ahora bien, tal y como expresa SILVA SÁNCHEZ, la verdad cuya alteración es el componente central del modelo de la falsedad no debe identificarse siempre con la verdad material, es decir, con la correspondencia con la realidad, sino que frecuentemente se constata con una verdad formal o apariencia de verdad⁸¹³. Identificar el elemento común falsario con el engaño no implica que todo engaño sea constitutivo de una falsedad punible. Efectivamente, en un sentido similar al defendido por BORJA JIMÉNEZ, en el modelo de la falsedad documental, para que el engaño constituya delito, es necesario que se provoque una perturbación de alguna de las funciones del documento (perpetuación, garantía y probatoria) ya que estas constituyen, a su vez, la proyección del bien jurídico tutelado⁸¹⁴. Desde este punto de vista, calificar los delitos de falsedad como «delitos contra la fe pública»⁸¹⁵, así como resaltar el interés común de protección de todos ellos bajo «la seguridad en el tráfico jurídico fiduciario»⁸¹⁶

⁸¹² En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 372 y BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 704.

La relevancia del engaño en los delitos de falsedades ha sido tal que autores como VON LISZT caracterizó estos delitos como un conjunto de conductas que tutelaban distintos bienes jurídicos ya protegidos en otras figuras, pero que precisaban completar su amparo. En VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig, 1919, § 158, II, p. 507 y, § 160, II, pp. 513 y 514. Como no podía ser de otro modo, esta tesis no fue acogida por la mayoría de la doctrina, pues impedía que los delitos de falsedad mantuvieran una sustantividad propia al carecer de un contenido material de injusto independiente, se corría el riesgo de confundir el móvil del falsificador con la verdadera lesión a la confianza y, además, determinaba ciertas lagunas de punibilidad. Todas estas críticas a la tesis del autor las recoge en profundidad LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo...*, cit., pp. 130-132.

⁸¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 372. En un sentido similar, MUÑOZ CONDE al afirmar que en los delitos de falsedad no interesa la verdad en sentido filosófico, sino la apariencia de conformidad a la realidad. No se protege la verdad en sentido abstracto, sino la apariencia que determinados signos engendran. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 731. E, igualmente, ALONSO DE ESCAMILLA y MESTRE DELGADO cuando identifican la falsedad como mutación de la verdad que se apoya en su alteración objetiva, de forma que el documento será falso si constata un dato incompatible con la verdad de los hechos en él reflejados. Cfr., ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y MESTRE DELGADO, Esteban, «Falsedades», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 801 y 802.

⁸¹⁴ Por este motivo, como matiza el autor, si la fecha es inexacta, se modifica la realidad a través de unos apellidos distintos, pero estos hechos no afectan a la relación jurídica o a la declaración de voluntad, o bien se trata de engaños tan burdos que cualquiera puede advertirlo, la falsedad será inocua. En BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades...», cit., p. 708. Por lo tanto, se exige que, junto a la *mutatio veritatis* la conducta engañosa sea capaz de afectar a los intereses objeto de protección ya que, en caso contrario, si no consta que se haya producido un riesgo real o potencial a los mismos, cabrá rechazar la existencia de delito de falsedad documental. Véase, ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y MESTRE DELGADO, Esteban, «Falsedades...», cit., 801-802.

⁸¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 372.

⁸¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 732. Un trabajo riguroso sobre las diferentes tesis mantenidas a propósito del bien tutelado en los delitos de falsedades lo ofrece LLORIA GARCÍA. Finalmente, la autora termina concluyendo que la fe pública como bien jurídico común es insuficiente puesto que ni así ha quedado reflejado en la rúbrica, ni se deriva de la tipificación de las conductas y, además, obligaría a expulsar de este grupo ilícitos que sistemáticamente se hallan en él. Por ello, expresa, el bien jurídico debe concretarse en la seguridad del tráfico fiduciario. Interés penal que afecta

coadyuva a un mejor entendimiento de un modelo de castigo de la mentira consistente no tanto en la lesión a una verdad objetiva, sino más bien en la lesión al derecho a confiar en determinados datos que proceden de terceros. Por lo que, lo esencial, será descubrir si la mentira ha sido suficiente, o en los términos idénticos al modelo de la estafa, idónea, para entrar en el tráfico jurídico y atacar la confianza en la ciudadanía en la veracidad de ciertos signos, produciendo, en definitiva, situaciones de desigualdad en la recepción de la información, así como perturbaciones en el normal desarrollo del tráfico jurídico⁸¹⁷.

Una de las principales diferencias del modelo de la estafa con el de la falsedad radica en el medio de difusión que acapara el centro de castigo de la mentira. Así pues, mientras que en el primero la vía utilizada resulta indiferente, en el caso del segundo la regla general es que las falsedades verbales, las mentiras no escritas no son punibles. De nuevo, SILVA SÁNCHEZ se ha ocupado de fundamentar este aspecto al entender que la confianza en la información dentro de las interacciones sociales es radicalmente distinta según la forma de transmisión sea oral o escrita. Si bien a la oralidad le es inherente una falta de exactitud y de permanencia, algo que contribuye a generar dudas en lo transmitido, en el caso de la información escrita existe una cierta permanencia y, con ello, mayor fidelidad de lo que se ha formulado, lo que sí que genera confianza. De ahí radica, precisamente, en palabras del autor, el fundamento de sanción como regla general de la mentira escrita en las falsedades y como forma excepcional en la mentira oral: la mayor confianza que genera la primera debe ser protegida para evitar que cualquier interacción social precise constantemente de una investigación detallada de la información necesaria para decidir⁸¹⁸.

a las relaciones jurídicas, pero no a cualquiera de ellas, sino solamente a las que se fundamenten en la veracidad de determinados signos y actuaciones que el mismo ordenamiento jurídico-penal ha seleccionado como disvaliosas porque toda sociedad civilizada lo precisa para su subsistencia y desarrollo. De esta concepción se deriva, de forma paralela a lo que ocurre con la estafa, que el criterio de valoración para tratarse de un ilícito civil sea la intensidad del ataque a la confianza. Pero, a diferencia de la estafa, no solo eso, sino que también hay que atender al medio que se haya utilizado para ello puesto que exclusivamente algunos signos, símbolos y actuaciones son considerados dignos de amparo penal. Cfr., LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo...*, cit., p. 155.

⁸¹⁷ Cuestión relevante en sociedades complejas en las que la información, como se ha defendido en la primera parte de este trabajo, constituye el principal poder de integración. Si se quiere profundizar en estas ideas, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 372 y BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades...», cit., p. 704.

⁸¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 372 y 373. Es más, en consonancia con lo defendido por el autor, la sanción penal de las falsedades se conforma, así, en una anticipación en la intervención del Derecho penal en el que se protegen toda una serie de intereses personales o patrimoniales que se vinculan a la toma de decisiones en condiciones de igualdad de información.

Asimismo, dentro de este modelo cabe advertir una diferenciación importante en función de los sujetos tal y como ya se había avanzado⁸¹⁹. Dentro de los comportamientos que describen las falsedades documentales, la doctrina ha distinguido dos tipos de conductas esenciales: falsedad material e ideológica. En relación con las primeras, el engaño o falsedad se asocia a una intervención física sobre el documento, lo que implica una actuación sobre el soporte material. En cambio, a propósito de las segundas, directamente se designan conductas de inveracidad sobre las declaraciones vertidas en el documento⁸²⁰. Pues bien, desde la aprobación del Código penal de 1995 parece que el legislador ha optado partir de una premisa clara: en los particulares no cabe un castigo genérico sobre la mentira escrita como modalidad falsaria, es decir, aquella que consiste en el hecho de «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4º Código penal)⁸²¹. No ocurre lo mismo con los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones y para las manifestaciones escritas sí que mantienen un deber de veracidad en sus afirmaciones. De modo que, *a priori*, la falsedad ideológica del citado artículo resulta atípica cuando lo realiza un particular tanto en documentos públicos, oficiales o mercantiles como en documentos privados *ex* arts. 392.1 y 395 del Código penal. El

⁸¹⁹ Exactamente en la introducción del presente capítulo.

⁸²⁰ La relevancia estriba, fundamentalmente, en categorizar las conductas que señala el artículo 390 CP con cada una de estas tipologías. Generalmente, la doctrina concluye que el apartado 1º - alterar el documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial -, así como el 2º - simular un documento en todo o parte, de modo que induce a error sobre su autenticidad - son falsedades materiales. El 3º - suponer en un acto la intervención de individuos que no la han tenido o atribuir a las que lo han hecho manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho - suele considerarse como una modalidad que reúne ingredientes de falsedad material, peor también ideológica ya que contempla tanto la creación de un documento absolutamente falso, así como la transcripción falsa de declaraciones de algunas personas. Por su parte, el 4º - faltar a la verdad en la narración de hechos - es considerada como la falsedad ideológica por excelencia. Véase al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 748; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 378; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades...», cit., p. 710; JAREÑO LEAL, Ángeles, «Falsedades ideológicas», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, p. 529 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, De las falsedades documentales», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1627.

⁸²¹ No fue hasta la entrada en vigor del actual texto punitivo que el hecho de «falta a la verdad en la narración de los hechos» también se castigaba al particular de manera autónoma en el caso de los documentos públicos - *ex* art. 303 CP 1973 en relación con el art. 302.4º CP 1973 - y condicionado a un perjuicio de tercero o ánimo de causárselo en el caso de documento privado - *ex* art. 306 CP 1973 -. Sobre las consecuencias y valoraciones de esta regulación, véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 87 y 92.

Asimismo, cabe recordar que la conducta de falsedad ideológica de este apartado cuarto solo podrá castigarse si se trata de hechos, por lo que, en caso de consignarse en un documento meras opiniones estas serán, en cualquier caso, atípicas ya que nunca se les podrá atribuir la condición de verdaderas o falsas. Argumento también destacado en ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y MESTRE DELGADO, Esteban, «Falsedades...», cit., p. 805.

fundamento del castigo en un caso, y de la impunidad en otro, radica pues, en consonancia con lo planteado por QUINTERO OLIVARES, en una clara distinción en la exigencia de deberes específicos de veracidad que sí que se concibe en los funcionarios y autoridades en relación con aquellos documentos cuyos efectos jurídicos son inmediatos y en una ausencia de la misma para los particulares⁸²². Algo lógico si se tiene en cuenta que las afirmaciones vertidas por los particulares en un documento no prueban la conformidad de dicho contenido con la realidad, o dicho de otro modo, no existe en estos casos una posición institucional de deber equivalente a la de fedatario público⁸²³, como sí ocurre en el caso de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

En este punto, conviene hacer hincapié en el «*a priori*» al que se acaba de hacer referencia, pues lo cierto es que, pese a la aparentemente claridad de la ley de excluir las citadas falsedades ideológicas como objeto de sanción penal en los particulares, el Tribunal Supremo ha acabado aplicando una doctrina cuya consecuencia inmediata ha sido el castigo de determinados supuestos de falsedad ideológica (especialmente resuenan los casos de facturas falsas) al incluirlo dentro de los casos de «simulación» del artículo 390.1.2º CP. Si bien la jurisprudencia no siempre ha sido unitaria en el castigo de estas falsedades, como recalca JAREÑO LEAL, las resoluciones más recientes continúan penando la confección de documentos que inducen a error sobre su autenticidad en sentido amplio, es decir, las manifestaciones en documentos que tratan de acreditar una

⁸²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las falsedades...», cit., pp. 1628, 1648 y 1649. No obstante, según el citado autor, tal valoración del legislador solo puede ser coherente con las tesis que respalden la «verdad en el tráfico jurídico» como bien jurídico protegido y, por tanto, una concepción formal de la falsedad en lugar de una concepción material del mismo. En cualquier caso, aunque las meras faltas a la verdad reflejadas en un documento por particular no tengan la capacidad de constituir un delito aislado, pueden poseer trascendencia como medio comisivo de otro delito. Con todo, recientemente, este autor ha sumado un argumento sobre la fundamentación de la atipicidad de las falsedades ideológicas del art. 390.1.4º CP al considerar que en estas existe un problema probatorio mucho más complejo que en las falsedades materiales, así como se trata de una conducta que no reúne las condiciones de concreción de acto injusto que justifique político-criminalmente la necesidad de reproche normativo penal. Sobre estas cuestiones, véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La vaporosa figura de falsedad ideológica», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº104, 2022, p. 14.

Coincide con tales valoraciones JAREÑO LEAL al afirmar que, si se parte de que el deber jurídico de decir la verdad solo existe para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la conclusión lógica a la que debe llegarse es a la atipicidad de las falsedades ideológicas del apartado cuarto del art. 390.1 CP. Y ello porque el documento mendaz es un documento «auténtico» desde el punto de vista civil ya que las personas que asumen la declaración en él contenidas son, precisamente, quienes realmente las han realizado. Por lo tanto, no existe una afectación ni a la función probatoria, pues el art. 1225 CC otorga tal función a los documentos privados entre los que lo han suscrito, sirviendo simplemente de prueba sobre lo que han declarado las partes, ni tampoco las funciones perpetuadora y garantizadora. En JAREÑO LEAL, Ángeles, «Falsedades ideológicas...», cit., p. 530.

⁸²³ En este sentido, cfr., SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 380.

realidad jurídica absolutamente inexistente, de modo que solo quedarían destipificadas aquellas conductas de alteración a la verdad en las manifestaciones vertidas en alguno de los extremos consignados en el documento⁸²⁴. Una valoración que atenta frontalmente con el principio de legalidad puesto que, como en su momento se encargó de señalar BOIX REIG, se trata de una doctrina jurisprudencial que realiza una interpretación que no es legalmente adecuada en la medida en que convierte en falsedad material problemas jurídicos que claramente no lo son⁸²⁵.

ORTEGA LORENTE ha expuesto magníficamente las dos corrientes interpretativas que ilustran el debate en relación con el problema señalado. Discusión que, esencialmente, ponía el foco de atención en la interpretación del sustantivo «autenticidad» del apartado segundo del art. 390.1 CP⁸²⁶. Por un lado, a través de una interpretación «restrictiva», el concepto «autenticidad» debe ser entendido como genuidad del documento, esto es, aquel que es redactado por quien consta como emisor. De modo que, cuando este es el que hace constar en el documento un acto que, con trascendencia jurídica inexistente, aparezca como cierto, no es más que una falta a la verdad en la narración de los hechos. Comportamientos que, desde esta perspectiva, no supone ninguna alteración del continente – soporte material – sino exclusivamente del contenido, siendo impune en el caso de los particulares. En cambio, por el otro lado, desde una interpretación «extensiva» del concepto, la autenticidad se concibe como veracidad. Se identifica así documento auténtico con aquel que refleja la realidad que materializa. Y, en consecuencia, la conducta señalada, en la medida en que puede generar en terceros la creencia de que un negocio jurídico inexistente es cierto, cabe subsumirla dentro de la simulación que se castiga en el art. 390.1.2º CP. La jurisprudencia más reciente, continúa defendiendo un concepto de autenticidad acorde con esta segunda tesis. Un ejemplo ilustrativo de ello lo conforma la STS nº 89/2023, de 10 de febrero, al afirmar que: «Esta Sala ha optado por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres

⁸²⁴ JAREÑO LEAL, Ángeles, «Falsedades ideológicas...», cit., pp. 531-533. Ello no ha impedido que existan pronunciamientos que absuelvan sobre casos de facturas falsas pero lo cierto es que no deja de ser todavía jurisprudencia minoritaria.

⁸²⁵ BOIX REIG, Javier, «Prólogo», en Boix Reig, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 15.

⁸²⁶ ORTEGA LORENTE, José Manuel, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Boix Reig, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 201-203. En este trabajo se realiza un examen en profundidad sobre las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo más representativas sobre cada una de estas posiciones: caso «Argentina Trust» y caso «Filesa».

supuestos para la aplicación del art. 390.1.2, entre aquellos que afecten a la autenticidad del documento: a) la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad); b) la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante, c) la formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir, de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva)»⁸²⁷.

2.3.2. Exigencias subjetivas en función del tipo de documento

Finalmente, quizás uno de los aspectos del modelo de la falsedad documental que mayores aportaciones puede realizar al análisis de la desinformación es la diferenciación del requisito de la intencionalidad en función del tipo de documento. Así, se distinguen dos grados de exigencia subjetiva por parte del sujeto activo. Por una parte, en un nivel de intensidad menor, en relación con los documentos públicos, oficiales y mercantiles⁸²⁸ solo se exige un elemento subjetivo consistente en la concurrencia de una «tendencia defraudatoria», por medio de la cual el autor debe actuar con la intención de llevar a cabo

⁸²⁷ STS nº 89/2023, de 10 de febrero, FJ Tercero. Y, en idéntico sentido, STS nº 813/2022, de 14 de octubre, FJ Cuarto.

⁸²⁸ Como es de sobra conocido, en el ámbito jurídico-penal, en relación con las falsedades, el legislador ha decidido equiparar los documentos públicos, oficiales y mercantiles entre sí, estableciendo las diferencias significativas con los documentos privados. El documento público es la única tipología que se define normativamente. El art. 1216 CC considera esta clase de documentos a «los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». Algunos ejemplos que entrarían en esta clasificación serían las actuaciones celebradas por notarios y registradores de la propiedad, las jurisdiccionales, y, en general, las que, según la legislación vigente, sean emitidas por organismo competente investido a tales efectos por el poder público. Por su parte, ante la inexistencia de una definición normativa de los documentos oficiales, la doctrina sitúa su diferencia con respecto al documento público en que este viene determinado por la Ley y con las formalidades que esta exige, siempre y cuando intervenga en ellos un funcionario público en calidad de fedatario público, mientras que en aquel se requiere una cierta intervención de terceros ajenos a la oficina u organismo público del que emanan. En este sentido, se han señalado como documentos públicos el Documento Nacional de Identidad, el pasaporte, el billete de lotería, el libro de familia, el carné de conducir, etc. No obstante, esta diferenciación no es, ciertamente, relevante puesto que no existe una referencia legal al respecto ni tampoco presenta una consecuencia jurídica distinta, por lo que doctrina y jurisprudencia no han elaborado criterios unitarios de diferenciación. Por último, el documento mercantil será considerado aquel derivado de la actividad mercantil, regulado por el Código de comercio o bien la legislación mercantil especial. Algunos ejemplos pueden ser las libretas de ahorro, las pólizas de seguros, cheques bancarios, letras de cambio o cualquier libro de contabilidad requerido por la legislación de comercio. Una tipología cuya tutela penal se equipara a las anteriores por el intenso grado de confianza que pueden generar. Sobre estas cuestiones, véase LLORIA GARCÍA, Paz, «Delitos de falsedad (2). Falsedades documentales», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Iustel, Madrid, 2012, pp. 435-437; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades...», cit., p. 709.

un engaño, es decir, de alterar la verdad⁸²⁹. Tendencia que, tradicionalmente, ha determinado la necesidad de apreciar un elemento mendaz, de engaño, cuya consecuencia directa era solo la aceptación del dolo directo. De modo que, la narración de hechos con temerario desprecio por la verdad, que resulta ser falsa, pero que deseaba, en cualquier caso, que formara parte del tráfico jurídico sería impune. Apreciación que, como remarca QUINTERO OLIVARES, resulta contradictorio puesto que se desmarca claramente de otros modelos de castigo de la mentira como son los delitos de calumnia y denuncia falsa y, además, dicha limitación no se deriva de la letra de la ley⁸³⁰.

Por otra parte, se eleva el grado de exigencia subjetiva cuando se trata de un documento privado⁸³¹, pues *ex* artículo 395 del Código penal es necesario la concurrencia adicional de la intención de causar un perjuicio a otro. En el anterior texto punitivo, el artículo 306 presentaba una doble estructura al admitir que la falsedad se realizara «con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo». La doctrina categorizaba, así, este ilícito como delito de «emprendimiento» puesto que, junto al requerimiento de un resultado típico (perjudicar a otro) convivía simultáneamente el castigo del mero deseo de producirla, entendida esta segunda posibilidad como delito de mera actividad⁸³². Sin embargo, el legislador del Código vigente decidió simplificar la parte subjetiva del tipo configurándolo solamente como delito de mera actividad cuyo aspecto esencial es el propósito de causar un perjuicio a terceros, que podrá ser de naturaleza económica o de cualquier otro tipo, pero cuya determinación resulta ser algo discutible en la práctica⁸³³.

⁸²⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Falsedades...», cit., p. 714. No obstante, cabe recordar que, en consonancia con un mayor deber de diligencia que se exige a aquellos que elaboran este tipo de documentos, el legislador ha decidido castigar también en estos supuestos una modalidad imprudente – sólo cuando esta sea grave – bien en alguna de las conductas descritas en el artículo 390, bien porque da lugar a que otro las cometa. Puede resultar interesante, al respecto, el análisis de la aplicabilidad de esta comisión imprudente, así como de la participación imprudente en un delito doloso que realiza MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., pp. 749 y 750.

⁸³⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las falsedades...», cit., p. 1637.

⁸³¹ Los documentos privados pueden entenderse, desde una perspectiva negativa, como todos aquellos que no se incluyan en la categoría de documento público, oficial o mercantil. De modo que, en definitiva, no pudiendo incluirse dentro de los anteriores, constituyen el resultado de una relación jurídica entre particulares. Ejemplos paradigmáticos de estos son las entradas de espectáculos, las facturas no procedentes de operaciones mercantiles, contratos de compraventa o de arrendamiento privados. Al respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 744.

⁸³² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De las falsedades...», cit., p. 1649. En realidad, como explica el autor, pese a la doble configuración mencionada, el elemento esencial de la conducta siempre era el fin que perseguía el sujeto activo, por lo que el hecho de alcanzar o no la producción de un daño se constituía como un elemento accesorio.

⁸³³ Así lo ha considerado SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Las falsedades...», cit., p. 380. Para ello, propone como ejemplo la STS nº1039/2002 que excluye la presencia de tal elemento subjetivo en un supuesto en el que unos sujetos manipularon determinados documentos con el propósito de obtener un

2.4. Otros modelos de castigo de la mentira

De lo anterior se deduce que, para los particulares, el ordenamiento jurídico-penal español castiga aquellas inveracidades que estos ponen de manifiesto, como regla general, siempre y cuando a consecuencia de ello se determine una producción real de un perjuicio hacia otros sujetos⁸³⁴. Al respecto, destacan los delitos de calumnia y de estafa como los dos modelos paradigmáticos de exigencia de deberes de veracidad con el propósito de proteger una lesión al honor o al patrimonio de otro, respectivamente.

Fuera de estos esquemas, el legislador español, de forma ya excepcional, rebaja las exigencias típicas, de modo que el fundamento del castigo de la inveracidad no se halla en un perjuicio directo sobre bienes jurídicos individuales, sino más bien en situaciones de peligro sobre bienes jurídicos colectivos. Necesidad de intervención que se fundamenta en el relevante papel que adquiere la información en el tráfico patrimonial de sociedades económicas complejas como la nuestra. Desde luego, en un mundo avanzado caracterizado por intensos y constantes flujos de información, parece adecuado que el ordenamiento determine una serie de posiciones de garantía para que los individuos interesados en las mismas puedan acceder a ellas en condiciones de igualdad⁸³⁵. Idea que permite comprender el castigo del modelo de la falsedad en los documentos elaborados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y que podría estar detrás del especial interés de los jueces españoles en penalizar la falsedad ideológica de faltar a la verdad en la narración de hechos entre particulares, a pesar de la clara despenalización que se desprende del texto punitivo.

Este fundamento, además, facilita la comprensión del castigo de aquellos comportamientos que, de alguna forma, pretenden cubrir la aparente impunidad general de la falsedad documental ideológica entre particulares. De modo que, a través de una anticipación de las barreras de protección, se atribuye un reproche penal sobre inveracidades entre particulares dentro del ámbito empresarial como ocurre con el delito de presentación de datos contables falsos en procedimiento concursal del art. 261 CP, así como en el delito societario contenido en el art. 290 CP. Efectivamente, como han

crédito hipotecario pues se constató que los solicitantes tenían la voluntad de efectuar los pagos en el momento de contratar la hipoteca.

⁸³⁴ Esta idea también se defiende en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 32 y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 113.

⁸³⁵ Sobre esta cuestión y en mayor detalle SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., pp. 121-122.

afirmado BOIX REIG y ANARTE BORRALLO, la necesidad de intervención penal en estos casos «se quiere justificar, ante todo, por la insuficiencia de controles extrapenales como de protección proporcionada por los clásicos delitos patrimoniales para hacer frente a usos y patologías societarias y, en especial, del mundo financiero, protagonizadas por quienes como gestores o titulares tiene el poder empresarial. Todo ello a la vista de la entidad de los riesgos derivados de un modelo de funcionamiento más oligárquico que democrático y de la importancia que el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles y del sistema societario (su fiabilidad, si se quiere) tiene para el sistema económico en la actualidad»⁸³⁶. A propósito de las premisas presentadas, el legislador considera necesario, en aras de preservar en última instancia los derechos de los trabajadores, sancionar el uso de datos falsos relativos al estado contable en un procedimiento concursal con el propósito de lograr indebidamente dicha declaración y así, al mismo tiempo, el adecuado funcionamiento de procedimientos concursales y sus principales fundamentos⁸³⁷. Y, por otro lado, también castiga la inveracidad, dentro de este régimen de excepcionalidad, a los administradores de una sociedad con el propósito de ofrecer un triple amparo: de modo inmediato el patrimonio y los deberes de veracidad y transparencia que ostentan determinados sujetos⁸³⁸. Y de manera mediata intereses supraindividuales vinculados con el correcto funcionamiento de una economía libre de mercado que exige la transparencia de la administración social y, en consecuencia, la

⁸³⁶ BOIX REIG, Javier y ANARTE BORRALLO, Enrique, «Delitos societarios», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 699 y 700. Véase también pp. 717 y 721 y 722. Especialmente interesante, en el sentido propuesto por estos autores, es la vinculación entre el delito societario del art. 290 de las falsedades documentales mercantiles contempladas en el art. 392 en relación con el 390 CP. Cuestión que se deriva de la interpretación del elemento «falsear» de la conducta típica del delito societario que comprende, según la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia y la FGE a través de su Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, todas las modalidades falsarias que se contienen en el artículo 390 CP. No obstante, como indican los mencionados autores, un sector minoritario ha tratado de otorgar una cierta autonomía al ámbito de aplicación del art. 290 CP interpretando el elemento falsario solo como la modalidad de faltar a la verdad en la narración de los hechos, restringiéndolo, por tanto, a la falsedad ideológica.

⁸³⁷ BOIX REIG, Javier y ANARTE BORRALLO, Enrique, «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 323 y 324. Cabe matizar, como así indican los citados autores, que la conducta típica sanciona ese uso de datos falsos con el mencionado propósito y no la elaboración o llevanza de una contabilidad falsa.

⁸³⁸ Algunas veces serán el resultado de los deberes de veracidad que atañen a los agentes económicos y financieros y otras el derecho de los socios o de terceros individuos a poder acceder a la información societaria de forma clara, completa y con correspondencia con la realidad. En este sentido, BOIX REIG, Javier y ANARTE BORRALLO, Enrique, «Delitos societarios...», cit., p. 718.

confianza en la veracidad de los datos que reflejan la situación jurídica y económica de la empresa⁸³⁹.

Además, fuera del contexto de relación entre particulares, también se establecen supuestos de excepcionalidad punitiva de la mentira cuando el individuo se relaciona con la Administración: esencialmente, bien porque peligra directamente su buen funcionamiento, o bien porque se crean riesgos para su patrimonio y, de forma mediata, los intereses sociales.

En el primero de los casos, parece lógico que se contemplen inveracidades típicas cuando estas atañen al interés de evitar una perturbación del correcto funcionamiento de la Administración de justicia sobre pilares tan elementales como la imputación o la obtención de pruebas. Incriminación que queda justificada en la medida en que, en definitiva, se pone en riesgo la propia estructura social ya que puede socavarse la confianza en dichas instituciones e intervenir negativamente en la prevención general del delito⁸⁴⁰. Dentro de este modelo de sanción penal de la mentira se sitúan los delitos de acusación y denuncia falsa (art. 456 CP), el ilícito de simulación de delitos (art. 457 CP) y el delito de falso testimonio (art. 458 CP).

Fruto de la configuración del delito de acusación y denuncia falsa como una especie de calumnia agravada⁸⁴¹, en aquel se reproduce la fórmula de este delito contra el honor

⁸³⁹ *Ídem*.

⁸⁴⁰ Evidentemente, para que dichas inveracidades ostenten relevancia penal, deberán mostrarse idóneas *ex ante* para afectar esos intereses. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 116. Al respecto, cabe señalar que uno de los poderes del estado más debilitado en las democracias occidentales es precisamente el judicial. Y las transformaciones originadas a propósito de la sociedad digital no han frenado dicha tendencia, más bien al contrario, la han favorecido. Especialmente debido al auge del populismo punitivo auspiciado por una universalización en la crispación social sobre casos mediáticos en el que el debate ha tenido que adaptarse a las reglas del juego de las redes sociales. Por eso es importante que toda forma de colaboración con la Administración de Justicia sea valorada adecuadamente en aras de evitar una instrumentalización del aparato judicial con el propósito de perjudicar, a través de imputaciones mendaces, a ciertos individuos. Algunas reflexiones similares se ofrecen en BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos contra la Administración de Justicia», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 810.

⁸⁴¹ Esta consideración se fundamenta en el carácter pluriofensivo de dicha infracción penal. De este modo, se lesiona el honor de la persona calumniada al imputar inverazmente hechos delictivos y, al mismo tiempo, al realizarse ante un funcionario que tiene la obligación de investigarlos, se perturba el funcionamiento del aparato de justicia que dedica sus escasos recursos en esclarecer unos hechos no perpetrados, lo que suponen un perjuicio en terceros ajenos. En idéntico sentido, véase BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos contra la Administración...», cit., p. 810. Es más, se trata de un ilícito penal que, de hecho, se ha construido a partir de la descripción típica de la calumnia con la particularidad de que debe pronunciarse ante unos sujetos específicos – funcionario judicial o administrativo que por razón del cargo deba proceder a averiguar el hecho – no como la calumnia que se puede pronunciar ante cualquier persona. Razón que avala su comprensión como una calumnia específica tal y como se ha manifestado QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos», en Quintero Olivares, Gonzalo

en el que el componente falsario exige «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Por consiguiente, idéntica interpretación a la ofrecida *supra* sobre la modalidad falsaria de los delitos contra el honor habrá que proporcionar a este tipo de delitos⁸⁴². Es decir, se descarta la perspectiva objetiva en la que el elemento central de análisis lo constituye el hecho realizado y, en concreto, si la imputación objetivamente es falsa o no. En cambio, se opta por una perspectiva subjetiva en la que lo determinante es la diligencia y actuación desplegada por el sujeto activo en relación con la búsqueda de lo cierto.

A pesar de la naturaleza falsaria de la acción típica que presenta también la simulación de delitos, en este se emplea la conducta «simular» como aspecto central. En este caso, a diferencia del anterior, la atribución mendaz no va dirigida hacia otro individuo sino a la misma persona la cual, independientemente de que el hecho delictivo sea real o ficticio, finge haber sido el autor o su víctima, o bien emite una denuncia, sin más, de un hecho inexistente. De ello se deriva que el objeto de protección no se vincule con el honor de las personas, como ocurre con el anterior supuesto, sino directamente con las interferencias en el normal funcionamiento de la actividad judicial, que no debe ser puesta inútilmente en movimiento⁸⁴³. Según MUÑOZ CONDE, la acción «simular» descrita en el tipo hace referencia al hecho de desfigurar esencialmente la realidad, imitando o fingiendo algo que no es. Lo cual puede suceder bien porque hecho que se describe nunca ha existido, bien porque existiendo, se relata uno esencialmente distinto

(dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1900.

⁸⁴² En contra, MUÑOZ CONDE, según el cual el elemento de la falsedad ha de interpretarse como dato objetivo que suponga una discordancia total entre aquello que se afirma por el denunciante y lo que en realidad sucede. En caso de que el denunciante considere erróneamente que la imputación es falsa, la ausencia de dicho elemento objetivo dará lugar a una forma imperfecta de ejecución. Lo importante es, en palabras del autor, que la acusación o denuncia falsa pueda determinar que el órgano competente inicie las actividades jurisdiccionales correspondientes. Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 933. Asimismo, también en contra QUINTERO OLIVARES – quien también opta por un modelo objetivo de la calumnia – al considerar que el hecho imputado debe ser objetivamente falso ya que sería excesivo incluir supuestos en los que el hecho fuera cierto, pero no sea claro demostrar que el autor lo cometió dolosamente. Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De la acusación y denuncia falsas...», cit., p. 1901.

⁸⁴³ Evidentemente, esto justifica, en relación con el delito de acusación y denuncia falsa, una consecuencia penológica menor.

al que ha sucedido porque da la apariencia de ser el responsable o la víctima cuando no lo es⁸⁴⁴.

En el delito de falso testimonio, de nuevo, el interés de protección que justifica la excepcionalidad de la sanción penal de una mentira afecta a la Administración de Justicia por cuanto la pureza de la fase probatoria dentro del proceso judicial puede quedar dañada, pudiendo dar lugar a una aplicación injusta de la ley⁸⁴⁵. En él, se utiliza como expresión típica «faltar a la verdad en su testimonio». Elemento que, tanto la doctrina⁸⁴⁶ como la jurisprudencia⁸⁴⁷ suelen entenderlo como la combinación de una exigencia de

⁸⁴⁴ Por ello, según afirma el citado autor, no es suficiente con simular meras cualificaciones o atenuaciones del delito cometido, conducta que será atípica. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 936.

⁸⁴⁵ En este delito, la falsedad emitida a través de expresiones dentro de un procedimiento judicial afecta frontalmente al valor «justicia» en la medida en que la finalidad del proceso pierde todo su sentido al quedar la verdad material en entredicho por sustentarse en elementos probatorios falsos. En este sentido, véase, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos contra la Administración...», cit., pp. 814 y 815.

No obstante, en realidad, para comprender en plenitud este ilícito penal conviene acudir a sus antecedentes históricos. Si bien es cierto que, al amparo de este delito, los bienes jurídicos personales del afectado por el falso testimonio ya no tienen la relevancia que históricamente han tenido, pues la sanción penal opera independientemente de la decisión judicial adoptada, todavía existen reminiscencias al hacer depender la imposición de la pena superior en grado si recae sentencia condenatoria contra reo en causa criminal. Cabe recordar que, en el fondo, este ilícito penal es el resultado de una larga evolución en cuyos orígenes era concebido como un delito contra la Divinidad, sustentada por una concepción religiosa o moral de exigencia de un juramento previo a la presentación del testimonio. Véase, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., pp. 938-939.

En cualquier caso, no se puede negar que se trata de un ilícito que ha sido históricamente señalado como una muestra de la ineficacia del sistema español. Ni siquiera, como señala QUINTERO OLIVARES, la libertad de apreciación en conciencia de la prueba que poseen los jueces merma esa sensación por lo que parece lógico reclamar una política criminal más enérgica a propósito de este delito puesto que sus consecuencias no se corrigen meramente confiando en la buena intención de estos. Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Del falso testimonio», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 1911.

⁸⁴⁶ Entre otros, MUÑOZ CONDE, que defiende en este delito una teoría objetiva de la falsedad en el que junto con el criterio objetivo de comparación entre lo que se declara y la realidad, el sujeto tenga conocimiento de dicha circunstancia. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., pp. 941 y 942. También, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos contra la Administración...», cit., p. 816. Así como QUINTERO OLIVARES al señalar que, en ocasiones, se defiende que dentro del tipo subjetivo del delito se encuentra la consciente infracción del deber de decir la verdad. No obstante, se trata de una idea cuya base se encuentra en una concepción anglosajona del delito que la confunde con el perjurio. Configuración legal que no ocurre en el derecho español ya que el acento se sitúa en la potencial incidencia que pueda tener en el ánimo del órgano juzgador por lo que el tipo subjetivo en realidad se integra por el deber de cumplir con el deber del ciudadano de testificar y el deseo de alterar el ánimo de los juzgadores. No cabe apreciar, en consecuencia, y siguiendo con el citado autor, un elemento subjetivo del injusto consistente en el propósito de alterar el desarrollo normal de la prueba y su eficacia. Esto resultaría excesivo e innecesario ya que podría excluir el castigo de otras finalidades como el deseo de venganza o de difamar. En definitiva, lo importante de la vertiente subjetiva no será el hecho de que vaya o no a influir su declaración en la sentencia, sino que sea consciente que no dice la verdad y que puede llegar a los juzgadores pudiéndolos influir. Reflexiones que se encuentran en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Del falso testimonio...», cit., pp. 1913 y 1914.

⁸⁴⁷ Entre otras, STS nº107/2021, de 10 de febrero, FJ segundo al indicar que «el delito se integra de dos elementos: el subjetivo, constituido por el dolo integrado por la conciencia de la alteración de la verdad (imposible de cometer por imprudencia) y la voluntad de emitir la falsa declaración (lo que habrá de ser

inveracidad subjetiva, es decir, del conocimiento de la discordancia entre lo comunicado con la realidad, junto con la exigencia de una inveracidad objetiva, y, por tanto, de la existencia de una palmaria contradicción entre ambos aspectos. En cualquier caso, como acertadamente indica QUINTERO OLIVARES, la falsedad que subyace de este ilícito penal posee una raíz normativa que va más allá de los delitos específicos de falsedad, confiriendo unos comunes criterios interpretativos como son: «alteración relevante de la verdad, ya sea alterándola en todo, ya en parte; intención de influir en el tráfico jurídico, que en este caso se plasma en la intención de incidir en el normal desarrollo del proceso; verosimilitud de lo falseado; y, por último, relevancia jurídica de lo falseado, que puede, siendo del todo falso, ser absolutamente ajeno al objeto del proceso»⁸⁴⁸. Sobre todo, conviene reseñar que la alteración debe versar sobre extremos sustanciales o esenciales y no sobre cuestiones intrascendentes, aunque también se castiga la diseminación de inexactitudes o alteraciones parciales a través de reticencias o silencios de datos que le son conocidos al sujeto activo ex art. 460 CP. Eso sí, en consonancia con el resto de modelos falsarios, resulta relevante que las expresiones realizadas se encuentren dentro de los juicios de hecho y no de valor⁸⁴⁹ para que sea plausible admitir una disonancia con lo realmente acontecido.

En relación con el segundo supuesto, el texto punitivo español también contempla un segundo modelo excepcional de castigo de la mentira cuando el destinatario es la Administración Pública. Pero, en este caso, el fundamento de excepcionalidad lo conforma la creación de un riesgo relevante para el patrimonio de estas, lo que, de forma indirecta, redundará en una afectación a un adecuado uso de los recursos que disponen para la consecución de determinados fines sociales. Una justificación que, como reseña SILVA SÁNCHEZ, explica la sanción penal de inveracidad de comportamientos que no se someten a los rigurosos criterios de imputación sobre los que se sustenta el delito de la estafa⁸⁵⁰. Con base en este sustento de persecución penal se hallan ilícitos como la

puesto en relación con la teoría del error), sin que sea preciso que se abarque la trascendencia que pueda tener en la posterior resolución judicial, a la que la declaración sirve como medio de prueba; y el objetivo, consistente en la falta a la verdad sobre extremos sustanciales o esenciales». En un sentido similar, véase SSTs nº 327/2014, de 24 de abril, FJ séptimo y nº 318/2006, de 6 de marzo, FJ cuarto.

⁸⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Del falso testimonio...», cit., p. 1911.

⁸⁴⁹ En contra de esta opinión, MUÑOZ CONDE al afirmar que en el delito de falso testimonio la declaración puede consistir tanto en una imputación de hechos como en juicios de valor ya que es irrelevante que se trate de datos objetivos o subjetivos de convencimiento. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., pp. 941 y 942

⁸⁵⁰ Obviamente, como a continuación aclara el citado autor, dicha justificación no constituye ningún límite entre aquellas inveracidades punibles e impunes sobre las que deberán recaer criterios razonables que

defraudación tributaria (art. 305 CP), la defraudación de cotizaciones a la Seguridad Social (art. 307 CP), el fraude de subvenciones (art. 308 CP) y los delitos contables (art. 310 CP). Precisamente, los cuatro se ubican dentro de los denominados «delitos contra el orden socioeconómico» en la medida en que el interés de protección no solo es el patrimonio de la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, en el primer y cuarto caso; de la Seguridad Social, en el segundo; o bien de la Administración Pública estatal o europea correspondiente, en el tercero; sino, especialmente, el interés público-social que se encuentra detrás de dichas finalidades y que perturba una adecuada distribución patrimonial para cubrir las necesidades públicas básicas⁸⁵¹.

La inveracidad típica característica en los delitos contemplados en los artículos 305 y 307 se materializan en el verbo típico «defraudar». Esta conducta implica la elusión de un pago de modo fraudulento. Como defienden BOIX REIG y GRIMA LAZANDRA, aunque estrictamente las mencionadas conductas no constituyan unas modalidades del delito de estafa, en realidad, a través de este elemento típico se exige algo más que dejar de pagar, pues implica, necesariamente, un engaño que no se diferencia con el de aquel delito⁸⁵². Una configuración bastante similar al delito contable del artículo 310 en el que, aunque no emplea el mismo verbo típico, no deja de ser una tentativa de defraudación en la que se describen las modalidades defraudatorias – ocultar, simular o realizar anotaciones ficticias de una situación económica de la empresa – para evitar el pago obligado.

Por su parte, en el fraude de subvenciones la descripción típica acude al verbo «falsear» aquellas condiciones requeridas o bien «ocultar» aquellas que hubieran impedido la concesión de la correspondiente subvención. Si se observa detenidamente, la configuración típica presenta una estrecha similitud con la estafa pues se exige el empleo de un engaño relevante el cual determina el error en la Administración correspondiente que le concede, de forma indebida un pago, causándole un perjuicio patrimonial.

compatibilicen la posición jurídica del ciudadano y de la Administración correspondiente. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 122.

⁸⁵¹ Una interesante aproximación al respecto se ofrece en BOIX REIG, Javier y GRIMA LAZANDRA, Vicente, «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 806; 834-835; 842 y 851.

⁸⁵² *Ibidem*, p. 808. Esto explica también, según los citados autores, que la jurisprudencia española contemple dentro del verbo típico también las declaraciones incompletas, incorrectas o falsas ya que, en definitiva, se afirma algo como correcto que no corresponde exactamente con la realidad.

Finalmente, la inveracidad constituye un elemento esencial del tipo, igualmente como excepcionalidad a la regla, en aquellos otros peligros que se representen a bienes colectivos relacionados con otras instituciones del Estado o contra su propia soberanía. Este sería el caso, por ejemplo, del precepto contenido en el artículo 502.3 CP por el que se castiga el falso testimonio ante una Comisión de investigación. Paralelamente al delito de falso testimonio, en aquel se integra como expresión típica el hecho de «faltar a la verdad», por lo que es de aplicación las mismas consideraciones interpretativas expuestas a propósito de este. La crítica radica, sin embargo, en la equiparación que ha llevado a cabo el legislador en relación con ambos preceptos, imponiendo similares deberes de veracidad ante instituciones sustancialmente diferentes como son las comisiones parlamentarias, por un lado y la Administración de justicia, por el otro⁸⁵³. Efectivamente, como recuerdan TAMARIT SUMALLA y RODRÍGUEZ PUERTA, en un Estado de derecho las comisiones parlamentarias nunca pueden tener como objeto establecer «la verdad», gozando meramente de una búsqueda de una «verdad política», ya que convencionalmente se le asigna este papel en exclusiva al poder judicial⁸⁵⁴. De modo que el castigo de la inveracidad en estos casos supone llevar a consecuencias realmente discutibles el deber de colaboración ante tales comisiones, resultando la obligatoriedad bajo amenaza de tal deber de veracidad carente de fundamento.

A propósito del segundo de los motivos expuestos, es decir, la inveracidad que representa un peligro para la soberanía, dentro de los delitos «que comprometen la paz o la independencia del Estado» se encuentra el delito de derrotismo en el artículo 594 CP que castiga al que haga circular noticias falsas en tiempos de guerra. Uno de los rasgos llamativos de la tipificación de esta conducta, que se desmarca de las anteriormente expuestas, en el análisis de la inveracidad, es la alusión a las «noticias falsas», razón por la cual se analizará en profundidad en el siguiente apartado. Es por ello por lo que, por

⁸⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Las inveracidades...», cit., p. 116.

⁸⁵⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep María y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 2028 y 2029. Cabe matizar, como así hacen los citados autores, que hasta el Código penal de 1995 solo se había impuesto un deber de comparecencia. El paso de imposición de un deber añadido de veracidad, por tanto, resulta problemático en la medida en que la labor de tales comisiones de investigación no contempla tratamientos especiales para sujetos a quienes sean imputados hechos delictivos, ya que naturalmente no es esa la su función, que meramente se agota en las responsabilidades políticas. Pero ello no evita que lo declarado pueda ser sometido posteriormente a un proceso penal y pueda determinar consecuencias inculpatórias.

el momento, y para evitar reiteraciones innecesarias, simplemente se destacará el comportamiento como otra modalidad excepcional de castigo de la inveracidad, analizándose en profundidad en los antecedentes de una posible propuesta *de lege ferenda* sobre la desinformación.

3. LAS NOTICIAS FALSAS EN LA REGULACIÓN PENAL

3.1. Antecedentes legislativos

Algunos autores que han abordado la problemática de la criminalización de las noticias falsas en el ordenamiento jurídico español han citado, como antecedente legislativo de regulación penal, el delito de tendencia introducido en el Código penal de 1973⁸⁵⁵. Sin embargo, en realidad, existen precedentes históricos mucho más antiguos que han abordado el problema.

DÍEZ PIECAZO ya señaló en su momento la importancia de la investigación histórica del Derecho, incluso aunque se adopte una postura objetivista y no subjetivista de la interpretación jurídica⁸⁵⁶. Esta idea coincide con la ofrecida por LUZÓN PEÑA al entender que «la interpretación histórica no tiene generalmente carácter decisivo, pues ya hemos visto que sobre ella domina la interpretación objetiva del sentido y finalidad de la ley en el momento actual, pero sirve sin duda de refuerzo a otros criterios, y en algunas ocasiones puede ser la clave para la comprensión de preceptos cuyo significado pueda resultar dudoso o contradictorio, al menos aparentemente, con otros»⁸⁵⁷. De hecho, la utilidad de este método de análisis incrementa si, como indicaba LARENZ, no solo se

⁸⁵⁵ Este ha sido el caso de DE LAS HERAS VIVES, Luís, «Las fake news...», cit., p. 76 y LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación...», cit., p. 562.

⁸⁵⁶ Según este autor, aunque se opte por una búsqueda del *iustum* concreto desde las circunstancias existentes y a partir de postulados que tengan vigencia en el mundo en el que el intérprete se mueve como versión dinámica del Derecho, «la captación de un “sentido originario” y el rastreo de un “hilo evolutivo” son indispensables para comprender el mensaje inscrito en ellos y para decidir el sentido que actualmente se les debe atribuir». En DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, pp. 255 y 256.

⁸⁵⁷ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 91. Planteamiento que va en consonancia con la posición que también le otorgó LARENZ a este método de interpretación. Pues según este, mientras el sentido literal y la conexión de significado de la ley permitan decantarse por diversas interpretaciones habrá que optar por aquella que mejor se ajuste a la intención reguladora y al fin de la norma; intención reguladora que se puede averiguar con base en el análisis histórico, en las declaraciones de intención del legislador y en las declaraciones oficiales de motivos. En LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho, (traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero)*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 342.

centra en la *voluntas legislatoris* como hecho histórico, sino que también se examinan ulteriormente sus consecuencias y se orientan estas a los fines establecidos por el legislador histórico, pues de esta forma se comprende la norma en su propia racionalidad⁸⁵⁸.

Tradicionalmente, se asocia y se le dota de mayor importancia esta vertiente del estudio histórico de un comportamiento concreto. De modo, que su facultad de complemento interpretativo de una norma vigente adquiere el principal foco de atención. No obstante, un análisis acerca de los antecedentes y de la génesis del castigo de una conducta también contribuye enormemente a la redacción de normas futuras. No solo sirve, pues, para tareas *de lege lata*, sino también como herramienta puramente encaminada a ofrecer pautas *de lege ferenda*.

Esta doble utilidad presenta una aplicación sustancial a propósito de la criminalización de las noticias falsas. El actual texto punitivo solo menciona como elemento del tipo el castigo de la difusión de «noticias falsas» de manera expresa en el artículo 594. Pero, como se observará en su momento oportuno, el mero examen de este precepto resulta insuficiente para abordar las problemáticas concernientes a las demandas punitivas actuales que presenta el fenómeno. Ahora bien, con anterioridad al Código penal de 1995 y desde el siglo XIX⁸⁵⁹ han existido modalidades de castigo de estos comportamientos. La breve aproximación histórica que se ofrece coadyuva, por tanto, a una reflexión más asentada acerca de las necesidades futuras de criminalización. Y ello, porque se tratará de resaltar aquellos problemas con los que se han tenido que enfrentar las diferentes regulaciones penales existentes en la materia, determinar si las necesidades de tutela al respecto han sido similares, así como averiguar si es posible ofrecer una adaptación de las estructuras normativas que presentaban a la realidad actual con la que nos encontramos.

⁸⁵⁸ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia...*, cit., p. 330.

⁸⁵⁹ El estudio histórico que se ofrecerá parte de las leyes especiales de imprenta que coexistían con los primeros Códigos penales. Esto no significa que previamente a estos períodos no existieran normas que sancionaban directa o indirectamente la publicación de noticias falsas. No obstante, la inexistencia de trabajos especializados en la materia, unido con los propósitos que se persiguen alcanzar en este trabajo, los cuales pueden colmarse perfectamente mediante un análisis desde el punto de referencia del que parte este trabajo, invitan a ser cautos en la extensión de este trabajo y dejar para futuras investigaciones el estudio histórico en profundidad.

3.1.1. Criminalización de las noticias falsas en la legislación de prensa e imprenta

Tanto el Código penal de 1822 como el de 1848 se caracterizaban por la ausencia de la tipificación de conductas relativas a la publicación o difusión de noticias falsas. Esto se debía, principalmente, a la consideración de dichos comportamientos como una modalidad de delitos de imprenta⁸⁶⁰, los cuales, hasta la aprobación de la reforma de 1870, formaban parte de un régimen de excepción de regulación a extramuros de la ley común.

Esta exclusión de los delitos de imprenta del texto ordinario era respaldada por la doctrina penal. Por ejemplo, VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ aportaron, entre algunas de las razones que apoyaban este planteamiento, la necesidad de preservar la garantía de imprenta como derecho popular, así como la prevalencia del prestigio de los tribunales ordinarios. A propósito del primero, partiendo de la premisa de que uno de los objetivos esenciales de la imprenta es el de influir en los asuntos públicos y censurar los actos de poder, argumentaban que, si los actos de los redactores públicos tuvieran que someterse a tribunales ordinarios dependientes del poder para determinar la comisión de un ilícito, la libertad de imprenta se vaciaría de contenido y con ello sus garantías. Y, en cuanto al segundo, consideraban que alejar a los tribunales ordinarios de aquellos asuntos cuyo contenido versa sobre opiniones políticas y pasiones de los partidos, permitía que esta institución conservara su prestigio⁸⁶¹. No obstante, el argumento al que más se recurría presentaba una estrecha relación con razones de mera conveniencia. En este sentido, PACHECO argumentaba que la ley de prensa e imprenta mantenía una naturaleza puramente política, razón por la cual se caracterizaba por una tendencia hacia la transitoriedad y variabilidad, la cual no había que confundir con disposiciones normativas más estables. Por lo que, incluir esta clase de delitos en el Código implicaría constantes transformaciones en los artículos que lo contuviesen⁸⁶². Ahora bien, este autor, en

⁸⁶⁰ Así quedaban excluidos este tipo de delitos en el art. 7 del CP de 1848: «No están sujetos á las disposiciones de este Código los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando ni los que se cometen en contravención á las leyes sanitarias en tiempo de epidemia».

⁸⁶¹ En desarrollo de estas argumentaciones y otras en VIZMANOS, Tomás y ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, pp. 45 y 46.

⁸⁶² PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado, Tomo I*, 5ª ed., Madrid, 1881, p. 121. En un sentido similar, se ha sustentado esta opinión considerando que los delitos de imprenta no se incluyen en el Código ya que «su legislación es eminentemente política, y mas transitoria por lo tanto que las leyes que se derivan de condiciones sociales que tienen otro carácter de estabilidad: incluirlos en el Código seria esponerse al riesgo de tener que retocarlo frecuentemente; mal grave que le haría decaer mucho del prestigio de que conviene que esté rodeado para bien de la sociedad». Véase, GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Tomo III, 7ª ed., Madrid, 1865, pp. 12 y 13; o bien que los delitos de imprenta se excluyen del Código penal «por su carácter transitorio y amovible, debiendo comprenderse en él medidas, ya que no perpétuas, al menos

coherencia con su postura, especificaba que solo merecía una regulación especial de imprenta la de índole política, es decir, aquella consistente en el debate de ideas o en el examen de los actos públicos de aquellos que ostentan el poder. Pero no cualquier comportamiento realizado a través de un medio comisivo que permitía estampar y circular los textos con mayor profusión⁸⁶³.

Es por ello por lo que, la elaboración de noticias falsas a través de la imprenta es entendida, desde sus inicios, como una actividad política sometida a este régimen de especialidad. Si bien es cierto que su tipificación expresa no apareció hasta las leyes especiales de mitad del siglo XIX. Es decir, en consonancia con la designación establecida por MIRA BENAVENT, en una etapa de superación de un sistema *preventivo* por uno de índole *represivo* de los delitos de imprenta⁸⁶⁴. Transformación que se produce en un momento en el que las leyes penales especiales de prensa e imprenta constituían el desarrollo normativo de la declaración constitucional de libre manifestación de ideas con abolición de la censura previa. En consonancia con el mandato contenido en el artículo 2, tanto de la Constitución de 1837 como posteriormente la de 1845⁸⁶⁵, se instauró un régimen en el que, a diferencia del anterior, cualquier impreso podía ver la luz sin, *a priori*, ninguna traba, por lo que se abría la posibilidad de cometer delitos materiales mediante la imprenta ya que el poder punitivo del Estado intervenía una vez se había cometido el delito⁸⁶⁶. En otras palabras, el control previo de lo que va a publicarse dio

permanentes y estables», véase ARAMBURU Y ARREGUI, Juan Domingo, *Instituciones de Derecho penal español*, Imprenta de D. Benito González, Oviedo, 1860, p. 12 e, igualmente, que «las consecuencias de estos delitos son de un género especial y diferente de las de los comunes, varían frecuentemente, sobre todo en tiempos no tranquilos, lo cual obliga á alterar su legislación con mas frecuencia que la común. Si hiciera parte del código penal sería preciso reformarlo cada vez que variaran las circunstancias políticas», en CARDENAS, Francisco de, *El Derecho moderno. Revista de Jurisprudencia y Legislación*, Tomo IV, Madrid, 1848, p. 170.

⁸⁶³ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado...*, cit., p. 122. En esta línea, el autor expone el ejemplo de la expresión de infamias a un particular que no tienen nada que ver con la política.

⁸⁶⁴ Tal y como desarrolla el autor en una excelsa monografía sobre los límites penales a la libertad de expresión en los inicios del régimen constitucional español, el período de 1836 a 1868 comprende una etapa de leyes penales especiales de prensa e imprenta en sentido estricto ya que los ilícitos penales responden a una estructura jurídico-penal, a diferencia de etapas anteriores, que parten de la abolición de la censura previa y de la posibilidad del castigo una vez materializado el hecho cometido. En MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 163.

⁸⁶⁵ Art. 2 CE 1837: «Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción á las leyes. La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente á los Jurados».

Art. 2 CE 1845: «Todos los españoles puedan imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes».

⁸⁶⁶ En consonancia con los principios propios de un sistema represivo, en este período las leyes de imprenta se caracterizan por contener un mayor número de delitos, una nueva regulación de los responsables en el que cobra protagonismo el editor y no el autor material del texto y en una cambiante configuración de las

paso a la represión una vez lo publicado ha puesto en peligro o lesionado materialmente un bien jurídico.

Durante el período de vigencia de ambas constituciones, el contenido formal de la libertad de manifestación a través de medios mecánicos no varió sustancialmente. No obstante, sí que se produjeron cambios relevantes en las sucesivas leyes especiales que desarrollaron dicho mandato constitucional. Entre otras cuestiones, estas tenían por objeto la tipificación de delitos que se podían cometer mediante la imprenta y se apreciaron cambios significativos, por ejemplo, en un mayor número de catálogo de conductas delictivas durante los períodos más conservadores que en los progresistas. Evidentemente, esto tuvo cierta repercusión con los tipos delictivos objeto del presente trabajo, pues no se encontraron en todos los textos normativos durante esta primera etapa.

La primera regulación de noticias falsas en estas leyes especiales se materializó durante la década moderada, tras la subida al poder de Bravo Murillo en 1851, quien realizó toda una serie de reformas tendentes a ampliar las competencias de la Corona y, al mismo tiempo, restringir el ámbito político. A través del Real Decreto de 2 de abril de 1852, que reforma las disposiciones vigentes en materia de imprenta, se instauró una política conservadora por la que se abandonó la clasificación de los escritos delictivos que se contenía en el Real Decreto de 10 de abril de 1844, cuyo precedente se situaba en el Decreto LV de 22 de octubre de 1820. De modo que, la tradicional configuración de los delitos de imprenta como subversivos, sediciosos, obscenos ó inmorales⁸⁶⁷ se sustituyó por nuevas categorías delictivas por las que se amplió considerablemente el catálogo de conductas punibles a través de la imprenta en el artículo 24 y siguientes, a

instituciones encargadas de reprimir estos delitos, en algunas normas será el Jurado y en otras tribunales especiales. En MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales...*, cit., pp. 163-164.

⁸⁶⁷ El título V del Real Decreto de 10 de abril de 1844 recogía en su rúbrica «de los delitos de imprenta» regulándolos de la siguiente forma:

«Art. 34. Son delitos de imprenta los escritos subversivos, sediciosos, obscenos ó inmorales.

Art. 35. Son subversivos:

1º. Los impresos contrarios á la religión católica, apostólica, romana, y los en que se haga mofa de sus dogmas ó culto.

2º. Los que se dirijan á destruir la ley fundamental del Estado.

3º. Los que ataquen la sagrada Persona del Rey, su dignidad ó sus prerrogativas constitucionales.

4º. Los que ataquen la legitimidad de los Cuerpos colegisladores, insulten su decoro ó propendan á coartar la libertad de sus deliberaciones.

Art. 36. Son sediciosos:

1º. Los impresos que publiquen máximas ó doctrinas que tiendan a trastornar el orden ó á turbar la tranquilidad pública.

2º. Los que inciten á la desobediencia á las leyes ó á las autoridades.

Art. 37. Son obscenos los impresos contrarios á la decencia pública.

Art. 38. Son inmorales los impresos contrarios á las buenas costumbres».

saber: contra el Rey y su Real Familia, contra la seguridad del Estado, contra el orden público, contra la sociedad, contra la religión o la moral pública, contra la Autoridad, contra los soberanos extranjeros, contra los particulares. Precisamente, en el artículo 28 del citado Real Decreto de 1852⁸⁶⁸ y, más concretamente en su apartado 5º, se castigaba como delito que atenta contra el orden público «el que publica noticias alarmantes o falsas con relación á los negocios públicos» (*sic.*). Comportamiento que se sancionaba con la prisión de seis meses a tres años y multa de 15.000 a 50.000 reales *ex* artículo 37 del mismo texto legal. En este sentido, la conducta representaba un claro ejemplo de política conservadora propia de la época en la que el ámbito de la libertad de imprenta se reducía considerablemente por el notable aumento de conductas sancionadas, pero, sobre todo por una descripción típica mucho más casuística⁸⁶⁹.

Finalizado el Bienio Progresista, el régimen especial de imprenta fue modificado por la Ley de 13 de julio de 1857, más conocida como «Ley Nocedal» al promulgarse durante el mandato de Cándido Nocedal como ministro de la Gobernación. A pesar de que en esta nueva norma desaparecieron las referencias expresas a las distintas tipologías delictivas que presentaba el Real Decreto de 1852 en los artículos 24 y siguientes, lo cierto es que la descripción de los distintos comportamientos delictivos en los artículos 24 a 32 de esta nueva Ley fueron bastante similares a las de aquel. A propósito de la regulación de los delitos de imprenta, tal y como señala MIRA BENAVENT, uno de los cambios más acertados fue la introducción del artículo 23⁸⁷⁰ mediante el cual se delimitó con mayor claridad los ámbitos de aplicación entre la legislación especial y el Código penal⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ Según el art. 28 del Real Decreto de 2 de abril de 1852 delinque contra el orden público:

«1º. El que publica máximas o doctrinas encaminadas á turbar la tranquilidad del Estado.

2º. El que incita á la desobediencia de las leyes o de las Autoridades.

3º El que con amenazas o dicterios trata de coartar la libertad de las Autoridades.

4º. El que provoca o fomenta rivalidades peligrosas entre los Cuerpos del Estado o clases de la sociedad.

5º. El que publica noticias alarmantes o falsas con relación á los negocios públicos

6º. El que manifiesta temores de sucesos que pueden alterar el sosiego general».

⁸⁶⁹ Crítica general de la norma que también realiza MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales...*, cit., p. 198.

⁸⁷⁰ Art. 23 Ley de 13 de julio de 1857: «Son delitos de imprenta los comprendidos y condenados en la presente ley. Todos los demás que por su medio se cometan serán juzgados con arreglo á las leyes comunes, y por los Tribunales que ellas declaran competentes. Los delitos de imprenta que constituyan actos de complicidad en delitos de otra naturaleza, quedarán sujetos á las penas establecidas por las leyes, y corresponderá su persecución y castigo á los Tribunales que conozcan en lo principal de los hechos».

⁸⁷¹ MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales...*, cit., pp. 202 y 203.

No obstante, a diferencia del texto anterior, la Ley Nocedal no aludía a las noticias falsas como comportamiento típico en el Título III «de los delitos». Sí que cabe mencionar que el artículo 22 de la norma introdujo el derecho de la persona sobre la que se anunciaban hechos falsos en un periódico a exigir que se insertara en el mismo una contestación negando o explicando los hechos sin necesidad de pagar por esta rectificación, salvo que excediera del cuádruplo del artículo contestado, o de 60 líneas de igual letra en el caso de que la noticia falsa tuviera menos de 15⁸⁷². Este es pues el precedente sobre el que se asentará el futuro delito de negativa de rectificación del artículo 584.1º del Código penal de 1870 como se expondrá en el siguiente subapartado.

Habrà que aguardar a la última de las disposiciones penales especiales en materia de imprenta para encontrar de nuevo una regulación expresa de las noticias falsas. En esta línea, de la mano de González Bravo como ministro de Gobernación en el período de crisis final del reinado de Isabel II, se aprobó el Real Decreto de 7 de marzo de 1867. En general, el texto adoptó una configuración de carácter tremendamente restrictivo que, en ocasiones, retomaba un modelo más bien preventivo⁸⁷³. En su título IV recogía los delitos de imprenta y en él acogía la clasificación originaria del Real Decreto de 1852, aunque en la descripción de los distintos comportamientos se inspiró tanto en dicha disposición como en la Ley Nocedal y la Ley de Imprenta de 22 de junio de 1864. Del mismo modo que figuraba en la norma de 1852, el artículo 21.2º de esta ley de 1867 establecía dentro de los delitos contra el orden público: «los que publicasen, aunque sea en forma dubitativa, noticias falsas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público, o

⁸⁷² Art. 22 Ley de 13 de julio de 1857: «La persona ofendida o de quien se anunciaren hechos falsos en un periódico, o cualquiera otra autorización para ello, tiene derecho á que se inserte en el mismo la contestación que remita negando, rectificando o explicando los hechos.

Por esta inserción no pagará cosa alguna, con tal que no exceda del cuádruplo del artículo contestado, o de 60 líneas de igual letra, si aquél tuviera menos de 15.

En el caso de ausencia o muerte del ofendido, tendrán igual derecho sus hijos, padres, hermanos y herederos. Esta contestación no podrá rechazarse por los directores de los periódicos, y deberá insertarse en uno de los tres primeros números que se publiquen después de la entrega. El que la suscriba, y no el editor, será en este caso responsable de su contenido».

⁸⁷³ Prueba de ello lo constituye el mandato contenido en el art. 4 de dicha ley al establecerse que: «no podrá publicarse impreso alguno sin dar conocimiento previo al Gobernador de la provincia y al Juez que deba conocer en los delitos de imprenta. El aviso se dará por escrito; lo firmará el editor, con expresión del lugar de su naturaleza, de su vecindad, residencia y de las demás circunstancias que se necesitasen para determinar su identidad; y se designará el título que haya de llevar impreso, el nombre del impresor y las señas de su establecimiento. Si la publicación hubiere de ser periódica, se expresará además el nombre del director de la misma y la casa donde se establezca la redacción, y habrá de consignarse previamente un depósito de 4.000 escudos en metálico, o su equivalente, según la cotización del día, en títulos de la Deuda consolidada. De toda alteración que posteriormente se haga en cualquiera de estas circunstancias se dará también conocimiento oportunamente á las dos Autoridades mencionadas».

daño á los intereses o al crédito del Estado». No obstante, un análisis comparado de ambas regulaciones de noticias falsas permite extraer divergencias de suma relevancia. En primer lugar, aunque la conducta típica se mantuvo – publicar –, el objeto material se transformó puesto que bastaba con que se publicasen noticias falsas de «forma dubitativa», lo cual supuso un control restrictivo mayor, comprometiéndose todavía más el principio de ofensividad de la conducta. Problema al que hay que añadir la enorme inseguridad jurídica que suponía cuál es el alcance de difundir noticias falsas de forma dubitativa. En segundo lugar, este último precepto se configuró claramente como un tipo mixto alternativo, bien de peligro para el orden público, bien de lesión para los intereses del Estado. Por lo que, en tercer lugar, y a diferencia del anterior, en la nueva regulación el campo de daño se amplió puesto que podía afectar a dos bienes jurídicos claramente difusos como lo son el orden público y el interés del estado.

Por todo lo demás, en virtud del artículo 28 de la Ley, la consecuencia jurídica consistía en la pena de prisión correccional de siete a treinta y seis meses y una multa de mil a tres mil escudos. Sanción a la que se añadía la supresión definitiva del periódico en caso de que hubiese sido condenado tres veces por haber cometido cualquiera de los delitos de imprenta según se establecía en su artículo 30.

3.1.2. Las noticias falsas como faltas desde el Código penal de 1870 hasta 1944

Tras la Revolución de 1868 finalizó el reinado de Isabel II y, al mismo tiempo, el régimen jurídico-penal especial en materia de prensa e imprenta. La imprenta dejó de entenderse así como un mero instrumento político para considerarse como una vía más de ejercicio del derecho que todo ser humano tiene para expresar sus opiniones con libertad⁸⁷⁴. Lo que generó, en palabras de MIRA BENAVENT, «la liquidación de un régimen de desconfianza hacia la libertad de manifestación del pensamiento a través de medios mecánicos»⁸⁷⁵. Y, en consonancia con ello, los delitos cometidos mediante el uso de la imprenta dejaron de concebirse como actuaciones que merecen un tratamiento especial, para comprenderse como meros delitos comunes que se realizan a propósito del

⁸⁷⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)», *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. 14, Madrid, 1977, p. 32.

⁸⁷⁵ MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales...*, cit., p. 208.

ejercicio de la libertad de imprenta. De modo que, según VIVES ANTÓN, el legislador comenzó a diferenciar ya entre «la esencia o materia del delito y el instrumento de que se vale su autor para cometerlo – lo que hoy llamaríamos, respectivamente bien jurídico lesionado o puesto en peligro y medio de ataque -», negando así, al mismo tiempo, que «hubiera delitos especiales en razón del medio de ataque, aun cuando el medio de ataque pudiera llegar a ser concretamente considerado por la ley, y motivar algunos preceptos específicos»⁸⁷⁶.

Estas premisas teóricas calaron en la doctrina penal del momento. Surgieron así autores que fundamentaron la insostenibilidad de un tratamiento especial de los delitos de imprenta. Un ejemplo claro se desprende de los trabajos de CASTILLO GARCÍA Y SORIANO⁸⁷⁷. Partiendo de la base de que la imprenta no era otra cosa más que un medio para cometer ciertos delitos, aportó dos razones esenciales que sustentaban la inviabilidad de un tratamiento especial. En primer lugar, en consecuencia de lo anterior, consideró que se produciría una palmaria injusticia: tanto si la legislación especial tendiera a atenuar las responsabilidades de los delitos cometidos por ese medio, como si se creara para agravar las conductas. Por un lado, porque no existía ningún fundamento razonable que avalara un privilegio para un cierto sector de la población como son los periodistas y, por el otro, porque en ese caso dicha injusticia sería todavía más grave e irritante. En segundo lugar, en contraposición con el argumento de la conveniencia de alejar a los tribunales ordinarios de las pasiones políticas, sostenía que precisamente es el poder judicial el único que debía someter estos delitos a su criterio del mismo modo que así lo hacía con otras muchas conductas inspiradas en pasiones vivas y de naturaleza política realizada a través de otros medios. En esta línea, afirmó: «más políticos que los delitos electorales no afirmará nadie que lo sean los de imprenta y, sin embargo, se ha considerado como un progreso y se tiene como garantía inexcusable y precisa que entiendan de aquellos los Tribunales»⁸⁷⁸.

En cualquier caso, lo cierto es que estas ideas acabaron materializándose en sucesivos textos normativos de distinta naturaleza. Así, en primer lugar, mediante Decreto de 23 de octubre de 1868 además de declarar la libre emisión del pensamiento por medio de la imprenta (art. 1), se indicó expresamente que los delitos comunes que se cometieran por medio de la imprenta pasaban a regularse por las disposiciones del Código penal,

⁸⁷⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Libertad de prensa...», cit., p. 33.

⁸⁷⁷ CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, Ramón, *La reforma del Código penal...*, cit., pp. 38 y 39.

⁸⁷⁸ *Idem*.

derogando en ese aspecto expresamente el art. 7 del mismo (art. 2). Al mismo tiempo que fue suprimido el Juzgado especial de Imprenta (art. 4) y la Fiscalía de novelas (art. 5). Posteriormente, en segundo lugar, la Constitución de 1869 estableció en su artículo 23 que aquellos delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos consignados en el título I, serían perseguidos según las leyes comunes, contemplando el derecho de emitir libremente las ideas y opiniones valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante en dicho título, en su artículo 17. En cumplimiento de tal mandato constitucional, el Código penal de 1870 recogió todos aquellos ilícitos susceptibles de ser cometidos mediante la imprenta castigándolos en su mayoría en el capítulo I del título I del libro tercero como faltas de imprenta⁸⁷⁹.

Fruto de la nueva configuración unitaria en la que los delitos de imprenta fueron trasladados a la legislación ordinaria, ciertas infracciones relativas a la publicación de noticias y hechos falsos se castigaron también como faltas en este capítulo I. En especial, al castigar con pena de 25 a 125 pesetas de multa en el apartado primero del artículo 584 del CP 1870: «El director de un periódico en el cual se hubieren anunciado hechos falsos, si se negare á insertar gratis, dentro del término de tres días, la contestación que le dirija la persona ofendida, ó cualquiera otra autorizada para ello, rectificándolos ó explicándolos, con tal que la rectificación no excediere en su extensión del doble del suelto ó noticia falsa. En el caso de ausencia ó muerte del ofendido, tendrán igual derecho sus hijos, padres, hermanos y herederos». Así como en el apartado tercero del mismo precepto y con la misma sanción: «Los que por los mismos medios publicaren maliciosamente noticias falsas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público ó daño á los intereses ó al crédito del Estado». Este último precepto fue el reflejo

⁸⁷⁹ No obstante, cabe advertir que la inclusión de los delitos de imprenta al Código penal fue una cuestión ardua y no exenta de un profundo debate en su tramitación. Prueba de ello fue la dimisión unánime de la Comisión codificadora tras la petición del Gobierno de incluir alguno de estos preceptos en el proyecto de Código que se estaba elaborando. Si se quiere profundizar en este asunto, véase el trabajo de ANTÓN ONECA, Luis, «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, pp. 240 y ss.

Quizás, una de las voces más críticas en relación con el castigo penal de los delitos de imprenta fue la de GONZÁLEZ Y SERRANO. Así, este autor expresa que fueron muchos los que en el Parlamento habían defendido la supresión de la aplicación del texto punitivo para los delitos de imprenta. En concreto, expresó en su momento: «tenemos el más íntimo convencimiento que estas disposiciones legales son de cortísima existencia, porque no responden a las doctrinas de ninguna escuela. Se aprovecharán de ella los gobiernos que quieran oprimir a la prensa periódica y podrán hacerlo impunemente sin salirse de la ley (...). La imprenta periodística de todos los colores necesita de gran freno; no tan fuerte, sin embargo, como las nuevas disposiciones insertas en el Código penal». Cfr., GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice a los comentarios del Código penal de Don Joaquín Francisco Pacheco ó sea El nuevo código*, Imprenta de M. Tello, Madrid, 1870, pp. 357 y 358.

de la traslación de los delitos de imprenta en la ley especial a la ley común, manteniendo, en sus bases la regulación contenida en la Ley de imprenta de 1867, pues continuó siendo el objeto de castigo la representación de un peligro al orden público o de lesión a los intereses del Estado⁸⁸⁰. Si bien es cierto que se aprecia un cambio positivo importante, pues se pasó del posible castigo de una publicación de noticia falsa, aunque fuera sin un conocimiento certero de dicha falsedad («aunque sea en forma dubitativa») por la necesidad de que esta se realizara con intención de causar algún daño, es decir, «maliciosamente»⁸⁸¹. Con todo, en general, la doctrina del momento consideró oportuna la introducción al texto punitivo de esta conducta⁸⁸² e incluso defendió la necesidad de un mayor castigo⁸⁸³, si bien no faltaron aquellas voces críticas a su criminalización⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ Cláusulas legales que, como ya advirtió en su momento JARAMILO GARCÍA, perpetraban la utilización de términos muy elásticos en el texto punitivo. Véase JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. II, Imprenta de la Gaceta Regional, Salamanca, 1929, p. 395.

⁸⁸¹ Así lo considera GROIZARD al entender positiva la exigencia de tal requisito para la imputación del castigo. En GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Tomo VIII, Esteban-Hermanos Impresores, Salamanca, 1899, p. 418. Eso sí, tal y como recuerda VIADA Y VILASECA, esta intencionalidad como elemento esencial del hecho, deberá acreditarse por parte de la acusación y no de la defensa. En VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876*, 4ª ed., Tomo III, Madrid, 1890, pp. 702 y 703. De manera ilustrativa, este autor cita como ejemplo de castigo de publicación de noticias falsas la Sentencia de 14 de mayo de 1886, publicada en la Gaceta de 16 de agosto en su p. 91. En ella el Tribunal Supremo condenó la publicación de una carta en el periódico «La Plana Católica», firmado con el pseudónimo de «Rigoletto» en el que se afirmaba falsamente que se había producido un intento para restablecer el trono a Doña Isabel II y que por ello cierto general había colocado en la Estación del Norte una guardia de ayudantes para detener a toda señora que se dispusiera a emprender viaje alguno y que tuviera algún parecido con ella. Considera la sentencia que esta conducta es suficiente por su índole y tendencia para resultar peligroso para el orden público, dañando también al crédito del Estado. Véase VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado...*, cit., p. 703.

En cambio, la Fiscalía del Estado, según su Memoria de 1893 mantenía que no se comprendía en dicho precepto la conducta del período que publicaba como telegramas de la Corte noticias que no recibía realmente por telégrafo, sino que tomaba de otras publicaciones. Dicha falsedad no constituía más que un elemento accidental, una mera ficción con el propósito de dar mayor interés al periódico, pero en ningún caso material criminal, salvo que la noticia en sí misma sí que fuera falsa. Véase ÁLVAREZ CID, José y ÁLVAREZ CID, Teófilo, *El Código penal de 1870*, Tomo II, Librería de Juan Font, Córdoba, 1908, pp. 538 y 539.

⁸⁸² Así se mostró GROIZARD al entender que, si se incriminaba el hecho de publicar noticias falsas en perjuicio de los particulares, con mayor razón cuando estas pudieran suponer un peligro para el orden público o ataque para los intereses y crédito del Estado. En GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal...*, cit., p. 418.

⁸⁸³ En esta línea, BUENAVENTURA SELVA considera que tanto los apartados 2, 3 y 4, en el que se encuentra el castigo de las noticias falsas debería segregarse de la falta relativa a los delitos de imprenta y castigarse con mayor rigor. En BUENAVENTURA SELVA, Narciso, *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta española, Madrid, 1870., p. 265. Asimismo, CASTILLO GARCÍA Y SORIANO al afirmar que las faltas de imprenta de los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 584 CP 1870 deberían elevarse a la categoría de delitos que es donde tienen una justificación verdadera. En CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, Ramón, *La reforma del Código...*, cit., pp. 243 y 244.

⁸⁸⁴ Este fue el caso de GONZÁLEZ Y SERRANO según quien, a propósito de este precepto, la más mínima reprobación de un hecho insignificante será objeto de la pena de multa que prevé el Código lo cual puede

Pese a los avances anteriores, el tiempo demostró que la total desvinculación de los delitos de imprenta de la legislación especial todavía no había llegado. Con la Constitución de 1876 se omitió el precepto que contemplaba que los delitos realizados a propósito del ejercicio del derecho de emitir ideas mediante la imprenta fueran perseguidos según las leyes comunes. En consecuencia, se dictó la Ley de imprenta de 7 de enero de 1879 vigente hasta el 25 de julio de 1883 ya en el reinado de Alfonso XII y con Francisco Romero y Robledo como ministro de la Gobernación. Una ley que vuelve a acoger alguna de las directrices consignadas en las épocas más moderadas durante el reinado de Isabel II⁸⁸⁵. En realidad, se trataba de una ley mixta en la que muchos de sus preceptos contenían un marcado carácter administrativo (exigiéndose garantías y condiciones a los fundadores y editores), otros se encargaban de cuestiones meramente procesales, mientras que otros constituían, según SILVELA, lo que podía denominarse un Código penal de imprenta⁸⁸⁶.

Tal y como establecían los artículos 14 y 15 de dicha Ley, el delito de imprenta se cometía desde su publicación entendida bien cuando se hubiera comenzado su repartición, bien cuando se hubiera puesto en venta o cuando se hubiera fijado en un paraje público o dejado en local o establecimiento del mismo género, o bien cuando se hubiera enviado los impresos al correo. Entre los delitos de imprenta que se regulaban en el artículo 16, su apartado décimo tipificaba la conducta de: «publicar noticias falsas de las que puedan resultar alarma para las familias, peligro para el orden público, ó daño grave y manifiesto á los intereses y al crédito del Estado, así como insertar documentos oficiales desfigurando su sentido». El precepto, que convivía con el artículo 584.3º del CP 1870 se configuraba, del mismo modo que hacía este, en un delito de peligro que la publicación de noticias falsas pudiera acarrear al orden público o bien de lesión a los intereses o al crédito del Estado. Si bien es cierto que se diferenciaba de la tipificación en la ley común en dos cuestiones esenciales. Por una parte, la conducta abarcaba dentro del tipo también que dicha publicación pudiera alarmar a las familias. Introduciendo una modalidad excesivamente vaga en perjuicio de la seguridad jurídica y de la taxatividad de la norma. Sin embargo, sí que podría considerarse un avance positivo la incorporación, dentro de la

suponer un grave perjuicio para los periódicos para quienes bastan seis u ocho condenas para acabar con ellos. En GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice a los comentarios...*, cit., p. 399.

⁸⁸⁵ Un claro ejemplo de esto lo conformaba la obligación de obtener el permiso de la autoridad gubernativa competente, previo informe favorable para poder publicar un periódico en los arts. 4 y ss de la citada ley.

⁸⁸⁶ SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Imprenta de M.G. Hernández, Madrid, 1879, pp. 93-96.

posibilidad de lesionar los intereses del Estado, que esta sea grave y manifiesta pues se acercaba así a una regulación penal más próxima con el principio de intervención mínima.

En lo que concierne a la consecuencia jurídica, esta ley especial preveía para la elaboración de noticias falsas a través de la imprenta la suspensión del periódico por un plazo de quince a treinta días o de quince a treinta números, según fuera diaria o no la publicación *ex* artículo 23. E incluso la propia ley contemplaba castigos adicionales y más severos en el caso de quebrantarse las condenas impuestas por la realización de dichos delitos de imprenta en los artículos 27 y 28, pudiendo castigarse en caso de publicarse la noticia falsa aun habiéndose decidido su supresión con el secuestro del periódico y la multa al propietario o al gerente con la cantidad de 1.000 pesetas, ocho veces más que la pena máxima de multa que imponía la ley común en el caso de la publicación de noticia falsa.

En cualquier caso, la vigencia del castigo de esta conducta fue más bien corta pues con la llegada de Sagasta al poder en 1881, la Ley de imprenta de 1879 se derogó y se dio paso a una de las leyes de imprenta más liberal⁸⁸⁷: la denominada Ley Gullón por el ministro de la Gobernación que lo promulgó, Pío Gullón Iglesia. Se dio paso, así, a la Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883 que estuvo vigente hasta 1938. Con esta Ley sí que se inicia, por fin, tal y como menciona CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, una tendencia clara a remitir al Código aquellos hechos más graves y recoger, en cambio, aquellas meras infracciones administrativas en las leyes especiales⁸⁸⁸.

Entre las diversas infracciones que esta ley recoge, resulta de suma importancia aquella que se deriva del derecho del ofendido por la publicación de una noticia falsa a exigir la rectificación de la misma al periódico que la hubiera propagado. Así se derivaba del artículo 14 de esta ley de policía de imprenta⁸⁸⁹ que preveía la obligación, por parte

⁸⁸⁷ A través de este texto normativo se produce una simplificación de los presupuestos de autorización de publicaciones, las potestades de la suspensión del periódico pasan a pertenecer en exclusiva al poder judicial y se limitan considerablemente la exigencia de responsabilidades. Todas ellas, cuestiones que propician un gran avance en la creación de periódicos en España.

⁸⁸⁸ CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, Ramón, *La reforma del Código penal...*, cit., p. 38. Planteamientos que se reflejan en el art. 21 de la ley al recoger cómo: «Quedan derogadas todas las leyes y disposiciones especiales relativas a la imprenta». Pero sobre todo, en su art. 19 al afirmar que: «Las infracciones a lo prevenido en esta ley, que no constituyan delito con arreglo al Código penal, serán corregidas gubernativamente con las mismas penas que éste señala para las faltas cometidas por medio de la imprenta».

⁸⁸⁹ Esta art. 14 establecía: «Todo periódico está obligado a insertar las aclaraciones o rectificaciones que le sean dirigidas por cualquiera Autoridad, Corporación o particular que se creyesen ofendidos por alguna publicación hecha en el mismo, o a quienes se hubieren atribuido hechos falsos o desfigurados. El escrito de aclaración o rectificación se insertará en el primer número que se publique cuando proceda de una Autoridad, y en uno de los tres números siguientes a su entrega si procede de un particular o Corporación,

del periódico correspondiente, de insertar las aclaraciones o rectificaciones oportunas bien en el primer número o bien en uno de los tres primeros dependiendo de si la reclamación provenía de una Autoridad, en el primer caso, o bien de un particular o corporación en el segundo. Además, dicha rectificación debía producirse en plana y columna semejante y con idéntico tipo de letra que la noticia falsa publicada, siendo totalmente gratuita dicha inserción con la condición de que no se excediera del doble de líneas de la noticia falsa, debiendo pagar el exceso el que exigiera la rectificación al precio ordinario que tenía establecido el periódico. En el caso de que el periódico se negara a insertar la rectificación, el artículo 16 contemplaba la posibilidad de demandar por la vía civil al representante del periódico debiendo este, en caso de sentencia condenatoria, pagar las costas del proceso, insertar en el periódico la rectificación y pagar una multa de 300 pesetas⁸⁹⁰.

El problema radicaba en que esta previsión convivía con la falta de rectificación del artículo 584.1 del Código penal de 1870 que castigaba con la pena de multa de 25 a 125 pesetas al: «director de un periódico en el cual se hubieran anunciado hechos falsos, si se negare á insertar gratis, dentro del término de tres días, la contestación que le dirija la persona ofendida, ó cualquiera otra autorizada para ello, rectificándolos ó explicándolos, con tal que la rectificación no excediere en su extensión del doble del suelto ó noticia falsa. En el caso de ausencia ó muerte del ofendido, tendrán igual derecho sus hijos, padres, hermanos y herederos». Si se observa, existía, pues, un cierto paralelismo entre aquella norma que contemplaba una reclamación en vía civil y esta que determinaba una sanción penal. De hecho, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA ya expuso en su momento que el espíritu que subyacía tanto en el precepto penal como en la previsión de la ley especial de policía de imprenta era similar: evitar la publicación de hechos falsos en los periódicos⁸⁹¹. Sin embargo, resultaba imprescindible escindir el campo de acción de una y otra puesto que las consecuencias jurídicas y los procedimientos de control

en plana y columna iguales y con el mismo tipo de letra á los en que se publicó el artículo ó suelto que lo motive, siendo gratuita la inserción siempre que no exceda del duplo de líneas de éste, pagando el exceso el comunicante al precio ordinario que tenga establecido el periódico. El comunicado deberá en todo caso circunscribirse al objeto de la aclaración ó rectificación».

⁸⁹⁰ Concretamente, el art. 16 expresaba: «Si el comunicado no se insertase en el plazo que fija el art. 14, podrá la Autoridad ó particular interesado demandar á juicio verbal, con arreglo á las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, al representante del periódico. El juicio versará exclusivamente sobre la obligación de insertar el comunicado. Si la sentencia fuese condenatoria, se, impondrán siempre las costas al demandado, y se mandará insertar por cabeza del escrito en uno de los tres primeros números que se publiquen después de la notificación; en este caso, y si el comunicado procediese de una Autoridad, se impondrá además al representante del periódico una multa de 300 pesetas».

⁸⁹¹ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal...*, cit., p. 417.

aparejados eran bien distintos. Para solventar esta problemática, la mayoría de la doctrina circunscribía la aplicación de la norma penal en función de la extensión de la rectificación que se exigía. En consonancia con ello, solo era punible la conducta de negativa a rectificar la publicación de una noticia falsa a través de la imprenta si el texto con el que se pretendía corregir la información falsa no excedía del doble de la noticia⁸⁹². *A sensu contrario*, la negativa dejaba de ser punible quedando tan solo la reclamación en vía civil en virtud del artículo 16 de la Ley de policía de imprenta en el caso en el que la rectificación superase el mencionado límite.

Estas faltas de negativa a rectificar hechos falsos y de publicación maliciosa de noticias falsas perduraron en los sucesivos textos punitivos de 1928 (art. 789), de 1932 (art. 561) y 1944 (art. 566) ubicados sistemáticamente en el título de las faltas de imprenta y contra el orden público. Los elementos típicos que lo integraban se mantuvieron exactamente igual y lo único que se modificó fue la consecuencia punitiva, la cual ascendió a la multa de 50 a 500 pesetas en el texto del Código de 1928, se redujo el límite máximo a 250 pesetas en el de 1932, ascendió el mismo límite hasta las 1.000 pesetas en el de 1944 y finalmente se incrementó la pena de multa de 100 a 5.000 pesetas tras la reforma operada por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código penal. La única transformación significativa, propiciada por el avance de los medios de difusión mecánico y de la tecnología, se produjo en el texto de 1944 cuyo artículo 566 en su cláusula final extendió el medio de difusión a las estaciones radioemisoras y a los demás medios de publicidad.

3.1.3. Las noticias falsas como delito a propósito de la Ley 3/1967

Durante casi treinta años había estado en vigor la anterior Ley de prensa de 22 de abril de 1938. Una norma caracterizada por la excesiva reducción de derechos de libertad de pensamiento y por conformarse, en definitiva, como instrumento para someter al

⁸⁹² Entre otros, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal...*, cit., pp. 417 y 418 quien, asimismo, cita al Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 1890 que establece con rotundidad que «siendo elemento intrínseco y característico de las faltas, previstas en el art 584 del CP, que la rectificación no exceda, para su publicación gratuita, de los límites fijados (el doble del suelo o noticia falsa) si existiese el exceso, deja de ser punible la negativa y solo autoriza una reclamación en la vía civil y juicio verbal con arreglo al artículo 16 de la ley de imprenta». También partidario de esta interpretación JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado...*, cit., pp. 394 y 395; LANGLE RUBIO, Emilio, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Manuales Reus, vol. XXIII, Madrid, 1915, p. 684 y ÁLVAREZ CID, José y ÁLVAREZ CID, Teófilo, *El Código penal...*, cit., p. 538.

conjunto de la prensa en una institución al servicio del estado gracias a la implementación de mecanismos de control restrictivos como la censura previa como sistema habitual. Con la Ley de prensa e imprenta de 1966 se pretendió dar el primer paso efectivo para un adecuado ejercicio de libertad de expresión de ideas. Ahora bien, el artículo 2 de la citada Ley impuso una serie de limitaciones a dicho derecho al establecer que: «[L]a libertad de expresión y el derecho a la difusión de información, reconocidas en el artículo primero, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la Defensa Nacional, de la Seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar». Ello determinó, como acertadamente afirmó MUÑOZ CONDE, un condicionamiento de la efectividad práctica de dichos derechos debido, fundamentalmente, a la utilización de la técnica de conceptos sumamente vagos como criterios de restricción⁸⁹³.

Con todo, la aprobación de la citada Ley 14/1966, de 18 de marzo, supuso un estímulo importante para la introducción en la reforma del Código penal operada por la Ley 3/1967, de 8 de abril de algunas modificaciones esenciales a propósito de los delitos de prensa e imprenta en los artículos 165 – delito de publicación de impresos clandestinos -, 165 bis a) – delito de deformación de la opinión pública - y 165 bis b) – delito de difusión de noticias falsas⁸⁹⁴. De acuerdo con CÓRDOBA RODA, estos preceptos respondían al propósito de castigar aquellas transgresiones o abusos que pudieran realizarse en relación con el ejercicio de la expresión del pensamiento a través de la prensa o la imprenta, constituyendo la conducta del artículo 165 una transgresión de naturaleza formal, mientras que los otros dos comportamientos resaltaban por su carácter material⁸⁹⁵. Así pues, junto con las faltas relativas a la publicación de hechos o noticias falsas, se sumaron nuevos delitos cuyo eje central giraba también entorno a la manipulación y

⁸⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, p. 531.

⁸⁹⁴ *Ibidem*.

⁸⁹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal, Tomo III (artículos 120-340 bis c)*, Ariel, Barcelona, 1978, p. 210.

tergiversación de la verdad mediante el uso de estos medios de difusión en el Código penal de 1944.

Si bien, como es obvio, resulta de especial interés el delito que se incorporó en el apartado b) del artículo 165 bis: el delito de deformación de la opinión pública que constituía, también, otro ejemplo de una criticable utilización de la técnica de tipicidad abierta en la redacción de los preceptos relativos a la manipulación informativa. En él se castigaba específicamente a aquellos que impedían ilegítimamente el libre ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de difusión de información a través de monopolios u otros medios que tendieran a deformar la opinión pública. Al margen de su improbable aplicabilidad⁸⁹⁶, como se advirtió en su momento, la cláusula final del precepto no dejaba de ser un elemento absurdamente vago e impreciso que abarcaba toda aquella acción tendente a ofrecer una imagen desfigurada de la realidad. Ahora bien, siempre y cuando fuera capaz de producir el resultado de impedir la libertad de expresión, por lo que una mera campaña de publicidad sesgada no debería subsumirse en el tipo⁸⁹⁷.

Similarmente a la anterior conducta, el delito de difusión de noticias falsas se ubicó sistemáticamente en el título II relativo a los «delitos contra la seguridad del Estado», concretamente en su capítulo II que contemplaba aquellos que se cometían con ocasión de los derechos de las personas reconocidos por las leyes, en la sección primera que atañía a los realizados por los particulares con ocasión de dichos derechos. Así pues, el artículo 165 bis b) rezaba lo siguiente: «serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres; contrarias a las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior, o que ataquen a los Principios del Movimiento Nacional o a las Leyes Fundamentales, falten al respeto

⁸⁹⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA alertaba de la suma improbabilidad de realización del tipo por aludir el adverbio «ilegítimamente» a la posibilidad de que exista una sola agencia informativa para las informaciones extranjeras - ley 1/1966, art. 49 -. En RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª ed., Gráficas Carasa, Madrid, 1973, p. 641. En desacuerdo con esta idea CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código...*, cit., p. 223.

⁸⁹⁷ Así lo considera CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código...*, cit., p. 224.

debido a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política o administrativa, o atenten contra la independencia de los Tribunales»⁸⁹⁸.

Desde luego, se trató de una fórmula que bien podría calificarse como de enorme vaguedad que, asimismo, requería de un análisis debidamente pormenorizado para determinar los supuestos comprendidos en la *mens legis*. Por ello, RODRÍGUEZ DEVESA dividió el análisis del tipo en dos aspectos: por un lado, en el estudio de los elementos comunes a todas las conductas alternativas que integraban el tipo y, por el otro, en cada uno de los elementos específicos⁸⁹⁹. En primer lugar, la conducta estaba condicionada por el hecho de infringir alguna de las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información. Esta idea, como se ha explicado⁹⁰⁰ remitía a las infracciones contenidas en el artículo 2 de la Ley de prensa e imprenta de 1966. Eso sí, de los debates parlamentarios expuestos y de la interpretación gramatical del resto del precepto se deducía que no bastaba con cualquier limitación expuesta en dicho artículo, sino solo las finalmente señaladas en el tipo penal. Junto con ello, como elemento común y, en segundo lugar, se circunscribía la conducta a un medio comisivo concreto, los medios impresos cuyo concepto había de remitirse de nuevo a la Ley de imprenta, concretamente, en su artículo noveno⁹⁰¹. De modo que quedaban excluidos las películas y los discos. En tercer lugar, era necesario que tal infracción de las limitaciones a la libertad de expresión se llevase a cabo mediante la publicación de noticias falsas o informaciones. Este constituía el eje central de todos los tipos alternativos

⁸⁹⁸ Tal y como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, el citado precepto en el Proyecto de 1966 no dejó de ser objeto de polémica. Y ello porque, en un principio, el que iba a ser el número 2 del artículo 165 bis aludía a «los que no observaren las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información» en una clara remisión directa al artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 citado *supra*. Al respecto, hubo cuatro enmiendas. Desde aquella que tildaba al Proyecto de gran imprecisión como la de Rivas Guadilla a la que directamente proponía la supresión del precepto como fue la de Vizcaíno Márquez. Sánchez Agesta, por su parte, consideró oportuno adicionar al Proyecto: «con infracciones que no estén sancionadas como delitos o faltas en otros artículos de este Código» debido a las enormes limitaciones que presentaba puesto que la mayoría de conductas ya constituían delitos. No obstante, en el seno de la Comisión se aprobó por unanimidad la enmienda de Herrero Tejedor quien con una clara pretensión de limitar la responsabilidad criminal propuso como redacción: «los que infringieren las limitaciones a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información en forma tal que produzca o pueda producir daño o menoscabo de los intereses públicos protegidos por aquellas limitaciones». No obstante, el texto que finalmente llegó al Pleno no fue exactamente el de dicha enmienda, sí que continuó subyacente su espíritu restrictivo puesto que no se elevaron a la categoría de delitos todas las limitaciones que señalaba el artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial...*, cit., p. 642, nota 10.

⁸⁹⁹ Sobre este análisis en profundidad, véase RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial...*, cit., pp. 643-645.

⁹⁰⁰ *Idem*.

⁹⁰¹ Art. 9 Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta: «Se entenderá por impreso, a efectos de esta Ley, toda reproducción gráfica destinada, o que pueda destinarse, a ser difundida».

que contenía el percepto. De acuerdo con el autor citado, de una exégesis gramatical de los términos «noticia» e «informar», así como de una interpretación intrasistemática, solo se comprendían en el tipo la transmisión de hechos, y no de opiniones, verdaderas o falsas. Esto se debía a que, según el Diccionario de la Real Academia, noticia era un «suceso o novedad que se comunica» e informar «enterar, dar noticia de una cosa» y, por lo tanto, por ser una noticia verdadera⁹⁰². Asimismo, a diferencia de la alusión a estos términos a los que hacía referencia el 165 bis b), el artículo 432 castigaba el hecho de exponer por medio de la imprenta «doctrinas» contrarias a la moral pública lo que sí que podía entenderse como castigo de meras opiniones.

Junto con los anteriores elementos comunes, la norma distinguía tres requisitos alternativos específicos en función de las consecuencias acaecidas a propósito de la publicación de una noticia falsa o una información. Se castigaba, cuando estas eran peligrosas para la moral o las buenas costumbres. Términos que, para RODRÍGUEZ DEVESA, debían entenderse como una alusión a la moral sexual por lo que en este supuesto se comprendían aquellas noticias de hechos delictivos que incitasen a la comisión de delitos contra la honestidad⁹⁰³. A su vez, era punible cuando la noticia era contraria a las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior. Cláusula severamente criticada debido a la enumeración redundante que suponía ya que la acepción de «seguridad del estado» en el texto punitivo abarcaba el orden público en cuanto a mantenimiento de la tranquilidad interior y exterior⁹⁰⁴. La tercera de las alternativas contemplaba el castigo de los ataques a los Principios del Movimiento Nacional o a las Leyes Fundamentales. Y, al mismo tiempo, se castigaban las noticias que faltaran al respeto a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política o administrativa. Supuesto también criticado por su inaplicabilidad al regular el Código los ataques a la dignidad de las personas y las corporaciones. Por último, se criminalizaba que la publicación de noticias atentara contra la independencia de los tribunales. Conformaba,

⁹⁰² Según el autor, en el precepto figuraba una contraposición en el que por un lado se castigaban los hechos falsos - noticias falsas - y, por el otro, también los hechos verdaderos -informaciones -. En RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial...*, cit., p. 643.

⁹⁰³ En profundidad, véase, *ibidem*, pp. 643 y 644. Partidario de esta interpretación también MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...*, cit., p. 534.

⁹⁰⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial...*, cit., p. 644.

pues, en este último caso un intento por reprender la presión social capaz de crear atmósferas que afectasen a la independencia e imparcialidad del poder judicial⁹⁰⁵.

Cabe mencionar que en el párrafo segundo de este artículo 165 bis b) contemplaba un tipo cualificado que agravaba la pena con la sanción de prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas si los hechos anteriores revestían a juicio del Tribunal «gravedad manifiesta»⁹⁰⁶.

En definitiva, en esta etapa se adopta una postura legislativa represiva de las noticias falsas que, además de su histórico castigo como faltas de imprenta, conviven con un nuevo precepto dentro de los delitos contra la seguridad del Estado. Norma que se caracteriza por una extrema indeterminación al conformarse el núcleo del tipo por un concepto vago e impreciso como es el de «noticias falsas»⁹⁰⁷ al mismo tiempo que se opta por modalidades alternativas redundantes que dificultaban su interpretación afectando, inevitablemente, a la seguridad jurídica.

Todo ello explica, en parte, la corta vida que mantuvo el precepto pues estuvo vigente hasta que fue derogado mediante Real Decreto-ley 24/1977, de 1 abril, sobre libertad de expresión. La exposición de motivos de esta norma reflejaba con claridad las barreras que suponía el artículo 2 de la Ley de prensa e imprenta para la libertad de información⁹⁰⁸ y que inspiraba, como se ha tenido ocasión de señalar, el artículo 165 bis b) del texto punitivo. Razón por la cual necesariamente la derogación del primero supuso, en coherencia sistemática, la derogación del segundo en el apartado uno del artículo segundo de la citada norma.

⁹⁰⁵ Para MUÑOZ CONDE, esta última modalidad era la única que mantenía un fundamento de criminalización razonable debido a la influencia que la prensa podía ostentar en el ánimo de los jueces durante el proceso. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...*, cit., p. 535.

⁹⁰⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA expone el caso de la sentencia de 18 de marzo de 1969 por la que se castiga por este delito, aunque en su modalidad frustrada a la publicación de un artículo que, faltando a la verdad como fue debidamente acreditado se defendía que la aprobación de la Ley 3/1967 estuvo falta de *quorum*. Cfr., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial...*, cit., p. 646.

⁹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal...*, cit., p. 534.

⁹⁰⁸ Así rezaba la exposición de motivos del Real Decreto-Ley citado: «Con este fin, se suprimen los límites que la indeterminación de los tipos o la discrecionalidad de la Administración imponían a la libertad de expresión a través de los medios informativos. No supone ello dejar sin adecuada protección los valores éticos y sociales que a través de dichas limitaciones trataban de garantizarse, sino que se considera suficiente la tutela prevista, al efecto, en el ordenamiento penal general y la que sobre el mismo ejerce la jurisdicción ordinaria».

3.2. Noticias falsas en el delito de derrotismo del Código penal de 1995

Las grandes transformaciones que supuso la instauración del Código penal de la democracia también afectaron a las faltas de imprenta que castigaban las noticias falsas, las cuales fueron suprimidas definitivamente. En consecuencia, el texto punitivo actual tan solo contempla un único tipo delictivo que las integre expresamente: el delito de derrotismo del artículo 594⁹⁰⁹.

El origen de este precepto se halla en el artículo 26 de la Ley para la seguridad del estado de 29 de marzo de 1941 cuyo artículo 26 rezaba: «El español que fuera del territorio nacional comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos o ejecutare actos de cualquiera clase encaminados a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado o a comprometer la dignidad o los intereses de la Nación española, serán castigados con cinco a diez años de prisión, inhabilitación por igual tiempo para el ejercicio de cargos y funciones públicas y multa de diez mil a cincuenta mil pesetas. En la misma pena incurrirá, el extranjero que en territorio español realizare los hechos mencionados en el párrafo anterior». En atención a lo que disponía la mencionada Ley, el propósito de introducción de este tipo de preceptos obedecía a la necesidad de suplir aquellas deficiencias legislativas concernientes a salvaguardar la autoridad o bien conformar postulados ineludibles para garantizar el orden en toda

⁹⁰⁹ Así ha sido denominado por la mayor parte de la doctrina este tipo penal debido a que la conducta sanciona la divulgación de informaciones que perjudican los intereses de la nación. Entre otros, SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Serrano Tárraga, M^a Dolores (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1247; GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 2296; FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2^a ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1982 y BAUCCELLS LLADÓS, Joan, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado, y relativos a la defensa nacional», en Córdoba Roda, Juan y García Arán, Mercedes (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2660.

En contraposición, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, consideran que no es acertada tal denominación puesto que entienden que, aunque las noticias falsas pueden ostentar un sentido material relacionado con que los acontecimientos bélicos no sean favorables para la soberanía española, también podrían ser referidas a la extrema crueldad de las tropas o uso de armas prohibidas por los instrumentos internacionales, razón por la cual no es oportuno denominar «derrotismo» a este ilícito. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz y la independencia del Estado», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. V. Delitos contra el orden público (I). Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 410.

sociedad regularmente organizada⁹¹⁰. Mientras se promulgaba el nuevo texto punitivo (el de 1944) se consideró que el Estado no podía permanecer al margen de estos menesteres que se consideraban el producto de las carencias de una ley penal repleta de prejuicios propios del momento legislativo en el que fueron promulgadas.

El Código penal de 1944 asumió, definitivamente, tales requerimientos plasmando el contenido del artículo 26 de la Ley de seguridad citada al artículo 132 del texto punitivo prácticamente sin modificaciones sustanciales⁹¹¹. Posteriormente, con la aprobación del Código penal de la democracia fue trasladado al apartado 594⁹¹², disposición en la que se encuentra actualmente, ubicado sistemáticamente, en idéntica forma que en el texto anterior, dentro de los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional del Título XXIII, en el Capítulo II, que recoge bajo idéntica rúbrica que el anterior los «[D]elitos que comprometen la paz o la independencia del Estado». No obstante, pese a haberse mantenido los pilares básicos que sustentan el tipo, la nueva redacción del texto del 95 ofrece en su contenido ciertas novedades de suma importancia. Tal y como señaló PUYOL MONTERO⁹¹³, estas se pueden concretar, fundamentalmente, en cinco. En primer lugar, se suprimió el elemento espacial del tipo, puesto que en el nuevo precepto se omite que la acción deba realizarse fuera del territorio nacional. En segundo lugar, se incorporó un nuevo elemento restrictivo temporal ya que se exige que la conducta se lleve a cabo «en tiempo de guerra». En tercer lugar, se

⁹¹⁰ Tal y como exponen ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL, el contexto histórico fue rotundamente determinante en la redacción del art. 26 de la mencionada Ley de Seguridad de 1941. En un momento en el que, desde el régimen, recién salido de la Guerra Civil, se propaga un ideario colectivo de «conspiración internacional contra España», supuestamente alentado por los españoles del «exterior» (exiliados republicanos y ex brigadistas), así como por parte de la propaganda de las democracias occidentales y del Partido Comunista. Surge así este precepto como forma de afrontar este fenómeno propagandístico que el régimen fascista y dictatorial en España consideraba ineludible combatir para salvaguardar sus intereses. Véase, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz...», cit., p. 409.

⁹¹¹ Art. 132 CP1944: «el español que, fuera del territorio nacional, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos, o ejecutare actos de cualquier clase encaminados a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado, o a comprometer la dignidad o los intereses de la Nación española, será castigado con las penas de prisión mayor, inhabilitación absoluta y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el párrafo anterior».

⁹¹² El texto actual que recoge el art. 594 expresamente establece: «1. El español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior».

⁹¹³ PUYOL MONTERO, Francisco Javier, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III*, Editorial Trivium, Madrid, 1997, pp. 4945-4946.

eliminaron aquellos objetos materiales de mayor incertidumbre como eran las noticias o rumores desfigurados o tendenciosos. En cuarto lugar, se suprimieron algunas referencias relacionadas con los intereses protegidos: en concreto, ya no se hace mención a perjudicar a la autoridad del Estado ni tampoco a comprometer la dignidad de la Nación. Y en último lugar, se modificó el sistema punitivo.

En cualquier caso, como ha sido una tónica habitual en la elaboración de tipos penales que, históricamente, han castigado de un modo u otro las noticias falsas, se trata, como acertadamente ha precisado GUARDIOLA LAGO, de un delito de «contornos imprecisos y muy subjetivizado»⁹¹⁴. En esencia, es un ilícito que presenta elementos parecidos a los delitos de traición, pero con un menor contenido de injusto y reproche en el deber de fidelidad transgredido⁹¹⁵.

El bien jurídico protegido lo conforma la paz e independencia del Estado⁹¹⁶ y el sujeto activo del delito puede serlo tanto el español como el ciudadano extranjero, siempre y cuando este segundo realice la conducta «en territorio español». Límite restrictivo a todas luces obsoleto en una sociedad digital en la que el carácter transnacional de las plataformas digitales (medio por el que, principalmente, se realizaría dicha conducta si se quisiera atacar los intereses que protege el tipo) ofrecería problemas aplicativos. Por su parte, el sujeto pasivo lo conforma el Estado español e, indirectamente, sus ciudadanos⁹¹⁷.

La conducta entraña una doble modalidad. Por una parte, se castiga la acción de «comunicar», que puede entenderse como manifestar o transmitir a otro sujeto una información que conoce. En cambio, para algún autor⁹¹⁸, la expresión «hacer circular» implica un grado de publicitación mayor, equivalente a la idea de difusión, otorgándole a la noticia o rumor una significación más extensa. Tanto una conducta como otra pueden recaer sobre noticias o rumores. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia española, la primera hace referencia a la «información sobre algo que se considera

⁹¹⁴ GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición...», cit., p. 2297.

⁹¹⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 930-931.

⁹¹⁶ Este interés penalmente protegido se analiza en profundidad en el tercer apartado, del capítulo primero de la tercera parte.

⁹¹⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Delitos de traición, contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (II)», en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 1176.

⁹¹⁸ FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, «De los delitos de traición...», cit., p. 1982.

interesante divulgar», mientras que el segundo alude a la «voz que corre entre el público». Eso sí, se exige que una y otra deban ser falsas. Este componente debe interpretarse en sintonía con el resto de los verbos típicos y expresiones similares utilizadas por el legislador para designar a la mentira, por lo que se relaciona con la falta de veracidad, con el engaño o la simulación⁹¹⁹. Gran parte de la doctrina resalta la existencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en el ánimo de perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación, razón por la cual se ha calificado a este delito como de «pequeña traición»⁹²⁰.

De todo lo anterior se deriva que la configuración típica del delito de derrotismo se caracteriza por ser de mera actividad, en la que no se requiere una lesión efectiva del perjuicio el crédito español o los intereses de la nación, sino que se exige que entrañe un cierto peligro de afectarlos⁹²¹. Ahora bien, ello no impide, en consonancia con BAUCELLS LLADÓS, que la conducta exigible para poder castigarse posea un claro carácter de gravedad e idoneidad para poder producir potencialmente los resultados tan severos que contiene el tipo, sin que quepan criminalizar las meras manifestaciones razonables de ejercicio de la libertad de expresión o la disidencia política⁹²². En cualquier caso, la limitación temporal que supone su aplicación a los tiempos de guerra ha restringido enormemente su utilidad, no habiéndose usado en la práctica.

⁹¹⁹ Algunos autores, incluso, considera que deben aplicarse los mismos requisitos de falsedad que se prevén para los delitos de calumnias e injurias, incluyéndose, por tanto, tanto el conocimiento de dicha falsedad como el temerario desprecio hacia la verdad. Véase, en este sentido, GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición...», cit., p. 2297 y BAUCELLS LLADÓS, Joan, «De los delitos de traición...», cit., p. 2660.

⁹²⁰ Defienden la existencia de dicho elemento subjetivo, entre otros, SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «Delitos de traición...», cit., p. 1247; GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición...», cit., p. 2296; PUYOL MONTERO, Francisco Javier, «De los delitos de traición...», cit., pp. 4946-4947. En contra de esta postura se han posicionado, entre otros, COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, así como BAUCELLS LLADÓS. Según estos autores, la expresión «encaminados a perjudicar» no debe entenderse como un elemento subjetivo del injusto sino una exigencia de idoneidad objetiva que debe ponerse en relación con el carácter de la noticia o rumor falso que se propaga dirigida a ocasionar el perjuicio exigido, independientemente de que se consiga o no. En COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Delitos de traición...», cit., p. 1177 y BAUCELLS LLADÓS, Joan, «De los delitos de traición...», cit., p. 2660.

⁹²¹ SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «Delitos de traición...», cit., p. 1247.

⁹²² BAUCELLS LLADÓS, Joan, «De los delitos de traición...», cit., p. 2660.

4. CONSIDERACIONES FINALES: EL MODELO DE LA INVERACIDAD EN EL FENÓMENO DE LA DESINFORMACIÓN

Adaptar el componente de la mentira a una comprensión jurídica de la desinformación no es una cuestión sencilla. El motivo principal se apoya en que esta, como elemento trascendente que integra el tipo penal en el texto punitivo español, adopta la terminología más diversa. En este sentido, el legislador ha utilizado expresiones como «falsedad», «engaño», «simular», «faltar a la verdad», «defraudar», «falsear y ocultar» y «noticias falsas».

En realidad, todos estos términos podrían reconducirse a una sola idea: la de inveracidad. Es decir, a la realización de acciones que no se ajustan a la verdad. En consecuencia, el significado de estos términos empleados por el legislador se asocia a la idea de contrariedad a la verdad, manteniendo un cierto tradicionalismo sobre el binomio verdad-mentira que, en cierta manera, puede suponer una confusión entre moral y derecho⁹²³. En aras de evitar tal situación, el castigo de la inveracidad se rodea de elementos normativos adicionales que restringen y precisan las conductas con reproche punitivo. Con ello, se establecen diferentes modelos de criminalización que, si bien su núcleo, es decir, la mentira, conforma una base similar, presentan una fundamentación y alcance distinto en función de esos otros elementos que componen el tipo.

El problema radica en que, desde un punto de vista social y amplio, se ha asimilado el fenómeno de las noticias falsas, las *fake news* y la desinformación, indistinta y directamente con la idea mentira. Esta consideración reduccionista puede llevar a la consecuencia lógica de que, en realidad, se trata de un fenómeno que podría etiquetarse como «multiofensivo»⁹²⁴. No pluriofensivo en el sentido de que una idéntica conducta

⁹²³ Puede resultar interesante, al respecto, el análisis proporcionado por LLORIA GARCÍA. Como describe esta autora, la noción de falsedad, desde el punto de vista penal, se ha identificado originariamente con el cambio engañoso de la verdad. La Ley Cornelia ya la concebía como una *dolosa inmutatio veri* y en Las Partidas se identificaba con el mudamiento de la verdad. Esta conexión de la falsedad con la moral trata de deslindarse en la época medieval. Surgen así diferenciaciones como la ofrecida por Bartolo de Sassoferrato que entiende la falsedad bien como todo aquello que no es verdad (punto de vista amplísimo), bien como toda mutación de verdad (sentido amplio), o exclusivamente como todo delito que se ubica dentro de la *Lex Cornelia de falsis*. Sobre esta cuestión, véase LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo...*, cit., pp. 122-125, así como LOMBARDI, Giovanni, *Trattato di Diritto penale. Delitti contro la fede pubblica, Titolo VII del Libro II del Codice penale*, Milano, 1935, p. 59.

⁹²⁴ Esta idea ya la he trabajado en anteriores investigaciones. Por todas, DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «Criminalización de las *fake news*...», cit., pp. 11-12.

común lesiona o pone en peligro varios bienes jurídicos, sino como modalidad de comportamiento que puede subsumirse en diferentes tipos penales en función del cumplimiento del resto de elementos que componen cada uno de los correspondientes ilícitos penales⁹²⁵. En otras palabras, dependiendo del contenido de la falta de veracidad de la información y de su intencionalidad, su emisión y difusión podría subsumirse en acciones típicamente punibles que tutelan intereses de lo más diversos.

Esta es la perspectiva que ha adoptado la Fiscalía General del Estado. En un documento que emitieron a través de su secretaría técnica en 2020 titulado «Tratamiento penal de las “fake news”» afirmaban que: «las noticias falsas son de tan variado contenido que, dependiendo de a qué se refieran y con qué intención sean difundidas, pueden llegar a integrar muy diferentes tipos penales»⁹²⁶. Coherentemente con esta premisa, podría concluirse que el Derecho penal ya garantiza la protección de determinadas consecuencias dañinas que se originan a propósito de la diseminación de noticias falsas⁹²⁷. Por lo que, así entendidas, los modelos de castigo de la mentira que han sido

⁹²⁵ Algo similar a lo que ocurre, por ejemplo, con la violencia contra la mujer. Concebido este como un fenómeno global, puede lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos más diversos en función del cumplimiento del resto de elementos que integren la conducta común: en este caso, el ataque a la mujer debido a una situación de subdiscriminación y desigualdad.

⁹²⁶ Principalmente se le ha criticado a este documento su *ratio essendi* puesto que, partiendo de la premisa expuesta, faltan muchas conductas delictivas que se podrían incluir en el concepto señalado y que se excluyen dentro del listado que menciona la Fiscalía. En esta línea, LEÓN ALAPONT entiende que, siguiendo el mismo criterio que la fiscalía, también pueden encuadrarse otros delitos como el delito de falsedad documental - art. 390 CP -, usurpación de funciones públicas - art. 402 CP -, injurias contra el Gobierno - art. 504 CP -, delito de traición - art. 584 CP -, delitos electorales - arts. 139 y ss. LOREG -. En LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación...», cit., p. 560. De una forma similar también se critica este documento en DE LAS HERAS VIVES, Luís, «Las fake news...», cit., p. 75.

⁹²⁷ En la jurisprudencia penal española varias han sido las resoluciones que han subsumido el fenómeno de las *fake news* con el delito de discurso de odio. Por ejemplo, el AAP La Rioja Sección 1ª, nº 152/2021, de 31 de marzo menciona que las *fake news* pueden constituir un delito de discurso de odio en consonancia con lo manifestado por la secretaría técnica de la FGE, pero desestiman el recurso porque los hechos denunciados no presentan la trascendencia penal suficiente para apreciarse el citado ilícito. Por su parte, la SAP Barcelona, Sección 6ª, nº 674/2022, de 8 de noviembre de 2022 vincula el fenómeno de las *fake news* y su auge en Internet con el fomento del discurso de odio en un caso en el que un Guardia civil difundió en la red social X un vídeo en el que un hombre aparentaba agredir a una mujer junto con el texto siguiente: «Aquí tenéis el video del MENA marroquí de Canet de Mar, a que le vamos a dar paguita hasta los 23 años, los niños de Pedrito Piscinas. Por cierto, luego para más. INRI la viola. estos energúmenos y estas manadas de marroquí no saldrán en los medios». Posteriormente se demostró que los hechos habían sucedido en otro país y no se trataba de un menor extranjero no acompañado, siendo consciente el sujeto que propagó el vídeo de tales circunstancias. Por estos hechos fue condenado en sentencia de conformidad por la comisión de un delito previsto en el art. 510.2.a), 510.3, 5 y 6 CP. Asimismo, en STS, Sala Quinta, nº 21/2024, 22 de mayo de 2024 se le impuso la sanción disciplinaria de separación del servicio militar por la realización de tales hechos.

Un análisis similar al efectuado por la SAP Barcelona, Sección 21ª, nº 70/2023, de 11 de abril de 2023 que condenó por un delito de discurso de odio a una mujer que publicó en una red social un fragmento de 45 segundos de un vídeo de un centro educativo en el que algunos alumnos lanzaban papeles a la profesora,

examinados en este capítulo ya son una muestra de sistemas de protección penal de las *fake news*.

Sin embargo, ningún tipo penal actual abarca en sentido estricto el problema que subyace en el interés nacional y supranacional sobre el fenómeno. No existiría, en ese caso, debate alguno acerca de su criminalización puesto que esta actividad político criminal ya estaría solventada. Surge así la necesidad de diferenciar entre desinformación en un sentido amplio y desinformación en un sentido estricto. La primera hace referencia a toda conducta consistente en emitir una información inveraz con conocimiento y voluntad, que se realiza con el propósito de engañar o manipular. Desde este punto de vista, los tres subtipos que se han aludido en la primera parte del trabajo⁹²⁸ quedarían integrados en esta designación genérica. Y, en consecuencia, todo ilícito penal cuya estructura típica presente estos elementos básicos podría categorizarse como conducta desinformativa. Con la segunda, en cambio, se pretende dar un paso más. Concretamente, con ella se alude a la acción de emitir una información inveraz con la presencia de ese dolo y de la intención de engañar o manipular para lesionar o poner en peligro unos intereses jurídicos concretos, sobre los cuales tanto las autoridades nacionales como las supranacionales muestran una gran preocupación y la necesidad de tomar medidas. En este contexto, la conducta se vincula, como se desarrolla en profundidad posteriormente⁹²⁹, con lo que se ha denominado en este trabajo «desinformación política» y en relación con ella se revela una laguna punitiva sobre la cual el debate de criminalización todavía continúa abierto.

tumbaban mesas y sillas y se burlaban de ella, enlazando un comentario a dicho vídeo atribuyendo esos hechos al colectivo de inmigrantes ilegales. Sin embargo, la policía demostró que el suceso había ocurrido en Brasil y no tenía nada que ver con menores de edad que habían emigrado a España. En los hechos probados de esta sentencia la AP declara: «Las 'Fake News' o noticias falsas, tienen una gran presencia en internet, particularmente en redes sociales, y tienden deliberadamente a aprovechar momentos o incidentes de actualidad con fuerte impacto o conmoción social, aportando material audiovisual inveraz o tergiversado para hacer creer a los receptores que están relacionados».

⁹²⁸ Recuérdese la clasificación efectuada en los apartados 5 y 4.3 del capítulo dos, primera parte. Fundamentalmente, la desinformación se ha entendido en la presente investigación, en función de la finalidad con la que se persigue manipular en: desinformación política (se busca influir en la opinión pública sobre cuestiones relacionadas con la gestión de un Estado), desinformación ideológica (la acción pretende apoyar una idea que potencialmente afecta a individuos o colectividades), desinformación comercial (si se quiere obtener un beneficio económico).

⁹²⁹ Si bien en el capítulo uno de la tercera parte se aborda un análisis de cuáles han sido las distintas hipótesis de intereses afectados por la desinformación, es en el apartado 6.1 del capítulo segundo, de la tercera parte en el que se fundamentará cuáles son los principales objetos que se pretenden tutelar con el fenómeno de la desinformación en línea.

Partiendo de este presupuesto, los modelos de castigo de la mentira ya tipificados en el texto punitivo español presentan una gran utilidad en la medida en que coadyuvan a que las nuevas propuestas de criminalización sean lo más garantistas posible. Si bien todavía no se ha concretado cuál es el concreto interés de protección, pues esta cuestión responde más una dimensión de política criminal y no tanto dogmática⁹³⁰, en una primera aproximación general, reflexionar sobre cuál puede ser el modelo regulatorio de castigo de la mentira para este supuesto ayuda a establecer un punto de partida sumamente interesante.

Pudiera parecer que la estructura más sencilla sea la de acoger el término «noticias falsas». Sin embargo, esta consideración debería desecharse, en mi opinión, con base en dos razones. Del estudio histórico-legislativo sobre noticias falsas se concluye que ha existido siempre una cierta vinculación del término con la moral y que, asimismo, ha sido criticado constantemente por ser un elemento más de inseguridad jurídica y de amplitud terminológica al servicio de ciertos intereses estatales. Consideraciones que no tienen espacio en un Estado social y democrático de derecho como el español. Pero también porque, como se verá en profundidad más adelante⁹³¹, los instrumentos internacionales en materia de desinformación desaconsejan el uso de este término debido a su imprecisión y a su falta de taxatividad y, en consecuencia, a los riesgos de ataque al derecho a la libertad de expresión.

Tampoco creo que lo más acertado sea acudir a nociones que no hayan sido ya utilizadas por el legislador español como «inveracidad» o «falta de veracidad». Si bien este es un concepto que ayuda a comprender mejor la base con la que se pretende castigar el fenómeno, de nuevo, razones de seguridad jurídica avalan la conveniencia de optar por modelos similares a los ya utilizados en nuestra práctica jurídica. Así, criterios interpretativos ya asentados por nuestra doctrina y jurisprudencia facilitarán una resolución más efectiva sobre los problemas que se puedan suscitar en la práctica.

El modelo de la estafa, cuyo elemento que se acogería sería el engaño, no parece, en una primera aproximación, el más adecuado para adaptarlo a un posible castigo de la

⁹³⁰ Esto es así, en este concreto supuesto, porque se alude a labores de decisión *de lege ferenda* que tratan de dar respuesta a la pregunta de qué bienes jurídicos podrían legitimar una intervención punitiva en la materia que todavía no se ha producido, y no a cuestiones exegéticas sobre qué bien jurídico «se esconde» tras un determinado ilícito penal ya tipificado.

⁹³¹ Epígrafe «2.1.2. Problemas de certeza en la regulación penal de la desinformación», tercera parte, capítulo II.

desinformación. Recuérdese que el término «engaño» ha sido entendido tanto como una afirmación de hechos que no se corresponde con la realidad, como una ocultación de estos o su desfiguración. Estas segundas interpretaciones recuerdan a las ya históricamente superadas modalidades como «tergiversar la información», «de forma dubitativa», «noticias desfiguradas» o «tendenciosas», etc. que tan criticadas han sido en relación con el castigo de las noticias falsas por su indeterminación. Nociones claramente peligrosas para la libertad de expresión, pero, sobre todo, incongruentes con el concepto de desinformación que se maneja en este trabajo y en textos internacionales.

Ahora bien, ello no impide que alguno de los parámetros normativos que se utilizan en el engaño sí que puedan ser adaptados al modelo de la desinformación. Por ejemplo, en relación con la idoneidad del engaño y los deberes de autoprotección de la víctima. A propósito del primero, puede resultar interesante comprender que la inveracidad que se exige en la desinformación debe presentar cierta idoneidad (ser «bastante» según el modelo de la estafa) para producir una falsa representación de la realidad. Este análisis se puede relacionar con el elemento de «manifiestamente» inveraz que se ha exigido en otros ordenamientos jurídicos como el francés en relación con la desinformación. También se podría emplear el criterio interpretativo dominante para valorar la idoneidad de esa falsa representación mediante la aplicación del doble parámetro objetivo-subjetivo. Y, en relación con el segundo, resulta conveniente tener en cuenta que podrían aplicarse criterios de deberes de protección similares. Es decir, que el sujeto pasivo que recibe la información falsa haya realizado unos mínimos deberes de diligencia según los usos sociales actuales y no haya ignorado mecanismos de autoprotección básicos que cualquiera en su posición tuviera a su disposición. Esta idea se observa claramente en la actualidad en relación con las cuentas *fake* que difunden noticias falsas haciéndose pasar por el presidente del gobierno en X. Aunque determinados mensajes puedan alcanzar una cierta viralidad, y aún con la posibilidad de obtener la insignia de verificado en la cuenta, una mínima comprobación entrando en el perfil, observar el número de seguidores y sus principales tuits muestran palmariamente la falsedad de la cuenta que emite la información. En estos casos, debería operar el aforismo *vigilantibus iura succurrunt* a través del cual el Derecho debería denegar la tutela frente a este tipo de negligencias por parte de los afectados por la desinformación.

Quizás, teniendo en cuenta lo anterior, el modelo más oportuno sea el del elemento de la falsedad y, concretamente, el sistema subjetivo de las calumnias e injurias. Principalmente, por cuatro razones fundamentales. La primera de ellas es la base que sustenta también los sistemas anteriores: la seguridad jurídica. Como ya se ha defendido, conviene utilizar una configuración legal dotada de herramientas interpretativas asentadas, lo cual no implica que unánimes para cualquier intérprete, que garanticen una adecuada aplicación de uno de los cimientos de la conducta. Segundo, por razones de mera conveniencia y de adaptación a una sociedad de la posverdad en la que vivimos. En la actualidad, impera un sistema social impregnado de concepciones relativistas en el que constantemente se pone en duda la existencia de verdades absolutas, asociándose, muchas veces, ciertas afirmaciones a manipulaciones o tergiversaciones de poderes fácticos. Por ello, lo conveniente sería no centrarse en la exigencia de la verdad absoluta, constantemente cuestionada, sino más bien acudir al modelo subjetivo en el que el foco de atención se pone en la actuación realizada por el sujeto activo, en su comportamiento diligente respecto del contraste de la información. Asimismo, en tercer lugar, razones teleológicas. La desinformación en línea es un fenómeno que, aunque no implica una lesión al derecho a la libertad de información, sí que conlleva la vulneración de los límites internos de este derecho, como se verá en la última parte⁹³². Contextualizar la incriminación de la conducta en aquellos intereses que más relacionados se encuentra ayudará a una mejor comprensión y aplicación del precepto. Y, por último, razones puramente prácticas, puesto que resulta más sencillo probar y determinar si un sujeto ha realizado una conducta diligente en relación con la búsqueda de información que la prueba sobre la verdad o la mentira, sobre todo en aquellos casos más dubitativos de afirmaciones falsas parciales o de zonas grises entre hechos y opiniones.

Eso sí, por mucho que se opte por este modelo subjetivo de la falsedad, el hecho de que finalmente resulte cierta la información y así se demuestre claramente no debería resultar una cuestión baladí e indiferente al derecho. Por lo tanto, el castigo de la desinformación, en ese caso, debería recoger una figura similar a la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de pena de naturaleza objetiva comunicable a los partícipes.

⁹³² Véase, de la tercera parte el epígrafe «3.2.1. El derecho a la libertad de información», del primer capítulo y el epígrafe «6.1.2. Rechazo de tutela de carácter material», del segundo capítulo.

En cualquier caso, estas consideraciones no dejan de ser el punto de partida con el que sustentar el castigo de la desinformación como modelo excepcional de castigo de la mentira en nuestro ordenamiento. El resto de las apreciaciones podrán ser matizadas y desarrolladas una vez el fundamento de criminalización se haya completado mediante la selección del interés esencialmente protegido. Aspecto que se abordará en la tercera parte.

TERCERA PARTE

PLANTEAMIENTOS POLÍTICO-CRIMINALES ANTE LA DESINFORMACIÓN EN REDES SOCIALES

Capítulo I

Alternativas de criminalización de la desinformación

I. INTRODUCCIÓN

Una vez examinados los factores empíricos que permiten comprender los efectos nocivos de la desinformación en una sociedad digital y, posteriormente, haber analizado sistemáticamente en qué condiciones es plausible castigar el hecho de mentir mediante palabras en determinados contextos, es momento de acudir al estudio que nos permitirá dar respuesta al interrogante principal del trabajo: ¿debería introducirse un tipo penal específico sobre la desinformación en línea? Para ello, se deberá acudir a la disciplina considerada como puente de unión⁹³³ entre la Dogmática y la Criminología, a saber, la Política Criminal. Una disciplina que, desde que von Listz asentó sus bases, ha adquirido una especial relevancia en las últimas décadas gracias a los planteamientos de Roxin⁹³⁴

⁹³³ La comprensión de esta disciplina como «puente» es una cuestión pacífica, de modo que, esquemáticamente, a la Criminología se asocia el estudio empírico del fenómeno criminal; a la Política Criminal, a partir de dichas aproximaciones empíricas, el establecimiento de técnicas y estrategias adecuadas para combatirlo y a la Dogmática la función de materializar esos métodos teóricos propuestos en preceptos y principios que les otorguen obligatoriedad. Por todos, véase, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», *ADPCP*, vol. LVI, 2003, p. 140.

⁹³⁴ Con von Listz, se inicia un camino de comprensión por el cual a la Dogmática penal y a la Política Criminal se le asignan dos sectores de conocimiento separados entre sí. A la primera se le atribuye el estudio del derecho vigente, mientras que la segunda se dirige específicamente al ámbito de la creación normativa. Las aportaciones de Roxin implican una superación de tal distinción a través de la postulación de una Dogmática abierta susceptible de recibir valoraciones político-criminales. De manera que es la propia Política Criminal la que se convierte en una disciplina que nutre de criterios axiológicos a la Dogmática encargados de garantizar que, en la aplicación del Derecho penal vigente, se respeten las garantías propias del Estado de derecho. Con Roxin, deja de entenderse por separado ambas disciplinas como aproximaciones conceptuales sobre el Derecho que es (la Dogmática) y el que debe ser (la Política Criminal). En su lugar, se entiende que la propia tarea de interpretación del Derecho vigente no debe limitarse a la mera tarea de sistematización y subsunción, sino que esta debe alumbrar al Derecho penal vigente con una determinada concepción de la sociedad que no tiene por qué coincidir con la del legislador. Un análisis exhaustivo sobre

introducidos en su famosa obra *Kriminalpolitik and Strafrechtssystem* en 1970⁹³⁵, la que ha contribuido de manera decisiva a entender el Derecho penal como un «sistema abierto», tanto al problema criminal, como a las consideraciones valorativas de fines, que han permitido que la dogmática jurídico-penal sea un medio para la aplicación «segura, racional e igualitaria del Derecho penal»⁹³⁶.

La Política Criminal se relaciona con el Derecho penal desde una doble vertiente. Por un lado, a partir de una orientación práctica o política, se refiere al conjunto de criterios a emplear en el tratamiento del fenómeno criminal⁹³⁷. Por el otro, en una comprensión teórica, se percibe como una disciplina que, desde un enfoque distinto, de corte sociológico, aporta una serie de orientaciones diferentes y complementarias a las de la Dogmática y la Criminología⁹³⁸. Precisamente a propósito de este segundo enfoque se proporcionarán toda una serie de argumentos racionales, de justicia o eficacia que debieran seguir a la legislación penal en materia de desinformación.

Para alcanzar una respuesta político-criminal acorde con un modelo de Estado social y democrático de derecho⁹³⁹, será necesario explorar los dos grandes puntos de

las formulaciones de uno y otro se ofrece en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *RECPC*, nº 23-02, 2021, pp. 2 y 8.

⁹³⁵ La versión en castellano que se ha utilizado en esta investigación es ROXIN, Claus, *Política criminal...*, 2ª ed., cit., *passim*. Tal ha sido su influencia que algún autor lo ha considerado el «padre de la moderna Política Criminal». Cfr., BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal...», cit., p. 119.

⁹³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal...*, cit., p. 47.

⁹³⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 53. En este sentido político BORJA JIMÉNEZ la define como «aquel conjunto de medidas, criterios y estrategias, de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad». En BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal...», cit., p. 148 y el mismo, *Curso de Política Criminal...*, cit., p. 20.

Esta vertiente adquiere una importancia vital para aquellos que identifican plenamente la dogmática con la política. Por ejemplo, según ZAFFARONI, la relación entre la dogmática-penal y la política es tan estrecha que opaca su vinculación. Según este autor, un discurso jurídico-penal estructurado es precisamente un programa político desarrollado con precisión. Es más, todo concepto jurídico-penal, defiende, es un concepto político. Por esa misma razón, cuando uno pretende eliminar el método jurídico para caer en un mero discurso político, como resultado, este se convierte en clientelista de oportunidad sin contenido racional. En ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión penal*, editorial IBdef, Buenos Aires, 2005, pp. 73-75.

⁹³⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 53. Desde esta vertiente, BORJA JIMÉNEZ la define como: «aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal». BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal...», cit., p. 148.

⁹³⁹ Tal y como expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, toda Política Criminal presupone una concepción concreta del objeto y fines del Derecho penal y detrás de ella se encuentra siempre una determinada ideología política y una concepción del modelo de Estado. En RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal...*, cit., p. 21.

vista que la doctrina penal ha mantenido al respecto: si es necesario crear un tipo penal autónomo y específico sobre la desinformación en línea o si, por el contrario, es desaconsejable una actividad legislativa en tal sentido. Evidentemente, tanto uno como otro examen no podrá eludir el gran reto que supone la innovación tecnológica propiciada por el auge del entorno digital⁹⁴⁰ como principal fuente de comunicación. Este hecho propiciará toda una serie de reflexiones relacionadas con el fundamento de legitimación para la creación de un tipo penal de desinformación en línea y, sobre todo, ayudará a determinar si esta base legitimadora debe sustentarse en la clásica formulación de la protección exclusiva de bienes jurídicos o, ante las nuevas realidades, debe optarse por el desarrollo de criterios más flexibles.

Asimismo, si se quiere abordar la cuestión de la creación normativa de un modo racional, que maximice la salvaguarda de las libertades y garantías de los ciudadanos, especialmente significativo será lograr un correcto equilibrio entre las necesidades de intervención social sobre el fenómeno y el respeto de las garantías básicas del Derecho penal⁹⁴¹. Por esa razón, en el segundo capítulo, se ahondará en aquellos límites del poder punitivo que, con especial particularidad, podrían llegar a mantener una fricción si se decidiera escoger una opción criminalizadora.

En cualquier caso, desde su vertiente política, la Política Criminal goza de tal independencia que no solo va referida a las leyes penales, sino, en tanto en cuanto parte de la política que es, comprende todos los instrumentos destinados a atajar el problema del delito⁹⁴². De tal afirmación se desprende que, en la medida en que la desinformación

⁹⁴⁰ Ya MATA Y MARTÍN señalaba la importancia de esta rama sobre los nuevos fenómenos tecnológicos surgidos a principios del presente siglo. En su opinión, constituía una función esencial de la Política Criminal la de formular un conjunto de medidas de índole preventivo para evitar la cibercriminalidad, determinar, de entre todas ellas, las conductas más graves, examinar la legislación vigente para adecuarla a la nueva realidad y formular propuestas legislativas que incorporasen nuevas conductas relevantes para el Derecho penal. Cfr., MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática...*, cit., p. 28. Desde luego, uno de los grandes retos político-criminales a los que se enfrenta la sociedad digital es el de adaptar la estructura política, jurídica y social a la necesidad de tutelar ciertos intereses frente a nuevas formas nocivas. Una cuestión sumamente compleja para el ámbito regulatorio en la medida en que, como instrumento formal que es, siempre va a remolque de los avances tecnológicos. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «Cibercriminalidad y responsabilidad...», cit., p. 563.

⁹⁴¹ Precisamente esta es una de las grandes aportaciones de los planteamientos de Roxin derivados de su comprensión de la Política Criminal. En DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «La política criminal en las ciencias penales...», cit., p. 14.

⁹⁴² En este sentido, parte de la doctrina considera necesario saber distinguir entre Política Criminal y, si se quiere, Política penal. La primera abarca un concepto más amplio, de comprensión que supera las meras medidas jurídico-penales como forma de enfrentarse al delito, pues en ella también se integran las estrategias e instrumentos extrapenales que coadyuven a combatirlo. La Política penal, en cambio, se entiende como una especie dentro de este ligado exclusivamente a los instrumentos de naturaleza penal.

en línea pueda suponer un cierto peligro o lesión a intereses jurídicos relevantes en nuestra sociedad, una adecuada aproximación político-criminal debe contemplar aquellas medidas que no supongan un uso innecesario de la represión punitiva. A estos efectos se destinará también un epígrafe específico a través del cual se examinarán otras medidas de índole educativo, preventivo y tecnológico que se han seguido por parte de la Unión Europea. No en vano, el proceso de «europeización»⁹⁴³ al que se ha derivado la Política Criminal española responde, en gran medida, a las directrices marcadas desde estas instancias comunitarias y, como se tendrá ocasión de analizar, el fenómeno de la desinformación en línea no ha sido ninguna excepción.

II. PROPUESTAS «FLEXIBLES» DE CASTIGO DE LA DESINFORMACIÓN

Ya se advirtió previamente⁹⁴⁴ que la sociedad del riesgo propició un proceso de expansión derivado del incremento de la sensibilidad al peligro (una población de sujetos pasivos⁹⁴⁵) en el que los ciudadanos se autoperciben solo como posibles víctimas y nunca como potenciales delincuentes. Estas mayores exigencias de intervención punitiva no han cesado con el paso a una sociedad digital, como ha sido expuesto en este trabajo⁹⁴⁶, sino más bien al contrario, se ha producido un impulso de los efectos expansivos el cual ha conducido a una flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales. De nuevo, el papel de *ultima ratio* que tradicionalmente ha caracterizado al Derecho penal se ha

Sobre esta idea amplia de Política Criminal, entre otros, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal...», cit., p. 148; REDONDO ILLESCAS, Santiago y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología...*, cit., p. 57; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARÍA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-120; MIRÓ LLINARES, Fernando, *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 194-195. Por su parte, en lo que concierne al concreto problema de la desinformación, NAVARRO CARDOSO recuerda que la Política Criminal abarca todo el conjunto de potenciales respuestas frente a un problema social, sea de naturaleza jurídica o no, lo que incluye, asimismo, qué no se quiere o no se debería castigar en sede penal. En NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 434.

⁹⁴³ Véase, al respecto, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 147 y 151; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARÍA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional...*, cit., pp. 121-122; DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Derecho penal, principios, interrogantes y reflexiones*, Comares, Granada, 2022, pp. 13-14.

⁹⁴⁴ Concretamente, véase, epígrafe 2.1.1. «Rasgos de la sociedad del riesgo de Ulrich Beck» y 2.1.2. «El Derecho penal del riesgo», capítulo I, parte I.

⁹⁴⁵ Igualmente, en este sentido, JIMÉNEZ MEJÍA, David, «La crisis de la noción material de bien jurídico en el Derecho penal del riesgo», *Nuevo Foro Penal*, nº 82, 2014, p. 136.

⁹⁴⁶ Epígrafe 2.3.2. «Hacia un Derecho penal digital», capítulo I, parte I.

transformado en *prima* o incluso única *ratio*⁹⁴⁷ o, si se prefiere, en un Derecho penal total⁹⁴⁸.

Producto de esta tendencia, se han incrementado considerablemente el número de figuras delictivas, lo que justifica el mayor número de investigaciones destinadas a explicar el afán punitivista y, en definitiva, a fundamentar la legitimación de este aumento en la acción legislativa⁹⁴⁹. Entre ellas, han surgido aquellas que tratan de dar respuesta a nuevas figuras penales que ya no mantienen como epicentro la lesión o daño al individuo, sino a la perturbación de estándares de convivencia mediante el castigo de intereses difusos o de meros sentimientos⁹⁵⁰.

Con ocasión de este marco expansivo, han surgido en nuestro entorno, a propósito de la desinformación, algunas propuestas de criminalización que bien podríamos etiquetar como «flexibles» por cuanto se alejan de la arraigada idea de legitimación del castigo sustentada en la protección de bienes jurídicos, por otras vías de fundamentación más difusas basadas en las ofensas o en los sentimientos colectivos.

Desde una perspectiva teórica y, en nuestro país, esta posición ha sido encarnada, siquiera de forma indirecta, por AGUSTINA. A propósito de la velocidad con la que se difunde la información en las plataformas digitales y, con especial hincapié en la desinformación, este autor considera que el ciberespacio es un «contexto panicógeno» en el sentido de que constituye un espacio propicio para crear «una sensación social de inseguridad y miedo conducente al pánico u ofuscación colectiva que, de forma descontrolada, puede abocar a un número considerable de personas a adoptar decisiones

⁹⁴⁷ Sobre la progresiva transformación de un ordenamiento jurídico-penal de *ultima ratio* a una de única *ratio* desde el texto punitivo de 1995, véase, sintéticamente, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Política criminal y Estado de Derecho: la afección de los derechos fundamentales en las reformas penales», en Núñez Castaño, Elena y García Arroyo, Cristina (dirs.) y Rodríguez Molina, Antonio (coord.), *Reformas penales y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 46.

⁹⁴⁸ Así lo ha denominado GUERINI quien entiende que, en la actualidad, nos encontramos inmersos en un momento social caracterizado por una irresistible fascinación por castigar, dando lugar a que el ordenamiento punitivo se extienda a todos los ámbitos de la vida política, económica y social. Razón por la que esta rama jurídica se ha configurado también como la herramienta «indispensable y omnipresente» a la que acudir bajo cualquier demanda de protección, bien sea espontánea o inducida, que surja de la ciudadanía. En GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 194.

⁹⁴⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas “ofensivas”». A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *RECPC*, nº 17-23, 2015, p. 3.

⁹⁵⁰ En relación con la vinculación entre la sociedad del riesgo y la protección de intereses difusos JIMÉNEZ MEJÍA, David, «La crisis de la noción material...», cit., p. 137. Por otra parte, un estudio crítico y en profundidad sobre la protección penal de sentimientos véase ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos y Derecho penal», *CPC*, nº 106, I, Época II, 2012, *passim*.

perjudiciales para sí mismas y/o para una pluralidad indeterminada de personas»⁹⁵¹. Un factor relevante ya que, según su opinión, este pánico colectivo podría explicar «una pérdida súbita de confianza por parte de un número significativo de ciudadanos en un candidato electoral ante la inminencia del día de la votación»⁹⁵². Ciertamente, estos riesgos electorales a los que se le suelen asociar las noticias falsas chocan con un sistema represivo que se muestra incapaz de solventar este problema original mediante categorías delictivas vigentes⁹⁵³. Es por ello por lo que este autor propone flexibilizar la fundamentación incriminatoria bien mediante la creación de delitos sin bien jurídico que tutelen meros sentimientos (como pueden ser los de seguridad o tranquilidad individual o colectiva), bien acudir a la doctrina anglosajona del *harm principle* o emplear el concepto de bien jurídico vaciándolo de su núcleo semántico, a través de una comprensión estrictamente metodológica exclusivamente vinculado con la idea de fin⁹⁵⁴.

⁹⁵¹ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 757.

⁹⁵² *Ibidem*, pp. 757 y 758. No solo eso, sino que el autor también considera que podría ser la base de fundamentación de peligro en otros ámbitos como en el económico (a través de una caída frenética en el mercado bursátil o una retirada masiva de activos bancarios, ocasionando pérdidas económicas sustantivas en todo un país) o en el santinatrio (explicando un contagio masivo de personas que colapsara los centros sanitarios y, en consecuencia, se produjeran muertes exponenciales por la escasez de recursos originada).

⁹⁵³ Desde una perspectiva similar, con el foco de atención en el ordenamiento jurídico italiano GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 168, así como GUERINI, Tommaso, «La tutela penale della libertà di manifestazione...», cit., p. 50. Tal y como relata el autor, en Italia también se ha originado un intenso debate en relación con la criminalización de la desinformación masiva. Discusión que ha nacido a propósito de las demandas sociales, del contexto internacional y de los límites que la legislación penal italiana vigente ha demostrado para solventar, de manera efectiva, los riesgos que conlleva.

⁹⁵⁴ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., 752. Si bien este autor no relaciona directamente tales propuestas de fundamentación con la criminalización de la desinformación o de las *fake news* en redes sociales, sí que parece vincularlo indirectamente al exponer en varias ocasiones este fenómeno a lo largo de su trabajo a modo de ejemplo como comportamiento en el ciberespacio que podría conducir a la flexibilización de ciertos criterios dogmáticos. Asimismo, estas ideas también las apoya con el trabajo ofrecido en KUHLEN, Lothar, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en Robles Planas, Ricardo (ed.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 230-231.

En realidad, esta perspectiva de fundamentación del castigo no resulta extraña para el legislador español. Por citar un ejemplo ilustrativo, a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia se ha introducido en el Código penal toda una serie de delitos de incitación al suicidio (art. 143 bis CP), a las autolesiones (art. 156 ter CP) y relacionadas con conductas alimentarias (art. 361 bis CP). Según el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la citada ley, el interés tutelado en estas conductas delictivas debe reconducirse a la «seguridad colectiva, entendida como sinónimo de creación de un clima de garantía social en el que no se ven amenazados los bienes jurídicos protegidos, ya individuales, ya colectivos; y en un grado ulterior entronca con concretos bienes jurídicos de carácter individual, como la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad e indemnidad sexual o la salud de las personas, y específicamente de los menores de edad y personas con discapacidad». Por lo tanto, el uso de técnicas legislativas de peligro hipotético centrados en bienes jurídicos abstractos y colectivos cuya razón de ser gira en torno a la idea de seguridad no sería algo novedoso en nuestro sistema penal. Al respecto, para una visión crítica sobre este asunto véase LLORIA GARCÍA, Paz, «La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones», *IgualdadES*, 6, 2022, p. 294.

A partir de una aproximación legislativa, si bien en España todavía no se ha elaborado una propuesta de criminalización consistente en este sentido, puede resultar interesante traer a colación algunas que sí que ha habido en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Este ha sido el caso de Italia y, en especial, el proyecto de Ley Gambaro AS 2688 en 2017⁹⁵⁵. El proyecto, partiendo de un enfoque relativamente similar, proponía el castigo penal de las noticias falsas protegiendo, en definitiva, un interés tan abstracto y difuso como era la verdad en sí misma⁹⁵⁶. Esta iniciativa, finalmente, no alcanzó el

⁹⁵⁵ Se trata de la primera propuesta de ley sobre noticias falsas que fue presentada al Senado de la República el 7 de febrero de 2017 por la entonces senadora del movimiento 7 Estrellas, Adele Gambaro. Si bien la decimoséptima legislatura del gobierno italiano se caracterizó, en la materia que nos ocupa, por una auténtica proliferación de proyectos de ley encaminados a frenar el fenómeno, entre las distintas propuestas esta fue la más estrechamente relacionada con el Derecho penal en cuanto que fue la única que trataba de modificar el CPI introduciendo delitos directamente relacionados con las demandas punitivas que surgían de la sociedad al respecto. Concretamente, la citada propuesta partía de la siguiente premisa: «Internet ha ampliado los límites de nuestra libertad dándonos la posibilidad de expresarnos a escala mundial, pero la libertad de expresión no puede convertirse simplemente en un sinónimo de falta total de control, donde el control, en el ámbito de la información, significa proporcionar una noticia correcta para la protección de los usuarios». Y con ella, presentaron las siguientes modificaciones del texto punitivo italiano:

Art. 1 de la propuesta: «Art. 656-bis. - (Publicación o difusión de noticias falsas, exageradas o tendenciosas, que puedan perturbar el orden público, a través de plataformas informáticas). - Cualquier persona que publique o difunda, a través de plataformas informáticas destinadas a la publicación o difusión de información al público, por medios predominantemente electrónicos o telemáticos, noticias falsas, exageradas o tendenciosas que se refieran a datos o hechos manifiestamente infundados o falsos, serán castigados, si el hecho no constituye un delito más grave, con una multa de hasta 5.000 euros»

Art. 2. De la propuesta: «Art. 265-bis. - (Difusión de noticias falsas que puedan despertar alarma pública o inducir a error a sectores de la opinión pública). - Toda persona que difunda o comunique rumores o noticias falsas, exageradas o tendenciosas que puedan despertar la alarma pública, o que en todo caso realice una actividad que pueda perjudicar los intereses públicos o inducir a error a sectores de la opinión pública, también a través de campañas con el uso de plataformas informativas destinadas a la difusión en línea, se castiga con la reclusión no inferior a doce meses y con una multa de hasta 5.000 euros.

Art. 265-ter. - (Difusión de campañas de odio o destinadas a socavar el proceso democrático). - Con el fin de proteger a los individuos y la colectividad, toda persona que se hace responsable, incluso mediante el uso de plataformas informáticas destinadas a la difusión en línea, de campañas de odio contra particulares o de campañas destinadas a socavar el proceso democrático, incluso con fines políticos, es castigado con la reclusión no inferior a dos años y con una multa de hasta 10.000 euros».

⁹⁵⁶ Así se ha pronunciado de manera crítica la mayor parte de la doctrina italiana que analizó en su momento el mencionado proyecto de criminalización de las noticias falsas. Por citar algunos ejemplos, se ha argumentado que en el proyecto se protegían bienes jurídicos de dudosa consistencia, como un deber generalizado de verdad por parte del ciudadano. En BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», cit., p. 321. En una línea similar, se ha afirmado que el texto del proyecto, en especial la propuesta de introducción del art. 656 bis CPI, atribuye relevancia penal a la falsedad en sí misma del hecho narrado, sin la exigencia de que de la conducta se derive la necesidad de protección de un interés ulterior. De modo que, en síntesis, la propuesta parece proteger la verdad de la noticia como tal. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 71. Argumentación parecida a la ofrecida por CUNIBERTI, según el cual, con dicha iniciativa legislativa se introducían preceptos penales que sancionan por primera vez la falsedad de la propia noticia, independientemente de cualquier otro riesgo de daño social. En CUNIBERTI, Marco, «Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo», *Media Laws*, nº1, 2017, pp. 30-31. Asimismo, sobre el interés de protección se ha criticado que la propuesta legislativa representaba un puente ideal para considerar lo falso como algo en sí mismo penalmente relevante. En GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle fake news...», cit., p. 1258. E incluso, se ha argumentado que el propósito de castigo subyacente

acuerdo necesario para llegar a materializarse, pero sin duda, representa notoriamente esta vertiente de castigo de la desinformación cuyo fundamento se aproxima más a la protección de intereses tan difusos que se vinculan con las ofensas o los meros sentimientos de la colectividad.

En este sentido, resulta conveniente indagar sobre las bases de legitimación de este tipo de propuestas. Un análisis crítico de las teorías que lo sustentan coadyuvará, pues, a determinar si estas son suficientes para considerar adecuada la criminalización de la desinformación, o bien al contrario, si no lo son y, en su caso, si sería oportuno optar por modelos más rígidos que han imperado en la tradición dogmática y político-criminal española.

2.1. *Offence principle* y castigo sin bien jurídico protegido

2.1.1. *Planteamientos de legitimación*

Desde comienzos del siglo XXI, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos como pilar de la teoría de la legitimación del Derecho penal se halla en crisis⁹⁵⁷. Según SILVA SÁNCHEZ, ello obedece a que la conceptualización del bien jurídico, que sirvió como argumento para la despenalización durante décadas, al conformarse como criterio rector, no estuvo preparada para enfrentarse a la fase de criminalización expansiva⁹⁵⁸ a la que nos hemos sometido exponencialmente. En consecuencia, a esta teoría se le han atribuido críticas de diversa índole entre las que destacan su poca

previsto en la propuesta del art. 656 bis CPI era reprimir la contaminación de la opinión pública. En MELZI d'ERIL, Carlo, «Fake news e responsabilità», cit., p. 62.

⁹⁵⁷ Por todos, véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «No sólo bienes jurídicos», *InDret*, nº 3, 2009, p. 1; en Alemania, véase, ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», trad. Manuel Cancio Meliá, *RECPC*, nº 15, 2013, p. 2.

⁹⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «No sólo bienes...», cit., p. 1 y, de nuevo, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante», *InDret*, nº1, 2019, p. 10. En esta línea, resulta sumamente interesante la reflexión que ofrece DE LA CUESTA AGUADO. En consonancia con sus afirmaciones, la criminalización de las preocupaciones ciudadanas ante una sociedad envuelta cada vez de más riegos, inevitablemente, ha producido una cierta quiebra con el paradigma del bien jurídico puesto que se han terminado por tutelar conductas en las que difícilmente existe un bien jurídico definible (entendido como valor social imprescindible para la vida en sociedad), sino que más bien responden a la idea de materializar pautas de conducta por motivos político criminales de distinta índole. Cfr., DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica...», cit., pp. 138-139.

capacidad de rendimiento y pérdida de fuerza expresiva⁹⁵⁹, su vaguedad e imprecisión⁹⁶⁰ pero, sobre todo, su incapacidad por conformarse como un verdadero criterio de legitimidad sobre qué bienes son los que deberían protegerse por el ordenamiento punitivo⁹⁶¹. Cuestiones que han permitido que algunos autores señalen el carácter maleable de una teoría a merced de la política criminal vencedora⁹⁶².

El debate continúa hoy vigente. Especialmente, a propósito de la incapacidad del bien jurídico como muro de contención de los nuevos procesos de criminalización que

⁹⁵⁹ AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», p. 750.

⁹⁶⁰ Entre otros, ha sido criticada por inconsistente e imprecisa en sus variaciones por AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft – Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Athenäum-Verlag, 1972, p. 271. Más recientemente, WOHLERS, Wolfgang, «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 393-394 y AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la «función global» del Derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho penal internacional», *RDPC*, 3ª Época, nº X, 2013, pp. 349-350.

⁹⁶¹ En esta línea, AMBOS afirma que el concepto de bien jurídico no proporciona un criterio normativo de decisión acerca de cuáles son los intereses que deberían protegerse por el Derecho penal. En consecuencia, matiza el autor, el principio del bien jurídico no responde a la cuestión acerca de la legitimidad por lo que no se trata de un concepto primario, sino secundario, sin poder analítico en sí mismo. Junto con ello, recuerda cómo, incluso aquellos partidarios de la teoría del bien jurídico, tienen la necesidad de recurrir a factores externos como son las funciones generales del Derecho penal y derechos constitucionales para dar respuesta al interrogante de la legitimación. En AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., pp. 349-350. A propósito de esta segunda cuestión, también MIRÓ LLINARES utiliza este argumento al indicar que los principales defensores del criterio del bien jurídico reconocen que este no vale, por sí solo, para limitar la acción legislativa en expansión. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 3. Asimismo, LASCURAIN SÁNCHEZ argumenta que el bien jurídico es un concepto formal y valorativamente neutro cuyo papel es el de transmitir la decisión del legislador, pero no la de si dicha decisión avala buenas razones para la pena. Su función crítica facilita la comprensión de la norma, pero carece en sí mismo de valor crítico en relación con lo descrito. Para ello estarán los valores y principios cuya eficacia obedecerá a que estos estén positivizados y existan mecanismos jurídicos que los hagan valer. Cfr., LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico y objeto protegible», *ADPCP*, vol., LX, 2007, pp. 141 y 142. Quizás por ello, algún autor haya considerado más crucial centrarse en los mecanismos que permitan determinar qué castigar en lugar de qué proteger con el Derecho penal para limitar la acción legislativa. Sobre esto, véase, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «Retribución y prevención general», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, nº20, 2007, *passim*. También en el ordenamiento jurídico alemán el Tribunal Constitucional Federal ha llegado a afirmar que del principio del bien jurídico no es posible deducir límites a la facultad del poder legislativo en la criminalización de conductas. Véase, ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 2.

⁹⁶² No en vano la connotación política que ha ido ligada al concepto de bien jurídico ha permitido que sea comprendido desde distintas perspectivas por parte de diferentes escuelas y haya servido como fundamentación según ideologías diferentes. Interesantes al respecto las reflexiones ofrecidas por COMES RAGA, Ignacio, *Los delitos de cohecho: aproximación teórica a los problemas en sede de bien jurídico e injusto típico*, Tesis doctoral, Universitat de València, Valencia, 2012, pp. 31-32. Estas ideas se desprenden de los argumentos de FERNÁNDEZ sobre cómo la teoría del bien jurídico, pese a ser en su origen un límite auténtico frente a la arbitrariedad legislativa, ha terminado distorsionándose para legitimar «científicamente» la criminalización de nuevas conductas, constituyendo, en realidad, un criterio metajurídico de fundamentación proporcionado por la norma penal más que un concepto previo que limitara la actuación del poder legislativo. Cfr., FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, 2004, pp. 6-7.

parecen castigar, en esencia, conductas que meramente ofenden sensaciones sociales y cuya conexión con la salvaguarda de verdaderos bienes jurídicos se encuentra palmariamente difusa. Como resultado, se observa un crecimiento en el número de autores que sostienen que no solo se protege intereses jurídicos, sino que, además, el ordenamiento jurídico-penal cubre «delitos sin bien jurídico protegido» como son los ilícitos de conducta o «Verhaltensdelikte»⁹⁶³ o, directamente, sentimientos. En este último sentido parecen haberse pronunciado, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG y también ROXIN, al considerar políticamente sostenible la protección penal de los sentimientos.

De acuerdo con los postulados del primero, estos pueden conformarse como intereses dignos de protección penal siempre y cuando sean legítimos en el sentido de que sean valorados positivamente por el ordenamiento jurídico y no presenten una contradicción con un derecho que asista al autor del comportamiento⁹⁶⁴. Ahora bien,

⁹⁶³ Algunos de los actos que ofenden sentimientos que más se han señalado han sido aquellos que tutelan el sentimiento religioso, el culto a los muertos, la repulsa al maltrato animal, la seguridad colectiva en el discurso de odio o los sentimientos nacionales. En definitiva, un conjunto de conductas heterogéneas cuya base en común es que no afectan directamente a derechos individuales preestablecidos en el ordenamiento jurídico, sino que más bien, se trata de ofensas que atañen a sentimientos sociales en mayor o menor medida consensuados. Sobre esta cuestión, véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., pp. 4 y 5. Algún autor, incluso, ha fundamentado que existe un cierto paralelismo entre estas conceptualizaciones y la tesis de Jakobs sobre el núcleo de la identidad normativa de la sociedad como objeto de protección penal. Aunque ello, se matiza, no está conduciendo realmente a una renovación de estas teorías del profesor alemán. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La influencia de la obra...», cit., p. 10. A propósito de las particularidades que ofrece el ciberespacio sobre la acción delictiva, otro autor ha reforzado la idea de ir más allá de la tradicional noción del bien jurídico debido a que, gracias a las nuevas tecnologías, se produce un relevante distanciamiento y desdibujamiento de la conexión entre el individuo de carne y hueso y el objeto de protección. Cuestión que reclama hablar de delitos sin bien jurídico en los que se protegería, en definitiva, sentimientos de seguridad o tranquilidad individual o colectiva. Véase, AGUSTINA, José R., «Nuevos retos dogmáticos...», cit., p. 752. Sobre los «Verhaltensdelikte» pueden resultar interesantes las reflexiones ofrecidas en WOHLERS, Wolfgang, «Verhaltensdelikte: Standard, Ausnahme –oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?», en Böse, Martin, Sternberg-Lieben, Detlev (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2009, pp. 129 y ss.

⁹⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Presentación», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 17 y ss. Entre alguno de los ejemplos de sentimientos legítimos que pueden gozar de protección penal se encuentra el maltrato animal. De acuerdo con la lógica del autor, aquellos sentimientos de malestar ocasionados a propósito del maltrato sobre determinados animales son legítimos puesto que no existe ningún derecho del maltratador que prevalezca. El ordenamiento jurídico no ampara, en este sentido, el libre desarrollo de la personalidad del maltratador cuando produce sufrimiento al animal. Y sí que, en cambio, existen disposiciones tanto nacionales como internacionales de protección de los animales. Por el contrario, se consideran sentimientos ilegítimos y, en consecuencia, sin legitimidad criminalizadora aquellas conductas consistentes en la comercialización de la pornografía de adultos entre adultos y todas aquellas conductas de índole sexual que, sin llevarse a cabo mediante violencia o intimidación pudieran producir sentimientos de escándalo o daño a la moralidad. En estos casos es así porque entraría en conflicto con otro valor jurídico protegido que prevalece constitucionalmente como podría ser el derecho a la libertad

GIMBERNAT ORDEIG parte de una visión constitucionalista en su argumentación⁹⁶⁵, en la medida en que rechaza como criterio rector los «sentimientos socialmente dominantes» y opta, en su lugar, por acudir a los derechos reconocidos constitucionalmente (especialmente los derechos fundamentales), si previa ponderación, en su caso, pueden considerarse legítimamente protegibles⁹⁶⁶. ROXIN, por su parte, equipara la protección de bienes jurídicos con la de ciertos sentimientos como único fundamento razonable solo cuando sea posible vincularlos con sentimientos de inseguridad⁹⁶⁷. De ello se desprende la justificación de la incriminación de la incitación al odio, la violencia o el desprecio de la población puesto que se trata de conductas con capacidad para generar miedo en la población y, *por ende*, para perturbar los sentimientos de seguridad⁹⁶⁸. No obstante, en mi opinión, ambos planteamientos en el fondo terminan tomando como referencia o como base legitimadora la protección de bienes jurídicos⁹⁶⁹, por lo que convendría mejor adentrarse en aquellas propuestas que, efectivamente, vayan más allá y sostengan que no toda norma penal legítima se basa en este criterio rector.

Tal vez, uno de los principios de mayor calado, especialmente en la doctrina anglosajona, que se aparta del modelo teórico de la producción de un daño frente a otros sujetos como sustento de legitimidad del castigo, ha sido el principio de ofensa⁹⁷⁰ (*offence*

ideológica, el del libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser discriminado según sus circunstancias personales conformados en los arts. 10.1, 14 y 16 CE.

⁹⁶⁵ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., p. 68.

⁹⁶⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Presentación...», cit., p. 17.

⁹⁶⁷ ROXIN, Claus, «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 440.

⁹⁶⁸ *Idem*.

⁹⁶⁹ En este sentido, coincido con el análisis efectuado por ALONSO ÁLAMO al cuestionarse por qué Gimbernat Ordeig hace referencia a sentimientos legítimos cuando en realidad los está vinculando con la presencia de un bien jurídico que va ligado a los derechos que sustentan la criminalización. E igualmente sobre las reflexiones de Roxin puesto que en sus afirmaciones indica cuándo un sentimiento puede considerarse protección de bien jurídico por lo que, en definitiva, se vuelve a la misma base de legitimación del castigo. Crítica a la que hay que unir la duda de por qué el profesor alemán acepta que los «sentimientos de seguridad» puedan ser bienes jurídicos y, sin embargo, rechaza frontalmente todos aquellos sentimientos de «abstracción inaprensible» por su vaguedad como es el ejemplo que propone de la «paz pública». Cfr., ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., pp. 69 y 70.

⁹⁷⁰ Acierta MIRÓ LLINARES al traducir el *offence principle* como «principio de ofensa» y no «principio de ofensividad». Sus argumentos, desde luego, resultan convincentes puesto que, en primer lugar, la segunda de las traducciones que ha sido expuesta por algún autor conduce, inevitablemente, a la indeseable confusión con el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. El principio de ofensividad suele utilizarse tradicionalmente como equivalente al de lesividad y, en consecuencia, con la lesión o puesta en peligro de un interés jurídico relevante. Y esta no es, en absoluto, la propuesta de legitimación que subyace del *offence principle* que, precisamente, como se desarrollará a continuación, no se apoya en la producción de una lesividad real, sino en la afectación a la sensibilidad del individuo sin violación de sus derechos. Asimismo, coherentemente puede entenderse mejor su diferencia con el *harm*

principle) propuesto por FEINBERG⁹⁷¹. En virtud de este, se fija una fundamentación excepcional de la intervención pena al aceptar que no es necesario que un individuo cause un daño a terceros. Si bien ello no implica que el Derecho penal deba interceder sobre cualquier molestia o perturbación de la paz que pueda ocasionarse⁹⁷², a propósito de este principio sí puede hacerlo frente a determinadas conductas que van más allá del actuar inmoral, que no causan un daño o peligro alguno, pero que se consideran injustas por ocasionar experiencias no placenteras y molestias relevantes⁹⁷³.

El núcleo central de esta teoría, la «ofensa», debe diferenciarse del «daño» que caracterizará el principio del daño. Para FEINBERG la ofensa debe entenderse como el comportamiento que perjudica a otro a través de la causación de un estado (mental) de malestar⁹⁷⁴ que no vaya ligada a una lesión de sus legítimos intereses. En cambio, para este autor, el daño implica invadir o frustrar aquellos componentes individuales o colectivos del bienestar de un individuo por medio de un agravio, exigiéndose un actuar injusto y una afectación a los intereses de esa persona⁹⁷⁵. Lo relevante, aunque no necesariamente sencillo, será distinguir entre molestia al otro y daño a los intereses esenciales del otro. Un comportamiento que produce una lesión psicológica a un tercero debería considerarse daño moral, pero no así aquellos que afectando grave o profundamente la sensibilidad moral no causan un perjuicio psicológico concreto⁹⁷⁶.

En un sentido similar, SIMESTER y VON HIRSCH han profundizado en la teoría de la ofensa, tratando de marcar las divergencias entre ambos conceptos. Así pues, según

principle basado en la materialización de un daño, mientras que del *offence principle* no se deriva tal consecuencia. Sobre esta cuestión, en mayor profundidad, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 11.

⁹⁷¹ La irrupción en el debate jurídico sobre el principio de ofensa se atribuye a este filósofo del derecho estadounidense, sobre todo, a propósito de su obra conformada por cuatro tomos titulada «The Moral Limits of the Criminal Law» publicados de 1984 a 1988. En este caso, interesa el segundo volumen dedicado a desarrollar el principio de ofensa: «FEINBERG, Joel, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986».

Mediante este principio se ofrece una respuesta sobre los fundamentos incriminatorios de conductas como el discurso de odio, los insultos raciales, la afectación a sentimientos religiosos y actuaciones «indecentes» en espacios públicos cuyo común denominador es que no resultan lesivas tal y como lo comprendía la idea de «daño» en el Derecho penal anglosajón. Con ello, se ofrecía una justificación teórica por el que determinadas conductas que simplemente eran contrarias a sensibilidades sociales podrían ser merecedoras de reproche penal. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., pp. 6 y 7.

⁹⁷² FEINBERG, Joel, *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 5.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 25.

⁹⁷⁴ Como puede ser sufrir molestia, decepción, vergüenza, disgusto, miedo, etc. En *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁹⁷⁵ FEINBERG, Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 35.

⁹⁷⁶ FEINBERG, Joel, *Offense to Others...*, cit., pp. 274 y ss.

estos autores la ofensa por sí misma no frustra o reduce las oportunidades u objetivos del individuo, simplemente causa una angustia⁹⁷⁷. Por lo tanto, no son relevantes los resultados potenciales derivados de la acción de ofender, sino el propio sentido de falta de respeto de la conducta⁹⁷⁸. Eso sí, aclaran, puede ocurrir que una conducta ofensiva empieza siendo como tal, pero termina produciendo una lesión y acaba entrando dentro del paradigma del principio del daño⁹⁷⁹. Ahora bien, estos autores tratarán de normativizar el concepto, de modo que la perspectiva subjetiva de la ofensa, es decir, el hecho de que un sujeto pueda sentirse ofendido no sirve por sí misma como fundamento de criminalización. Para ello, habrá que acudir a la necesidad de que se trate de un actuar injusto o ilícito que se materializa en la falta de respeto que de la conducta se deriva en atención a las convenciones sociales⁹⁸⁰, según el contexto.

Esta visión normativa también se ve reflejada en relación con la fundamentación del castigo. Así, por una parte, se ha argumentado que las ofensas pueden merecer un reproche penal porque se trata de conductas contrarias a las convicciones morales sociales que afectan a la sensibilidad de otros sujetos que las presencian y que si se realizaran en espacios privados no afrentarían a nadie⁹⁸¹. Desde esta perspectiva, pues, se opta por un rechazo total por la justificación de conductas que, desempeñadas en el ámbito personal, hieran la sensibilidad social conforme a las convicciones morales. En cambio, el enfoque normativo de SIMESTER y VON HIRSCH fundamentan la legitimidad de la criminalización de las ofensas, no simplemente porque se trate de comportamientos ilícitos, sino porque estos son injustos y, además, atañen a otro, ya que, en cierto modo, afrenta el derecho a ser tratado con respeto, consideración⁹⁸² o deferencia. En esencia, la ofensa constituye un injusto comunicativo y, a partir de un enfoque que prioriza los intereses de las personas y no simplemente la moralidad⁹⁸³, el castigo se sustenta por su

⁹⁷⁷ SIMESTER, A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs. On the principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011, p. 109.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, p. 120.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 111-118. Es más, estos autores afirman que las conductas ofensivas que además causan un daño son las que con mayor claridad se justifica su criminalización, pero ello no significa que sean las únicas.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 99 y ss.

⁹⁸¹ FEINBERG, Joel, *Harmless wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 15.

⁹⁸² SIMESTER, A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs...*, cit., p. 117.

⁹⁸³ *Ibidem*, p. 118.

afectación al otro y no por su mera consideración social como comportamiento malo o negativo en abstracto⁹⁸⁴.

Ahora bien, para que estas fundamentaciones no incurran en cierta vaguedad en su formulación, los partidarios del principio de ofensa han agregado toda una serie de criterios limitadores sobre la justificación del castigo de las ofensas. Límites comunes en cualquier decisión de criminalización de estas en las que se compatibiliza, por un lado, el alcance y gravedad del comportamiento y, por el otro, la relevancia que este tiene tanto para el sujeto objeto de la prohibición como para la sociedad en general⁹⁸⁵. A propósito del parámetro de la gravedad, resulta imprescindible diferenciar las ofensas graves de las meras molestias. De modo que solo interesará, en virtud del principio de ofensa, aquellas que impongan al sujeto a afrontar una situación que afecte a su sensibilidad más profunda⁹⁸⁶, es decir, porque el sujeto experimenta dicho suceso y no meramente lo conoce⁹⁸⁷. En aras de precisar este criterio y restringir el campo de acción del principio de ofensa, FEINBERG propone una serie de límites internos de valoración de la gravedad en cada caso⁹⁸⁸. Concretamente, entre ellos se encuentran los siguientes: el alcance de la ofensa⁹⁸⁹, es decir, su intensidad, duración y potencial extensión a un elevado número de individuos⁹⁹⁰; las posibilidades de evitabilidad, esto es, la menor o mayor capacidad de los potenciales ofendidos involuntarios para serlo; el grado de asunción voluntaria del riesgo asumido por los potenciales testigos de la ofensa; todo ello, junto al criterio de

⁹⁸⁴ *Ibidem*, p. 117.

⁹⁸⁵ FEINBERG, Joel, *Offense to Others...*, cit., pp. 40 y ss.

⁹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 5 y ss. Esta perspectiva de exigencia de una relación directa entre afrontar personalmente la conducta y que ello le conlleve una afectación a su sensibilidad parece aproximar el principio de ofensa con el de daño, aunque el autor siempre mantiene que esta afirmación no determina que la conducta deba ser lesiva para legitimar su incriminación. Sobre esto, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 17.

⁹⁸⁷ Cuestión que implica la necesidad de no prohibir *per se* una conducta por la simple condición de no ser convencional y no resultar respetuosa hacia los otros. Motivo por el cual, por ejemplo, exclusivamente aquellos insultos graves que vayan dirigidos a desprestigiar colectivos minoritarios podrían ser objeto de criminalización. Cfr., A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs...*, cit., p. 126.

⁹⁸⁸ En este sentido, FEINBERG, Joel, *Offense to Others...*, cit., 25, 26 y 31 y ss.

⁹⁸⁹ Idea que podría reconducirse a la exigencia de inmediatez y proximidad de la ofensa al fijar como requisito que la conducta sea ofensiva por sí misma y no porque alguien la haya hecho ofensiva. Cfr., MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 25.

⁹⁹⁰ Este criterio, quizás, lo matizan con mayor especificidad SIMESTER y VON HIRSCH en el desarrollo de la esfera pública como límite. Atendiendo a este, según estos autores, lo conveniente será que el castigo de ofensas se ocupe, principal, pero no exclusivamente, de los comportamientos que se lleven a cabo en espacios públicos ya que en el ámbito privado la intervención Estatal debe ser considerablemente menor. En SIMESTER, A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs...*, cit., pp. 128-135.

eliminar aquellas susceptibilidades que se hallen fuera de los parámetros de la normalidad.

Por su parte, en relación con la importancia de la conducta para el sujeto y la sociedad, los estándares que se pueden tener en consideración⁹⁹¹ son: la relevancia del comportamiento para el sujeto que la lleva a cabo a partir de un análisis subjetivo de sus intereses vitales personales; el valor social general que puede ostentar la realización de dicha ofensa; los límites asociados a la libertad de expresión; las oportunidades alternativas de las que podría disponer el sujeto que para él serían también satisfactorios, pero inofensivos para otros sujetos; el carácter malicioso de la acción; la naturaleza del contexto en el que se lleva a cabo la conducta; y lo que podría considerarse la incorporación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad⁹⁹².

Con base en estos enfoques argumentativos, uno de los autores españoles que más próximo se ha postulado al castigo de las ofensas en los últimos años ha sido MIRÓ LLINARES. Bajo este razonamiento, propone un modelo flexible de criminalización daño/ofensa frente a los rígidos sistemas tradicionales sustentados en la noción del bien jurídico⁹⁹³. Para ello, sugiere suavizar el fundamento de legitimación del castigo a través de dos vías o líneas que, a su vez, marcan el límite al legislador entre la imposición de penas privativas de libertad y aquellas otras sanciones que no suponga tal restricción de derechos para el individuo. La primera línea estaría conformada por el paradigma del daño. En ella se englobarían todas aquellas conductas que causen una lesión inmediata o remota (similar a la idea de peligro) a un interés digno de tutela que se relaciona con la autonomía personal del individuo. En coherencia con este planteamiento, exclusivamente los comportamientos sustentados por esta primera vía podrán sancionarse con pena de prisión ya que la única forma de justificar un atentado contra la autonomía personal por parte del *ius puniendi* es mediante la afectación previa a la autonomía de otro ciudadano⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ FEINBERG, Joel, *Offense to Others...*, cit., pp. 37-44.

⁹⁹² En el sentido de que FEINBERG también aboga en su argumentación por la aplicación de un límite que imponga al legislador únicamente criminalizar las ofensas en el caso de no existir medios o instrumentos efectivos menos severos que el Derecho penal y, en todo caso, que se les aplique las consecuencias punitivas más leves. *Ibidem*, pp. 3 y 4.

⁹⁹³ MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 31.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

Junto con esta línea, a la ofensa le correspondería el límite final de aquello que puede castigarse. Si la conducta no presenta la capacidad suficiente para genera un daño a otro, únicamente se podrá sustentar la criminalización si ella supone la infracción de otras esferas de intereses reconocidas al individuo como derechos del otro a no ser ofendido o afectando su sensibilidad de forma grave⁹⁹⁵, siempre bajo el cumplimiento de una serie de requisitos⁹⁹⁶. Eso sí, en estos casos, en coherencia con su formulación, las consecuencias asociadas a la represión de tales acciones no podrán acarrear penas privativas de libertad.

Con el propósito de justificar este planteamiento, MIRÓ LLINARES concluye que el modelo flexible de criminalización es preferible frente a modelos rígidos fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque un único criterio de legitimación como puede ser el de exclusiva protección de bienes jurídicos no garantiza una menor criminalización y, de hecho, dicotomiza en exceso la discusión⁹⁹⁷ puesto que solo existe un único argumento: o es un bien jurídico o no lo es. En segundo lugar y, en consecuencia, ante tanta variedad de conductas criminalizables resulta extremadamente difuso este único criterio cuando se cumple o cuando no, transformándose así en un principio franqueable ante cualquier voluntad criminalizadora⁹⁹⁸. Todo ello le lleva a concluir que:

«Frente a un modelo con única línea roja fácil de superar entiendo preferible otro modelo en el que no haya una línea roja supuestamente infranqueable sino varias que atiendan a las distintas razones legítimas que pueden explicar las, por otra parte, diferentes posibilidades de criminalización y que obliguen a ampliar la argumentación sobre por qué hay que castigar el comportamiento de que se trate, que obliguen a reconocer en determinados casos que las razones no son equiparables a

⁹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 30 y 31.

⁹⁹⁶ Estos criterios podrían sintetizarse en tres parámetros: carácter intrínseco de la ofensa, gravedad y carácter legítimo. Los dos primeros son productos de una clara influencia «freinberiana», puesto que implican la exigencia, por un lado, de que la ofensa tenga la potencialidad suficiente para afectar la sensibilidad de cualquier individuo, con independencia de las características personales que tenga, faltando a la consideración desde una perspectiva objetiva. Por otro lado, también debe tratarse de una ofensa grave que tanto desde un prisma deontológico en relación con el hecho como en términos disuasorios sea proporcional el recurso al medio penal. Y, por último, en un sentido bastante similar al requisito que se ha analizado *supra* al examinar los planteamientos de Gimbernat Ordeig sobre los sentimientos legítimos, adopta la necesidad de que no pudiera existir un derecho por parte del que ofende a actuar de ese modo. Este último requisito, como advierte el autor, es sumamente relevante en una sociedad como la nuestra, en especial, a propósito del derecho a la libertad de expresión puesto que su aplicación implicará una limitación importante a la actividad legislativa en el ámbito penal. En profundidad en MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., pp. 30-31.

⁹⁹⁷ *Ibidem*, p. 53.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, p. 54.

las que justifican la criminalización en otro tipo de casos, que reconozcan los auténticos motivos por los que se quiere castigar una conducta sin crear “falsos daños” o “falsos bienes dignos de protección” y obliguen, así, a discutir hasta dónde puede llegar y hasta donde no la intervención penal»⁹⁹⁹.

2.1.2. Razonamientos críticos contra las propuestas de castigo de la desinformación sin bien jurídico protegido

Partiendo de las premisas anteriores, que se derivan del principio de ofensa, del castigo de sentimientos y, en suma, de propuestas de criminalización sin bien jurídico como objeto de protección, corresponde ahora formular el siguiente interrogante: ¿son estas consideraciones suficientes para sustentar una base legítima de castigo en un Estado social y democrático de derecho? Y, en consecuencia: ¿caben las propuestas de incriminación de las conductas de desinformación apoyadas en que las mismas generan meras ofensas o sentimientos?

No cabe duda que uno de los mayores desafíos contemporáneos es la necesidad de restringir la degeneración informativa que sufren las sociedades actuales a propósito de las estrategias de desinformación. Pero dicha labor no puede llevarse a cabo sino es con base en aquellos principios que sustenta los modelos penales democráticos¹⁰⁰⁰. Es por ello por lo que resulta insatisfactorio apoyarse en soluciones que, si bien podrían suponer verdaderos frenos frente a estos problemas, lo harían a costa de los cimientos que han sustentado las bases de la limitación del poder punitivo estatal, como es propio de los ordenamientos jurídicos más avanzados.

La alternativa de legitimar la criminalización de la desinformación en una posible afectación, individual o colectiva, de la sensación social de inseguridad e intranquilidad, de la pérdida de confianza o del engaño y la manipulación a través de un derecho abstracto a la verdad, resulta, a todas luces, incompatible con nuestro modelo de Estado, aunque podría fundamentarse también a través del principio de ofensa. Esta afirmación se sostiene, esencialmente, con base en cuatro críticas que se pueden enunciar a propósito del principio de ofensa y el castigo de conductas sin bien jurídico protegido.

⁹⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰⁰ En un sentido bastante similar, GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 187.

La primera crítica deriva de *la difícil compatibilidad con las exigencias de determinación derivadas del principio de taxatividad*¹⁰⁰¹. Un Derecho penal de corte democrático precisa de una patente sujeción a los límites que marca el principio de legalidad, no solo en su vertiente formal, sino también material¹⁰⁰². Raramente podría respetarse dicho mandato ante modelos caracterizados por una flexibilidad cuyas condiciones y delimitaciones resultan, de por sí, poco claras¹⁰⁰³. Prueba de ello es el continuo debate sobre las condiciones que convierten en «ilegítima» una conducta ofensiva más allá de la mera infracción normativa, así como su entidad propia en tanto en cuanto el principio del daño ya contempla las conductas ofensivas que afectan a determinados derechos¹⁰⁰⁴. Tampoco se salvaría de esta objeción, ni mucho menos, la necesidad de protección penal de los sentimientos ya que, como acertadamente ha alegado con rotundidad DONINI, carecen absolutamente de taxatividad¹⁰⁰⁵. Esto es así porque los sentimientos adolecen de concreción. Son, en sí mismo, inciertos, puesto que dependen de las diversas experiencias subjetivas y cuya aprehensión produce un desplazamiento

¹⁰⁰¹ Un estudio en mayor profundidad sobre el alcance de este principio se ofrece *infra* en el Capítulo II, apartado segundo, epígrafe 2.1. de esta tercera parte.

¹⁰⁰² MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 33.

¹⁰⁰³ De hecho, esta es una autocrítica que el propio MIRÓ LLINARES formula, si bien trata de solventar, en mi opinión con poco éxito, afirmando que es evidente que no es fácil elaborar una red lógica y coherente entre todas las condiciones que puedan legitimar la criminalización que exige una mayor depuración de los conceptos que ya se está llevando a cabo. Véase, MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 54.

¹⁰⁰⁴ THOMPSON ha cuestionado que las conductas ofensivas que Feinberg considera que se deberían criminalizar ya podrían reconducirse a la idea de daño. Así lo afirma MIRÓ LLINARES citando a THOMPSON. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 29 citando el siguiente trabajo: THOMPSON, Judith Jarvis, «Feinberg on Harm, Offense, and the Criminal Law: A Review Essay», *Philosophy & Public Affairs*, vol. 15, nº 4, 1986, p. 386.

Por su parte, aquellas propuestas que entienden que, en el fondo, las conductas ofensivas más relevantes suponen una afectación de derechos también ofrecen una delimitación confusa a la hora de establecer si el límite es el daño o la ofensa. HÖRNLE considera, por ejemplo, que lo relevante a propósito del castigo de determinadas ofensas no es la falta de respeto que suponen para los individuos, sino la necesaria violación de derechos que se les reconocen. No importa si el comportamiento ofensivo ha herido la sensibilidad general, sino si en el caso concreto rotundamente cabe apreciar que la víctima ostentaba un derecho reconocido a no ser sometido a esa conducta. Este planteamiento desdibuja la frontera entre ofensa y daño y, bajo ella, solo es posible admitir el principio de daño como fundamento de legitimación como así acaba considerando la autora. Es más, matiza, el simple hecho de tratar de forma desconsiderada al otro no puede constituir, en ningún caso, una conducta merecedora de reproche penal. El *quid* de la cuestión no subyace en la afectación emocional de la víctima, sino en la existencia previa de un derecho derivado de la ley positiva de no violar determinadas esferas de libertad del individuo. Todas estas reflexiones se ofrecen en Hörnle, Tatjana, «Legal Regulation of Offence», en Von Hirsch, Andrew and Simester, A.P. (eds.), *Incivilities. Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 142 y ss.

¹⁰⁰⁵ Por esta razón, justifica el autor, el ordenamiento jurídico penal no tutela meros sentimientos sino, en todo caso, su objetivación en situaciones sociales, a través de bienes jurídicos y al margen de percepciones subjetivas. En DONINI, Massimo, «“Danno” e “offesa” nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 4, 2008, pp. 1577-1578.

desde el sentimiento hacia lo que se piensa sobre ese sentimiento¹⁰⁰⁶; irreconciliable con el mandato de certeza.

Desde esta óptica ya se puede rechazar o, al menos, reconsiderar, un fundamento del castigo del fenómeno de la desinformación en su capacidad de ofender o producir sentimientos inadecuados frente a otros. En otras palabras, apoyar la descripción de la conducta típica en la proyección de intereses tan vagos, de compleja aprehensión y dependientes de subjetividades, infringe un pilar básico de nuestro ordenamiento que, *ab initio*, complica la tarea del intérprete y, en consecuencia, su aplicación práctica. Quizás por ello, el espíritu de la iniciativa italiana de criminalización de las noticias falsas señalada anteriormente, conformada por intereses de protección tan difusos como los expuestos, haya sido el principal argumento de crítica de la mayoría de la doctrina penal italiana¹⁰⁰⁷.

Al mismo tiempo, abrir de par en par las puertas de la represión punitiva a través del castigo de la ofensa y de los sentimientos produce un *acercamiento a un sistema penal «moralizante»*. Por mucho que los partidarios del principio de ofensa nieguen que se legitime el castigo en función de parámetros basados en la moral, lo cierto es que los elementos que sustentan dicho principio no se alejan de argumentaciones incriminatorias

¹⁰⁰⁶ Conceptualmente, la protección penal de sentimientos es contraria a exigencias de certeza y taxatividad ya que carecen del grado de concreción que debe exigirse a un interés merecedor de protección penal. En este mismo sentido se ha pronunciado ALONSO ÁLAMO, ya que considera que su intelección objetivada lleva implícita, en cierta medida, su reelaboración y ello determina su desplazamiento hacia otro terreno. Los objetos de protección penal, al igual que ocurre con aquellos con estrecha vinculación con los sentimientos, nacen discursivamente dentro de un contexto referencial de derechos humanos que limita la acción legislativa. Este proceso de objetivación sobre los sentimientos, en consecuencia, determina ciertas dificultades de concreción y de incertidumbre. En ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., pp. 72-74. Por otro lado, siguiendo a NÚÑEZ CASTAÑO, tomar como referencia la moral o el sentimiento general para crear un tipo penal conlleva serias dificultades de concreción sobre qué se entiende como tal, sobre todo debido a la mutación cultural e histórica a la que inevitablemente se ven sometidos dichos conceptos. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión», en Ferré Olivé, Juan Carlos et al., (eds.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho penal, Tomo II*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, p. 712.

¹⁰⁰⁷ Así pues, ha sido una constante, en los trabajos italianos destinados a analizar las propuestas incriminatorias de la desinformación en línea, derivadas de la Ley Gambaro, denunciar críticamente la enorme vaguedad e indeterminación de los elementos que componían las conductas pero, sobre todo, de los objetos de protección que se derivaban de ellas. En esta línea, BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», cit., p. 321; VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche...», cit., p. 55; LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 26; COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 72; DE SIMONE, Federica, «Fake news, post truth, hate speech...», cit., p. 13; PERUCCHIETTI, Enrica, *Fake news. Dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere consenso*, Arianna Editrice, Bologna, 2018, p. 196 y CUNIBERTI, Marco, «Il contrasto alla disinformazione...», cit., p. 31.

moralistas. Basta acudir a algunos criterios que se utilizan para comprender qué entienden por ofensa para concluir cómo, en realidad, ambas vías de criminalización no son tan dispares. Recuérdese que consideran constitutivas de ofensa conductas injustas que ocasionan experiencias no placenteras, bien porque suponen faltar el respeto al otro, bien porque afectan a la sensibilidad por resultar contraria a las convicciones morales. Con esto, se ha afirmado que el principio de ofensa, en el fondo, constituye un verdadero moralismo legal¹⁰⁰⁸ a través del cual, partiendo de vías de razonamiento no idénticas, se llegan a las mismas conclusiones sobre aquello que se puede o no criminalizar¹⁰⁰⁹.

Desde esta perspectiva, planteamientos tipificadores basados en ofensas y sentimientos implicarían un retroceso hacia aquellos tiempos en los que la respuesta punitiva se inspiraba en la orientación de la voluntad, mediante la mera protección de la propia norma de conducta, sin ningún interés jurídico detrás de ella y sin mayor utilidad que la de mantener su propia vigencia fáctica¹⁰¹⁰. A la inversa, en un Estado social y democrático de derecho, el aspecto negativo de prevención general o intimidatorio del Derecho penal debe concurrir con un aspecto positivo cuya función estabilizadora limite a la primera en aras de evitar que, mediante la coacción, se imponga una adhesión interna de los ciudadanos sobre ciertos valores¹⁰¹¹. Si no fuera así, no estaríamos ante un Derecho

¹⁰⁰⁸ Así pues, ALEXANDER, por ejemplo, argumenta que el principio de ofensa no se diferencia en lo sustancial del moralismo legal. De hecho, considera que la única divergencia podría ser el rechazo de las conductas inmorales que se llevan a cabo en privado, pero estas también acaban siendo desechadas como conductas criminalizables, por otras razones, por el moralismo legal. En ALEXANDER, Larry, «The Legal Enforcement of Morality», FREY, R. G. and HEATH WELLMAN, Christopher (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Malden, 2003, p. 136.

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*, p. 134. Coincide expresamente con esta idea MIRÓ LLINARES al aceptar que las diferencias prácticas sobre aquello que se considera que pueda ser objeto de criminalización entre los partidarios del principio de ofensa y los seguidores del moralismo legal son mínimas. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 20, nota a pie 92.

¹⁰¹⁰ A propósito de la crítica de nuestro sistema penal sobre la no necesidad de volver a las fases punitivas cuya máxima era orientar la voluntad o los pensamientos véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, cit., pp. 289-290. Por su parte, AMELUNG recuerda cómo en el sistema continental, se ha venido diferenciando entre la necesidad de proteger bienes jurídicos y todo aquello relativo con la moral y los sentimientos desde que en la teoría del injusto comienza a diferenciarse entre desvalor de acción y de resultado y en consecuencia, se rechaza la protección de sentimientos ya que estos no son más que intereses de protección aparentes en los que únicamente se persigue el mantenimiento de la vigencia fáctica de la norma. En AMELUNG, Knut, «El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 234-235.

¹⁰¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, cit., pp. 31 y 32. Según este autor, para conseguir este propósito la intimidación penal debe ejercerse dentro de unos límites que marca la exclusiva protección de bienes jurídicos, la necesidad de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, etc. Con ello se generará una adecuada intimidación estabilizadora tal y como lo denomina. Efectivamente, por ello, tal como razona NÚÑEZ CASTAÑO, aquellos ilícitos penales que en realidad afectan a determinados sentimientos individuales o colectivos directamente vinculados con la moral no deberían ser legítimos desde la

penal de garantía del individuo, sino más bien de garantía del propio poder estatal. De este modo, si ya se critica el carácter maleable del uso de la ley penal aun existiendo un límite tan restrictivo como el de protección de los bienes más importantes de una sociedad, con mayor razón podrá ponerse al total servicio del régimen correspondiente el instrumento punitivo si dichos límites son más laxos o, incluso, si desaparecen. Por ello, valores tan abstractos como la verdad¹⁰¹² o sentimientos de inseguridad, cuya ductilidad puede hacerse depender de las aspiraciones que se deseen, no pueden subyacer bajo la apariencia de intereses dignos de protección si se desea garantizar adecuadamente un pluralismo informativo cada vez más amplio.

Existen pues, importantes barreras que desaconsejan el uso de la ley penal en el mero hecho de ofender al otro o, simplemente, herir los sentimientos de una colectividad, fundamentalmente por su poca capacidad para constituirse como verdaderos principios que sirvan para limitar el poder represivo más duro y feroz del que dispone el aparato del Estado¹⁰¹³. En palabras de MIR PUIG, «[E]l Derecho penal sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente *necesario* para proteger a los ciudadanos»¹⁰¹⁴. No puede ser más preciso este autor al indicar que la aparición del ordenamiento punitivo debe surgir cuando sea «absolutamente necesario», de lo cual se deriva una clara conclusión: la fundamentación del ejercicio del *ius puniendi* debe ampararse en estrictos y severos criterios que reduzcan su capacidad de castigo en aras de preservar, lo máximo posible, las esferas de libertad (en sentido amplio) de los ciudadanos. No sirve, entonces, cualquier

concepción de un Estado democrático, debiéndose considerar irrenunciable la exigencia de que el correspondiente acto comunicativo afecte a los derechos individuales o colectivos de un modo claro y concreto. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Delitos de expresión...», cit., p. 12.

¹⁰¹² En ese sentido, coincido con la apreciación de COSTANTINI quien, a propósito del proyecto de ley Gambaro defiende que la verdad, cualquiera que sea su consideración, no puede elevarse a rango de interés con trascendencia constitucional en el actual orden constitucionalista pluralista. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 75. Línea que también ha seguido GUERCIA cuando afirma que el pluralismo informativo se vería claramente mermado por el marco represivo que se desprende de las iniciativas de regulación de noticias falsas en el mismo texto legal citado. En GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle fake news...», cit., p. 1261.

¹⁰¹³ Igualmente, BAKER se muestra muy crítico con el principio de ofensa al considerarlo una formulación vacía sin la entidad suficiente para constituir una justificación objetiva que permita limitar aquello que pueda o no criminalizarse. Especialmente porque parte de la premisa de la tipificación de conductas exclusivamente en los casos en los que sean injustas e impliquen consecuencias negativas relevantes. En BAKER, Denisse, J., *The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, Ashgate Publishing, Surrey, 2011, p. 8.

¹⁰¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, cit., p. 37 (cursiva perteneciente al autor). Precisamente por ello el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe constituir la base funcional de imposición al *ius puniendi* de no acudir a la pena cuando socialmente no sea imprescindible ni precisa desde la prevención. Idea que encuentra su fundamento político en el art. 1.1 de la CE como se desarrolla en MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, cit., pp. 39 y 40.

tipo de razonamiento y menos aún si este se apoya en principios tan poco significativos para el individuo.

Si se opta, en cambio, por argumentaciones que amplían la esfera de acción legislativa se corre el riesgo de avanzar hacia un *Derecho penal «ultraexpansivo»*, mediante el cual se tiende a sustituir el principio *in dubio pro libertate* por el de *in dubio pro securitate*¹⁰¹⁵. En ese caso, carece de sentido que se respalden planteamientos que potencian los efectos expansivos si, precisamente, en los últimos años una de las principales labores dogmáticas y político criminales es la de frenar el fenómeno de expansión penal al que se ha sometido con el paso a la sociedad del riesgo y, posteriormente, a la sociedad digital. *A priori*, pueden resultar interesantes las propuestas de varias velocidades o de fijación de varios límites al legislador en función de la gravedad del ataque (daño/ofensa)¹⁰¹⁶, sin embargo, a veces quienes propugnan estas soluciones parecen olvidar que existe vida más allá del ámbito penal. Por mucho que se desee ampliar el grado de garantías que presenta esta rama del ordenamiento jurídico a otras esferas, cabe recordar que esta constituye el reverso de la moneda ineludible frente

¹⁰¹⁵ El reconocimiento del otro no se consigue a través de un incremento de Derecho penal. Esta visión instrumental del orden punitivo implicaría sustituir la inseguridad ante comportamientos ofensivos por una inseguridad frente a un Derecho penal surgido del miedo. No es pues labor del ordenamiento punitivo la de acabar con el miedo ya que, bajo el engañoso manto de la necesidad de enfrentarse a tales temores se pueden cometer las vulneraciones de libertad del ciudadano más injustificadas. Por ello, los sentimientos no pueden ser objeto de protección directa ya que los miedos de la gente (como puede ser la vergüenza o la autoestima) pueden abrir las puertas a una inaceptable represión por la seguridad. Véase, estas reflexiones en ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., pp. 92 y 95.

A propósito de la incriminación de las noticias falsas en la iniciativa de la Ley Gambaro en Italia, precisamente se ha criticado su carácter liberticida por constituir un instrumento en el que, con la apariencia de perseguir la desinformación, se busca reprimir el disenso general. En PERUCCHIETTI, Enrica, *Fake news. Dalla manipolazione...*, cit., pp. 196 y 197. Con esta propuesta de ley, en definitiva, se quiere señalar un miedo inexistente a través de la satanización de las redes sociales como herramienta de propaganda antidemocrática, con la finalidad de ampliar el campo de acción de lo penalmente relevante, desarrollándose un Derecho penal más represivo. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle fake news...», cit., p. 71. Desde esta perspectiva, no resulta tan llamativo que hasta ahora los ordenamientos que han introducido leyes penales que castigan la difusión de noticias falsas hayan sido aquellos antidemocráticos mediante descripciones típicas incompatibles con los principios esenciales que se caracterizan en el ámbito europeo. En GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale...*, cit., p. 183.

¹⁰¹⁶ Es más, el propio MIRÓ LLINARES también advierte que uno de los riesgos más notorios de un modelo que permite justificar el castigo no solo en la lesión a un interés es el de la reducción significativa de las exigencias de criminalización, pudiéndose llevar a cabo esta tarea de manera más simple y con mayor facilidad. Para evitar esta situación, el autor propone desarrollar parámetros claros y diferenciados de exigencia entre aquellas que puedan reconducirse el daño y las que puedan reconducirse a las ofensas, ya que los límites de represión penal son cualitativamente distintos. En MIRÓ LLINARES, Fernando, «La criminalización de conductas...», cit., p. 55. No obstante, además de la complejidad de establecer criterios tan claros que diferencien caso por caso cada una de estas posibilidades, como ya se ha tenido ocasión de señalar previamente, hay que tener presente que con ello no se consigue solventar el interrogante sobre qué necesidad hay de acogerse necesariamente al ordenamiento punitivo cuando existen múltiples rama del Derecho que podrían utilizarse para perseguir las conductas de menor entidad y no correr el riesgo así de pervertir el Derecho penal.

al poder de limitación de derechos más significativo del que dispone el Estado. Por lo que, frente a conductas más leves resulta más conveniente acudir a vías regulatorias alternativas. No se acaba el mundo por hacer uso de otros órdenes de regulación de la convivencia social del que también dispone un territorio.

En relación con las conductas de desinformación que no afecten a ningún bien jurídico penal, la cuestión no debe ser si han de sancionarse con penas distintas de las privativas de libertad, al no formar parte del «daño», sino de la «ofensa» (siguiendo la tesis flexible de MIRÓ LLINARES), sino en discernir si se trata de un comportamiento que debería preocupar al Derecho penal. O bien, al contrario, si en realidad pudiera ser objeto de regulación de otros órdenes como el civil o el administrativo.

A los anteriores argumentos, cabría añadir el vinculado con *el peligro de transformación hacia un modelo de protección penal de sujetos pasivos*, como ilustrativamente ha denominado ALONSO ÁLAMO¹⁰¹⁷. Le asiste totalmente la razón a esta autora cuando afirma que la protección penal de los sentimientos produce una desviación desde los hechos hacia el sujeto pasivo y sus sentimientos. Consecuentemente, el Derecho penal del hecho se relativiza y subjetiviza, dando paso no tanto a un Derecho penal de autor, sino más bien a un Derecho penal de sujetos pasivos¹⁰¹⁸. Sin embargo, esta idea colisiona frontalmente con el espíritu de un sistema democrático cuya herramienta de represión no debe consistir exclusivamente en defender a la mayoría de los delincuentes, sino también en respetar la dignidad de estos y en el ofrecimiento de alternativas a su comportamiento criminal¹⁰¹⁹.

Puede ser cierto, como explica AMBOS, que la aceptación o rechazo social sobre ciertas formas de comportamiento conforme (queramos o no) los cimientos colectivos de nuestra política criminal¹⁰²⁰. Sin embargo, y esto es algo que también aclara este autor, conviene tener cautela y esto no debe traducirse en la necesidad de invocar el sentimiento popular como sustento de una determinada medida político criminal racional determinada¹⁰²¹. Todavía menos en una sociedad en la que el populismo punitivo está a

¹⁰¹⁷ ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., p. 64.

¹⁰¹⁸ *Idem*.

¹⁰¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena...*, cit., pp. 33 y 34.

¹⁰²⁰ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., pp. 345-346.

¹⁰²¹ *Ibidem*, p. 346. En este sentido, el autor expone como ejemplo paradigmático para no fundamentar la criminalización en las sensibilidades de la ciudadanía el principio nazi del sano sentimiento popular (*gesundes Volksempfinden*).

la orden del día, en parte, por cierto, por las dinámicas discursivas inherentes a las plataformas digitales, que constituyen las vías de interrelación con el entorno más comunes en estos momentos.

Ciertamente, podría considerarse que a propósito de la sociedad digital se ha producido un cambio en la actitud social en la que la creación y difusión de noticias falsas se ha convertido en una actividad cotidiana y, en consecuencia, los peligros derivados de ella se han visto multiplicados considerablemente¹⁰²². Sin embargo, este cambio de actitud colectiva, sin más, no puede sustentar la criminalización de la desinformación. Hará falta algo más. Y ese «algo más» debe ser lo suficientemente relevante para que se pueda acudir al Derecho penal. Por mucho que se observe en nuestra política criminal de los últimos años actitudes legislativas (algunas de ellas materializadas) en las que, en realidad, se están castigando ofensas o sentimientos, quizás la aproximación metodológica más acertada, como pertinentemente ha apreciado HÖRNLE, sea trasladar el enfoque *de lege lata* a uno de *lege ferenda*¹⁰²³ para así descubrir realmente aquellos ilícitos penales que deberían expulsarse de este ámbito del Derecho.

En otras palabras, por mucho que teorías como la del principio de ofensa ofrezcan una explicación lógica sobre las razones reales por las que determinadas conductas se hallan en nuestros textos punitivos (perspectiva *de lege lata*), una labor crítica que ponga de manifiesto las terribles consecuencias a las que se está llegando mediante tal visión y la necesidad de que estas sean expulsadas (perspectiva *de lege ferenda*) resulta más satisfactoria y conveniente. Y esta tarea de limitación ineludible la realiza de forma más contundente, como se explicará más adelante, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

¹⁰²² En este sentido, se ha afirmado que la proliferación de proyectos legislativos encaminados a frenar el fenómeno de la desinformación a través del recurso del Derecho penal representa claramente las preocupaciones y demandas punitivas que están surgiendo de la sociedad. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle *fake news*...», cit., p. 70.

¹⁰²³ HÖRNLE, Tatjana, «La protección de sentimientos en el StGB», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 376 y ss.

2.2. Principio del daño del modelo angloamericano

2.2.1. Algunas consideraciones esenciales

Frente a la incapacidad de la teoría del bien jurídico para proporcionar una adecuada respuesta a alguno de los nuevos desafíos originados en los últimos años¹⁰²⁴, ha destacado la teoría del *harm principle* como un principio complementario¹⁰²⁵ de legitimación de situaciones más complejas.

El origen más reconocido de esta doctrina se sitúa en el ensayo *On Liberty* de John Stuart Mill¹⁰²⁶ (1859) cuyos razonamientos colocan a la libertad humana como aspecto determinante para orientar las políticas incriminatorias¹⁰²⁷. Estas, según el citado autor, deben guiarse por un principio básico: que el único fin para el que el ser humano está autorizado, de manera individual o colectiva, a obstaculizar la libertad de acción de cualquier miembro de la comunidad es la autoprotección. De modo que, el propio bienestar de la persona, sea físico o moral, no constituye una autorización suficiente, sino que el único propósito que puede legitimar el ejercicio del poder sobre los individuos de una comunidad civilizada contra su propia voluntad es para prevenir el daño a otros¹⁰²⁸. En otras palabras, el mero hecho de que el ejercicio del poder coactivo resulte beneficioso para el ciudadano porque hacerlo sería correcto o, incluso, le haría más feliz, no constituye un fundamento suficiente, sino que lo sería el hecho de que con ello se evite una lesión a terceros.

Estas ideas tuvieron un calado esencial en el conocido «Informe Wolfenden»¹⁰²⁹ que marcó un hito trascendental en la historia, propiciando un debate acerca de la finalidad del Derecho penal en relación con conductas inmorales que carecían de víctima

¹⁰²⁴ Algunos de los ejemplos que se suele citar en este sentido son aquellos intereses colectivos, difusos o supraindividuales relacionados con el castigo en el orden tributario o del sistema financiero, así como casos como los relativos a la transfusión coactiva de sangre, el uso de drogas o la irrupción del tratamiento en pacientes con estado terminal. Véase, al respecto, ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm Principle* y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg», *Revista Penal México*, n° 13, 2018, p. 104.

¹⁰²⁵ Interesante, en este sentido, el trabajo ofrecido en AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., *passim*.

¹⁰²⁶ En esta investigación se utilizará la siguiente edición: MILL, John Stuart, *On liberty*, Penguin Classics, London and New York, 1985, *passim*.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰²⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰²⁹ Committee on homosexual offences and prostitution, *The Wolfenden report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London, 1957.

en Reino Unido¹⁰³⁰. Así pues, a propósito de la controversia sobre la criminalización de la homosexualidad y la prostitución, en dicho informe se reforzaba la relevancia que se debía otorgar en la sociedad a la libertad individual, declarando que debían quedar al margen de la ley aquellas actuaciones que pudieran considerarse inmorales y fueran realizados en el ámbito privado¹⁰³¹. Consecuentemente con ello, se termina sugiriendo la despenalización de la homosexualidad en privado¹⁰³² y se recomienda el tratamiento de la prostitución como un problema social, solo relevante cuando se lleva a cabo en público¹⁰³³.

A propósito de estas consideraciones, se asentó la idea, también trabajada por HART¹⁰³⁴, de evitar respaldar la intervención coactiva en la inmoralidad del comportamiento, en pro de dotar de único protagonismo a la necesidad de causar un daño a otro. En este sentido, uno de los defensores más férreos de la teoría del daño ha sido RAZ. Este autor, siguiendo la estela de Hart, rechaza que el Derecho penal tenga la función de fortalecer la moral¹⁰³⁵ y, para ello, se sirve de la autonomía personal como

¹⁰³⁰ Debate cuya máxima representación la encabezaron Devlin (desde un enfoque moralista) y, por otra parte, Hart (a partir de un enfoque en defensa del derecho del daño). Resumiendo sus planteamientos, según DEVLIN la defensa de la moral constituía una parte esencial de la supervivencia social, por lo que, en gran parte, la función del Derecho penal era otorgar una especial protección a una serie de principios morales con el propósito de preservar su conservación. En cambio, HART rechazaba la necesidad de un refuerzo legal de la moral para garantizar la cohesión social. De modo que, según su parecer, era necesario separar la inmoralidad de las conductas que debían ser objeto de regulación, coincidiendo, así, con las principales conclusiones del Informe Wolfenden. Las dos obras principales de cada uno de estos autores a través de las cuales sustentaron sus posiciones enfrentadas fueron DEVLIN, Patrick, *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, *passim* y HART, Hebert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, *passim*.

¹⁰³¹ En concreto, el párrafo 61 del citado informe Wolfenden indica:

«la importancia que la sociedad y el derecho deberían dar a la libertad individual de elección y acción en cuestiones de moralidad privada. A menos que la sociedad, actuando a través de la ley, haga un intento deliberado de equiparar la esfera del delito con la del pecado, debe permanecer un ámbito de moralidad e inmoralidad privadas que, en términos breves y crudos, no son asunto de la ley. Decir esto no es tolerar ni alentar la inmoralidad privada. Por el contrario, enfatizar la naturaleza personal y privada de la conducta moral o inmoral es enfatizar la responsabilidad personal y privada del individuo por sus propias acciones, y esa es una responsabilidad que se puede esperar que un agente maduro asuma por sí mismo sin la amenaza de castigo por parte de la ley»

¹⁰³² Así, el párrafo 62 del informe reza: «En consecuencia, recomendamos que el comportamiento sexual consentido entre adultos en privado ya no sea un delito».

¹⁰³³ En el párrafo 227, con contundencia, el Comité consideró que: «No nos preocupa la prostitución en sí, sino la manera en que las actividades de las prostitutas y de quienes están asociadas con ellas atentan contra el orden público y la decencia, exponen al ciudadano común a lo que es ofensivo o perjudicial, o implican la explotación de otros». Por ello, en el párrafo 275 tan solo avalan la sanción cuando se trata de prostitución en las calles, aconsejando un reajuste de la multa, así como la introducción de un sistema de sanciones progresivamente más altas.

¹⁰³⁴ HART, Hebert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963, pp. 50-52.

¹⁰³⁵ RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 421-423. De hecho, con contundencia defiende que no se debe extender el principio del daño más allá de su ámbito para poder legitimar el uso coactivo del poder del Estado para evitar o prevenir ofensas.

factor esencial en la limitación de la intervención punitiva¹⁰³⁶. Precisamente con el objetivo de ilustrar estas ideas, se sirve del principio del daño el cual lo incluye dentro del «principio de libertad»¹⁰³⁷, vinculando directamente aquel con las ideas de autonomía y libertad. Partiendo de la premisa de que la autonomía es la posibilidad de que el individuo mantenga una serie de oportunidades y la capacidad de usarlas, cualquier conducta destinada a impedir optar o utilizar alguna de estas opciones es una manera de causar un daño al otro. Es decir, el daño consiste en la reducción de oportunidades de las que dispone el ser humano y, en definitiva, su autonomía y libertad. Por ello, la única forma de legitimar una restricción en la autonomía individual debe ser por la preservación de la autonomía del resto¹⁰³⁸. Lo cual conduce a la conclusión de que, si el Estado tiene la misión de promover el bien común entendido como la creación de las condiciones precisas para que el individuo pueda desarrollarse autónomamente, la única manera de inmiscuirse en la autonomía y libertad del individuo debe partir exclusivamente de la evitación de que se violen la autonomía y libertad causada a terceros mediante un daño y no a través de la imposición de comportarse de un modo moralmente adecuado¹⁰³⁹.

No obstante, es gracias a FEINBERG y su obra sobre *Los límites morales de la ley penal* citada anteriormente a quien se debe la consolidación del *harm principle*. Más concretamente, es en su primer volumen titulado *Harm to Others* en el que desarrolla los postulados esenciales sobre este principio. A pesar de que en su teoría sobre la legitimación de la intervención penal se aparta de los planteamientos de Mill al justificar la criminalización también de comportamientos ofensivos, como se ha tenido ocasión de analizar en el apartado anterior, conviene en este punto centrarse en las aproximaciones principales propugnadas por el autor directamente vinculadas con el principio de daño y no con el de ofensa.

FEINBERG coincide en que el término «daño» puede ser ciertamente ambiguo puesto que puede comprender tres sentidos esenciales¹⁰⁴⁰. Ahora bien, soslayando el primero de ellos, el cual hace referencia a la afectación sobre las cosas, los dos restantes son los relevantes para aprehender el verdadero significado del *harm principle*. Por una

¹⁰³⁶ *Ibidem*, pp. 369-370.

¹⁰³⁷ *Ibidem*, p. 413.

¹⁰³⁸ RAZ, Joseph, *The Morality...*, cit., p. 418.

¹⁰³⁹ *Ibidem*, p. 423.

¹⁰⁴⁰ FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., pp. 31-64. Por su parte, emplea ocho verbos para expresar las formas de daño: violar, invadir, poner en peligro, hacer retroceder, someter, reprimir, impedir y condenar sus intereses. En *ibidem*, p. 51.

parte, daño puede entenderse como el hecho de frustrar, entorpecer o derrotar los intereses de otra persona como consecuencia de la interferencia en sus planes¹⁰⁴¹. Por la otra, como un retroceso ilícito de un interés de otro individuo, como consecuencia de un comportamiento injustificable¹⁰⁴². El principio del daño que fundamenta el castigo penal se compone precisamente de estos dos sentidos, de modo que debe entenderse como la lesión a otra persona de manera injustificable e inexcusable de sus derechos, resultando así estos desplazados o frustrados¹⁰⁴³.

En consonancia con estas consideraciones, este autor también aborda la cuestión relativa al proceso de evaluación del daño, que puede resolverse en función de un enfoque relativista o no relativista¹⁰⁴⁴, partiendo de la posición inicial del interés posiblemente dañado. Desde el primero, la lesión se determina a propósito de si su posición ha mejorado o retrocedido en relación con donde estaba antes¹⁰⁴⁵. Desde el segundo, el daño puede evaluarse según si el interés afectado se encuentra, o no, por debajo de la línea central en comparación con una «condición de menoscabo»¹⁰⁴⁶.

En otro orden de cosas, aunque una interpretación original de la noción del daño parezca incluir exclusivamente aquellas conductas que efectivamente producen una violación determinada de derechos con lesiones tangibles, la mayoría de los partidarios de este principio también incluyen el riesgo de dañar como conducta que puede ser prohibida penalmente¹⁰⁴⁷. En este sentido, si bien parece que la criminalización del riesgo haya sido cuestionada por FEINBERG¹⁰⁴⁸, lo cierto es que el autor termina proponiendo

¹⁰⁴¹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁴² *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁴³ *Ibidem*, pp. 34-36. Cabe matizar que el autor distingue entre derechos morales y legales. Los primeros no siempre son exigibles por la ley. No obstante, cuando esta los refleja se convierten en legales. De modo que solo aquellos intereses morales que se materializan en legales pueden ser garantizados por el Estado para preservar un mínimo de bienestar. Ahora bien, el mismo autor reconoce que es una tarea arduamente difícil para el legislador identificar cuál es ese bienestar al que debe aspirar cada individuo puesto que cada uno preserva su propia personalidad y conciencia. FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., pp. 110-113. Este es, precisamente, uno de los principales problemas de fundamentar determinadas opciones de criminalización en cuestiones tan subjetivas.

Aunque ciertamente el daño se observa desde una perspectiva más deontológica, centrada en la naturaleza de la conducta, que en sus consecuencias, en realidad, el requisito de ilicitud incorpora una perspectiva normativa. Véase, sobre esto, AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 361.

¹⁰⁴⁴ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 361.

¹⁰⁴⁵ FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., p. 54.

¹⁰⁴⁶ *Idem*.

¹⁰⁴⁷ SIMESTER, A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs...*, cit., p. 44; AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 363.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, el autor expresa: «La aplicación legislativa del principio del daño también debe basarse en generalizaciones empíricas relativas a los posibles efectos de intereses estándar protegidos de varios tipos estándar de acciones peligrosas. El daño a intereses estándar debe ser prevenido prohibiendo acciones

condiciones esenciales que debe tener en cuenta el legislador en estos casos. Sintéticamente, introduce tres reglas fundamentales a tomar en consideración: la magnitud de ese posible daño, la probabilidad que ostente de dañar por sí solo y el valor independiente de la conducta que crea el riesgo, tanto para el autor como para los individuos afectados, así como para la sociedad en general¹⁰⁴⁹.

La autonomía del individuo como criterio perteneciente al principio de daño adquiere un rol importante en lo que concierne al consentimiento. Por una parte, porque limita la intervención del Estado sobre la libertad individual en los supuestos de las autolesiones. Salvo que el individuo no goce de una autonomía plena (ausencia de la capacidad de consentir los perjuicios causados a sí mismo), debe preservarse la libertad individual¹⁰⁵⁰. Y, por el otro, en consonancia con este planteamiento, la condición de víctima solo puede sustentarse en el caso de que el daño sufrido realizado por un tercero no haya sido consentido¹⁰⁵¹. En virtud del principio *volenti non fit iniuria*, se admite la posibilidad de que el individuo consienta la frustración de sus propios derechos, de modo que el daño producido se convierte también en responsabilidad de aquel que lo consiente¹⁰⁵². Eso sí, siempre que este sea, como no puede ser de otro modo, completo y voluntario ya que, en caso contrario, quedará legitimada la intromisión del Estado a través del *harm principle*¹⁰⁵³.

Evidentemente, la función que cumple el principio de daño en relación con el castigo no ha sido uniforme. En este sentido, AMBOS ha resumido los dos puntos de vista principales al respecto: aquel que se centra en los efectos de la conducta y aquel que dota de mayor importancia a la propia conducta en sí¹⁰⁵⁴. A propósito del primero, el daño se concibe desde un prisma utilitarista mediante el cual la función principal del castigo no es otra que la de prevenir el daño. En contraposición, el principio de daño puede

que probablemente los invaden, pero ¿qué probable debe ser el daño para justificar una prohibición penal?». En FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., p. 190.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, p. 191.

¹⁰⁵⁰ Si se desea indagar sobre esta cuestión, véase ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm principle...*», cit., p. 104.

¹⁰⁵¹ FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., p. 117.

¹⁰⁵² *Ibidem*, p. 115.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, p. 116. Desde esta perspectiva, Feinberg considera que es posible imaginar delitos sin víctima pues serán aquellos casos en los que bien el resultado lesivo exclusivamente afecta al agente, bien porque existe un consentimiento válido sobre los daños producidos por un tercero. En FEINBERG, Joel, *Harm to Others...*, cit., pp. 116-118. Si bien, en coherencia con su planteamiento, en estos casos no estará legitimada la intervención del poder punitivo por los daños producidos.

¹⁰⁵⁴ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle...*», cit., p. 355.

analizarse a partir de una visión deontológica, sustentándose la necesidad de castigo o no en función de si la conducta puede considerarse de por sí dañina o con riesgo de dañar. Como explica el citado autor, esta diferenciación comporta relevantes consecuencias¹⁰⁵⁵ puesto que si se considera el daño de forma preventiva se perseguirá un equilibrio deontológico de las consecuencias en juego. Por el contrario, un daño de corte deontológico no le otorgaría la relevancia suficiente a los posibles efectos que pueda generar la conducta.

En cualquier caso, la aplicación de este principio de daño ha sido llevado hasta sus últimas consecuencias por autores como BAKER, quien lo considera como única condición de criminalización y, asimismo, como auténtico derecho constitucional que deslegitima una intervención en la libertad del individuo por parte del Estado¹⁰⁵⁶ en caso de que no se cumpla. Ello con base en una conceptualización del principio como la causación objetivable de efectos lesivos sobre los intereses de otro debido a un actuar injusto y culpable.

2.2.2. Proximidad con la teoría del bien jurídico protegido

Si bien es cierto que la teoría del *harm principle* está adquiriendo una importante influencia dentro del sistema romano-germánico¹⁰⁵⁷, existen importantes inconvenientes que podrían explicar su todavía aplicación secundaria. El elemento de «interés» sobre el que se sustentan los estados lesivos, aunque presenta semejanzas con la teoría del bien jurídico, es ciertamente más abstracto. Se requiere, en cualquier caso, una definición todavía más precisa y selectiva del concepto de interés para posibilitar una función crítica del principio del daño¹⁰⁵⁸. Con base en estas consideraciones, resulta más complicado dar

¹⁰⁵⁵ *Idem.*

¹⁰⁵⁶ BAKER, Denisse, J., *The Right Not to be Criminalized...*, cit., pp. 38-40 y 45.

¹⁰⁵⁷ Son partidarios de esta opinión ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm principle*...», cit., p. 119.

¹⁰⁵⁸ En un sentido similar, ofrece esta crítica KAHLO al entender que sería conveniente, sobre todo para que una función crítica del *harm principle* fuera viable y convincente, que se definiera con mayor precisión el decisivo término «interés» con el propósito de superar la difusa imagen de una lesividad social (*harm to others*) de naturaleza tan abstracta. En KAHLO, Michael, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 57.

respuestas a interrogantes como: ¿qué intereses del individuo son dignos de protección penal?, ¿sirve cualquier tipo de derecho o interés con tal de que se lesione?

Asimismo, las precisiones de Feinberg sobre la valoración del daño no evitan la difícil cuantificación de este si se toman como base parámetros como el de bienestar. Esto es así, porque resulta extremadamente complejo y a todas luces problemático cuantificar un empeoramiento de la vida del sujeto en dichos términos¹⁰⁵⁹. Desde un enfoque relativista, algo que podría ser considerado como una disminución del bienestar, puede no corresponderse con una reducción relevante, teniendo en consideración la situación personal del concreto individuo, puesto que dicho *quantum* de bienestar ya era previamente reducido. Y, a partir de aproximaciones no relativistas, por otro lado, podría ocurrir que su nivel de bienestar estuviera previamente por debajo del límite adecuado a la situación que sería catalogada como «normal» del ser humano y que aún continuase siendo inferior a dicho límite¹⁰⁶⁰.

Por su parte, es sumamente indeseable fundamentar las fronteras del poder punitivo sobre un uso impreciso de conceptos tan amplios como la autonomía o la libertad. Sobre todo, si se parte de sociedades avanzadas y complejas como las actuales en las que las numerosas y simultáneas interrelaciones hacen extremadamente complicado resolver cuestiones relativas a los límites sobre los que finaliza la libertad de uno y comienza la libertad de otro¹⁰⁶¹, a diferencia de la noción de bien jurídico, que ya de por sí constituye un concepto relacional entre bien, realidad y sujeto, de modo que los fundamentos ya se erigen sobre un sustento en el que la libertad externa de un individuo se comprende como un sujeto de derecho que no puede desarrollarse en una relación separada y exclusiva consigo mismo, sino determinada por las relaciones con las otras personas¹⁰⁶². Precisamente por ello los argumentos sobre la oportunidad de criminalización ya parten de la consideración de la mayor o menor importancia del objeto de protección en ese contexto relacional.

Tal vez esta mayor ductilidad del *harm principle* encuentra un respaldo adecuado en el propio sistema en el que ha gozado de un claro protagonismo: el *Common Law*. La

¹⁰⁵⁹ HOLTUG, Nils, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 5, nº 4, 2002, p. 365.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, p. 369.

¹⁰⁶¹ Esta crítica también se ofrece en AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 362.

¹⁰⁶² Así lo reflexionan también ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm principle*...», cit., p. 119.

metodología claramente pragmática y empírica que lo caracteriza, a través del caso por caso permite que el principio del daño y los elementos que lo componen puedan ajustarse a los diferentes supuestos que se presentan ofreciendo variaciones valorativas que se ajusten a los fundamentos de este principio. Sin embargo, como reverso negativo de estas propuestas, se suscita una inseguridad jurídica, más desapercibida en la teoría del bien jurídico en la que los límites se encuentran más definidos y claros. Por ello, para evitar que el juez no asuma funciones de juzgador y legislador de manera simultánea, al *harm principle* se le deben rodear de toda una serie de principios y criterios lo más rígidos posibles, en aras de alcanzar una función crítica.

Aciertan, por tanto, ORSINI, TAVARES y SOUZA cuando afirman que «esperar que el *harm principle* cumpla por sí solo la tarea de limitar el poder criminalizador del legislador, algo que la sofisticada dogmática jurídico-penal de matriz romano-germánica tiene enormes dificultades para lograr por sí misma, significa esperar demasiado de sus capacidades y malinterpretar el papel que puede jugar en las discusiones que se dan en nuestro sistema»¹⁰⁶³.

Con todo, la proximidad que presentan el *harm principle* y el principio de protección de bienes jurídicos¹⁰⁶⁴ ha acarreado toda una serie de influencias recíprocas entre estos modelos¹⁰⁶⁵. Razón por la cual, autores como AMBOS, han proclamado la urgencia de combinarlos para rescatar un Derecho penal liberal. Continuando con este autor, por un lado, el principio del daño puede entenderse como el «lado negativo del bien jurídico», es decir, como expresión de la exigencia de un efectos significativos y tangibles de violación del bien¹⁰⁶⁶. En un sentido similar se ha pronunciado VON HIRSCH al entender que la comprensión del «daño al otro» sirve para conformar y limitar el concepto

¹⁰⁶³ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁶⁴ ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 3. Precisamente, se trata de dos principios que constituyen el reflejo liberal de limitación del Derecho penal tendente a excluir los compartimientos meramente morales y guiados por los caracteres de *ultima ratio*, legalidad, culpabilidad y equidad procesal. Véase AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 366.

¹⁰⁶⁵ En la actualidad se está produciendo un diálogo necesario entre estos dos modelos con la finalidad de construir una estructura jurídica que racionalice el *ius puniendi*. De modo que, las críticas esgrimidas sobre el *harm principle* pueden ser un interesante punto de partido para avanzar en el desarrollo del debate de la teoría del bien jurídico para fijar límites precisos con el propósito de luchar contra la expansión penal. En ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm principle*...», cit., p. 121.

¹⁰⁶⁶ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», cit., p. 366. En su opinión, esta consideración se confirma en el daño social («Sozialschädlichkeit») como base empírica y naturalista de cualquier teoría de la delincuencia anterior a la actual normativización por medio de teorías legales.

de «bien jurídico»¹⁰⁶⁷. A partir de estas aproximaciones, la lesividad, por un lado, debe entenderse desde una perspectiva individualista, como lesiones a personas de carne y hueso¹⁰⁶⁸. Por otro lado, permite distinguir más adecuadamente entre el perjuicio de intereses ocasionados a terceros de los intereses del propio agente¹⁰⁶⁹ cuya distinción puede ser relevante, por ejemplo, a propósito de la criminalización de las drogas.

Por su parte, la comprensión del alcance del bien jurídico coadyuva a dotar de un contenido normativo al principio del daño, pudiendo materializar y concretar el objeto de referencia¹⁰⁷⁰. En consecuencia, el daño se especifica como una violación potencial o real de intereses socialmente relevantes reconocidos por la Constitución. En definitiva, la normativización del bien jurídico, en palabras de AMBOS: «otorga substancia al de otro modo vacío (¿daño a qué?) principio del daño»¹⁰⁷¹.

En suma, probablemente una de las claves para frenar el proceso de expansión penal incesante sea la formulación de propuestas concretas en las que con precisión se aborden los límites de la criminalización. Y ningún motivo de peso avala que el fenómeno de la desinformación deba constituir ninguna excepcionalidad al respecto. Por ello, aunque el principio de daño pueda servir como una herramienta pragmática útil al servicio de la fundamentación de alternativas de castigo, no debería dejar de ser un mecanismo

¹⁰⁶⁷VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 40.

Un ejemplo de esta utilidad de la teoría del daño se observa en el apoyo argumentativo sobre las teorías sociales del bien jurídico. De modo que, partiendo de la perspectiva sociológica del concepto de bien jurídico desde el prisma de la función o disfunción social, aclaran su contenido poniendo el foco de atención en el individuo como criterio limitador de una formulación estricta de daño social. En nuestro país, esta opción claramente se observa en MIR PUIG, según el cual: «la idea de bien jurídico ofrece una *garantía* para el ciudadano. El peligro que podría encerrar limitar el *ius puniendi* del Estado por la sola idea de disfuncionalidad respecto de la estructura social -como quiere AMELUNG- es que se tomaran en cuenta sólo las necesidades del conjunto social, descuidándose las del individuo. Y no cabe olvidar que, si el derecho ha de proteger sistemas sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del individuo». En MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., IBDeF, Buenos Aires, 2021, pp. 121-122.

¹⁰⁶⁸ Ello no impide la criminalización de conductas que dañen a bienes jurídicos colectivos puesto que en ellos se sigue exigiendo un fundamento de protección de la calidad de vida de los seres humanos debido a la prioridad que se otorga a los intereses personales. En VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico...», cit., pp. 40 y 41.

¹⁰⁶⁹ En este punto el autor matiza que la teoría del bien jurídico también reconoce tal diferenciación, aunque no le ha prestado la atención debida. VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 45.

¹⁰⁷⁰ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», pp. 366-367.

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, p. 367.

complementario que ayude a pulir la justificación del principio de protección de bienes jurídicos, más específico y tendente hacia una política criminal más racional y garantista.

III. PROPUESTAS «RÍGIDAS» DE CASTIGO DE LA DESINFORMACIÓN

En contraposición a las alternativas «flexibles» de criminalización de la desinformación, también se han elaborado en España propuestas que se ajustan al sistema tradicional europeo, mediante la asignación de un bien digno de tutela que sustente la prohibición penal. Se trata, en definitiva, de planteamientos que podrían denominarse «rígidos» puesto que exigen concretar un bien jurídico que conforme el pilar central de legitimación del castigo, debiéndose adecuarse a los estrictos límites que se ha venido requiriendo a este elemento dogmático.

Desechados los razonamientos sustentados tanto en las ofensas y en los sentimientos, así como exclusivamente en el principio del daño, conviene, en primer lugar, realizar una sucinta aproximación sobre la conveniencia de apostar por propuestas que se fundamenten en el bien jurídico. Estas argumentaciones facilitarán una mejor comprensión de las diversas medidas puestas sobre la mesa en los últimos años que conectan la desinformación con una puesta en peligro o lesión de valores jurídicos primordiales en nuestro ordenamiento.

3.1. La protección exclusiva de bienes jurídicos como principio inevitable

3.3.1. *El bien jurídico como garante de la convivencia pacífica*

A pesar de la existencia, cada vez más frecuente, de posturas que intentan acercar las teorías de la ofensa y del *harm principle* al Derecho penal europeo, la teoría de la protección de bienes jurídicos continúa siendo la mayoritaria a la hora de legitimar la intervención punitiva. Tesis cuyo origen se atribuye a Birnbaum¹⁰⁷², a principios del siglo XIX, quien desarrolla una teoría de «violación de bienes» como un rechazo a la precedente teoría de la «violación de derechos subjetivos» desarrollada por Kant y,

¹⁰⁷² Existe un reconocimiento consensuado de vincular las tesis de este autor con la introducción del concepto bien jurídico en el análisis jurídico-penal, véase LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 125.

especialmente, por Feuerbach¹⁰⁷³. Este último autor alemán había desarrollado un criterio decisivo de delimitación del poder punitivo en cuanto a que (junto con los delitos contra la existencia del Estado), solo aquellas conductas que lesionaban un derecho subjetivo de la víctima podían ser punibles. No obstante, sus ideas no satisficieron las exigencias político-criminales del momento¹⁰⁷⁴, en gran parte por el hecho de que, materialmente, un derecho subjetivo no podía ser susceptible de lesionarse, sino de ser vulnerado. Por ello, en contraposición, Birnbaum sostuvo que la lesión como tal solo podía predicarse del substrato material del derecho subjetivo, designando a ello la noción de «bien», proporcionando así un aporte sustancial plasmado en la exigencia de materialidad para poder hablar de lesividad¹⁰⁷⁵. Con ello, la teoría del bien jurídico desplazó el foco desde el derecho a un objeto hacia un objeto externo y preexistente sobre el que recae el derecho, es decir, como sintetiza KINDHÄUSER: de la lesión del derecho a la lesión de la sustancia¹⁰⁷⁶.

Desde entonces, los desarrollos dogmáticos y político-criminales acerca de la funcionalidad, alcance y límites del bien jurídico en el ámbito penal han sido incesantes. No obstante, su reconocimiento no se ha mostrado suficiente para otorgarle un papel preponderante a propósito del fundamento de legitimación o de la finalidad del Derecho penal. Si bien existe un consenso generalizado que centra la misión particular de esta rama jurídica en el hecho de garantizar la convivencia pacífica de los ciudadanos¹⁰⁷⁷, subsiste un importante desacuerdo vinculado con la forma de concretar dicho propósito. En este sentido, han imperado dos corrientes de pensamiento: la protección de bienes jurídicos o bien la confirmación de la vigencia de la norma.

¹⁰⁷³ Un conciso análisis sobre los inicios del bien jurídico y de las ideas previas de Feuerbach se ofrece en KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», *InDret*, nº 1, 2009, pp. 6 y ss. De modo que, el contenido material del injusto típico ha evolucionado, doctrinalmente, de la lesión o puesta en peligro de derechos subjetivos, posteriormente, de intereses vitales y, finalmente, de bienes jurídicos. En RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1966, p. 132.

¹⁰⁷⁴ Tal y como explica PADOVANI, una de las argumentaciones más críticas de Birnbaum a las aproximaciones teóricas basadas en el derecho subjetivo se sustentaban en dos situaciones en las que la correspondencia entre delito y lesión de derechos subjetivos no era verificable: los delitos de policía y los de peligro. En PADOVANI, Tullio, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 116.

¹⁰⁷⁵ ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 101.

¹⁰⁷⁶ KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación...», cit., p. 7.

¹⁰⁷⁷ AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*...», p. 347.

El autor más representativo y que más prolíficamente ha contribuido al debate mediante una defensa férrea de la segunda de las posturas expuestas ha sido JAKOBS¹⁰⁷⁸. En opinión de este autor, ese objetivo primario de mantenimiento de la configuración social y estatal se concreta en la exigencia de garantizar las normas¹⁰⁷⁹. De modo que, partiendo de las teorías sociológicas funcionalistas, sostiene que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma¹⁰⁸⁰.

Para explicar esta posición, el autor se sustenta en lo que denomina «defraudación de la expectativa normativa»¹⁰⁸¹. Es decir, puesto que las personas se encuentran vinculadas a través de las normas, surgen toda una serie de expectativas de que los individuos adecuen su comportamiento conforme a la prescripción de la norma; pero cuando se produce una defraudación de tales expectativas, la pena se explica como la contradicción a aquella desautorización de la norma producida¹⁰⁸². Desde este planteamiento se concibe la pena como un acto comunicativo: el autor expresa al cometer un hecho delictivo que el mundo debe configurarse de la manera en que él se comporta (en contra de esa norma) y la pena surge, así, como la contradicción de esa afirmación¹⁰⁸³. De ello se deriva una argumentación meramente formal y orgánica, retroalimentada de sus propias máximas para constituir un sistema unitario y cerrado¹⁰⁸⁴.

Con base en estas formulaciones funcionales, la utilidad del bien jurídico se difumina, y pasa a un segundo plano, otorgando un mayor espacio a la protección de la norma. En consideración de JAKOBS, la tesis de la protección de bienes jurídicos parte de una premisa errónea puesto que toma como punto de referencia un bien¹⁰⁸⁵. No

¹⁰⁷⁸ Por todas sus aportaciones, en esta investigación se examinará en profundidad JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Thomson Civitas, Madrid, 2003, *passim*. Por otro lado, si se desea analizar con mayor detenimiento la influencia de este autor alemán en la dogmática hispanohablante, véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La influencia de la obra...», cit., en especial, pp. 9-12.

¹⁰⁷⁹ En JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, Joaquín y González de Murillo, José Luis, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 45.

¹⁰⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización...*, cit., pp. 48 y 59.

¹⁰⁸¹ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

¹⁰⁸² *Ibidem*, p. 59.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, pp. 50-51 y 71. En este sentido, JAKOBS expone el siguiente ejemplo: cuando un sujeto mata está afirmando con su hecho (*sit venia* verbo) que matar es aceptable en la sociedad, y la pena contradice esta declaración. En otras palabras y, siguiendo con este ejemplo, la verdadera lesión de un bien jurídico-penal no es el hecho de causar una muerte, pues esta es solo la lesión de un bien, sino más bien la confrontación con la norma subyacente en el homicidio evitable. En JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 46.

¹⁰⁸⁴ Véase, al respecto, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 46.

¹⁰⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización...*, cit., p. 48. En este sentido, entiende que un bien se convierte en bien jurídico a partir de su consideración como derecho del titular. Es decir, los bienes jurídicos

obstante, argumenta, «el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas»¹⁰⁸⁶. Por ello, el ordenamiento punitivo no ampara de manera directa bienes, más bien tutela a los individuos o a la generalidad de personas en su relación con otros individuos, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes. De modo que, con base en estas proposiciones, termina concluyendo que tanto la tesis de la protección de bienes jurídicos como la de la protección de la norma son tan legítimas como así sea el grado de evolución de la sociedad cuyo ordenamiento jurídico retratan. Ahora bien, frente a estas dos alternativas, «la tesis de la protección de las normas retrata al Derecho con mayor exactitud, al superar la idea de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas»¹⁰⁸⁷. No obstante, este planteamiento no implica un rechazo frontal al bien jurídico, sino que le proporciona un papel secundario. La finalidad principal del Derecho punitivo es, primordialmente, el mantenimiento de la norma y solamente de modo mediato y parcial la protección de bienes¹⁰⁸⁸.

En contraposición a estos planteamientos, la mayoría de la doctrina penal continental se ha decantado por asignar al Derecho penal una función de protección de bienes jurídicos. En esta línea, ROXIN ha criticado con severidad la visión de JAKOBS al entender que en ella subyace un normativismo exacerbado que hace perder el efecto limitador que el bien jurídico puede suponer al *ius puniendi*¹⁰⁸⁹. No en vano, por mucho que la pena coadyuve a la estabilización de la norma, esta no es un fin en sí mismo, sino más bien contribuye a evitar en un futuro la lesión de bienes individuales o sociales. Por lo tanto, la consolidación de la ley «sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin»¹⁰⁹⁰. En esta línea, no le falta razón a FERRAJOLI cuando afirma que, al buscar la autoconservación del sistema y la protección del mismo como el fin único del Derecho penal, la teoría de Jakobs no es más que una

precisan que un individuo o una colectividad ostenten un derecho y, como titular del mismo, es este o son estos los que tienen la capacidad de exigir que el bien no sea lesionado. De manera que el Derecho penal no ordena sobre la base de bienes, sino mediante roles, es decir, a través de relaciones entre personas y de las concretas expectativas normativas. Sobre estas consideraciones, véase, JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización...*, cit., pp. 48, 61 y 66.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰⁸⁸ *Ibidem*, pp. 59 y 67. Este autor aclara que la protección de bienes jurídicos no puede concebirse como un supraconcepto que trate de alcanzar el Derecho penal ya que resulta insuficiente desde una perspectiva teórica. Eso sí, ello no quiere decir que el bien jurídico no pueda reflejar en ámbitos concretos y de forma sectorial, la estructura de la sociedad. JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización...*, cit., p. 63.

¹⁰⁸⁹ ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 4.

¹⁰⁹⁰ *Idem*.

doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, que facilita legitimar la ausencia de límites al poder punitivo¹⁰⁹¹. Ciertamente, esta aproximación sociológica y axiológicamente neutra¹⁰⁹² a través de la cual explica la complejidad de la realidad socio-jurídica, no sirve como criterio normativo de legitimación material de las normas penales¹⁰⁹³ ya que la lesividad se comprende a partir de la misma discrecionalidad política de la norma y no, como así se hace desde la tesis dominante, desde la realidad que es objeto de valoración¹⁰⁹⁴.

Por estas razones esenciales, la opinión mayoritaria sigue defendiendo que la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, se aborda un «sentido político criminal»¹⁰⁹⁵ que designa cómo el poder punitivo emanado del Estado no es el reflejo de un orden natural que determina que los mandatos recogidos por la ley deban ser acatados *per se*, bajo la amenaza de castigo en caso de desobedecerlos, sino que la norma incriminadora nace porque y para que un valor sea preservado, y precisamente por ello se califica de bienes «jurídicos»¹⁰⁹⁶.

Este postulado implica, asimismo, que los intereses puramente morales no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico-penal. Tal y como sostiene ROXIN, el uso del bien jurídico como principio programático político-criminal expresa que el fin de la

¹⁰⁹¹ FERRAJOLI, Luigi, «El principio de lesividad como garantía penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, nº 79, 2012, p. 104.

¹⁰⁹² La posición de Jakobs, en este sentido, debe caracterizarse como un modelo dogmático y metodológico positivista y formal a través del cual se prescinde de toda alusión a referencias axiológicas y valorativas exterior al sistema. En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», *ADPCP*, vol. LII, 1999, p. 213.

¹⁰⁹³ SOTO NAVARRO, Susana, «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, p. 890.

¹⁰⁹⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico...?*, cit., p. 105. En esta línea FEIJÓO SÁNCHEZ argumenta que precisamente el punto ciego de la perspectiva funcional-sistémica de Jakobs se vincula con la legitimidad de la norma penal. Al perseguir esta teoría comprender la normatividad en sí misma y dejar a un lado la mencionada problemática se lleva a cabo una abstracción sobre este asunto que genera inconvenientes relevantes puesto que no todos los sustentos teóricos parece que deban ser iguales en sociedades pluralistas, por ejemplo, que aquellas que solo se sostienen por el apoyo de la fuerza armada. Abstracción que también incide en la insuficiencia para ofrecer aportaciones desarrolladas que analicen con profundidad la legitimidad en las sociedades democráticas occidentales actuales. En FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, «Funcionalismo y teoría del bien jurídico», en Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J. (dirs.); Fernández Bautista, Silvia (coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 173.

¹⁰⁹⁵ Según MIR PUIG, cuando se afirma que el Derecho penal solo puede proteger bienes jurídicos se está usando en su «sentido político criminal» sobre los objetos sobre los que pueden reivindicarse un amparo jurídico-penal. Ello en contraste con un «sentido dogmático» vinculado con los valores que de hecho protege el Derecho penal vigente. En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 130-131.

¹⁰⁹⁶ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, pp. 5-7.

pena no es la reprochabilidad moral de un comportamiento, sino la perturbación de un orden pacífico externo¹⁰⁹⁷ que se produce cuando este elemento de garantía que son los bienes jurídico-penales resultan afectados. Este es el producto directamente derivado de un Estado de derecho en el que, como ha sostenido BOIX REIG, la norma ostenta una función claramente separable de las distintas moralidades, de modo que sea plausible que coexista esta diversidad moral en libertad¹⁰⁹⁸. Con ello, se requiere que los bienes jurídicos posean *algo más* que un contenido moral para ser merecedor de protección penal¹⁰⁹⁹. Dicho de otro modo, esta vez acudiendo a las aportaciones de QUINTERO OLIVARES, la ley penal ha de proteger bienes jurídicos en la medida en la que a través de estos se ampara el «mínimo ético-social» que la misma sociedad comprende como imprescindible para poder desarrollarse individual y socialmente¹¹⁰⁰. En suma, volviendo de nuevo a FERRAJOLI: «la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende»¹¹⁰¹.

3.3.2. Funciones asignadas al bien jurídico-penal

La finalidad principal del Derecho penal, se ha dicho, consiste en la protección de bienes jurídicos que no son otra cosa que la plasmación de ese mínimo ético-social básico

¹⁰⁹⁷ ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. y notas por Luzón Peña, Diego Manuel, Reus, Madrid, 1976, p. 45.

¹⁰⁹⁸ En contraposición a un sistema autocrático del Estado en el que la norma jurídica se instrumentaliza haciendo coincidir la moral adecuada con el poder político dominante. En BOIX REIG, Javier, «La Constitución española de 1978 y el Derecho penal», *Discurso inaugural. Apertura del Curso 1988-1989*, Universidad de Alicante, 1988, p. 25.

¹⁰⁹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 131. Cursiva del autor.

¹¹⁰⁰ En caso contrario, es decir, si la potestad punitiva se emplea como medio de ordenación de las conductas de los ciudadanos más allá de esos mínimos necesarios, irremediamente se caerá en la arbitrariedad ya que, a partir de cierto grado, los criterios éticos no son idénticos en todas las opiniones lo que se traducirá, también, en una sociedad antidemocrática. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Represión penal y Estado de Derecho*, Diosa, Barcelona 1976, p. 82. En un sentido similar BOIX REIG al afirmar que el Derecho penal tiene la finalidad de proteger los valores jurídicos esenciales para la convivencia democrática. En BOIX REIG, Javier, «La Constitución española de 1978...», cit., p. 9. E igualmente ZAFFARONI cuando afirma que el principio de protección de bienes jurídicos es el que asigna un límite racional de aspiración ética al Derecho penal consistente en evitar las afectaciones que son intolerables de dichos valores jurídicos. En ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 51.

¹¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 467.

que permite preservar la convivencia libre y pacífica de los ciudadanos. Por tanto, por bienes jurídicos ha de entenderse, en síntesis, «todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad»¹¹⁰². En el fondo, los bienes jurídicos, tal y como reseñan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, se identifican con la noción de valor, más bien, como cualquier valor de la vida humana que es protegida por el Derecho¹¹⁰³. Esta identificación entre bien jurídico y valor no solo ha de entenderse en un plano cultural, sino también social que, asimismo, se materializa en concretas posibilidades para el individuo¹¹⁰⁴.

A partir de estas premisas, en cambio, existen divergencias sustanciales en cuanto a la relación del bien jurídico y la realidad que constituye su sustento. En este sentido, existentes *teorías inmanentes* que, desde Binding, parten del bien jurídico como el substrato empírico del que se sirven como fundamento. Entienden que este es un concepto inmanente a la norma y, por tanto, carece de significado fuera de la realidad normativa. Se trata pues, de una comprensión absolutamente formal que persigue despojar de todo contenido de Derecho natural, así como de toda apreciación de *lege ferenda*¹¹⁰⁵. En contrapartida, las *teorías espiritualistas* que se desarrollan a partir de los marcos teóricos ofrecidos por von Liszt analizan el alcance del bien jurídico fuera del ámbito normativo. Este se entiende, entonces, como un valor diferente de la concreta realidad sobre la que se sustenta y, con ello, la conexión entre injusto y política criminal se estrecha¹¹⁰⁶. No obstante, como ha criticado MIR PUIG, esta segunda apreciación, en la medida en que despoja del contenido del bien jurídico la referencia a los concretos objetos existenciales

¹¹⁰² ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 5.

¹¹⁰³ Lo que permite, según los citados autores, adecuar más eficientemente las exigencias éticas que se hallan como sustento de todo ordenamiento jurídico. En COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 318.

¹¹⁰⁴ En un sentido similar, MIR PUIG al afirmar la conveniencia de vincular aquellos bienes merecedores de un amparo jurídico como presupuestos de funcionamiento de los sistemas sociales y no exclusivamente como valores culturales como pretendió el neokantismo. En MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*», *EPC*, nº14, 1989-1990, p. 207.

¹¹⁰⁵ Por todos, sobre estas ideas acerca de las teorías inmanentes y, en especial, la postura de Binding, véase, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 174; LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 126 y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, p. 12.

¹¹⁰⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., p. 13.

que el ordenamiento punitivo trata de proteger, corre el riesgo de «evaporizar» el concepto y de confundirlo con la abstracta finalidad de la ley¹¹⁰⁷.

En realidad, estos dos puntos de vista pueden servir como base de comprensión de la distinción que ha ofrecido LASCURAÍN SÁNCHEZ a lo que ha denominado «teoría del bien jurídico» y «teoría de los objetos jurídicamente protegibles»¹¹⁰⁸. Por una parte, desde un enfoque formal y metodológico entiende la primera como una tesis dogmática centrada en el objeto inmediato de la tutela penal, por lo que el bien jurídico no se comprende como un elemento de evaluación directa de la norma, pero sí instrumenta tal análisis mediante la expresión que procura de la misma¹¹⁰⁹. Por la otra, la segunda se estudia desde una perspectiva material, crítica y político criminal sustentada, esencialmente, en la teoría de la proporcionalidad vinculada con la justificación de la norma penal en un sistema que parta del valor igual de la autonomía personal. En esta tesitura, el aporte más elocuente del citado autor ha sido el de comprender que ambas perspectivas son, en el fondo, dos teorías que examinan dos conceptos diferentes, pero con un mismo significante: bien jurídico¹¹¹⁰. Pero, sobre todo, que al comprender objetos distintos es imposible comparar ambas tesis por lo que se trata de dos conceptos imprescindibles para aprehender su sentido y alcance completo¹¹¹¹.

En síntesis, el bien jurídico expresa una relación dialéctica de realidad y valor, ofrece una solución jurídica a un conflicto social¹¹¹². Lo que se procura garantizar a través

¹¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 174. Por su parte, también se señala que estas teorías espiritualistas conducen a investigaciones absolutamente abstractas que carecen de una fundamentación específica y concreta que pueda conformar verdaderos límites críticos del sistema penal. Véase, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., p. 13.

¹¹⁰⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 162.

¹¹⁰⁹ Precisamente para este autor «solo esta definición formal de bien jurídico es semánticamente adecuada y consistente con la génesis y con la utilización legislativa del concepto. Y sólo su formalidad, unida a la referencia a la inmediatez de la protección, le permitirá cumplir las importantes funciones que provocaron la creación del concepto y que se refieren a la comprensión y a la autocomposición del sistema normativo». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 162.

¹¹¹⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹¹¹¹ Es decir, conviene, de un lado, entender que el bien jurídico es la expresión de aquello que inmediatamente protege el precepto penal y, por tanto, se muestra al servicio para una correcta comprensión del sistema, así como para su propia autointegración (bien jurídico propiamente dicho); y, de otro, coadyuva, a partir de determinadas pautas valorativas, a seleccionar aquellos bienes como los más valiosos y a legitimar así la conformación de futuras normas penales (objeto protegible o bien protegible). En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 120.

¹¹¹² En palabras de MÉNDEZ RODRÍGUEZ, «el bien jurídico es una síntesis normativa, es una «solución jurídica» a una relación social conflictiva, a un conflicto social». En MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., p. 26.

del Derecho penal no son valores en sí mismos, sino realidades concretas¹¹¹³, de carácter material e inmaterial esenciales para ordenar las relaciones entre los individuos que componen una determinada sociedad.

Por consiguiente, desde una primera aproximación, cualquier planteamiento de castigo de la desinformación debe ir dirigido, de forma inmediata, a la salvaguarda de un valor cuyas características vayan más allá de las pautas culturales y permitan asegurar un adecuado desarrollo de la ciudadanía. Valor que estrechamente debe vincularse, al mismo tiempo, con una realidad concreta que precise de una solución jurídica indispensable en aras de la preservación de esa convivencia pacífica y libre que ningún Estado democrático debe olvidar.

Ahora bien, ese «valor tutelable» que subyazca a la incriminación de las noticias falsas no puede ser cualquier bien jurídico. Como se ha encargado de insistir en reiteradas ocasiones MIR PUIG, por mucho que se defienda que el Derecho penal se encarga de proteger bienes jurídicos, ello no determina una tutela penal para todo bien jurídico. El concepto de bien jurídico es más amplio que el de bien jurídico-penal¹¹¹⁴. Precisamente debido a que este concreto ámbito del Derecho se encarga de garantizar los mínimos ineludibles para la convivencia, se precisan de criterios firmes y más restrictivos que determinarán que unos valores prevalezcan por encima de otros. Sobre estas ideas se volverá en mayor profundidad en el siguiente epígrafe.

Sí que interesa, por el momento, atender a las diversas funciones que se le han asignado al bien jurídico-penal. Estrechamente ligado a su aproximación formal, se defiende que el bien jurídico-penal desempeña una función sistemática, en la medida en que se configura como un criterio relevante de clasificación de las diferentes infracciones que se encuentran en el Libro II del Código penal¹¹¹⁵. Determinar el bien jurídico-penal

¹¹¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 174. Como expresa el autor, ninguna protección penal es merecedora del «valor vida» si no se encarna en la vida de un individuo real, no por conformarse como mero ente biológico, sino por el valor funcional que tiene para sus titulares.

¹¹¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 131. Por todos los trabajos de este autor, sumamente recomendable MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., en especial pp. 208-215.

¹¹¹⁵ Esta consideración del bien jurídico-penal unitaria capaz de abarcar el amplio espectro normativo mantuvo su punto álgido en el período positivista como señala ANGIONI, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 14. No obstante, las reformas incesantes propiciadas por la sociedad del riesgo han supuesto un cierto escepticismo en relación con esta función ya que se ha argumentado que el término se muestra insuficiente para explicar adecuadamente todas las características de muchos de los ilícitos contenidos en las legislaciones positivas. Véase, sobre esta cuestión, la crítica subrayada en COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, p. 324.

que «se esconde» detrás del mandato de prohibición permite ordenar el conjunto de delitos según su relevancia para el modelo de Estado correspondiente, así como agrupar aquellos ilícitos cuyo valor protegido sea idéntico o bien presenta semejanzas relevantes. Esta tarea del bien jurídico no es, en absoluto, una cuestión baladí para la materia que nos ocupa. La designación del valor que corresponda garantizar con un castigo de la desinformación permitirá, sistemáticamente, ubicar el precepto en su lugar correspondiente en función de parámetros de semejanza e identidad con aquellos intereses ya clasificados en el texto punitivo español. Asimismo, esta tarea de comparación ofrecerá un importante criterio de delimitación de las consecuencias que se asocien a la conducta castigada ya que, en consonancia con el principio de proporcionalidad, estas deberán adecuarse en atención a las sanciones ya previstas para las conductas que protejan bienes jurídicos semejantes.

Por poner un ejemplo ilustrativo, y sin que ello condicione la toma posición que en esta investigación se adoptará sobre el bien jurídico tutelable en estos casos, supongamos que el ilícito que se pretende castigar con la desinformación presenta unas características y estructura parecida al delito de derrocamiento del art. 594 del texto punitivo. La sanción aparejada a esta conducta es la pena privativa de libertad de seis meses a dos años. Si se optara por entender la conducta de desinformación como un delito que, al igual que aquel, compromete la paz o independencia del Estado y protege su soberanía e intereses, adolecería de sentido sistemático y de absoluta desproporcionalidad plantear una sanción privativa de libertad de diez a quince años.

Más allá de esta interesante herramienta práctica, lo cierto es que han cobrado un especial protagonismo las otras dos funciones atribuidas a este elemento. Con arreglo a la función de garantía o función crítica, el bien jurídico-penal supone un límite insoslayable para el legislador en el momento de la creación de la norma. A través de esta tarea prevalentemente política, la actividad del legislador democrático se encuentra constreñida por una doble faceta que conforman las dos caras de una misma moneda. Por una parte, «la garantía» supone que, a pesar de que este ostenta un cierto margen de creación de los tipos penales, no puede castigar cualquier comportamiento, sino tan solo el que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-penal¹¹¹⁶. Desde esta perspectiva, por

¹¹¹⁶ Resulta tremendamente relevante contar con esta utilidad del concepto, producto de una política criminal liberal, de delimitar una frontera mínima sobre aquello que puede incumbir al Derecho penal. En esta línea, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 131. Esta labor de determinación sobre lo que

tanto, el bien jurídico-penal se concibe como un verdadero límite al *ius puniendi*¹¹¹⁷. Pero también, por el otro, se encuentra la opción «crítica» de la que se deriva la posibilidad de cuestionar la justificación de aquello que, supuestamente, está protegiendo la norma. Es decir, se utiliza al bien jurídico-penal más que como criterio de legitimación como razonamiento deslegitimador¹¹¹⁸ cuando el legislador democrático crea preceptos penales no sustentados ni siquiera, remotamente, en un bien jurídico.

A propósito de la tercera función asignada al bien jurídico-penal se ha razonado que este también lleva a cabo una labor exegética. Así entendido, realiza también una actividad dogmática que, como ha expuesto TOLEDO Y UBIETO, se desarrolla en el momento judicial de aplicación e interpretación de la norma penal y es productora, principalmente, de un efecto de seguridad¹¹¹⁹. En otras palabras, la determinación del bien jurídico-penal tutelado permite una interpretación teleológica que facilita la exclusión en la aplicación del tipo correspondiente de aquellos comportamientos que no lo lesionen o lo pongan en peligro¹¹²⁰. Si se relaciona esta función con la anterior tarea expuesta, podría

podría o no ser objeto de protección penal debe derivarse, en un Estado social y democrático de Derecho, de la esencial de los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna la Constitución: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1 CE). Así lo ha considerado igualmente el Tribunal Constitucional español, entendiendo que estas bases como conformantes de la idea de bien jurídico constituyen un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad. Véase, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., pp. 324-326.

¹¹¹⁷ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, «Función y límites...», cit., pp. 18 y 19.

¹¹¹⁸ Esta faceta ha sido destacada por FERRAJOLI quien considera que la teoría del bien jurídico puede ofrecer exclusivamente criterios negativos de deslegitimación, es decir, de razonamiento de que una prohibición penal carece de justificación. En FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 471. Asimismo, se señala que una de las grandes utilidades del bien jurídico consiste en reconocer si aquello que se ha protegido por la norma penal es legítimamente protegible y justificable en LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 131.

Sobre este aspecto crítico o deslegitimador del bien jurídico se ha pronunciado también ROXIN cuando ofrece el interrogante de si esta es una directriz político criminal que se pone a disposición del legislador, aunque no le vincula o si, por el contrario, la falta de conexión con un bien jurídico de una norma penal resulta ineficaz. Con el propósito de dar una respuesta a esta cuestión, el autor alemán afirma que esta función crítica de la teoría del bien jurídico debe ligarse con la Constitución. De modo que, aunque esta tesis puede desarrollar sus criterios político-criminales con independencia de la Constitución, no obstante, la nulidad de una norma, solo se podrá deducir tras una vulneración de la Constitución. Por lo que, de algún modo, el bien jurídico debe comprenderse en el Derecho penal, desde el Derecho Constitucional, compartiendo las ideas de Frister al respecto. Cfr., ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., pp. 21-23. En cualquier caso, estas ideas sobre el papel de la norma suprema en un Estado democrático como criterio crítico del bien jurídico-penal se desarrollarán en el siguiente epígrafe.

¹¹¹⁹ En esta línea, el citado autor expone esta función de forma muy clarificadora: «Si se identifica el ataque el bien jurídico con uno de los elementos del tipo, y se conviene en que la tipicidad -en cuando expresión dogmática del principio de legalidad- cumple fundamentalmente un cometido de seguridad, se comprende la afirmación de que el bien jurídico desempeña, en el momento judicial, una función dogmática y, por ende, de seguridad. De garantía para el ciudadano y, en tal sentido, limitadora del poder punitivo del Estado cuando este poder se manifiesta a través de la actividad de la Administración de Justicia». En TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, «Función y límites...», cit., p. 20.

¹¹²⁰ Sobre este aspecto, resulta sumamente interesante el matiz proporcionado, por MIR PUIG, pues no solo esta función favorece el alcance aplicativo del tipo penal, sino que también interfiere en sede de medición

parecer que el bien jurídico-penal conlleva una suerte de circularidad en el proceso interpretativo: «el bien inspira la norma, en primer lugar; la norma permite conocer el bien que la impulsa, en segundo; y, en tercer lugar, en un viaje de vuelta, es el bien el que precisa los contornos de la norma»¹¹²¹. No obstante, de nuevo acudiendo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, esta circularidad resulta inherente a la tarea hermenéutica puesto que el verdadero sentido del precepto solo puede captarse desde sus premisas implícitas y, estas, a su vez, no pueden aprehenderse si no es a partir del texto¹¹²². Con todo, las interpretaciones deben derivarse de una imperiosa exigencia que es la de la lesión o, en su caso, puesta en peligro del bien jurídico, pero ello no ha de confundirse con que este conforme siempre la *ratio legis* que en ocasiones podría no estar satisfecha desde la previsión legislativa¹¹²³.

De todo lo anterior se deriva que el bien jurídico-penal constituye la base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional¹¹²⁴. Este elemento, además, no debe comprenderse exclusivamente desde una perspectiva aséptica como una pieza meramente integradora que coadyuva a clasificar los diferentes ilícitos penales. Su verdadera utilidad va mucho más allá, ya que permite nutrir de una constante revisión crítica al sistema y

de la sanción impuesta. Esto es así porque la graduación de la lesión producida, en relación con el bien jurídico, o la graduación de la peligrosidad del ataque, influyen en la gravedad del hecho y, *por ende*, justifican la concreta determinación de la pena que deben fijar los jueces dentro de los márgenes proporcionados por el propio precepto. Perspectiva material de la antijuricidad que, si solo fuera concebida de manera formal no podría llevarse a cabo ya que exclusivamente cabría afirmar la presencia o ausencia de lesión al bien jurídico, pero no su mayor o menor afectación. En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 175.

¹¹²¹ Así lo afirma LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Bien jurídico...», cit., p. 128. Razonamiento que conduce también al autor a declarar que la determinación del bien jurídico-penal debe concebirse tanto como punto de llegada como punto de partida en la labor de interpretación de la norma.

¹¹²² Si bien es cierto que también la defensa del bien jurídico como criterio determinante de la interpretación ha sido criticado por su insuficiencia y por este rasgo de circularidad aludido. No obstante, este segundo hecho resulta inevitable ya que el punto de partida de la configuración de un ilícito penal es el tipo de injusto y este no es otra cosa sino la representación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal tutelado. Todas estas ideas se encuentran en COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 320.

¹¹²³ En este punto resulta conveniente recordar la distinción que proporcionan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN en relación con la *ratio legis* (finalidad objetiva de la norma) y el bien jurídico-penal. Como adecuadamente afirman, no siempre la tutela penal proporcionada sobre un valor relevante va a constituir el propósito último que persigue el ordenamiento al otorgarla. Si bien es cierto que frecuentemente la protección de un bien jurídico se lleva a cabo con la finalidad de obtener unos resultados determinados, con mayor o menor vinculación a él y que estas puedan conferirle sus últimas precisiones, la *ratio legis* o esas motivaciones últimas podrían no encontrarse cumplimentadas, pero lo que sí que está claro es que siempre debe existir un bien jurídico que sea lesionado o puesto en peligro. En caso contrario, una confusión de ambos conduciría a una pérdida de concreción y de utilidad del bien jurídico. En COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., pp. 320-321.

¹¹²⁴ Así lo entiende la doctrina mayoritaria tal y como apunta VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 33.

ello contribuye a una comprensión más democrática del poder de castigar del estado. Y junto a ello, esta vertiente dinámica aporta unas exigencias interpretativas más acordes con un Derecho penal mínimo que no habría que renunciar del que las tendencias expansivas actuales parecen estar dispuestas a abandonar.

3.3.3. Criterios de delimitación del objeto protegible en la desinformación

De las funciones anteriormente descritas acerca del bien jurídico-penal cabe destacar, por su interés para esta parte de la investigación, aquella que más se vincula con una perspectiva de carácter político criminal: es decir, la función crítica o la de garantía. Puesto que la cuestión central en estos momentos es la de dilucidar cómo y de qué manera se podría castigar la desinformación, más que una vertiente crítica, concierne una aproximación de garantía. Trasladando las consideraciones fundamentales de esta función al objeto de investigación, se debe partir de la premisa de que el legislador penal español no puede criminalizar cualquier comportamiento de difusión de noticias falsas, sino tan solo aquellos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico. Pero, además, como se ha dicho, no va a servir cualquier valor o interés acogido en nuestro ordenamiento, sino solo aquellos más valiosos: los que merezcan la mención de bienes jurídico-penales. De esta forma, ya se comienzan a trazar verdaderos límites al *ius puniendi* en materia de desinformación.

Aunque todavía subsista un cierto escepticismo sobre esta función del bien jurídico¹¹²⁵, colmarlo de un cierto contenido material resulta ineludible para hablar verdaderamente de una alternativa propia en un Estado social y democrático de derecho. En caso contrario, como ya dijo en su momento TOLEDO Y UBIETO, no hablaríamos de bien jurídico, sino de algo similar al sexo de los ángeles que, aunque exista (si es que existen) no cumplen función alguna¹¹²⁶. La cuestión inmediata que se deriva de estas exigencias materiales es pues: ¿qué valor o valores relevantes para la convivencia social

¹¹²⁵ Este escepticismo ya, en su momento, fue mostrado por PADOVANI que se preguntaba si el concepto de bien jurídico podría desarrollar verdaderamente una función crítica como referente material en relación con la potestad punitiva. En PADOVANI, Tullio, «La problemática del bene giuridico...», cit., p. 116. Asimismo, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, exponiendo la opinión de HASSEMER sobre la cualidad abstracto del bien jurídico y su incapacidad para ofrecer barreras frente al legislador penal de manera efectiva. Véase MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., p. 10, citando HASSEMER, Winfried, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, ejemplar dactilografiado, 1988, p. 6.

¹¹²⁶ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, «Función y límites...», cit., p. 8. Precisamente esta función, como continúa expresando el citado autor, se opone a esa vocación prepotentemente totalitaria del Estado.

deben tutelarse mediante la incriminación de la desinformación? En esta ardua tarea de búsqueda del objeto protegible, quizás lo más conveniente sea fijar, en primer lugar, una serie de criterios de delimitación que realmente supongan límites normativos serios¹¹²⁷ con los que poder dar respuesta a dicho interrogante planteado.

En este sentido, quizás una de las formulaciones más clarificadoras de los últimos tiempos, a propósito de fijación de criterios que se debe tener en cuenta para poder legitimar una decisión criminalizadora, sea la noción de «dignidad del bien jurídico» plateada por CARBONELL MATEU¹¹²⁸. Según el profesor español, esta funcionalidad del bien jurídico debe analizarse a partir de una doble dimensión conformada por la dignidad formal, en primer lugar y, en segundo, por su dignidad material.

El primer criterio de delimitación se asocia con la relevancia constitucional del valor jurídico en cuestión. Desde esta perspectiva, se rechazan los argumentos tradicionales propios del Estado liberal en los que la selección del bien jurídico se llevaba a cabo a partir de valoraciones sociales previas al ordenamiento, o meramente apoyadas en cuestiones éticas, y se defiende que solo aquellos que ostenten una trascendencia constitucional pueden ser objetos de tutela penal¹¹²⁹. Idea que, en definitiva, FERRAJOLI

¹¹²⁷ Coincido plenamente con FERRAJOLI cuando argumenta que la pretensión de alcanzar un parámetro ontológico de legitimación apriorística de los ilícitos penales es una quimera y que, en consecuencia, lo más operativo es trazar límites normativos seguros y estables que fijen máximas de contenido mínimo del bien jurídico tutelable. En FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 471.

¹¹²⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 213-216.

¹¹²⁹ *Ibidem*, p. 214. Precisamente, a propósito de que los bienes jurídico-penales deben tener relevancia constitucional se pronunció BRICOLA, al entender que el ilícito penal siempre ha de ir ligado a un valor constitucional por una vinculación de presuposición necesaria. En BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turín, 1973. p. 16. Igualmente, MIR PUIG fijó en su momento el reconocimiento constitucional del bien como una condición necesaria para considerarlo como posible objeto de tutela penal, defendiendo que este criterio de delimitación coadyuva enormemente en la decisión sobre si se trata de un valor esencial para la vida en sociedad que precise de protección penal. En MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., p. 210. Asimismo, GARCÍA RIVAS, al declarar que la Constitución contiene, aunque sea implícitamente, un mandato al legislador penal de abstenerse de sancionar cualquier comportamiento que no atente bienes jurídicos. Concepto que, al mismo tiempo, vincula directamente con la Constitución al afirmar que la protección penal de un valor debe llevarse a cabo dentro del marco valorativo de la Constitución, sin que esto implique que se prejuzgue la autonomía del legislador en el momento de articular la política criminal que determine oportuna. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 50. Especialmente en España a partir de los comienzos de los años 80 el Tribunal Constitucional proclama como limitación ineludible de protección penal de bienes jurídicos que afecten a derechos constitucionales. Sobre este aspecto, véase, COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 316. En caso contrario, la ley penal resulta ilegítima por ser inadecuada, excesiva y desproporcionada en la libertad del individuo. En ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 24.

consideraba como subprincipio de ofensividad en abstracto¹¹³⁰. Las razones que avalan este primer «límite mínimo» son obvias: si en un Estado social y democrático de derecho la norma por excelencia de la cual se desprende el sistema de valores a tutelar es la Constitución, la privación de libertad de los ciudadanos de dicho Estado solo podrá establecerse conforme a la propia Constitución, en atención al principio de proporcionalidad¹¹³¹.

Ahora bien, en contra de aquellos partidarios de una teoría constitucionalista estricta del bien jurídico, no debe entenderse la norma suprema como la única vía de vinculación del legislador ordinario¹¹³², ya que esta constituye, exclusivamente, un criterio de delimitación negativo de selección de bienes jurídico-penales. Solo de esta forma es posible superar ese inmovilismo exacerbado que tanto se ha criticado¹¹³³ en aras de optar por una función crítica dinámica o constante que parta de las transformaciones

¹¹³⁰ Así, según FERRAJOLI la primera máxima del principio de ofensividad es su carácter abstracto según el cual no es posible castigar hechos que no ofendan bienes jurídicos que presenten una relevancia constitucional. En FERRAJOLI, Luigi, «El principio de lesividad...», cit., p. 111.

¹¹³¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 214. En la búsqueda de aquellos bienes en abstracto más importantes para el Derecho penal puede ser esclarecedor acudir al criterio orientativo de la comparación con bienes jurídico-penales que integren el núcleo del texto punitivo tal y como ha propuesto MIR PUIG. Si se observa detenidamente, los valores cuya tutela penal resulta indiscutible porque han calado más fervientemente en la conciencia social y, por ello, más han perdurado, son los que afectan en mayor medida y más estrechamente a los individuos. En el caso de bienes colectivos su relevancia no ha de buscarse en atención a su grado de incidencia en el sistema social, sino en función de su afectación en los individuos. En MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., pp. 211-212. Es por ello, por lo que la tarea de designación del bien en el supuesto de la desinformación siempre deberá tomarse desde la perspectiva de su importancia respecto de los individuos ya que de lo que se trata es que el sistema social se ponga a disposición de los ciudadanos y no al revés.

Sobre estas consideraciones, SILVA SÁNCHEZ ha ofrecido unas reflexiones enormemente llamativas sobre las que considera que, aunque aparentemente optar por el control «democrático» derivado de la Constitución o bien decantarse por ideas suprapositivas derivadas del Derecho natural parezcan dos soluciones muy diversas, en realidad, no presentan grandes diferencias, sobre todo, si se parte de una idea de Derecho suprapositivo natural de contenido variable. Si se desea indagar más sobre esta cuestión, véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «No sólo bienes...», pp. 1 y 2.

¹¹³² Así, desde una perspectiva constitucionalista estricta, se parte de un estudio positivista de la Constitución como único mecanismo de conformación de bienes jurídico-penales. De modo que, la labor del legislador penal se reduce a analizar la Constitución y seleccionar, de entre todos los valores en ella consagrados, aquellos que en ese momento histórico merezcan de una protección penal. Por todos, uno de los más férreos defensores de esta postura GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, 1983, pp. 33-36 y 44.

¹¹³³ Frente a estas conceptualizaciones tan estrictas sobre la legitimización de los bienes jurídico-penales han surgido opiniones que señalan que la exclusiva vinculación entre Constitución y bien jurídico cierra el sistema, desechando la posibilidad de que valores que no se deriven expresa o implícitamente de dicho texto legal puedan protegerse penalmente. Situación que, asimismo, conduce a la necesidad de articular enrevesadas e imposibles operaciones de absorción sobre valores ya consagrados en el texto constitucional para poder justificar su tutela. Véase, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., p. 14 y POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 206 y 248-249. Alerta que también auspició GARCÍA RIVAS al destacar que las teorías constitucionales del bien jurídico que lo entienden como «espacio cerrado» por la constitución no favorecía el consenso propio de una sociedad pluralista. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo*, cit., p. 51.

sociales que puedan desarrollarse¹¹³⁴. Efectivamente, la Constitución no es ninguna varita mágica¹¹³⁵ que convierte automáticamente en objeto penalmente protegible a cualquier valor jurídico en ella consagrado. De acuerdo con MÉNDEZ RODRÍGUEZ, esta no puede delimitar el área de lo punible en un sentido positivo, puesto que no debe concebirse como la herramienta esencial que determina qué objetos han de ser protegidos y de qué manera por la ley penal, sino que solo cabe entenderla en un sentido de límite negativo al legislador sobre aquello que no puede ser protegido penalmente mediante la norma penal¹¹³⁶.

Es cierto que, como norma suprema, en ella ya se han regulado ciertos conflictos sociales de un modo determinado y que de sus preceptos se derivan un orden de prioridad sobre determinados derechos e intereses. Aun así, no cabe entender que la Constitución no solo imponga un deber de respetar los derechos fundamentales sino también de sancionar penalmente su vulneración¹¹³⁷. La intervención punitiva arrastra una lesión de derechos al condenado que exige una determinación de intereses que la propia Constitución no resuelve expresamente, por lo que la incriminación penal implica una elección político criminal que depende de las relaciones sociales que interesa proteger en un momento histórico determinado.

Por esta razón es necesario acudir a un segundo criterio de delimitación, concretado en la dignidad material del bien jurídico, que, en síntesis, se refiere a la incidencia en las esferas de libertad ajenas. En la búsqueda del objeto protegible en relación con la desinformación no bastará su valoración constitucional, sino que será necesario el cumplimiento de ciertas exigencias materiales vinculadas con el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. Volviendo a CARBONELL MATEU, solo cabe una justificación en la intervención punitiva: la valoración de conductas trascendentes que

¹¹³⁴ El criterio de «relevancia constitucional» debe entender así en un sentido lo suficientemente amplio como para acoger aquellos valores que incluso puedan no haber sido percibidos en su momento ni siquiera por los propios constituyentes. Y esto porque la política criminal no puede quedar hermética, *hic et nunc*, por la voluntad de aquellos constituyentes. En GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo*, cit., pp. 51 y 52. En cualquier caso, tanto si se opta por una defensa de la necesidad de cobertura constitucional de los bienes jurídico-penalmente protegibles como si no, no cabe duda que este planteamiento exige un mínimo ineludible de concretar de forma lo suficientemente razonada los intereses que se deseen salvaguardar a través del Derecho penal. Punto de vista similar ofrecido en BOIX REIG, Javier, «La Constitución española de 1978...», cit., p. 13.

¹¹³⁵ MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., p. 210

¹¹³⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., pp. 27-29.

¹¹³⁷ Sobre estas reflexiones, MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., pp. 209 y ss. y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro...*, cit., pp. 26-29.

impliquen auténticas afectaciones a las esferas de libertad del resto de individuos¹¹³⁸. Esta idea, que se identifica con lo que FERRAJOLI denomina principio de ofensa en concreto¹¹³⁹, se reconduce también con las condiciones de intensidad de la afectación del bien y necesidad de protección penal plateadas por MIR PUIG¹¹⁴⁰. Es decir, no es suficiente con que, en abstracto, el bien pueda ostentar cierta relevancia social, sino que este pueda ser susceptible de ser atacado y destruido, pudiéndose afectar en concreto de forma importante. Asimismo, junto a esta necesaria lesividad del hecho concreto, debe concurrir una necesaria protección por el ordenamiento jurídico-penal. Por mucho que el bien pueda ser lesionado o puesto en peligro, solo podrá considerarse como objeto penalmente protegible si la tutela de esos ataques no puede llevarse a cabo de manera eficiente por otros medios de defensa menos invasivos de los que dispone el aparato del Estado.

En definitiva, una adecuada conceptualización del bien jurídico-penal desde una óptica garantista hacia el legislador coadyuva enormemente a circunscribir las opciones de criminalización de la desinformación a aquellas acordes con el modelo de Estado que caracteriza a nuestra sociedad. A partir de esta premisa, una norma penal que regule la desinformación no puede amparar valores que no adquieran, en un primer grado de delimitación, una razonada relevancia Constitucional. Precisamente, a propósito de este criterio de delimitación, deben rechazarse frontalmente aquellas propuestas que legitiman una tutela penal sobre «la verdad», puesto que, como ya se ha tenido ocasión de explicar en profundidad¹¹⁴¹, no existe en el ordenamiento jurídico-español ningún amparo constitucional sobre un derecho genérico a la verdad, ni tampoco existen bienes jurídico-penales cuya protección inmediata se vinculen con dicho valor. En consecuencia, como ocurre con el resto de los modelos de castigo de la mentira, esta solo debe contemplarse

¹¹³⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., pp. 215-216. Precisamente, según este autor, la ausencia de este requisito de incidencia en la libertad ajena es el que debería imposibilitar tipificar algunas conductas como las relacionadas con el suicidio, especialmente su auxilio. En un sentido similar, ROXIN, al entender que una norma penal debe considerarse ilegítima si su objeto de tutela no afecta al libre desarrollo del individuo o a sus presupuestos sociales. En ROXIN, Claus, «El concepto de bien jurídico...», cit., p. 5.

¹¹³⁹ Según este autor, en virtud de dicho principio, no cabe el castigo penal de un hecho que, aunque corresponda a un tipo de delito, no produzca, en concreto, ninguna lesión o peligro al bien por este protegido. En FERRAJOLI, Luigi, «El principio de lesividad...», cit., p. 111. Efectivamente, una concepción verdaderamente liberal del Derecho penal que busque una nítida diferenciación entre Derecho y Moral debe exigir una concreta exteriorización de la lesividad del delito en aras de garantizar adecuadamente la libertad e intimidad individual frente al poder punitivo estatal. En COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 315.

¹¹⁴⁰ MIR PUIG, Santiago, «Bien jurídico y bien jurídico-penal...», cit., pp. 212 y ss.

¹¹⁴¹ Véase, apartado 2., capítulo II, parte II de la presente investigación.

desde una perspectiva medial, es decir, como forma de poder lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que sí pasen este primer escalón de legitimación¹¹⁴². Igualmente, si de lo que se trata es de apostar por un Derecho penal cuyo propósito sea garantizar el máximo de libertad posible con las menores injerencias¹¹⁴³, en un segundo grado, será preciso que ese valor, una vez concretado, tenga la capacidad de interferir en la esfera de libertad de los individuos. Desde este punto de vista, este segundo límite impide que los sentimientos conformen la base de legitimación del castigo de la desinformación, pudiendo constituirse, a lo sumo, como palancas secundarias que den pie a la configuración de verdaderos bienes jurídico-penales¹¹⁴⁴ que afecten exteriormente a las esferas individuales de libertad y que, además, no puedan ser tutelados adecuadamente por otra rama del ordenamiento jurídico.

¹¹⁴² Quizás la doctrina italiana ha sido la que con mayor hincapié se ha pronunciado, sobre este aspecto, probablemente por la iniciativa legislativa tendente a regular la desinformación desde la tutela penal de la «verdad». La mayoría de la doctrina coincide, dentro de las críticas vertidas a dicha propuesta, que la verdad no constituye un factor de legitimación suficiente para la sanción. Es necesario algo más, y ese algo más debe proyectarse sobre la lesión o peligro de un bien jurídico relevante. Tal y como declara COSTANTINI, en un orden constitucional pluralista, la verdad, cualquiera que sea su consideración, no puede elevarse al rango de interés con trascendencia constitucional. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle *fake news*...», cit., p. 75. Por citar algunas voces al respecto de estas consideraciones, BIRRITTERI cuestiona la legitimidad de la verdad como bien jurídico-penal debido a que tampoco en el ordenamiento italiano existe un deber generalizado de decir la verdad. Por consiguiente, la posibilidad de sanción de acciones coordinadas de desinformación solo podría estar legitimada si se protegieran intereses distintos a la mera veracidad de la noticia que se afectan por la difusión de tales comunicaciones. En BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», pp. 309 y 311. Igualmente, LAMANUZZI considera que el valor «verdad» no puede elevarse a la categoría de bien jurídico. Por ello, todavía queda pendiente identificar el o los objetos de protección que, en todo caso, deberían ostentar un fuerte anclaje con la realidad. En LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media...», cit., p. 34. GUERCIA, por su parte, sigue la misma línea al afirmar que al Derecho penal no le interesa perseguir la verdad de la información en sí, pero sí incidir de forma preventiva en el potencial lesivo que le sigue a consecuencia de la divulgación de información falsa. En GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle *fake news*...», cit., p. 1256. Opinión también respaldada en términos prácticamente idénticos en PERINI, Chiara, «*Fake news e post-verità*...», cit., p. 3.

¹¹⁴³ Así lo proclama CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., pp. 199 o 202. Precisamente, solo un Derecho penal mínimo es el adecuado para servir de garantía de libertad moral y política que permite, en una sociedad pluralista, que los ciudadanos puedan ejercer plenamente todas las libertades que le reconoce la Constitución. Con esta idea se deduce con mayor claridad que esta rama del ordenamiento jurídico contribuye a proteger y disfrutar de todos los derechos y libertades amparados en la Constitución. En un sentido similar, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 12-13.

¹¹⁴⁴ Así lo ha considerado también, de una forma similar ALONSO ÁLAMO al expresar que:
 «En una concepción que pretenda hacer del bien jurídico un límite político criminal a las intervenciones del legislador sobre la base, antes señalada, del marco referencial de los derechos humanos y de la racionalidad discursiva y el principio de realidad, el sentimiento puede, a lo sumo, dar el impulso para la formación de un bien jurídico pero no puede ser un bien jurídico penal».
 En ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos...», cit., p. 74.

3.2. Alternativas de protección penal de la desinformación

3.2.1. El derecho a la libertad de información

En la segunda parte de este trabajo ya se ha adelantado¹¹⁴⁵ cómo, en un sentido amplio, la desinformación, dependiendo de su contenido e intencionalidad puede encajar en tipos penales que ya prevé el texto punitivo español. No obstante, existen otras conductas desinformativas sobre las que existe un reclamo social de respuesta en las que el Derecho penal todavía no ha decidido si debe ostentar, o no, un papel protagonista. En este caso, se alude a la desinformación que puede afectar directamente al debate público, poniendo en peligro al pluralismo informativo debido a una quiebra en la aspiración de recibir una información bien conformada y, en definitiva, creando una sociedad incapaz de alcanzar acuerdos sobre hechos básicos para poder construir una democracia funcional¹¹⁴⁶.

Partiendo de estos planteamientos, se ha argumentado que algunas de estas conductas desinformativas constituyen ataques directos al derecho a la libertad de información¹¹⁴⁷. Cabe recordar, como acertadamente hizo en su momento CARBONELL

¹¹⁴⁵ Véase, el segundo apartado del capítulo segundo de la segunda parte y, especialmente, las consideraciones finales del apartado cuarto.

¹¹⁴⁶ En esta línea, SERRA CRISTÓBAL ha ofrecido unas reflexiones sumamente interesantes. Tal y como manifiesta la autora, en esta sociedad el mayor reto, paradójicamente, es la sobreabundancia informativa que rodea a los individuos. Sobre todo, porque esta cantidad ingente de información se asienta, en una escala importante, sobre información falsa. Juego de falsedades al que también se han unido los líderes y partidos políticos que las utilizan como una herramienta de batalla para controlar la percepción de la opinión pública. Si bien la democracia debe asentarse sobre el debate público y plural, donde tienen cabida los mensajes que diferencian del pensamiento de la mayoría, ello no conduce, necesariamente, a que se garantice una adecuada conformación de la opinión pública. De modo que para que esta pueda cumplir con los estándares democráticos precisa que las alternativas existentes sobre unos hechos se asienten sobre una opinión plural, pero también informada. Cfr., SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 16 y 30-31. Similares conclusiones ofrece PAUNER CHULVI al entender que la información que recibe la ciudadanía sobre los asuntos públicos les permite formar una opinión adecuada sobre la labor que ejercen los representantes democráticos para poder así ejercer un control sobre su gestión. Facultad que se merma si dicha información que reciben sobre cuestiones de interés general es falsa o engañosa. En esos casos la formación de la opinión pública, como mecanismo de control democrático, sufre considerablemente, creando una sociedad que no es capaz de ponerse de acuerdo sobre hechos básicos. En PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 299.

¹¹⁴⁷ Por ejemplo, ROMEO CASABONA, dentro de su análisis de propuestas *de lege ferenda* de la desinformación, entiende que el bien jurídico protegido podría ser la libertad de expresión y de comunicación de la información. En su opinión, aunque podría resultar paradójico que el bien jurídico lesionado fuera precisamente el sustrato de un derecho fundamental cuando se está ejercitando, esto solo se produce de forma aparente, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental implicaría separar este de su ejercicio legítimo que es el comportamiento de injusto material en el que se manifiestan los actos más graves de la desinformación. Por ello, en caso de aceptar favorablemente la incriminación específica de las conductas desinformativas, habría que ubicarlas sistemáticamente en el Título XXI, Capítulo IV relativo a los delitos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio...», cit., p. 215.

MATEU, que la transición de un Estado liberal a un Estado social de Derecho comportó una trasmutación paralela en relación con el papel de los poderes públicos en la tutela de la libertad de expresión. Fundamentalmente, de comportar una función estrictamente negativa (aunque, quizás, más acertada, sería neutra), de no intervención y de predominio de un libre mercado de ideas; a un papel predominantemente positivo, de obligación de eliminar aquellos obstáculos que impidan un ejercicio material y real de dicha libertad en cumplimiento del artículo 9.2 de la CE¹¹⁴⁸. En consonancia con tales demandas, nuestro Estado tiene el deber de preservar, a través de las instituciones, un proceso de comunicación pública libre y plural¹¹⁴⁹ y, para ello, deben garantizarse al máximo las libertades consagradas en el artículo 20 CE, especialmente, el derecho a la libertad de expresión e información. Solo mediante un reconocimiento máximo de estas libertades es posible construir una opinión pública digna¹¹⁵⁰, que asegure una correcta participación

Por su parte, MENDOZA CALDERÓN enfatiza que «habría que distinguir, en cualquier caso, en primer lugar, aquellos supuestos en los que realmente las *fake news* o noticias falsas, atacarían directamente al derecho a la información, y, colateralmente, a la libertad de expresión, reconociendo que la desinformación en el mundo contemporáneo sería un problema de primer orden en las sociedades avanzadas». En MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «Fake news, discurso del odio y aporofobia...», cit., p. 545. Igualmente, NÚÑEZ CASTAÑO aclara que la desinformación atentaría directamente contra la «vertiente pasiva del derecho a la libertad de información, cual es, el derecho a recibir una información veraz y contrastada». En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación y su incidencia en el Derecho penal», *EPC*, nº 45, 2024, pp. 4 y 5.

¹¹⁴⁸ Ello, como indica el mencionado autor, implica no solo garantizar una auténtica neutralidad de los profesionales de la información, sino también de adoptar medidas que impidan la existencia de monopolios u oligopolios informativos. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal», *EPC*, XVIII, 1995, p. 12. Observancia que ha sido puesta de relieve también en el ámbito internacional puesto que se hace hincapié en que los Estados lleven a cabo obligaciones positivas en aras de garantizar la pluralidad de los medios informativos para favorecer una comunicación libre, plural, pero también independiente. Sobre estos aspectos, véase PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «¿El estado como garante de la objetividad periodística?...», cit., p. 174.

¹¹⁴⁹ Así se ha defendido en PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº61, 2020, p. 75. Especialmente, es tarea principal de la dimensión política de la libertad de información estimular la toma de decisiones del individuo y el hecho de crear una circulación de la información pública libre como se ofrece en SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 43 y 44.

¹¹⁵⁰ Para que esta opinión pública sea realmente digna, el individuo debe formar su pensamiento a través del conocimiento de la mayor cantidad posible de hechos públicos trascendentes. La aglomeración de informaciones falsas contribuye a una deformación de la opinión pública ya que un ciudadano sin información es un ciudadano sin opinión tal y como manifiesta CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión...», cit., p. 13. En un sentido similar se ha manifestado SERRA CRISTÓBAL al afirmar que sin información los individuos no pueden desarrollarse en plenitud puesto que se merma su capacidad de decisión autónoma, afectando directamente a su dignidad. Por ello es tan importante garantizar las libertades que permiten la existencia de un flujo de opiniones dispares que construyan una opinión pública con una mínima calidad. En SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 15-16 y 29.

También la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones reconociendo que la libertad de expresión e información no son solo derechos de la personalidad del ciudadano, sino también auténticos garantes del adecuado funcionamiento de la sociedad democrática al asegurar la formación de una opinión

de la ciudadanía en las tareas públicas. Institución esta (la opinión pública), como así afirmó el Tribunal Constitucional, ligada directamente con el pluralismo político que es un valor y requisito fundamental para el funcionamiento del Estado democrático¹¹⁵¹.

En el ámbito internacional, se sigue una tesis normativa unitaria en virtud de la cual existe una unidad sistemática entre los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información incluyéndose este segundo dentro del primero¹¹⁵². A pesar de ello, el ordenamiento jurídico español ha optado por una tesis dualista en la que ambas libertades son reconocidas expresamente por separado. Si bien es cierto que la Constitución ubica ambos derechos en un precepto genérico común, ello se debe a una serie de razones de índole histórica¹¹⁵³. Sin embargo, realmente, aunque estos se encuentren estrechamente

pública libre. Así, entre otras, SSTEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi Mondragón c. España, demanda nº 2034/07; de 7 de junio de 2012, caso Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia, demanda nº 38433/09; 20 de noviembre de 2018, caso Toranzo Gómez c. España, demanda nº 26922/14.

¹¹⁵¹ STC nº12/1982, de 31 de marzo, FJ tercero. Por ello, aunque los sujetos titulares del derecho a la libertad de información sea la colectividad y cada uno de los individuos que componen la sociedad, su protección constitucional «alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción». Véase SSTC nº89/2023, de 18 de julio. FJ Tercero y nº172/2020, 19 noviembre. FJ. Cuarto.

¹¹⁵² Así se concibe de la literalidad del art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión». Asimismo, del art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección». Por su parte, el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras», así como el art. 11.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en idéntico sentido que la anterior.

Esta perspectiva ha sido corroborada recientemente por la Relatora Especial sobre protección del derecho a la libertad de opinión de la Asamblea General de Naciones Unidas que en su informe sobre desinformación indica: «El derecho a la libertad de expresión es amplio e incluyente, y engloba la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras y por cualquier medio de expresión, tanto en Internet como fuera de Internet. (...). El derecho a la libertad de expresión se aplica a todo tipo de información e ideas, incluidas las que puedan escandalizar, ofender o molestar». En IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/47/25, 13 abril de 2021, párrafos 37 y 38.

¹¹⁵³ Esta regulación conjunta se explica porque ambos derechos históricamente han sido entendidos bajo la denominación común y genérica de «libertad de expresión». Tradicionalmente, el reconocimiento constitucional ha ido expresamente relacionado con esa designación genérica, sin referencias a la libertad de información. Sí que es cierto que las constituciones históricas han hecho mención a otros conceptos como libertad de prensa o imprenta que, *stricto sensu*, no se identifica con la libertad de información puesto que limita considerablemente al titular del derecho. Sobre estas cuestiones, en profundidad, véase, MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 32-33 y 38-40.

conectados, comprenden parcelas de protección distinta, debiendo diferenciarse¹¹⁵⁴. Ello se debe, tal y como ha puntualizado acertadamente MUÑOZ LORENTE, a dos motivos esenciales. En primer lugar, el texto constitucional ofrece una clara distinción sistemática al prever cada uno de ellos en dos apartados distintos (20.1.a) para la libertad de expresión y 20.1.d) para la libertad de información). Ello, como argumenta el autor, debe conducir a la consideración de que no son dos derechos idénticos puesto que, en caso contrario, se habría configurado una reiteración innecesaria en una norma caracterizada por su concreción y esquematicidad¹¹⁵⁵. En segundo lugar, el razonamiento más contundente se deriva de la diferenciación del objeto de protección de cada una de ellas. Así, por mucho que ambos derechos busquen posibilitar el ejercicio de derechos de participación en la vida política en condiciones de igualdad, tanto la jurisprudencia constitucional¹¹⁵⁶ como

¹¹⁵⁴ Esta diferenciación ha sido respaldada por la doctrina que, en términos generales, defienden que en el art. 20 CE se trata de garantizar una comunicación pública libre, pero que, a partir de esta consideración, la libertad de expresión e información constituyen dos derechos diferenciados. Entre otros, CARMONA SALGADO, Concha, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, p. 10; ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa», *Revista de Derecho Político*, nº 34, 1991, pp. 17 y 25; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos», en Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2 (*De los derechos y deberes fundamentales*), Civitas, Madrid, 1991, p. 902; REBOLLO VARGAS, Rafael, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites penales*, PPU, Barcelona, 1992, p. 27 y 28; MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 54-59; ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 129-130; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 15; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., pp. 2-3.

Posición que también ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional español. En este sentido, la STC nº 107/1988, de 8 de junio, FJ segundo, señaló con rotundidad que «Nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión -art. 20.1.a)- y la libertad de información -art. 20.1.d)- acogiendo una concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los artículos 19.2 del PIDCP de Nueva York y 10.1 del CEDH de Roma. Según esa configuración dual -que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes-, la libertad del artículo 20.1.a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor; y el de la libertad del artículo 20.1.d) el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables».

Sin embargo, algún autor ha defendido una postura intermedia al entender que la libertad de información comprende toda una serie de derechos que se enmarcan en la libertad de expresión que, al mismo tiempo, se caracterizan por presentar un perfil propio que los configura como derechos autónomos. En este sentido, véase, ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión e información», en López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional, Volumen I, La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 270-271.

¹¹⁵⁵ MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 54.

¹¹⁵⁶ Resulta sumamente ilustrativa la STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero, FJ segundo, «se insiste en que la Constitución y la jurisprudencia distinguen entre el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, de una parte, y el que tiene por objeto, de otra, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión [apartados a) y d), respectivamente, del art. 20.1 CE (EDL 1978/3879)]. Y reconoce que por

la doctrina¹¹⁵⁷ han señalado que el derecho a la libertad de expresión goza de un campo de acción más amplio, consistente en la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, en definitiva, de expresiones no susceptibles de contraste; mientras que el derecho a la libertad de información abarca un ámbito más restringido, materializado en la difusión de hechos, es decir, de todo elemento fáctico como son las noticias de acontecimientos y actuaciones susceptibles de comprobación real. De ello se derivan unas restricciones más laxas en el primero, consistentes en juicios de adecuación y proporcionalidad con otros valores confrontados. Y, por el contrario, del segundo se añaden restricciones más específicas como son las de veracidad e interés general.

A propósito de dichas consideraciones, la necesidad de distinguir entre una opinión y una información se convierte en una tarea previa insoslayable con el fin de fijar límites y evitar la desinformación¹¹⁵⁸. Recuérdese que la premisa esencial para analizar este fenómeno es su estudio desde el plano de los hechos, de modo que si se tratan de opiniones nunca será posible afirmar la existencia de una conducta desinformativa¹¹⁵⁹. Ahora bien, la distinción entre hechos y opiniones no siempre va a resultar una tarea sencilla y es ahí

más que “una libertad y otra pueden llegar a entrecruzarse en los supuestos reales que la vida ofrece (STC 41/2011, FJ 2 (EDJ 2011/47880), y resoluciones allí citadas), este distingo entre derechos es de capital importancia, pues mientras el segundo de los citados se orienta, sobre todo, a la transmisión o comunicación de lo que se tienen por hechos —susceptibles, entonces, de contraste, prueba o mentís—, la libertad de expresión tiene su campo de proyección más propio en la manifestación de valoraciones o juicios que, es evidente, quedan al margen de toda confirmación o desmentido fácticos. Se trata de una diferencia relevante, como es obvio, para identificar el ámbito y los límites propios de cada una de estas libertades” [STC 65/2015, FJ 2 (EDJ 2015/74210)]. Distinción que ha realizado en numerosas ocasiones como se observa en sentencias, entre otras, como SSTC, Pleno, nº172/2020, 19 noviembre. FJ. Cuarto; TC nº 24/2019, de 25 de febrero, FJ cuarto; TC nº 38/2017, de 24 de abril, FJ segundo y TC nº 76/1995, 22 de mayo, FJ segundo.

¹¹⁵⁷ Entre otros, MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 55-60; PAUNER CHULVI, Cristina, «Noticias falsas y libertad de expresión...», cit., p. 310; GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública...», cit., p. 86; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., p. 212 y COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 204; ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 130.

¹¹⁵⁸ En este sentido, resulta sumamente ilustrativo el apartado 3 del Código Europeo de Deontología del Periodismo, de 1 de julio de 1993, que establece: «El principio básico de toda consideración ética del periodismo debe partir de la clara diferenciación, evitando toda confusión, entre noticias y opiniones. Las noticias son informaciones de hechos y datos, y las opiniones expresan pensamientos, ideas, creencias o juicios de valor por parte de los medios de comunicación, editores o periodistas».

¹¹⁵⁹ De un modo similar, véase ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 124. En contra, se sitúa la posición de SERRA CRISTÓBAL quien considera, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los bulos también se insertan en la libertad de expresión. Véase SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 26.

donde, precisamente, surgen los verdaderos problemas. Existen, pues, zonas intermedias o grises en las que la determinación de su naturaleza se vuelve, ciertamente, compleja.

Por una parte, generalmente, es obvio que la transmisión de hechos se realiza con una marcada posición valorativa o ideológica¹¹⁶⁰. El hecho de pretender emitir una información con una absoluta objetividad, no deja de ser un ideal utópico. Piénsese, por ejemplo, en los casos en los que el individuo realiza una manifestación concerniente a los hechos internos de un tercero. Es decir, se expresa que un sujeto ha actuado con una concreta finalidad¹¹⁶¹. O bien, se cita a otro sin manifestar con nitidez si se trata de una reproducción literal o un parafraseo. Por otra parte, en una sociedad digital como la nuestra, ha proliferado una expansión indebida, en línea con lo apuntado por PINTO DE ALBUQUERQUE y DOPICO GÓMEZ-ALLER, de una mala praxis periodística y por qué no, también de los agentes prosumidores, que no respetan este estándar y disfrazan de información lo que, en realidad, son meras valoraciones, para crear titulares y mensajes sensacionalistas con el propósito de generar más *clicks* y apoyo digital¹¹⁶². Tanto de forma inconsciente como de un modo totalmente consciente, la unificación de ambos actos expresivos es una dinámica comunicativa habitual. Una problemática que ya ha subrayado en numerosas situaciones el Tribunal Constitucional¹¹⁶³ quien, asimismo, ha indicado que se acentúa en el ámbito de las redes sociales¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁰ Así lo expresan también, SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», p. 214 y MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 64 y 65.

¹¹⁶¹ Algunos ejemplos que se exponen son: «X ha actuado de mala fe» o «ha actuado con la finalidad de perjudicar a Y». En MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 95.

¹¹⁶² PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «¿El estado como garante de la objetividad periodística?...», cit., p. 169. En consecuencia, como expresan los citados autores, han surgido iniciativas destinadas a reforzar la regla deontológica de separar con claridad la transmisión de información y las valoraciones políticas en aras de evitar dañar la calidad de la información.

Asimismo, esta práctica es muy común en la política populista actual. Repárese en las técnicas actuales de los representantes políticos en las que muchas de sus opiniones son afirmadas con rotundidad ofreciendo la apariencia de informaciones veraces incontestables. Discursos que se unen a la utilización de datos manipulados o sacados de contexto para reafirmar la ideología que desean asentar. Véase en SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 25.

¹¹⁶³ Por ejemplo, STC nº139/2021, de 12 de julio, FJ Quinto: «Tal y como argumenta el Tribunal Supremo, la cuestión de la diferenciación entre hechos y opiniones o valoraciones, no siempre se plantea de manera nítida. Para la jurisprudencia constitucional esta distinción es relevante porque permite calificar el contenido de una comunicación como ejercicio del derecho de información (transmisión de hechos) o como ejercicio de la libertad de expresión (transmisión de ideas, opiniones o valoraciones). Pero, aun asumiendo la relevancia de la distinción, también ha advertido el Tribunal en varias resoluciones que “el deslinde entre ambas libertades no siempre es nítido, ‘pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión’». En un sentido similar, SSTC, Pleno, nº 172/2020, 19 de noviembre, FJ Cuarto

¹¹⁶⁴ En concreto, STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero, FJ Segundo: «La constatación de las dificultades existentes para distinguir entre libertad de información y libertad de expresión se acentúa cuando se

Ante esta situación, la jurisprudencia constitucional ha optado por acudir a la regla de la preponderancia según la cual, en los supuestos en los que se mezclan elementos constitutivos de hechos fácticos y meras opiniones, se atenderá a aquel que aparezca como predominante para subsumirlos en el derecho a la libertad de expresión o información¹¹⁶⁵. Precisamente, este fue el criterio que siguió el citado tribunal en el primer caso que resolvió sobre desinformación en plataformas digitales (STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero). En ella, analizó un supuesto en el que un periodista acusó en redes sociales falsamente a otro profesional de la información de haberle agredido física y verbalmente delante de testigos. Información que fue extensamente difundida en la plataforma X mediante numerosos retuits, afectando a la reputación profesional del periodista. En este sentido, el Tribunal advirtió sobre la complejidad, en situaciones como esta, de determinar si la difusión de dichos mensajes se llevaba a cabo en ejercicio de la libertad de expresión o de información. Por ello, acudió a la doctrina del derecho preponderante concluyendo que, en este caso, debía interpretarse que se ubicaban dentro de la libertad de información, sujeto al requisito de veracidad, puesto que las declaraciones se realizaron en un contexto que fue reproducido por varios medios periodísticos como hecho noticiable, unido a la circunstancia en que ambos sujetos eran profesionales de la información.

Por otro lado, esta cuestión tan relevante concerniente a la distinción de hechos y opiniones también ha sido puesto de relieve por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto, a través de la STEDH de 28 de abril de 2020, asunto ATV Zrt

contextualiza el ejercicio de una y de otra en el ámbito de internet y, más concretamente, en el de las redes sociales».

¹¹⁶⁵ STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero. No obstante, este criterio selectivo ha sido duramente criticado puesto que puede legitimar ciertos comportamientos ilícitos en la práctica comunicativa. Especialmente en supuestos en los que el factor preponderante es el elemento informativo ya que, fundamentalmente, se emiten hechos verdaderos y de relevancia pública, pero se incluye algún insulto a la persona aludida en la información. O bien, en caso opuesto, cuando el factor que prevalece es el subjetivo-valorativo en la medida en que el mensaje está repleto de opiniones entre las cuales se expresa tan solo un hecho manifiestamente falso. Parecería, según algunos autores, que en aplicación de dicha doctrina del Tribunal Constitucional en el primer caso, el insulto, y en el segundo, la afirmación falsa no merecerían de consecuencia alguna. Razón por la cual se argumenta que, lo conveniente, es analizar elemento por elemento, ponderando cada uno de ellos por separado, a pesar de encontrarse en un mismo mensaje comunicativo. Así lo justifica y defiende MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 122-123. Personalmente, aunque este planteamiento es sumamente interesante, parece olvidar la premisa de la que parte: los supuestos complejos y sumamente dudosos en los que difícilmente se pueden separar de forma tan clara la naturaleza de cada acto comunicativo que conforma un mensaje en su conjunto. Yerra en la consideración de que sea posible diferenciar, como si de cajones cerrados e independientes se tratara, cada componente comunicativo, cuando precisamente esa labor, resulta la más complicada y de la que se trata de proporcionar una respuesta lo más adecuada y proporcional posible con los intereses en conflicto. Desde luego, si tan sencillo es diferenciar dichos elementos, no se suscitará el citado problema y no se podrá hablar, estrictamente, de zonas grises entre hechos y opiniones.

contra Hungría, demanda nº61178/14¹¹⁶⁶. En un caso en el que se discutía sobre la calificación de «extrema derecha parlamentaria» por parte de un medio televisivo Húngaro a un partido político¹¹⁶⁷, el TEDH concluye que se ha producido una injerencia no necesaria por parte de las Administraciones públicas al abrir un expediente y prohibir al locutor que pudiera repetir dichas manifestaciones por considerarlos juicios subjetivos que quebrantaban la Ley de Medios del país¹¹⁶⁸. Lamentablemente, el TEDH no aprovechó el caso para fijar criterios exhaustivos sobre la separación entre hechos y opiniones a propósito del CEDH. Fue por ello por lo que el juez PINTO DE ALBUQUERQUE, mediante un voto particular en el que coincide con el fondo de la sentencia, trata de rellenar ese vacío argumentativo¹¹⁶⁹. Para ello, en el voto se puntualiza

¹¹⁶⁶ Un excelente trabajo y análisis en profundidad sobre este caso se ofrece en PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «¿El estado como garante de la objetividad periodística?...», cit., *passim*.

¹¹⁶⁷ Sucintamente, el supuesto fáctico era el siguiente: un locutor de la emisora privada de televisión Húngara ATV Zrt, para comentar una noticia de relevancia pública en la que se había organizado una manifestación masiva contra el nazismo, tras las declaraciones de un parlamentario del partido *Jobbik*, lo calificó de «extrema derecha parlamentaria». A petición del citado partido, la Autoridad Nacional de Información y Medios de Comunicación declaró que ATV Zrt había quebrantado el art. 12. 3 y 4 de la Ley de Medios, abriéndole un expediente y prohibiendo que el locutor pudiera repetir dichas manifestaciones en el noticiero televisivo puesto que la mencionada expresión constituía un juicio de valor. Estas restricciones fueron recurridas ante las autoridades administrativas y judiciales las cuales propusieron soluciones ciertamente dispares sobre el entendimiento del término «extrema derecha» como una valoración o un hecho. La segunda instancia administrativa confirmó la sanción impuesta entendiendo que se trataba de una explicación valorativa. En cambio, en sede jurisdiccional se anuló dicha decisión puesto que ello no era así ya que el propio partido se definía en su documento fundacional como radicalmente derechista, siendo los términos «derecha» e «izquierda» usos aceptados en la esfera pública para identificar ideas. Por su parte, la *Kúria* confirmó la resolución del Consejo de Medios concluyendo que se trata de una explicación valorativa que genera efectos negativos para el partido. Finalmente, el Tribunal Constitucional confirmó de nuevo la condena a la cadena televisiva. No obstante, el TEDH, en aplicación del test tripartito de comprobación de si la injerencia en la libertad de expresión e información cumplía con los requisitos del art. 10 del CEDH, determinó que de dicha manifestación era imprevisible que fuera calificada de opinión y, por tanto, fuera objeto de prohibición, habiéndose producido una injerencia no necesaria en una sociedad democrática.

¹¹⁶⁸ Art. 12 Ley nº CLXXXV de 2010 sobre Servicios de Medios y Comunicación de Masas de Hungría: «... (2) Con arreglo a la naturaleza de los programas, se velará por emitir la información de una manera equilibrada, ya sea dentro del programa determinado o en el ámbito de una serie de programas de emisión regular.

(3) Salvo en lo que se refiere a ofrecer información de contexto sobre la noticia en cuestión, los empleados del prestador de servicios de comunicación que aparezcan con regularidad en los programas y que transmitan noticias e información política, como los locutores, los presentadores o los corresponsales, no podrán añadir ninguna opinión ni explicación valorativa a la noticia política objeto del programa emitido por cualquier prestador de servicios de comunicación.

(4) Cualquier opinión o explicación valorativa añadidas a la noticia emitida en un programa se realizarán de una manera en que queden claramente dissociadas de la noticia en sí, indicando su naturaleza como tal e identificando a su autor».

¹¹⁶⁹ Concretamente, en la introducción del voto particular de la STEDH de 28 de abril de 2020, asunto ATV Zrt contra Hungría, indica: «El Tribunal podría haber aprovechado esta oportunidad para ahormar las leyes sobre medios de comunicación de Hungría y otras Partes Contratantes mediante un análisis exhaustivo del Derecho relevante y la exposición de principios rectores. Sin embargo, no lo hizo. La presente opinión aspira a rellenar ese vacío».

que el Convenio no contempla reglas específicas que ofrezcan una solución, por lo que lo conveniente es acudir a los principios que se desprenden de la jurisprudencia del TEDH a propósito de las libertades de expresión e información. De ellas, se concluye una solución que, por exclusión, aboga por un Derecho indicativo y no de intervención estatal coercitiva a través de vías autorregulatorias y corregulatorias en las que los profesionales de la información ocupen un lugar protagonista. Esencialmente, la premisa de la que se parte es la correspondiente a las obligaciones negativas o de no injerencia del Estado en la medida en que del espíritu del Convenio se desprende que está sujeto a una serie de limitaciones que le impiden imponer a los medios de comunicación medidas coercitivas en la diferenciación de hechos y opiniones¹¹⁷⁰. Por consiguiente, debido a que las propuestas coercitivas por parte de los poderes públicos conllevan a una serie de restricciones difícilmente controlables para la libertad de comunicación, la solución más adecuada se encuentra en las medidas autorregulatorias o corregulatorias fundamentadas en las obligaciones y responsabilidades que se derivan de los estándares deontológicos de la libertad de prensa para los periodistas.

No obstante, pese a la importante labor garantista que ofrece este análisis del voto particular, especialmente remarcando las terribles consecuencias de dejar en manos del Estado la decisión de limitar qué son hechos y qué son opiniones, no queda del todo claro qué factores coadyuvan en la clarificación de la distinción entre ambos ámbitos. Probablemente porque ello es una tarea ardua y extremadamente complicada, que habrá que atender, necesariamente, caso por caso. Ahora bien, ello no es óbice para entender que, de forma abstracta, no existan elementos, si quiera indiciarios, que ayuden a argumentar la opción por uno u otro. En esta línea, algunos autores¹¹⁷¹ han destacado esencialmente tres factores que contribuyen a clarificar si estamos ante hechos u opiniones: terminología, posibilidad de verificación y contexto.

En primer lugar, con carácter indiciario, analizar la utilización de expresiones como «en mi opinión», «a mi juicio» o, por el contrario, «citando textualmente a», «según revelan los datos», puede servir como arma de interpretación que guíe la consideración preponderante en uno u otro sentido, si bien es cierto que, por sí solo, este tipo de

¹¹⁷⁰ Con rotundidad, afirma el juez en el voto particular de la citada sentencia: «El Estado no debe dictar cómo se comunican las noticias, aunque lo haga con las mejores intenciones». Véase, el voto particular de la STEDH de 28 de abril de 2020, asunto ATV Zrt contra Hungría.

¹¹⁷¹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., p. 215 y MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 120-121.

expresiones no tienen por qué ser concluyente. En segundo lugar, se alude a la verificabilidad del acto lingüístico. Con ello se hace referencia a la posibilidad de contrastar o no aquello que se expone a propósito del caso concreto y no de forma apriorística. Por último, un factor interesante a considerar será el contexto donde se desenvuelve la manifestación, tanto desde el punto de vista lingüístico como de su ubicación espacial. Es decir, atender a los criterios que rodean el acto comunicativo que coadyuvan a entender si se inserta dentro de un sentido lúdico, irónico o bien más sereno. Para ello, como ya se ha tenido ocasión de señalar con anterioridad¹¹⁷² resultan sumamente interesantes aquellos actos de escritura no alfabética como los emoticonos, *stickers* o memes que ayudan a precisar la intencionalidad del emisor.

El art. 20.1.d) contempla el derecho a la información como derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». En una primera aproximación, por tanto, de su tenor literal, parece que se apoya en un doble interés¹¹⁷³: el derecho a difundir libremente información veraz (perspectiva activa) y también a recibirla (perspectiva pasiva). Desde esta segunda vertiente, tal y como ha desarrollado SERRA CRISTÓBAL, el derecho a la información contempla, a su vez, una doble faceta¹¹⁷⁴. Por un lado, como derecho de recepción, cuyo contenido contempla el derecho a recibir información sin impedimentos o limitaciones por parte de los poderes públicos o de otros sujetos¹¹⁷⁵, de modo que el ciudadano que la recibe tenga la libertad de decidir aprehenderla tanto si proviene de fuentes sólidas o no, incluso las mentiras. Por otro, también comprende un derecho de acceso a la información y a conocer los asuntos públicos, desde una perspectiva genérica, entendido como derecho político abstracto¹¹⁷⁶ vinculado a la necesidad de los ciudadanos de conocer los asuntos del Gobierno.

¹¹⁷² Véase, parte II, capítulo I, epígrafe 2.4. Los actos lingüísticos en el entorno digital.

¹¹⁷³ Igualmente, así lo considera ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión...», cit., p. 284 y SENTÍ NAVARRO, Carla, «El derecho a recibir información veraz en la red. Apuntes de jurisprudencia del TC y del TEDH», *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 25, 2022, p. 4.

¹¹⁷⁴ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 19-21.

¹¹⁷⁵ Esta idea también la respalda ESPÍN al entender que el contenido de la vertiente receptora del derecho a la información consiste en la posibilidad de recibir información sin ninguna interferencia procedente de los poderes públicos o de terceros. En ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión...», cit., pp. 284-285.

¹¹⁷⁶ Evidentemente, como puntualiza la autora, ello no impide que existan derechos de acceso más concretos consagrados en nuestra Constitución sobre determinadas informaciones específicas en las cuales es preciso la acreditación de algún tipo de interés en el acceso a la misma. En esta línea a través de otros preceptos constitucionales como el derecho a ser informado en el contexto judicial (art. 24.2 CE), el de ser informado como consumidor (art. 51.2 CE), o bien el de acceso a los archivos administrativos (art. 105. b) CE).

Con todo, en virtud del art. 10.2 CE, el derecho a la información veraz debe interpretarse conforme a la DUDH y al CEDH. Especialmente, en lo que concierne a este segundo texto internacional, habrá de atenderse a las pautas ofrecidas por el TEDH que ha establecido la necesidad de interpretar restrictivamente cualquier tipo de limitación a este derecho¹¹⁷⁷ y de protegerlo, con mayor intensidad, cuando se trata de expresiones en materia política¹¹⁷⁸. Este derecho, pues, ocupa una especial posición dentro de un sistema democrático¹¹⁷⁹, mereciendo una protección reforzada frente a otros derechos e intereses, no solo en la esencia de su contenido, sino también en la forma en la que se transmite¹¹⁸⁰. Protección que, como ha incidido el TC, «alcanza a internet, dada su capacidad para conservar y difundir gran cantidad de datos e informaciones, lo que contribuye a mejorar el acceso del público a las noticias y la difusión de información en general»¹¹⁸¹. Quizás esta relevancia incuestionable del derecho a la libertad de información explica la consolidada doctrina constitucional de dotarle, junto a la libertad de expresión, de un carácter prevalente frente a otros derechos¹¹⁸², si bien es cierto que dicha postura la ha matizado considerando este carácter preeminente no de un modo absoluto, sino más bien atendiendo caso por caso siempre que se cumplan con sus límites internos¹¹⁸³.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 21.

¹¹⁷⁷ STEDH de 25 de junio de 1992, caso Thorgeir Thorgerirson c. Islandia, demanda nº 13778/88, ap. 63.

¹¹⁷⁸ STEDH *Mouvement raëlien Suisse c. Suiza* de 13 de julio 2012, nº 16354/06, ap. 61 y 62. Concretamente, en esta resolución se indica que, en materia de libertad de expresión e información, los Estados suelen gozar generalmente de un margen discrecional mayor en su regulación en ámbitos relativos a la moral, la religión, el discurso comercial y publicitario, que con el discurso político en sentido estricto.

¹¹⁷⁹ STC nº 25/2019, de 25 de febrero. FJ Tercero: «la especial posición que ostenta el derecho a comunicar libremente información veraz en nuestro ordenamiento reside en que “no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”». En este último sentido, citando la STC nº 58/2018, de 4 de junio, FJ Séptimo. Ello se debe, como fue argumentado en la STC nº 336/1993, de 15 de noviembre, FJ cuarto a que «para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas».

¹¹⁸⁰ STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, demanda nº 19983/92, ap. 48.

¹¹⁸¹ STC, Pleno, nº172/2020, 19 noviembre, FJ. Cuarto. En idéntico sentido, STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero. FJ Tercero.

¹¹⁸² Esta posición prevalente de las libertades de expresión e información se encuentran en numerosas sentencias del TC. Como ejemplos ilustrativos y contundentes se pueden citar la STC nº 143/1991, de 1 de julio, FJ cuarto al indicar que la libertad de información «como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos». También la STC nº 167/1987, de 27 de octubre, FJ décimo al argumentar que «este valor preferente [el de la libertad de información] alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercida por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» y la STC nº 159/1986, de 16 de diciembre, FJ sexto cuando alude a la «posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución».

¹¹⁸³ STC nº 25/2019, de 25 de febrero, FJ séptimo: «la libertad de información puede llegar a ser considerada prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el artículo 18.1 CE (EDL 1978/3879), no

El cuestionamiento sobre las necesidades de intervención punitiva de una conducta que, aparentemente, colisiona con las libertades de comunicación, siguiendo a VIVES ANTÓN, requiere de un adecuado análisis de los límites internos y externos de estos derechos. De modo que conviene distinguir, por un lado, aquellos límites que nacen o dependen de su propio contenido, naturaleza o fundamento (internos)¹¹⁸⁴, de aquellos que se derivan de la posible lesión de otros bienes o intereses al entrar en conflicto con un derecho fundamental que es ejercitado¹¹⁸⁵. Tal y como ha puntualizado MUÑOZ LORENTE, extralimitarse de las fronteras internas del derecho en cuestión convierte en arbitraria la conducta y, por tanto, en un abuso del derecho fundamental; mientras que las limitaciones extrínsecas sirven para organizar una convivencia racional entre un derecho fundamental y aquellos bienes jurídicos que pueden sufrir perturbaciones como consecuencia de su ejercicio¹¹⁸⁶. Eso sí, conviene tener presente que no siempre que se produzca un abuso de un derecho por incumplimiento de sus límites internos debe derivarse alguna consecuencia jurídica perjudicial (ni mucho menos privativa de libertad) puesto que será necesario que exista también un límite externo, es decir, que se haya lesionado un bien constitucional mediante dicha extralimitación¹¹⁸⁷. Adviértase de la importancia de esta afirmación para el estudio que nos ocupa pues, adelantando alguna consideración, pese a que las conductas desinformativas supongan una infracción de

con carácter absoluto sino caso por caso, en tanto la información se estime veraz y relevante para la formación de la opinión pública, sobre asuntos de interés general, y mientras su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere». Igualmente, STC nº 58/2018, de 4 de junio, FJ séptimo.

Cabe destacar, en este sentido, la crítica que se ha vertido históricamente a la «doctrina del balancín» o de ponderación de bienes entre los derechos del art. 20 CE en conflicto con otros intereses constitucionales. Especialmente, ha sido en EEUU el territorio en el que más de ha advertido acerca de la posibilidad de dejar sin contenidos a las libertades de comunicación debido al carácter imprevisible de la ponderación, dependiendo del criterio judicial. Ello porque puede haber momentos en los que la balanza se decante por la libertad de expresión e información y otros en los que se consideren intereses menos relevantes. Esta reflexión ha sido expuesta con mayor exhaustividad por VIVES ANTÓN. Si bien este autor indica expresamente que no se opone a la ponderación, pero sí que alerta de la necesidad de que los jueces ordinarios dejen esa tarea en manos del Tribunal Constitucional. En VIVES ANTÓN, Tomás S., «La libertad de expresión e información: límites penales», en Ramírez Jiménez, Manuel (dir.), *El derecho a la información*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 118-119.

¹¹⁸⁴ VIVES ANTÓN, Tomás S., «La libertad de expresión e información...», cit., p. 118. En un sentido similar, PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 111 y MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 132.

¹¹⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales...*, cit., p. 112.

¹¹⁸⁶ Ahora bien, con el propósito de limitar externamente un derecho fundamental, será ineludible la presencia de una serie de requisitos: existencia de una habilitación constitucional para ello, necesidad que el límite externo venga impuesto por una norma con rango de ley, que exista una justificación de imposición del límite con base en la protección de otro interés constitucional y que, en todo caso, se respete el contenido esencial del derecho que se limita. Véase, en profundidad sobre estas ideas MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., pp. 134-140.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 133.

alguno de los límites internos del derecho a la libertad de información, ello no conduce, *per se*, a la necesidad de un reproche penal fundamentado en tal derecho. Será preciso algo más, y ese algo más se concreta en que la extralimitación del límite interno lleve aparejada una lesión a otro derecho fundamental el cual habría que ver si sustentaría una legitimación penal acorde a nuestro sistema social.

En cualquier caso, conviene ir paso por paso y reconocer cuáles son esos límites internos del derecho consagrado en el artículo 20.1.d) CE. Para ello, el Tribunal Constitucional, a través de numerosos pronunciamientos, ha sido el órgano democrático que con mayor intensidad ha abordado esta cuestión¹¹⁸⁸, fijando las fronteras relacionadas con su propio contenido en la relevancia pública y la veracidad¹¹⁸⁹. A propósito del primero, es cierto que se trata de un límite tácito, no impuesto expresamente por el legislador constituyente. Ahora bien, resulta incuestionable que este se deduce del propio texto constitucional en la medida en que integra, ineludiblemente, el fundamento del propio derecho. Si la finalidad de la libertad de información es la formación de una opinión pública libre, tan solo aquellas noticias que coadyuven a lograr dicha finalidad gozarán de legitimidad¹¹⁹⁰. Es por ello por lo que se exige, para que queden amparados por la libertad de información, que el hecho sea caracterizado como «noticiable»¹¹⁹¹, sirviendo al interés general porque se refiere a un asunto público que afecta al conjunto de la ciudadanía¹¹⁹². Y este carácter no solo lo poseen las materias puramente políticas sino, en palabras de MUÑOZ LORENTE, «todos aquellos aspectos de la vida que son

¹¹⁸⁸ Al respecto, se ofrece un interesante estudio jurisprudencial en GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro, «La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado. España», *Estudio a encargo de la Secretaría General del Parlamento Europeo*, 2019, pp. 18 y ss.

¹¹⁸⁹ Entre muchas de ellas, algunas recientes que han abordado estos límites internos han sido STC, Pleno, nº 8/2022, de 27 de enero. FJ Tercero; STC, Pleno, nº 172/2020, 19 noviembre. FJ. Cuarto; STC nº 25/2019, de 25 de febrero. FJ Tercero.

¹¹⁹⁰ MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 160. Efectivamente, en lo que afecta al análisis de la libertad de información, este debe comenzar por separar entre asuntos de interés público y de interés privado. Ello se debe a que el primero será el que justifica la lesión, pero exclusivamente en la medida de ese interés, lo que exige una relación lógica de necesidad entre ambos extremos. En DE LUCA, Javier Augusto, «La veracidad, las expresiones y el derecho penal», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 38-40.

¹¹⁹¹ Y estos son, según la STC nº 25/2019, de 25 de febrero. FJ Tercero, aquellos que: «por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, debiendo versar tales hechos sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático».

¹¹⁹² STC, Pleno, nº 8/2022, de 27 de enero. FJ Tercero y STC, Pleno, nº 172/2020, 19 noviembre. FJ. Cuarto.

necesarios para el desarrollo y evolución de una sociedad civilizada y que, igualmente, contribuyen a hacer efectivo el valor fundamental pluralismo, e cual no puede entenderse solo como pluralismo político sino ideológico en sentido amplio»¹¹⁹³.

A diferencia de este, el requisito de veracidad sí que ha sido expresamente requerido por el propio texto constitucional. Aunque, en realidad, si no existiera esta previsión legal también habría constituido un límite inmanente ya que la veracidad está estrechamente vinculada con el fundamento de la libertad de información en la medida en que no es posible la existencia de una opinión pública verdaderamente libre si, previamente, los ciudadanos han sufrido manipulaciones que les han impedido conocer la realidad de los hechos¹¹⁹⁴. Esto, evidentemente, no significa que el elemento de veracidad ampare un derecho a la verdad que subyazca dentro del artículo 20 CE. En este sentido, en reiteradas ocasiones, el TC se ha encargado de señalar que la veracidad no es más que un estándar de comportamiento consistente en que el informador compruebe con diligencia los hechos que se emiten, de modo que caben un amparo constitucional de información erróneas siempre que no se actúe con menosprecio de la veracidad, comportándose de forma negligente e irresponsable cuando se transmiten hechos¹¹⁹⁵. En otras palabras, de lo que se trata es que de aquel sujeto que emita una información revele aquello que considere que ha sucedido y no algo distinto a lo que piensa que ha ocurrido, quedando al margen de protección del derecho fundamental aquellas manifestaciones realizadas menospreciando esa veracidad, del mismo modo que tampoco cabrían los rumores o insinuaciones insidiosas¹¹⁹⁶. Esta actitud positiva hacia la verdad que se desprende de la

¹¹⁹³ MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 177.

¹¹⁹⁴ Efectivamente, una idea similar es propuesta por ABA-CATOIRA al afirmar que solo cuando se acredita la veracidad de los hechos sobre los que se informa cabe afirmar que dichas informaciones pueden contribuir a la formación de la opinión pública. En ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 131. En otras palabras, si el propósito último de la libertad de información es facilitar el proceso de comunicación, la inveracidad siempre constituirá una frontera puesto que atenta contra dicha finalidad al suponer una obstrucción a estos. Véase, VIVES ANTÓN, Tomás S., «La libertad de expresión e información...», cit., p. 118.

¹¹⁹⁵ STC nº 35/2023, de 17 abril, FJ Tercero; STC, Pleno, nº8/2022, de 27 de enero. FJ Tercero; STC, Pleno, nº172/2020, 19 noviembre. FJ Cuarto; STC nº 52/2002, de 25 de febrero, FJ Quinto; STC nº 139/1995, de 26 de septiembre, FJ Séptimo; STC nº 214/1991, de 11 de noviembre, FJ Séptimo; STC nº 6/1988, de 21 de enero, FJ Quinto.

¹¹⁹⁶ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 22-23. Se dice, entonces, que es el modelo de veracidad subjetiva el que sustituye a la verdad objetiva. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión...», cit., p. 31. Esta etiqueta de veracidad subjetiva permite comprender con claridad la relevancia que adquiere la posición mental del sujeto informante frente a los datos objetivos y que consiste en analizar su grado de conocimiento (su buena o mala fe) y su mayor o menor grado de diligencia en la averiguación del carácter falsario o no de lo narrado. De modo que toda conducta de real malicia no estará amparada por la libertad de información, es decir, bien porque el sujeto conoce la falsedad, bien cuando obra con desaprensión,

Constitución no implica, como se ha dicho, la existencia de un derecho a la verdad, como tampoco la libertad de expresión permite ampara ningún derecho a mentir.

La Constitución no aspira a ser un texto objetivo sino neutral. Todo puede ser discutido y sometido a debate en democracia, incluso las posiciones que niegan la evidencia¹¹⁹⁷. Dentro de las finalidades de tutela de la comunicación pública no se persigue garantizar la verdad. Entre otras cuestiones, porque la exigencia de emitir una absoluta verdad objetiva resulta imposible y dejaría sin efectividad el derecho a la libertad de información, vaciando su contenido y reduciéndolo a una mera libertad formal¹¹⁹⁸. CARBONELL MATEU, acertadamente, ha puesto de manifiesto que aquello que podría denominarse como «verdad democrática» no es más que la suma de las verdades individuales de los ciudadanos, por lo que alcanzarla es completamente inviable si no se reconoce al máximo la libertad de información y expresión¹¹⁹⁹. Por consiguiente, todo

desinterés o temeridad al informar sobre un acontecimiento que, si no hubiera obrado de ese modo, se habría percatado de la falsedad. En DE LUCA, Javier Augusto, «La veracidad, las expresiones...», cit., p. 48. Son varios los criterios que pueden tenerse en consideración en aras de determinar la suficiencia en la diligencia empleada: la fuente de la que se ha obtenido la información, que esta sea explicitada, que la información sea o no difamatoria *prima facie*, que el medio tenga conocimiento por otra vía de la inexactitud de la información, que de ella se desprenda la posibilidad razonada de que dicha información conlleve un peligro, etc. En ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión...», cit., p. 274.

¹¹⁹⁷ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *REDC*, n.º 106, 2016, pp. 171-172. Tal y como se ha pronunciado el TC en sentencias como STC nº 297/200, de 11 de diciembre, FJ noveno: «El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, y menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su verdad objetiva sea controvertible».

¹¹⁹⁸ Si esa fuera la única vía legítima de transmisión de mensajes, los individuos solo tendrían dos opciones: o llevar a cabo labores parapoliciales de investigar exhaustivamente los hechos para poder transmitirlos u optar, exclusivamente por aquellos que tuvieran una certeza absoluta, de modo que la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio. En MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 187. Conclusiones a las que también el TC, en reiteradas ocasiones ha alcanzado cuando expresa que «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Entre otras, STC nº 61/2004, de 19 de abril, FJ sexto y STC nº 6/1988, de 21 de enero, FJ quinto.

¹¹⁹⁹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión...», cit., pp. 12-13. En un sentido similar se ha pronunciado, recientemente, NUÑEZ CASTAÑO al entender que, en una sociedad como la nuestra y más que nunca, cualquier tipo de información tiene que poder rebatirse, por lo que debe evitarse las imposiciones desde una única visión, pese a ser la mayoritaria, siendo conveniente combatir con la existencia de una «verdad única». En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., p. 1. E igualmente, SENTÍ NAVARRO, cuando afirma que no existe una única verdad ya que, precisamente, la verdadera fortaleza de la democracia estriba en propiciar un cuestionamiento permanente sobre las decisiones públicas adoptadas y ejecutadas por parte de aquellos que tienen legitimidad para hacerlo. En SENTÍ NAVARRO, Carla, «El derecho a recibir información veraz...», cit., p. 7. Con todo, estas consideraciones no fueron ajenas, ni mucho menos para nuestros constituyentes puesto que en el Anteproyecto de CE, junto la «veracidad» iba acompañada del elemento «objetiva», pero fue eliminada en el texto final, lo que revela que quizás lo harían porque concibieron imposible alcanzar una información absolutamente objetiva. Reflexiones proporcionadas en MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información...*, cit., p. 65.

razonamiento que propugne un derecho a la verdad o, paralelamente, un derecho a no ser engañado, a no sufrir desinformación, debe ser tajantemente rechazado. Siguiendo a VILLAVERDE MENÉNDEZ, «a lo sumo la inmoralidad de la mentira podrá ser el fundamento metajurídico de un deber de no mentir, bien como elemento del estándar de la buena fe, o como regla específica»¹²⁰⁰, pero una cuestión es que de la mentira derive un reproche moral que guíe determinados conflictos sociales y otra es que constituya la materialización de la infracción de un derecho inexistente como es la verdad del que se derivaría una legitimación de castigo por parte del *ius puniendi*. Existe, pues, un salto cualitativo, de relevancia jurídica que no se debe soslayar y el cual hay que resaltar frente a aquellos argumentos de prohibición de mensajes inaceptables en una sociedad democrática en reclamo de un derecho a no sufrir manipulaciones.

En suma, el límite inmanente de veracidad en el derecho a la libertad de información determina consecuencias de suma importancia para el objeto de la presente investigación. Nuestra constitución no tutela ningún interés relacionado con la verdad objetiva, ni mucho menos salvaguarda el hecho de no sufrir desinformación. En democracia cabe el error y difundir datos que no se corresponden con la realidad. Ahora bien, de ello no se deriva ningún derecho a mentir¹²⁰¹. La veracidad simplemente constituye un estándar de diligencia para el sujeto. Estándar que se incumple, a todas luces, si el que informa lo hace con conocimiento de que su mensaje es un reflejo manifiesto de la discordancia con la realidad¹²⁰². En estos casos, se habrá realizado un abuso del derecho de información por incumplimiento de uno de sus límites internos. Transgresión que, para sustentar necesidades de intervención jurídicas requerirá, complementariamente, que dichas

¹²⁰⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, «Verdad y Constitución...», cit., p. 176.

¹²⁰¹ Puesto que la desinformación, por definición, se entiende como una actitud intencionada en faltar a la verdad y, por tanto, incumplir con el requisito de veracidad con conocimiento, no puede admitirse la existencia de tal derecho amparado en la libertad de información. Por otro lado, en relación con la libertad de expresión, aunque, *a priori*, no existe una prohibición general a la transmisión de informaciones inveraces, ello no conduce, *per se*, a una comprensión de este comportamiento como manifestación de ejercicio al derecho a la libertad de expresión. Sobre esta cuestión, véase SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 23.

En cambio, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha manifestado sus dudas al respecto al afirmar que la libertad de expresión sí que puede amparar las *fake news*. Entiende que dentro del amplio contenido de dicho derecho puede protegerse la mentira en pro de un «derecho a la mentira», pese a no estar reconocido en el Derecho positivo comparado y la jurisprudencia no sea clara al respecto. Cfr., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 15.

¹²⁰² Recuérdese, que en sus sentencias el TEDH ha advertido sobre la necesidad de que la información presente suficiente base factual, es decir, clara coincidencia con el referente externo, para que no se considere excesiva (STEDH de 27 de febrero de 2001, caso Jerusalén c. Austria, demanda n° 26958/95, ap. 43). Y, por otro lado, ha reconocido que la distorsión de la realidad, realizada de mala fe, puede transgredir los límites de la crítica aceptable – STEDH de 2 de febrero de 2012, caso Růžový Panter, O.S. c. República Checa, demanda n° 20240/08, ap. 32.

manifestaciones falaces que quedan a extramuros del ejercicio de la libertad de información confronten con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, es decir, que también quebranten los límites externos.

3.2.2. *El orden público*

A propósito de un enfoque similar al anterior, también se ha alertado que esa alteración del debate público supone un riesgo relevante para la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Desde estas perspectivas, la protección del orden público fundamenta la conveniencia de solventar las lagunas punitivas existentes en la materia mediante la creación de nuevos tipos penales. En España, quien más ferviente y quizás más contundentemente lo ha defendido ha sido MARCHAL GONZÁLEZ¹²⁰³. Según este autor, existen campañas de manipulación, perfectamente orquestadas, en el ciberespacio, mediante las cuales, generando un influjo psicológico que puede afectar a la percepción y a la toma de decisiones de los individuos, generan un grave daño a la sociedad¹²⁰⁴. Especialmente, afirma, aquellas cuya finalidad persigue desestabilizar un Estado, o bien provocar una sensación de inseguridad, lo que se consigue a través de la merma de la confianza de los ciudadanos, lesionando un bien jurídico de carácter supraindividual que se materializa en la desconfianza en las instituciones públicas, la polarización social y, en definitiva, la radicalización de las ideas, debilitando así el Estado democrático¹²⁰⁵. Con el fin de dar una respuesta a este problema, propone crear un tipo *ex novo* cuyo encaje se

¹²⁰³ Véase, MARCHAL GONZÁLEZ, Adrián Nicolás, «La necesidad de un nuevo tipo delictivo: la desinformación como una amenaza para el orden público», *Boletín Criminológico*, 1/2023, nº 219, 2023, pp. 27 y 28. Cabe advertir que, en mis primeras investigaciones sobre el fenómeno, también propuse el orden público como el interés que podría esconderse tras los reclamos sociales acerca de los peligros que conllevaba la desinformación, especialmente, a propósito del, por entonces, reciente suceso del Asalto al Capitolio de 2021 en EEUU tras las elecciones norteamericanas de 2020. Concretamente, en DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «Criminalización de las *fake news*...», cit., pp. 16-20. No obstante, el avance en la investigación sobre la desinformación, junto con el desarrollo internacional en la lucha por dicho fenómeno, han impulsado un cambio en la percepción sobre el interés que podría peligrar o verse lesionado. Es por ello por lo que en el epígrafe correspondiente (véase, apartado IV. Toma de postura del presente capítulo) se ofrecerán los argumentos de rechazo de estas hipótesis. Estos, por tanto, no son la consecuencia de una contradicción propia sino, más bien, producto de la madurez en la investigación.

¹²⁰⁴ MARCHAL GONZÁLEZ, Adrián Nicolás, «La necesidad de un nuevo tipo delictivo...», cit., 27 y 37.

¹²⁰⁵ Cfr., *ibidem*, pp. 25 y 36. En esta línea, expone como ejemplos paradigmáticos los mecanismos de influencia en el referéndum catalán de 2017, elecciones autonómicas y generales nacionales, el Brexit y el asalto al Capitolio en EEUU.

sitúe en el Título XXII dedicado a los delitos contra el orden público, más concretamente, en el Capítulo III que recoge los desórdenes públicos¹²⁰⁶.

Su propuesta, entonces, consistiría en añadir un apartado bis al artículo 561 del Código penal que castigara a aquel que «a sabiendas y con intención de generar una percepción de inseguridad, pánico, desconfianza en las instituciones públicas, desafección o polarización, difunda a través de medios de comunicación, informáticos o telemáticos, una información falsa o manipulada que resulte idónea para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad en un grupo o población»¹²⁰⁷. De este modo, quedaría integrado dentro de aquellas conductas que considera que presentan el denominado común «alterar la paz ciudadana» o «perturbar la normal convivencia social», a partir de una visión de paz pública mediante la cual prevalece el sentir del ciudadano y su desarrollo en libertad en pleno ejercicio de sus derechos¹²⁰⁸. En cualquier caso, esta alternativa de criminalización no resulta, ni mucho menos, ajena a nuestro ámbito punitivo puesto que, como se ha tenido oportunidad de analizar anteriormente¹²⁰⁹, ha sido una constante histórica la vinculación entre sanción penal de las noticias falsas y el peligro al orden público que se le atribuía.

Asimismo, huelga decir que tampoco se trata de una propuesta ajena a otros países. Sin entrar en profundidad en un estudio comparado, ya que este no es uno de los objetivos que se persiguen en la presente investigación, y, por citar algunos ejemplos, en Italia y en

¹²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

¹²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 27 y 28. En realidad, su propuesta es más ambiciosa puesto que todo el art. 561 bis que introduciría sería el siguiente:

- «1.- Será castigado con pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de seis a doce meses, el que, a sabiendas y con intención de generar una percepción de inseguridad, pánico, desconfianza en las instituciones públicas, desafección o polarización, difunda a través de medios de comunicación, informáticos o telemáticos, una información falsa o manipulada que resulte idónea para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad en un grupo o población.
- 2.- La pena se impondrá en su mitad superior si la información ha sido difundida utilizando técnicas que permitan la publicación del contenido de forma automática, autónoma y masiva o por cualquier otro medio que facilite la viralización del contenido publicado.
- 3.- El juez o tribunal acordará la retirada de los contenidos que se encuentren alojados en las diferentes tecnologías de la información y la comunicación. Asimismo, podrá acordar el bloqueo del acceso o interrupción al portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información donde se encuentre el contenido.
- 4.- En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las penas correspondientes a los demás delitos efectivamente cometidos.» (sic.).

A diferencia del precepto que toma como base (el art. 561) en su propuesta establece que el resultado en ningún caso quedará supeditado a esa exigencia de la movilización de un servicio de policía, asistencia o salvamento, por lo que la acción desinformativa tendrá que ser de entidad suficiente para atentar contra el bien jurídico sin la necesidad de materializarse dicho resultado típico. *Ibidem*, p. 27.

¹²⁰⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁰⁹ Véase, apartado 3, capítulo II, segunda parte.

Argentina también se han alzado algunas voces a favor de la protección del orden público como interés que legitima la intervención penal de este tipo de conductas desinformativas. En Italia, DE FLAMMINEIS ha defendido expresamente que: «el marco regulatorio actualmente vigente relativo a la lucha penal contra conductas ilícitas de difusión de noticias falsas nos da un hecho: el bien jurídico tutelado es el orden público en el caso específico de la confianza colectiva en la información difundida»¹²¹⁰. El planteamiento del autor italiano continua una línea similar al del español al poner el foco de atención en cómo, a través de la desinformación, se produce una alteración y desconfianza en la ciudadanía, cuyo resultado desencadena reacciones distorsionadas y peligrosas en aquellos ámbitos de protección de intereses generalizados como la Administración pública, la Administración de justicia o la economía¹²¹¹. Paralelamente a la anterior propuesta, este autor entiende que de dicha distorsión se puede derivar un peligro o incluso llegar a una lesión de la confianza colectiva que puede producir una afectación al orden público¹²¹².

Probablemente, esta visión haya estado influenciada por el delito de publicación de noticias falsas del artículo 656 CP italiano¹²¹³ que se ubica dentro de la sección correspondiente a las infracciones relativas al orden público y a la tranquilidad pública¹²¹⁴, el cual se ha fijado como modelo base para la intervención penal de la

¹²¹⁰ DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi...», cit., p. 141. En contra, COSTANTINI ha remarcado que una intervención penal de la difusión de noticias falsas legitimada en el peligro que supone para el orden público no puede sostenerse puesto que las referencias tan genéricas a las que se suele aludir a dicho interés no fundamentan un sacrificio de la libertad de expresión. En COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle *fake news*...», cit., p. 75. Igualmente, en contra, BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione...», p. 329.

¹²¹¹ DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi...», cit., pp. 141-142.

¹²¹² *Ibidem*, p. 144. Para ello, expone como ejemplo la distorsión del pensamiento que generan las noticias falsas y su repercusión en la capacidad de los particulares de resistir obligaciones y restricciones como en la época de pandemia, pudiendo desembocar en un riesgo concreto de reacción colectiva peligrosa.

¹²¹³ Art. 656 CP italiano: «Quien publique o difunda información falsa, por la que se pueda alterar el orden público, será sancionado, si el hecho no constituye delito más grave, con arresto hasta 3 meses o multa hasta 309 euros».

Es más, el propio DE FLAMMINEIS, en sus argumentaciones expresamente señala la necesidad de vincular estas demandas político-criminales con una comprensión clara del objeto de protección del art. 656 CP italiano en DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi...», cit., p. 145. Por el contrario, para COSTANTINI la dudosa compatibilidad del citado precepto debería desalentar la idea de reutilizarlo para combatir el fenómeno de la desinformación, así como de introducir nuevos tipos inspirados en el mismo. Para la autora, aquellas propuestas legislativas encaminadas a actualizar la aplicación del dicho delito que atenta contra el orden público constituye un redescubrimiento de los mecanismos liberticidas del Código Rocco, yendo incluso más allá, en un sentido más acentuado y abiertamente represivo hacia las expresiones de disconformidad ideológica y política. Cfr., COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle *fake news*...», cit., pp. 64 y 76.

¹²¹⁴ Tal y como indican DOLCINI y GATTA, el bien jurídico protegido en el delito del art. 656 CP italiano lo conforma el orden público, entendido como el correcto funcionamiento de la vida civil, contra la posibilidad de su perturbación causada por la publicación de noticias falsas, exageradas o tendenciosas. No

desinformación en redes sociales. No es casualidad que, una de las propuestas impulsadas por la Ley Gambaro citada anteriormente, consistía en la creación del apartado bis del mismo precepto con la finalidad de adaptar y facilitar la subsunción de las prácticas desinformativas a los nuevos medios digitales, si bien no con el éxito esperado debido a las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina¹²¹⁵.

Por su parte, en Latinoamérica y, más concretamente en el ordenamiento jurídico-penal argentino, estas mismas proposiciones han encontrado su apoyo en el artículo 211 del Código penal argentino¹²¹⁶ cuyo objeto de protección también resulta ser el orden público¹²¹⁷. De esta forma, un sector de la doctrina argentina ha entendido que dicho

obstante, una opinión minoritaria también ha ubicado, junto con el anterior objeto de tutela, el interés de ser informado mediante noticias verdaderas y objetivas. En DOLCINI, Emilio y GATTA, Gian Luigi, «Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico», en Dolcini, Emilio y Gatta, Gian Luigi (dirs.), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Tomo IV, Milán, 2021, p. 54. Esta segunda posición se observa claramente en CHIAROTTI, según el cual unido al orden público también existe un interés en la verdad. Sobre esta cuestión y aspectos de su constitucionalidad, véase, CHIAROTTI, Franco, «Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè editore, Milano, 1964, pp. 514-516. Asimismo, L'INSALATA también remarca que, junto al orden público subyace el interés en proteger la existencia de una información correcta y veraz sobre hechos de interés público. En L'INSALATA, Mario, «Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656)», En Cadoppi, Alberto; Canestrari, Stefano; Manna, Adelmo y Papa, Michele (coords.), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. XI, Le contravvenzioni*, Utet Giuridica, Milano, 2012, p. 76.

¹²¹⁵ Véase, «Razonamientos críticos contra las propuestas de castigo de la desinformación sin bien jurídico», apartado 2.1.2 del cap. I, parte III.

¹²¹⁶ Así, dentro del Título VIII cuya rúbrica es «Delitos contra el orden público» y en el Capítulo III «intimidación pública», el art. 211 CP argentino establece: «Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos».

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública, la pena será de prisión de tres a diez años».

¹²¹⁷ DONNA considera que el bien jurídico protegido en el delito de intimidación pública del art. 211 es el orden público que debe entenderse como la tranquilidad y confianza social, en el seguro desenvolvimiento pacífico de la vida civil. La idea central, por tanto, es la tranquilidad como instrumento de seguridad y, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de asociación ilícita de los arts. 210 y 210 bis es que estas provocan un peligro para la tranquilidad pública de manera indirecta, mientras que el del art. 211 las conductas son directamente idóneas para quebrar el bien jurídico tutelado. En DONNA, Edgardo A., «Capítulo III. Intimidación Pública», en Donna, Edgardo A. (aut.), *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-C*, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, 2011, pp. 332-334. En esta línea, SOLER también ha defendido en los mismos términos el concepto de orden público derivado de la ley penal argentina. Por tanto, no como defensa de la seguridad como bien jurídico primario, sino de las formas de protección mediata de aquel, ya que una de las condiciones más favorables para la comisión de graves daños es precisamente el desorden y la perturbación social. De este modo, para el autor, detrás del delito de intimidación del art. 211 se esconde la protección mediata de los daños que se derivan del desorden. En SOLER, Sebastian, *Derecho penal argentino IV*, Reedición, Tipografica editora, Buenos Aires, 1992, pp. 696-697. Para PARMA, MANGIAFICO y DOYLE el orden público debe ser comprendido como aquellas pautas de conducta que deben ser respetadas por los ciudadanos en el marco de la vida en sociedad para lograr una convivencia pacífica, de modo que se vincula con la sensación de sosiego y confianza de los integrantes de una comunidad. En PARMA, Carlos; MANGIAFICO, David y DOYLE, Daniel A., *Derecho penal. Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, p. 553. Si se desea analizar en profundidad el

interés constituye el lugar en el que refugiar las propuestas de intervención del poder estatal sancionador¹²¹⁸. Aproximaciones que no son más que el reflejo de una iniciativa legislativa que nunca llegó a tierra firme puesto que el proyecto de Ley Kueider que pretendía introducir el apartado bis al mencionado artículo 211 del texto punitivo argentino nunca llegó a aprobarse. La propuesta expresamente pretendía regular el fenómeno en cuestión de la siguiente forma: «Será reprimido con prisión de dos a seis años el que creare y difundiere noticias falsas dentro del espectro digital, con el fin de, infundir pánico, desacreditar autoridades oficiales o generar desórdenes o tumultos»¹²¹⁹. Según Kueider, la oportunidad de la iniciativa se debía a necesidades sociales puesto que se estaban realizando esfuerzos muy importantes por parte de los gobiernos de todo el mundo para contener un fenómeno que, desde el anonimato de las redes sociales, estaba causando un pánico generalizado. Si bien, las noticias falsas siempre han existido, se requería adaptar la conducta del artículo 211 a los nuevos medios digitales que, en la actualidad, constituyen el medio más apropiado para la circulación y expansión de la desinformación¹²²⁰.

objeto de protección desde una perspectiva histórica véase, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 411 y ss.

¹²¹⁸ Entre otros, se ha defendido que puede ser plausible que un sector de la sociedad alcance estados de crisis como consecuencia de las falsas voces de alarma que, de forma estrepitosa, anuncian la posibilidad de que acontezca un mal, de manera que este nuevo desafío de la desinformación podría adecuarse a la figura de la incitación pública del art. 211. En BRODSKY, Mateo, «Fake news en tiempos de coronavirus», en Riquert, Marcelo A. (dir.) y Sueiro, Carlos C. (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 62, pp. 54-67. Igualmente, se ha esgrimido como argumento cómo, en algunos casos, la difusión de noticias falsas en redes sociales puede ser un medio idóneo para infundir temor y suscitar desórdenes por lo que, *a priori*, el citado precepto puede comprenderse como una forma de abordar el asunto. En RUA, Juan Carlos, «Redes sociales y desinformación: una respuesta estructural», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, p. 21. De hecho, este mismo autor, junto a SCHUSTER ha reldcado que la vía penal podría ser una vía adecuada permitida por los estándares en materia de derecho a la libertad de expresión apra combatir la desinformación. En este caso, véase, RUA, Juan Carlos y SCHUSTER, Andrea, «Responsabilidades ulteriores y desinformación», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, p. 111. Asimismo, también defienden su subsunción en el art. 211 CALVI, Ignacio; CÁNEPA, Luciana y VARELA, Natalia, «La persecución penal de la divulgación de fake news. Problemas teóricos y prácticos», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, pp. 154-156; ESCOBAR, Juan F. y BREST, Irina D., «Coronavirus y las “fake news”», *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2020, pp. 1-2.

¹²¹⁹ Art. 1º, Proyecto de ley impulsado por Kueider, en 2020 al Senado y la Cámara de los Diputados para incorporar como artículo 211º bis del Código Penal de la Nación. KUEIDER, Edgardo, D., Proyecto de ley S-1453/2020, pp. 1-3.

¹²²⁰ En la propia fundamentación de la iniciativa se baraja la posibilidad de modificar directamente el art. 211 para incluir las nuevas herramientas tecnológicas, sin embargo, se considera más conveniente crear un tipo penal autónomo. La *ratio essendi*, además, lo constituye la sanción de los usuarios que circulan noticias falsas a sabiendas de esa falta de veracidad cuya finalidad es causar pánico, desorden o desacreditar a las autoridades oficiales y no aquellos otros que la difunden sin ese conocimiento. Véase, KUEIDER, Edgardo, D., Proyecto de ley S-1453/2020, pp. 1-3.

El principal inconveniente que se suscita a propósito de estas alternativas de protección del orden público es, precisamente, la confusión inmanente respecto del alcance de dicho interés jurídico. SOLER, con toda la razón, afirmaba «en pocos temas del Derecho penal se puede verificar una mayor confusión y vaguedad de opiniones que la que se manifiesta cuando la doctrina trata de fijar el concepto de orden público»¹²²¹. Es por ello por lo que hay que ser extremadamente cautos legitimando la intervención del *ius puiendi* sobre este interés, pues, tal y como señalaba ORTS BERENGUER, ha sido una constante el uso del orden público por parte del poder como una barrera de restricción del ejercicio de los derechos de los ciudadanos¹²²². Situación que continua vigente también en la sociedad digital. Al respecto, CORRECHER MIRA ha reflexionado acerca de cómo las nuevas prácticas comunicativas derivadas de las redes sociales y el consecuente desarrollo del panóptico digital han propiciado un nuevo espacio de control social, representado por un orden público 2.0 que ha extendido este concepto por la propia interrelación de la ciudadanía a través de estos medios¹²²³. A su vez, este nuevo orden

¹²²¹ SOLER, Sebastian, *Derecho penal*, cit., p. 695. En términos parecidos se ha pronunciado MUÑOZ CONDE al advertir que «pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar como el de orden público». MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, cit., p. 865. Así como GARCÍA ALBERO al determinar que la concreción del orden público es «siempre difícil e imprecisa, presenta diversos perfiles». En GARCÍA ALBERO, Ramón, «art. 544», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, [online]. Y, asimismo, COLOMER BEA: «el orden público constituye uno de los términos jurídicos más ambiguos, cuyo significado varía sustancialmente en función del sector del ordenamiento y del contexto político y social en el cual se aplica». En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 29-30. De modo que, estas vaguedades e imprecisiones congénitas a la expresión de orden público deberán encontrar sus límites en el texto punitivo como defendían FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal...*, cit., p. 387 y RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 826. No obstante, si bien es cierto que resulta conveniente limitar el concepto de orden público para evitar usos indebidos del mismo en un sistema democrático, los esfuerzos doctrinales que persiguen alcanzar delimitaciones tan depuradas plantean varios inconvenientes como el hecho de convertir en interminable el propio debate, así como olvidar abordar su contenido desde una perspectiva sobre la razón que legitima la intervención penal. Sobre estas reflexiones, véase, ORTS BERENGUER, Enrique, «Aproximación al concepto jurídico-penal de orden público», en Alonso Rimo, Alberto (dir.) y Colomer Bea, David (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 176-177.

¹²²² Afirmación que la apoya en una serie de ejemplos históricos en ORTS BERENGUER, Enrique, «Aproximación al concepto...», cit., pp. 172-173. Sin duda, se trata de una técnica legislativa a todas luces cuestionable en la que, abusándose de la «seguridad» como bien secundario de los tipos penales, la protección del orden público conlleva una identificación entre el Derecho penal y el Derecho policial tal y como ha afirmado PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «Prólogo», en Martínez Garay, Lucía y Mira Benavent, Javier (auts.), *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 12.

¹²²³ CORRECHER MIRA, Jorge, «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en Alonso Rimo, Alberto (dir.) y Colomer Bea, David (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 484-486. Algunas de estas cuestiones sociológicas han sido abordadas en el apartado

público ha servido como herramienta para desencadenar un proceso de sobrecriminalización de los delitos de expresión a través de dos vertientes¹²²⁴. Por un lado, las razones de salvaguardar este interés y la inseguridad ciudadana han servido al legislador para ampliar los límites a la libertad de expresión mediante la creación de tipos penales que desvirtúan la preeminencia de este derecho en un Estado democrático. Esto es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en aquellos tipos caracterizados por el empleo de cláusulas generales de difícil determinación como son el delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 587.3 CP y el de discurso de odio del artículo 510.4 CP¹²²⁵. Por el otro, ha traído una desproporción palmaria, en la medida en que han proliferado las penas privativas de libertad sobre conductas de expresión, especialmente aquellas estrechamente vinculadas con la disidencia política, contrarias al principio de prohibición de exceso.

Si un uso inadecuado del orden público puede servir al *ius puniendi* para desatender aquellos límites necesarios que contribuyen a salvaguardar los derechos y libertades de los ciudadanos, la concreción del alcance de este interés se convierte en una tarea imprescindible. Todavía más si cabe cuando se tratan de dos de los derechos más importantes en un Estado democrático como son el de la libertad de expresión y el de información. Así considerado, en una primera aproximación, debe abordarse no en un sentido formal o ideal como el conjunto de principios e instituciones fundamentales del ordenamiento jurídico, sino más bien desde un punto de vista material como equivalente a la coexistencia pacífica, libre de violencia o desórdenes¹²²⁶, en otras palabras, en

«3.2.2. Las características del ciberespacio como factor criminógeno. Especial referencia a las redes sociales».

¹²²⁴ CORRECHER MIRA, Jorge, «¿Los delitos de opinión como alteración...?», cit., pp. 487-491.

¹²²⁵ *Ibidem*, pp. 490-491. Lo cual, supone, como ha manifestado el propio autor, un verdadero problema de legitimidad en la medida en que, desde el enfoque del principio de legalidad se plantean problemas de legitimidad externa en la aprobación de estas normas penales al inmiscuirse en parcelas de otros derechos fundamentales sin una justificación razonable y a través de una configuración típica contraria al propio Estado social y democrático de derecho.

¹²²⁶ Sobre estas aproximaciones generales al contenido de orden público ideal y material, así como referencias a una extensa bibliografía en la materia, véase, REBOLLO VARGAS, Rafael, «Delito de Sedición», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 50-51, así como COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 30-32. Precisamente esta aproximación material al concepto de orden público es la que se deriva del art. 21.2 de la CE cuando declara que: «En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes». Y así se ha interpretado en SSTC nº 163/2006, de 22 de mayo, FJ segundo y nº 66/1995, de 8 de mayo, FJ tercero: «interpretado ese concepto de orden público con peligro para personas y bienes a la luz de los principios del Estado social y democrático de derecho consagrado por la Constitución, debe entenderse que esa noción de orden se refiere a una situación de hecho, el mantenimiento del orden en sentido material en lugares de tránsito público, no

referencia a una situación de tranquilidad, orden o normalidad en la comunidad. No es de extrañar que, desde esta perspectiva, tal y como advierte GARCÍA RIVAS¹²²⁷, el concepto constitucional de orden público se encuentre estrechamente relacionado con la idea de seguridad pública. Según el Tribunal Constitucional, en sentencias como la STC, Pleno, nº172/2020, de 19 de noviembre, la noción de seguridad pública tutela «la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas»¹²²⁸.

Esta premisa contribuye a comprender más adecuadamente el alcance que se le ha pretendido otorgar a este interés como bien jurídico-penal que sirva como fundamento de castigo. No obstante, la doctrina penal no se ha mostrado uniforme en relación con el papel que ofrece la rúbrica correspondiente al Título XXII del Libro II del Código penal que regula los «Delitos contra el orden público». Si bien es cierto que la doctrina mayoritaria¹²²⁹ entiende que esta cumple perfectamente una función sistemática que identifica todos los delitos en ella contemplados bajo un mismo interés de protección, una

al orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político».

¹²²⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Madrid, 2015, p. 769.

¹²²⁸ STC, Pleno, nº 172/2020, de 19 de noviembre, FJ tercero. De manera idéntica, entre otras, SSTC nº 185/2016, de 3 de noviembre, FJ tercero; nº 123/1984, de 18 de diciembre, FJ tercero; nº 117/1984, de 5 de diciembre, FJ cuarto y nº 33/1982, de 8 de junio, FJ tercero. Ahora bien, paralelamente a lo que ocurre con el concepto de orden público, en aras de evitar problemas derivados de la amplitud de tal conceptualización a través de la cual pudiera entenderse que la práctica totalidad de normas del ordenamiento protegen de un modo u otro la seguridad pública, ha perfilado este interés encuadrando la seguridad pública en «todas aquellas medidas o cautelas que, dirigiéndose a la protección de personas y bienes, tengan como finalidad aún más específica evitar graves riesgos potenciales de alteración del orden ciudadano y de la tranquilidad pública» (SSTC, Pleno, nº 172/2020, de 19 de noviembre, FJ tercero y nº 148/2000, de 1 de junio, FJ décimo). De modo que se ha incluido tanto la «seguridad nacional» (STC nº 184/2016, de 3 de noviembre, FJ tercero), así como la «ciberseguridad» (STC nº 142/2018, de 20 de diciembre, FJ cuarto), entre otras.

¹²²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, p. 578; LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 200; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Delitos contra el orden público», en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.) y Jorge Barreiro, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 1338; CUERDA ARNAU, María Luisa, *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 25; ROIG TORRES, Margarita, *El Delito de Atentado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 49-50; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1262; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., «Delitos contra el orden público (III). Desórdenes públicos», en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, p. 1358; JUANATEY DORADO, Carmen, «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *CPC*, n.º 120, 2016, p. 46; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal: parte especial*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2019, p. 665; LLOP CUENCA, Pilar y MOYA FUENTES, María del Mar, «Desórdenes públicos», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 89.

postura minoritaria¹²³⁰ ha entendido que dicha rúbrica no puede desempeñar tal función en la medida en que se amparan conductas tan heterogéneas entre sí que convierte dicha tarea en una misión indeseable, por lo que resulta más conveniente examinar el bien jurídico protegido de manera particularizada en cada tipo penal.

Aquellos que entienden que es posible dotar de un contenido común a la amplia amalgama de conductas en ella tipificada suelen entender el bien jurídico-penal «orden público» como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la ciudadanía¹²³¹, en un sentido similar al señalado en la STS nº 452/2007, de 23 de mayo¹²³²; bien como respeto al ordenamiento jurídico democrático y a la autoridad estatal¹²³³; o como el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, así

¹²³⁰ TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 63-64; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Delitos contra el orden público», en Luzón Peña, Diego Manuel (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 367; REBOLLO VARGAS, Rafael, «Delito de Sedición...», cit., pp. 46 y 52; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Delitos contra el orden público (I)», en Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, Iustel, Madrid, 2011, p. 307. Contundentemente, así lo defiende GARCÍA RIVAS: «El Título XXII, que dice proteger el «orden público», es tan heterogéneo en su contenido que no parece dotado de la unidad sistemática necesaria para enlazar tantos delitos diferentes bajo un denominador común». En GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el orden público (I)», en Acale Sánchez, María (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2023, p. 393. Siguiendo esta línea de argumentación, COLOMER BEA ha defendido que el legislador, al incluir en este título del texto punitivo una pluralidad tan heterogénea de ilícitos penales, solo cabría la opción de entender el interés de orden público de un modo tan amplio que no sería apto para describir un verdadero bien jurídico. Por ello, entiende que, en realidad, la denominación de «delitos contra el orden público» responde a un modelo de política criminal expansiva cuyo fin último es la criminalización de la disidencia política. En consecuencia, los ilícitos que en él se amparan se caracterizan por adoptar una tendencia palmariamente preventiva; utilizar elementos típicos vagos e imprecisos; incorporar elementos subjetivos con relevancia política; ubicar algunos comportamientos en los espacios públicos; y otorgar un claro protagonismo a los sujetos colectivos. De modo que, la rúbrica del Título XXII respondería a la llamada «política criminal de orden público». En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 30-32. pp. 59; 67-68; pp. 78 y 79; p. 431.

¹²³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 2º ed., cit., p. 578, idea que sigue manteniendo en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 25ª ed., cit., p. 865; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Delitos contra el orden...», cit., p. 1338; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Delitos contra el orden...», cit., p. 367; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.ª ed., cit., p. 1262; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., «Delitos contra el orden público...», cit., p. 1358.

¹²³² STS nº 452/2007, de 23 de mayo, FJ segundo: «[N]o contiene el Código una definición de lo que se entiende por orden público y en la doctrina se encuentran distintas posiciones que tratan de encontrar el elemento o elementos que identifican a las figuras delictivas que se agrupan bajo esa denominación y acerca del bien jurídico que pretenden proteger (...) Y esa voluntad de alterar la paz pública y la tranquilidad general en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria resulta bien patente».

¹²³³ LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995...*, cit., p. 200; ROIG TORRES, Margarita, *El Delito de Atentado...*, cit., pp. 49-50; LLOP CUENCA, Pilar y MOYA FUENTES, María del Mar, «Desórdenes públicos...», cit., p. 89.

como el mantenimiento de todas aquellas condiciones externas que facultan el normal desarrollo de la convivencia social¹²³⁴.

Lamentablemente, le asiste la razón a REBOLLO VARGAS cuando afirma que todos estos esfuerzos doctrinales resultan en vano ya que, por sí mismos, no son más que propuestas puramente formales que precisan la referencia a otros intereses para completar el sentido de cada uno de los tipos, por lo que presentan una escasa utilidad al emplear conceptos subjetivos y especulativos y, por consiguiente, con una clara inseguridad jurídica¹²³⁵. Efectivamente, la necesidad de buscar fórmulas integradoras que permitan hallar una razón de ser común al conjunto de supuestos que se prevén dentro del Título XXII, inevitablemente conlleva a confundir, en palabras de DE VERO, el objeto de tutela de los delitos que en él se encuentran con la *ratio* última de cualquier tipo penal¹²³⁶. Por consiguiente, estas conceptualizaciones materiales de orden público que lo asumen como bien jurídico de recogida, tal y como apunta COLOMER BEA, también deberían abandonarse ya que no pueden desempeñar una verdadera función de bien jurídico-

¹²³⁴ CUERDA ARNAU, María Luisa, *Los delitos de atentado...*, cit., pp. 25-26; JUANATEY DORADO, Carmen, «Orden público, paz pública...», cit., p. 46; GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (dir.), *Nociones fundamentales...*, cit., p. 665. En un sentido bastante similar, parece haber acogido esta noción de orden público en la ATS, de 12 de enero de 2023, FJ primero al considerar que este bien jurídico-penal se ataca con la transgresión «de las ordinarias reglas de convivencia en grupo, que constituye el bien jurídico protegido en los delitos contra el orden público».

¹²³⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael, «Delito de Sedición...», cit., pp. 52-53. Efectivamente, la noción de orden público defendida por la mayoría de la doctrina española peca de un exceso de amplitud ya que en algunos casos propuestos parece que cualquier ilícito penal cometido en los espacios públicos constituiría un daño para dicho bien jurídico puesto que la mayoría de los tipos penales se encuentran al servicio de la protección de los derechos fundamentales y, en definitiva, de favorecer un clima de normalidad que posibilite su ejercicio. En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 55-56. Apunta PAREDES CASTAÑÓN que estas concepciones predominantes del bien jurídico penal «orden público» en realidad confunden su contenido con el macro-concepto de «orden social». De modo que se produce una asignación excesivamente genérica para constituir un bien jurídico ya que resulta inútil en aras de poder llevar a cabo una política criminal en torno a ella que permita fijar límites precisos en el ámbito de la intervención penal. Véase, en profundidad, PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)», en Luzón Peña, Diego Manuel (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 937-940.

¹²³⁶ Confusión que, según el autor, favorece la legitimación de cualquier propuesta de criminalización ya que, amparándose bajo el pretexto de mantener estas condiciones que permiten la paz social, el legislador adquiere un amplio margen de intervención. En DE VERO, Giancarlo, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milán, 1988, pp. 8-11. En esta línea de argumentación, MUÑOZ CONDE ha afirmado que la utilización de concepciones amplias de orden público abarca prácticamente todos los delitos tipificados en el Código penal. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 25ª ed., cit., p. 865. Estas mismas consideraciones han sido compartidas por COLOMER BEA, según el cual la coincidencia entre la finalidad última de todo ilícito penal con el concepto material de orden público en los términos en los que es utilizado impide que pueda adquirir el papel de verdadero bien jurídico diferenciado de esa lesividad social general presente en el resto de las figuras recogidas en el texto punitivo. En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 52-53.

penal¹²³⁷. En su lugar, parece más admisible optar por aquellas perspectivas centradas en examinar la cuestión del interés protegido en el análisis pormenorizado de cada capítulo o tipo penal que lo integra¹²³⁸.

Por consiguiente, en coherencia con este planteamiento, cualquier análisis de adecuación del castigo de la desinformación en los términos expuestos más arriba, convendrá concretar en qué capítulo del título XXII del libro II del texto punitivo podría enmarcarse *a priori*. En este propósito, cabe mencionar la reforma operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que en materia de los delitos contra el orden público supuso la eliminación del Capítulo I concerniente a los delitos de sedición, así como una serie de supresiones de algunos delitos específicos del Capítulo III, como lo son los artículos 557 ter y 559 del Código penal, una intensa modificación en los delitos de desórdenes públicos de los artículos 557 y 557 bis, así como una modificación en el delito de terrorismo contenido en el artículo 573 bis, apartado 4¹²³⁹. A la vista de esta transformación, parece obvio que, si en algún lugar debieran ubicarse los comportamientos desinformativos, estos deberían ser dentro de los desórdenes públicos ya que, de ningún modo, en caso contrario, se ajustan las argumentaciones esgrimidas por los autores mencionados con conductas relativas a los atentados contra la autoridad, resistencia y desobediencia; ni a la tenencia, tráfico y depósito de armas; ni mucho menos a la organización criminal o terrorismo.

Bajo la perspectiva del análisis del objeto de protección, si bien es cierto que las reformas de 2015 implicaron una devaluación del Estado de derecho ya que los

¹²³⁷ Fundamentalmente, por su contravención al principio de intervención mínima. Especialmente provocada por la conceptualización del orden público como un macro-bien jurídico bajo el cual se amparan todos aquellos aspectos que permiten la convivencia social, sin individualizarse particularmente en otros bienes jurídicos. Conceptualizaciones que solo se justificarían en aquellas políticas criminales cuyo propósito fuera imponer represivamente a los individuos aquellas normas de coexistencia marcadas por el poder político. En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 57-58. Efectivamente, si bien la concepción ideal de orden público parte de una base de aproximación autoritaria contraria a la Constitución democrática, la concepción reduccionista material mayoritaria que lo considera como tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas tampoco debería admitirse. Véase, GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Delitos contra el orden público...», cit., pp. 393-394.

¹²³⁸ Desde luego, como ya advirtió en su momento ORTS BERENGUER, dada la mayor o menor amplitud con el que se delimite el concepto orden público todos los ilícitos penales ubicados en el Título XXII pueden verse afectados por él. No obstante, resulta claramente evidente que hay que ir más allá del orden público como objeto de tutela en estos delitos. En ORTS BERENGUER, Enrique, «Aproximación al concepto jurídico-penal...», cit., pp. 171-172.

¹²³⁹ Un interesante análisis sobre esta reforma se expone en CUERDA ARNAU, María Luisa, «La reforma de los delitos contra el orden público», en González Cussac, José Luis (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, *passim*.

desórdenes públicos se convirtieron en el ejemplo paradigmático de esa política criminal cuyo fin último era la criminalización de la protesta social¹²⁴⁰, lo cierto es que esta última reforma en la materia merece, en este sentido, una valoración positiva. Esto se debe, en palabras de CUERDA ARNAU a que la LO 14/2022 «restituye al bien jurídico protegido su conexión con la idea democrática de tutelar penalmente sólo las condiciones mínimas de convivencia que permiten el funcionamiento normal de las instituciones y los servicios públicos [STS 1154/2010, de 12 de enero de 2011 (Tol 2030008)] y dignifica el concepto de paz pública en el sentido indicado por la STC 59/1990, de 29 de marzo (Tol 80351) como las condiciones necesarias o espacio público de libertad imprescindible para que la ciudadanía pueda ejercer sus derechos»¹²⁴¹. Por su parte, COLOMER BEA, si bien fue antes de la citada reforma, trató de precisar el interés de protección de los desórdenes públicos. Así, partiendo de una aproximación común a los delitos que integran el Capítulo III en el «legítimo uso de los espacios públicos», precisó que en él subyacen dos facetas integradas, por un lado, el «normal desarrollo de las funciones o de los servicios públicos» y, por el otro, «la paz pública, entendida como la libertad de disfrutar de un espacio público de una pluralidad indeterminada de personas»¹²⁴².

3.2.2. La soberanía y seguridad del Estado

Las propuestas de intervención punitiva frente a la desinformación no se agotan con el señalamiento de la libertad de información y el orden público como vías de legitimación, más bien al contrario, puesto que parece haber adquirido fuerza una tercera tesis argumentativa estrechamente vinculada con la idea de seguridad estatal. Desde esta perspectiva han surgido voces, esencialmente en la doctrina constitucional, que interpelan a la seguridad interna del Estado, así como a la seguridad nacional como intereses que pueden verse gravemente afectados por el uso de estrategias coordinadas de métodos desinformativos¹²⁴³. En esta línea, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha sintetizado los

¹²⁴⁰ Palmariamente contraria a los derechos de manifestación, libertad de expresión y al pluralismo político. En COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., p. 100.

¹²⁴¹ Véase CUERDA ARNAU, María Luisa, «La reforma de los delitos contra...», cit., pp. 172 y 173 e, igualmente, en CUERDA ARNAU, María Luisa, «Delitos contra el orden público», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 885. Idea compartida en MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 25ª ed., cit., p. 876.

¹²⁴² COLOMER BEA, David, *Tratamiento penal...*, cit., pp. 167-168.

¹²⁴³ Véase PAUNER CHULVI, Cristina, «Las noticias falsas y las campañas de desinformación...», cit., p. 395; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 4; SENTÍ NAVARRO, Carla, «La mentira entre estados y la seguridad nacional», *Cuadernos*

razonamientos que siguen esta corriente de pensamiento¹²⁴⁴. Según el mencionado autor, la desinformación genera, esencialmente, un problema severo de seguridad desde varias vertientes. Por una parte, al impedir que la opinión pública y los entes decisores públicos conozcan la realidad de los acontecimientos, aumenta notablemente el riesgo de que las respuestas no sean lo más adecuadas y eficientes, repercutiendo también en la toma de decisiones para el desarrollo de estrategias de seguridad¹²⁴⁵. Al mismo tiempo, por otro lado, la utilización de campañas organizadas de desinformación persigue desestabilizar mediante una alteración en la percepción de la seguridad, lo que genera, en consecuencia, una percepción de inseguridad general que repercute en una desproporción en las reacciones securitarias frente a las amenazas externas o internas¹²⁴⁶.

Parece, pues, que la desinformación puede conformarse como una verdadera «arma» sumamente peligrosa que, empleada por parte de agentes externos estatales y organismos no estatales, contribuyen a mejorar la eficacia de las denominadas «amenazas híbridas»¹²⁴⁷. Una problemática que ya fue puesta de manifiesto por parte del Departamento de Seguridad Nacional español tanto en el informe sobre la Estrategia

Constitucionales, nº 3, 2022, p. 122; SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 31.

¹²⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación...», cit., p. 4.

¹²⁴⁵ Opinión que parece compartir SENTÍ NAVARRO cuando afirma que el hecho de que la desinformación genere una opinión pública que no esté correctamente informada incrementa exponencialmente los riesgos de una toma de decisiones poca eficientes que suponen un reto para la seguridad del Estado. En SENTÍ NAVARRO, Carla, «La mentira entre estados...», cit., p. 122.

¹²⁴⁶ Efectivamente, las estrategias coordinadas de desinformación presentan la capacidad de generar esa desconfianza que ocasiona un conjunto de tensiones sociales en los Estados capaz de determinar graves efectos para la seguridad interna. Véase al respecto, PAUNER CHULVI, Cristina, «Las noticias falsas y las campañas de desinformación...», cit., p. 395 y SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 31 y 32.

¹²⁴⁷ El concepto de amenazas híbridas ha sido puesto de relieve en los informes anuales de seguridad nacional de los últimos años, así como en la Estrategia Nacional de Ciberseguridad de 2019. Por poner en contexto al lector, el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2022 las define como «aquellas acciones coordinadas y multidimensionales que tratan de explotar las vulnerabilidades de los Estados y sus instituciones con un objetivo claro de división, desestabilización o coerción política, social o económica». Por su parte, en términos parecidos en el documento de Estrategia Nacional de Ciberseguridad de 2019 entiende que «se trata de acciones coordinadas y sincronizadas dirigidas a atacar de manera deliberada las vulnerabilidades sistémicas de los estados democráticos y las instituciones, a través de una amplia gama de medios, tales como acciones militares tradicionales, ciberataques, operaciones de manipulación de la información, o elementos de presión económica». Respectivamente, en Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2022*, p. 79. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2022> [fecha de consulta: 2-11-2024] y Departamento de Seguridad Nacional, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad*, abril 2019, p. 25. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia%20Nacional%20de%20Ciberseguridad%202019.pdf> [Fecha de consulta: 4-11-2024].

Nacional de Ciberseguridad de 2019¹²⁴⁸, como en sus informes anuales¹²⁴⁹; así como por parte de la Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados a través de su informe sobre «desinformación en la era digital: una amenaza compleja para las democracias»¹²⁵⁰. De todos ellos se deriva una idea clara que se comenzó a germinar particularmente desde 2019 y que se ha visto especialmente potenciada tras la crisis de la covid-19: el empleo de estrategias desinformativas utilizadas de forma coordinada y organizada se conforma como uno de los grandes desafíos que, desde el plano cognitivo, forma parte del conjunto de acciones de amenazas híbridas a través de las cuales terceros organismos tratan de explotar las vulnerabilidades del Estado para atacar su seguridad.

¹²⁴⁸ En dicho documento se revela una tendencia creciente de las amenazas híbridas, especialmente mediante la explotación de las posibilidades ofrecidas por las nuevas herramientas digitales para ofrecer complejas redes desinformativas. En Departamento de Seguridad Nacional, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad...*, cit., p. 25.

¹²⁴⁹ Aluden expresamente a la vinculación entre desinformación y amenaza híbrida el Informe Anual de Seguridad de 2019: «especial mención merecen las amenazas híbridas, uno de cuyos componentes es la desinformación, que mediante la manipulación de la información a través de Internet y las redes sociales provoca la polarización y radicalización de la ciudadanía, lo que demanda el refuerzo de capacidades para luchar contra los procesos de desinformación»; también el de 2020: «La crisis de la COVID-19 ha potenciado las acciones de desinformación, como parte de las estrategias híbridas llevadas a cabo por algunos actores y previsiblemente condicionará la cooperación en el corto y medio plazo» y «También la UE está trabajando en la mejora de su respuesta a las amenazas híbridas que afectan directamente a su seguridad, donde como parte del complejo de las amenazas híbridas, la desinformación se configura como uno de los grandes desafíos a abordar; el de 2022: «Los conflictos actuales, predominantemente desarrollados en entornos híbridos, deben tener muy en cuenta la desinformación como “arma” en el ámbito cognitivo, usada de forma sistemática y organizada para “ganar/desgastar o debilitar los corazones y las mentes” del adversario, de sus aliados, así como de las fuerzas y población propias» y «Asimismo, las campañas de desinformación pueden formar parte de estrategias híbridas promovidas por actores extranjeros estatales y no estatales». En Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2019*, Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2019%20pp.%201-280>, p. 8 [fecha de consulta: 2-11-2024]; Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2020*. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2020>, pp. 40 y 124 [fecha de consulta: 2-11-2024]; Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2022...*, cit., p. 79.

¹²⁵⁰ En diciembre de 2023, la Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, en colaboración con la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT), dependiente del Ministerio de Ciencia e Innovación publicó este informe mediante el cual, a través de asesoramiento de expertos investigadores reflejaron un análisis exhaustivo sobre el estado actual de la desinformación. Dicho documento comienza expresando que la desinformación forma parte del conjunto de acciones propias de las llamadas «amenazas híbridas» mediante las cuales terceros países e instigadores internacionales y naciones explotan las vulnerabilidades de la Unión Europea. En Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, «Desinformación en la era digital: Una amenaza compleja para las democracias», *Informe C*, 2023, p. 1. Disponible en: https://oficinac.es/sites/default/files/informes/OFICINAC_desinformación_20231214_web.pdf. fecha de consulta: 2-11-2024.

Tomando en consideración lo expuesto, GONZÁLEZ CUSSAC ha puesto de manifiesto la necesidad de no banalizar el peligro que estos ataques más graves de la desinformación pueden suponer para la defensa y la seguridad nacional. Por lo que, continúa argumentando el autor, quizás en esta vertiente resultaría necesaria una modificación legislativa que tipificara este comportamiento, incardinándose en el Título XXIII del Código penal entre los delitos de «Traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional»¹²⁵¹ de un modo similar al artículo 594, pero contemplándose el supuesto en tiempos de paz. Propuesta acogida también por LEÓN ALAPONT quien, en un primer momento, con ciertas dudas sobre las necesidades de criminalización, plantea que, en todo caso, debería ubicarse en dicho Título XXIII y, con mayor exactitud, en su capítulo II¹²⁵². En este sentido, expresamente propone «sancionar la manipulación intencionada y difusión de ciertas informaciones cuando ello provocare un perjuicio o impacto social, económico o político grave, real o efectivo y no meramente potencial, que comprometiese la estabilidad, seguridad o independencia del Estado»¹²⁵³.

No obstante, estas dudas parecen haberse disipado en posteriores trabajos en los que el autor, tajantemente, considera que ciertos daños o peligros graves a la seguridad del Estado no pueden quedar impunes¹²⁵⁴. Motivo por el cual propone tipificar un delito relativo a la desinformación conformado por los siguientes elementos esenciales¹²⁵⁵: 1) la acción típica consistente en «manipular información», lo que implica la posibilidad de contrastar objetivamente que los datos proporcionados no se corresponden con la realidad; 2) un elemento subjetivo del tipo que abarque la finalidad de influir o alterar la capacidad decisoria de parte o de la totalidad de la sociedad; 3) la exigencia de una cierta idoneidad de que la acción típica pueda lograr la finalidad propuesta; 4) y que, además, pueda afectar de forma real o, al menos potencial, a la seguridad o defensa del Estado, al sistema democrático, al funcionamiento de las instituciones, a la salud pública, al

¹²⁵¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 38.

¹²⁵² LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación...», cit., p. 562.

¹²⁵³ *Idem*.

¹²⁵⁴ Así se desprende al afirmar que «de lo que sí estamos convencidos, cada vez más, es de que determinados ataques a la seguridad del Estado, al sistema democrático, a servicios públicos básicos, al mercado, o a infraestructuras críticas no pueden quedar impunes». Considera, pues, que la intervención penal queda totalmente fundamentada debido a la preocupación que ha suscitado para los Estados, como para actores nacionales e internacionales por los efectos que puede llegar a ocasionar y que no debería concebirse como inconstitucional ya que la desinformación no queda amparada ni por el derecho fundamental a la libertad de expresión ni el de información. Sobre estas reflexiones, véase, LEÓN ALAPONT, José, «El Derecho penal ante las fake news...», cit., pp. 49, 55 y 56.

¹²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

mercado, al medio ambiente, así como otros intereses que debieran quedar incluidos y 5) que esta información presente el carácter de publicidad, es decir, que se dirija a un número elevado de individuos. Es decir, el autor presenta la posibilidad de castigar la desinformación en un sentido estricto, como un delito de peligro concreto o abstracto (lo deja en manos de la decisión legislativa), de mera actividad y doloso cuya estructura típica sea: «El que para influir o alterar (...) manipulare intencionadamente una información (...) difundiéndola públicamente, será castigado con la pena de (...) cuando ello conlleve un peligro cierto (o presunto) para (...)»¹²⁵⁶.

A pesar de que LEÓN ALAPONT ofrece un planteamiento sumamente sugestivo, que pone sobre la mesa cuestiones ineludibles que el legislador debería tener en cuenta si decidiera introducir un tipo penal de desinformación en sentido estricto¹²⁵⁷, quizás peca de empezar la casa por el tejado al elaborar una propuesta sin ahondar en el interés de protección que legitimaría la intervención penal. Ciertamente, en sus primeras aproximaciones sobre el tema parece decantarse por la protección de la seguridad o la independencia del Estado; sin embargo, en posteriores investigaciones amplía los bienes jurídicos implicados mencionando, además del anterior, la afectación al sistema democrático y sus instituciones, la salud pública, el medio ambiente, el mercado y, finalmente, dejando la puerta abierta a otros intereses que pueden resultar afectados. Evidentemente, estas vagas referencias sobre el bien jurídico-penal que da sustento a sus planteamientos conlleva a una carencia de argumentos consistentes que respalden las necesidades de intervención penal a las que alude.

Con el propósito de valorar estas alternativas incriminatorias que ubicarían el delito dentro del Título XXIII de nuestro actual texto punitivo conviene aclarar cuál es el interés

¹²⁵⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁵⁷ Aunque en este trabajo se respalde una postura crítica sobre la necesidad de criminalizar este tipo de desinformación en sentido estricto, como se desarrolla en el Capítulo II de esta tercera parte, cabe reconocer la valentía de esta propuesta específica. En ella se comparten parte de algunos aspectos que se han defendido en la presente investigación. En primer lugar, que la propuesta criminalizadora siempre debería tomar como base la difusión de «hechos» como elemento nuclear. El castigo, en estos casos, de conductas que forman parte de esa zona gris entre hecho y opinión, o bien de meras opiniones son palmariamente contrarias a la libertad de expresión. Si bien es cierto que aquí se ha defendido más bien una estructura similar al delito de calumnias, es decir, no centrada en la verdad objetiva, sino más bien en el modelo de veracidad subjetiva enfocada en la diligencia del sujeto activo en relación con la información. Asimismo, comparto la exigencia de idoneidad, semejante al engaño en el delito de estafa. E, igualmente, parece apropiado repito, en caso de optarse por la intervención penal, de requerir, teniendo en cuenta los usos sociales actuales y el funcionamiento de la desinformación en una sociedad digital, una mínima publicidad. Sin embargo, más dudas genera la inclusión de un elemento subjetivo del tipo referido a la finalidad de alterar la capacidad decisoria, así como la posibilidad de estructurarlo como un delito de peligro abstracto.

jurídico-penal que subyace en él. Y lo cierto es que no resulta una tarea fácil. De acuerdo con PORTILLA CONTRERAS, el origen de estos delitos de traición y contra la paz o independencia del Estado se encuentra en la urgencia de delimitar el marco de actuación que había alcanzado el *crimina maiestatis*¹²⁵⁸. No obstante, como recuerda el autor, el cambio que se produce con la nueva formulación de los delitos contra la soberanía (es decir, con la comprensión como ilícitos contra la cosa pública aquellos que atentan contra la seguridad del Estado, contra la Constitución y contra la paz pública), no consigue frenar esta tendencia expansiva, sino que amplía el ámbito de los intereses del Estado a proteger¹²⁵⁹. En nuestro país, una de las transformaciones más relevantes se produce con el texto punitivo de 1848 el cual sustituye la división tripartita que ofrecía el Código de 1822¹²⁶⁰ por una bipartita en la que se contraponen, por un lado, los «Delitos contra la seguridad exterior del Estado» (Título II) y, por el otro, los «Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público». En realidad, tal y como ha señalado AYALA GARCÍA, esta distinción entre seguridad exterior e interior se debe a una errónea interpretación de la doctrina de Bentham al diferenciar entre los comportamientos que atacan la esencia misma del Estado de aquellos que únicamente alteran su forma de ser, la forma concreta de organización política¹²⁶¹.

Pues bien, los delitos de traición, aquellos que compromete la paz o la independencia del Estado y los relativos a la Defensa Nacional históricamente se ubicaban entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado. El denominador común viene configurado por el término «seguridad» el cual se constituye como esqueleto de

¹²⁵⁸ El origen de estos ilícitos se incardina en ese delito de «lesa majestad» que se sustentaba en la *potestas* y la *dignitas*. Lo que refleja, desde un principio, la importancia de dañar la dignidad y honor del poder, en ese caso, del poder absoluto del monarca. Este delito, con el paso del tiempo, se va ampliando considerablemente hasta conformarse como el principal instrumento político del monarca. Es por eso por lo que, a partir de pensamientos iluministas se propugnan una serie de alternativas tendentes a frenar el marco de actuación del delito de lesa majestad. Así, se plasma en el modelo propuesto por el Código Napoleónico de 1810 un cambio tendente a encuadrar, dentro de los delitos contra la cosa pública, aquellos relacionados con la seguridad del Estado y contra la Constitución. En PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I)», en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 915

¹²⁵⁹ *Ibidem*, p. 916.

¹²⁶⁰ Así pues, en dicho texto punitivo, dentro de los denominados «Delitos contra la sociedad», el Título I contemplaba «Los delitos contra la constitución y el orden político de la monarquía», el Título II «Los delitos contra la seguridad exterior del estado» y el Título III «Los delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público».

¹²⁶¹ Véase, AYALA GARCÍA, Juan Mateo, «Delitos de traición», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. V. Delitos contra el orden público (I). Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 363.

protección punitiva. Según VIVES ANTÓN, la seguridad puede ser entendida como «exención de peligro, daño o riesgo» y el adjetivo «exterior» se relaciona con la consideración del Estado como miembro de la comunidad internacional¹²⁶². De modo que, históricamente, a este tipo de ilícitos se les ha asociado, siguiendo a PACHECO, con los comportamientos que comprometen o van destinados a acabar con la existencia del Estado, desgarrando su esencia¹²⁶³ frente a aquellos otros (los que atacan contra la seguridad interior) que amenazan a la manera de ser del Estado, a las instituciones que constituyen su existencia interna¹²⁶⁴.

Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, para evitar las extensiones desmedidas que presenta este concepto, vinculan la seguridad del Estado con un carácter político amparado bajo la idea de continuidad de las personas e instituciones. De modo que utilizan un contenido de «seguridad política» entendida como estabilidad de las instituciones políticas, no en un sentido de inmovilismo político, sino de perdurabilidad y que las transformaciones necesarias se produzcan mediante los cauces legales y no fuera de ellas¹²⁶⁵.

De estas concepciones y tras la superación de contenidos amplios basados en la mera *autoritas* o la independencia del Estado¹²⁶⁶, la doctrina mayoritaria concreta el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XXIII del actual texto punitivo en el bien jurídico supraindividual de la soberanía del Estado, sus intereses vitales en el

¹²⁶² Precisamente por ello, los ataques a la seguridad exterior del Estado serán aquellos que atañen a sus elementos esenciales sin los cuales dejaría de considerarse como tal, es decir, al territorio, el pueblo y la soberanía. En VIVES ANTÓN, Tomás S., «Delitos contra la seguridad exterior del Estado», en Cobo del Rosal, Manuel; Vives Antón, Tomás S.; Boix Reig, Javier; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos (auts.), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 29. En términos similares se había pronunciado CÓRDOBA RODA al entender que la protección de estos delitos respondía a su cualidad de miembro de la comunidad internacional y no en relación con su realidad interna. En CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal, Tomo III...*, cit., p. 3.

¹²⁶³ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado, Tomo II*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870, p. 56.

¹²⁶⁴ Por ello, según GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, los delitos contra la seguridad exterior eran más graves que los de la seguridad interior. En GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado, Tomo III*, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1874, pp. 14, 123-124. Diferencia que también resalta PACHECO al entender que mientras los primeros suponían la inexistencia de la nación, los segundos, pese a producirse, la nación continuaría existiendo, pero de otro modo. PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado, Tomo II*, cit., p. 115.

¹²⁶⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial...*, cit., pp. 603-604.

¹²⁶⁶ GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional. Capítulo I. Delitos de traición», Quintero Olivares, Gonzalo (dirs.) y Morales Prats, Fermín (coords.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 8ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 1947.

desarrollo de su existencia, así como la preservación de la paz, entendida como ausencia de conflictos internacionales¹²⁶⁷. Este parece ser el objeto de tutela común que une las conductas contempladas en los tres Capítulos de este Título. En aras de ofrecer una adecuada protección, el legislador ha optado por una estructura punitiva gradual, recogiendo los supuestos más graves en los delitos de traición (Capítulo I), posteriormente aquellos que comprometen la paz o la independencia del Estado (Capítulo II) y, finalmente, aquellos que atacan dichos intereses mediante riesgos más lejanos a través del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones referidas a la Defensa Nacional (Capítulo III). Al respecto, BORJA JIMÉNEZ se ha encargado de sintetizar el contenido de esta división¹²⁶⁸ al entender que en los primeros, generalmente, el ataque al citado bien jurídico es producido por los nacionales o los extranjeros residentes en España en un contexto bélico; por su parte, los segundos encuadran un riesgo de pérdida de la soberanía similar al anterior, pero con menor intensidad¹²⁶⁹, en muchos casos procedente

¹²⁶⁷ Este es el doble carácter «doméstico», por un lado, y «supranacional», por el otro que le otorga BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 927-928. Véase también, VIVES ANTÓN, Tomás S., «Delitos contra la seguridad exterior...», cit., p. 29. Por su parte, AYALA GARCÍA ha concentrado este contenido del bien jurídico en la idea de defensa nacional. De modo que mediante este concepto aglutina la protección del conjunto de valores superiores, principios e instituciones, la integridad e independencia territorial de España, así como la preservación de la paz y seguridad internacionales en el marco de los compromisos contraídos por este. Todo ello en virtud del art. 2 de la Ley Orgánica 5/2005 de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Véase, en AYALA GARCÍA, Juan Mateo, «Delitos de traición...», cit., p. 364. Estas consideraciones también son concentradas a través de cláusulas menos determinadas y más abstractas como la salvaguarda del «mantenimiento del Estado español frente a agresiones extranjeras» que se propone en DÍAZ MORGADO, Celia, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional», en Corcoy Bidasolo, Mirentx y Mir Puig, Santiago (dirs.) y Ramírez Martín, Guillermo y Rogé Such, Gabriel (coords.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 2180-2181.

Por su parte, *a priori*, MUÑOZ CONDE muestra una posición escéptica sobre la existencia de un denominador común de todos los delitos contenidos en el Título XXIII. Según este autor, superado en el texto punitivo de la democracia la vieja rúbrica de los delitos contra la seguridad exterior del Estado ya no era posible reconducir todos los delitos a un bien jurídico común. Sin embargo, el mismo autor, a continuación, considera que todos ellos mantienen en común la afectación a la soberanía del Estado, su independencia y las necesidades de defensa frente a las agresiones de otros Estados. En MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 665.

¹²⁶⁸ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Delitos de traición...», cit., pp. 927-928.

¹²⁶⁹ Ya desde los análisis elaborados por PACHECO se observa como entre los delitos de traición y aquellos que comprometen la paz o la independencia existe una estrecha relación y analogía, entendiendo el autor que los segundos pertenecen a una categoría inferior en su escala. En PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado, Tomo II...*, cit., p. 85. Esta diferencia gradual también es acogida por COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DÍEZ, añadiendo que en el segundo grupo el injusto típico se produce al margen de una pretendida relación de fidelidad entre el ciudadano español y su Estado. En COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Delitos de traición...», cit., p. 1172. Asimismo, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL parecen respaldar la misma tesis al defender que el capítulo II recoge algunas conductas situadas en la periferia de los preceptos contemplados en el

del exterior, y los terceros se configuran para anticipar aquellos riesgos más o menos concretos que pueden acontecer en un futuro sobre la soberanía nacional.

De las propuestas de criminalización sobre los comportamientos desinformativos más graves se desprende que la intensidad de afectación a la tutela del bien jurídico aludido no es tan alta como para incardinarla dentro de los delitos de traición, ni tan sumamente lejana y equiparable con las conductas referidas en el Capítulo tercero. Motivo por el cual se ha optado por proponer su inclusión en los delitos contenidos en el Capítulo segundo. Con el propósito de ofrecer una mayor precisión sobre los contornos del interés protegido en estos ilícitos, la doctrina mayoritaria ha entendido que estos se pueden clasificar en dos grupos: los que comprometen la paz del estado y los que menoscaban su independencia¹²⁷⁰. Partiendo de estos planteamientos, se entiende que, por un lado, algunos ilícitos persiguen proteger aquellos riesgos relativos a la seguridad frente a la guerra, es decir, a que España pueda iniciar un conflicto armado o bien de frustrar las perspectivas de paz; y, por el otro, otras conductas tutelan directamente el ejercicio de soberanía frente a otros Estados o, dicho de otro modo, la necesidad de restringir las posibilidades de subordinar la autonomía política y territorial del país, viéndose sometida a los dictados de otro Estado u organización¹²⁷¹.

capítulo I. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz...», cit., p. 390.

¹²⁷⁰ Véase, entre otros, VIVES ANTÓN, Tomás S., «Delitos contra la seguridad exterior...», cit., p. 37; LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995...*, cit., p. 207; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial...*, cit., pp. 632 y 636; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial...*, 1996, cit., p. 674; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «De los delitos de traición y contra la paz...», cit., p. 927; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», en Cuerda Arnau, María Luisa (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3349.

En sentido contrario, ÁLVAREZ GARCÍA y VENTURA PÜSCHEL apuntan que tal diferenciación en dos grupos no es correcta puesto que algunos delitos incardinados en dicho Capítulo pueden enmarcarse tanto en una faceta como en la otra proponiendo, en este caso, el ejemplo del delito de violación de tregua o armisticio del art. 593 CP, así como la provocación de la declaración de una guerra del art. 590 CP. Por ello, entienden, lo conveniente será estudiar cada una de las diferentes figuras delictivas en concreto para precisas tipo por tipo el objeto jurídico tutelado. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz...», cit., p. 391.

¹²⁷¹ Así ha entendido esta segunda faceta referida al menoscabo de la independencia del Estado BORJA JIMÉNEZ, Emiliano «Delitos que comprometen la paz...», cit., pp. 3349. Ello no significa que se proteja cualquier tipo de injerencia frente a los asuntos internos de España puesto que, como acertadamente manifestaron RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, esto implicaría una total desconexión con la realidad y con la existencia de organizaciones supranacionales, más todavía en el mundo actual. En RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial...*, cit., p. 636. El alcance del sometimiento y subordinación de la independencia del país siempre

Pues bien, siguiendo con este criterio mayoritario, las conductas de desinformación a las que hacen referencia tanto los documentos del Departamento de Seguridad Nacional como las argumentaciones expuestas por los autores citados deberían incardinarse dentro de la tutela del segundo de los grupos mencionados. No, por tanto, como protección frente a posibles riesgos relacionados con el surgimiento de conflictos entre Estados o de frustración de expectativas de paz, sino, en un sentido parecido al delito de derrotismo del art. 594 CP¹²⁷², como mecanismo de salvaguarda de la autonomía e independencia del Estado en ejercicio de una soberanía real y materialmente efectiva frente a la injerencia de terceros que, mediante estrategias híbridas y de manipulación tratan de alterarla. Eso sí, y a diferencia del aludido ilícito penal, la protección ofrecida sería en tiempos de paz.

IV. NUEVAS PERSPECTIVAS INDIVIDUALES: EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Tal y como se ha expuesto al inicio de este apartado, las preocupaciones sociales surgidas a propósito de la desinformación no solo se han centrado, desde una perspectiva colectiva, en su capacidad para generar desconfianza en las instituciones públicas al conjunto de una población determinada. También estas han focalizado gran parte de su atención a los procesos electorales y las repercusiones que la manipulación informativa presenta sobre la capacidad de llevar a cabo elecciones debidamente informadas en la materia. Desde una perspectiva individual, la desinformación en línea interfiere en la libertad de decisión de los ciudadanos para participar en los asuntos públicos directamente

hay que ponerla en relación con su soberanía, es decir, con su capacidad de funcionar autónomamente como un territorio propio y diferenciado de otros.

¹²⁷² Entienden que el delito contenido en el art. 594 CP ampara la independencia del Estado en un contexto de guerra ya que con la propagación de noticias falsas se perjudica la soberanía de España ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz...», cit., p. 410 y BORJA JIMÉNEZ, Emiliano «Delitos que comprometen la paz...», cit., pp. 3359. En un sentido similar, aunque precisando la necesidad siempre de que la protección de tal independencia se relacione con la vertiente política relacionada con la permanencia del Estado y de sus instituciones fundamentales RODRÍGUEZ DEVEZA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial...*, cit., p. 639.

No obstante, cabe mencionar que también se ha criticado la estructura de este tipo legal, defendiendo, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que presenta unos contornos imprecisos donde no queda adecuadamente claros qué interés se pretende proteger. Sobre este aspecto, véase, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «De los delitos de traición y contra la paz...», cit., p. 931 y GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», Quintero Olivares, Gonzalo (dirs.) y Morales Prats, Fermín (coords.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 8ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, p. 1970.

o eligiendo a sus representantes en las elecciones políticas, o bien mediante la capacidad de presentarse para ser elegidos y desempeñar dichos cargos representativos. Con ello pues, se afecta frontalmente al derecho de participación política consagrado en el artículo 23 CE.

Este derecho fundamental se conforma como uno de los distintivos esenciales de un Estado democrático ya que, en palabras de PRESNO LINERA, «el carácter democrático de un ordenamiento tiene como consecuencia más relevante que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder no se reduce a una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el legislador a la libertad de las personas, sino que se dirige a garantizar la participación de los destinatarios de las normas en su proceso de elaboración»¹²⁷³. Se dice que los derechos que se reconocen en el artículo 23 CE constituyen el vínculo entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución¹²⁷⁴ puesto que a través de su ejercicio exclusivamente puede explicarse la conformación de los poderes del Estado.

Naturalmente, la tutela penal de este derecho fundamental no se encuentra ajeno al ordenamiento-jurídico español. Si bien este interés podría ampararse, *a priori*, dentro de la sección 1ª del Capítulo IV del título XXI bajo la rúbrica «de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución», lo cierto es que forma parte del régimen sancionatorio de excepcionalidad al quedarse integrado, esencialmente, en una norma penal específica

¹²⁷³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La titularidad del derecho de participación política», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 104, 2002, p. 518. No en vano, se ha defendido que «en el corazón del Estado democrático late el impulso de la participación política. Sin ella, este modelo de Estado no sería posible, pues no existiría la democracia, que es la teoría del poder que garantiza la intervención del pueblo en la toma de decisiones que a todos nos afectan». En GONZÁLEZ RIVAS, Juan José et al., *Derecho constitucional español*, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la UCM, Madrid, 2012, p. 287. De hecho, también se considera a este derecho de participación política como el «derecho constitutivo de la ciudadanía» por excelencia puesto que la organización política de la convivencia descansa en la ficción de ser ciudadanos en la medida en que participamos en la formación de la voluntad general y es posible una participación en esa formación de la voluntad general en la medida en que somos ciudadanos. En PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Curso de Derecho constitucional*, 18ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2023, p. 357. Es por ello por lo que, en reiteradas ocasiones, el TC ha vinculado directamente el ejercicio de este derecho con la soberanía: «se trata del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de derecho, que consagra el art. 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español». Véase, SSTC, nº 51/1984, de 25 de abril, FJ Tercero; nº 38/1999, de 22 de marzo, FJ Segundo; nº 107/2001, de 23 de abril, FJ Tercero; nº 227/2004, de 29 de noviembre, FJ Tercero; nº 36/2014, de 27 de febrero, FJ Séptimo.

¹²⁷⁴ PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Curso de Derecho...*, cit., p. 356.

que se contiene en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. De modo que es en dicho texto legal en el que se hallan aquellos comportamientos que obstaculizan la libertad de decisión de los titulares del derecho de participación política en aras de proporcionar una adecuada protección al propio proceso electoral¹²⁷⁵.

La Constitución española tutela como bien jurídico protegido en el artículo 23 CE, en palabras de PÉREZ ALBERDI, «la participación democrática de los miembros de la comunidad política en el proceso de formación de la voluntad del Estado»¹²⁷⁶. En realidad, en él se contemplan varios derechos que se configuran como el anverso y reverso de un mismo derecho fundamental. El apartado primero reconoce el derecho de sufragio activo, cuya configuración constituye un verdadero puente de unión entre el derecho de autodeterminación política de cada individuo y el derecho de autodeterminación de la sociedad¹²⁷⁷, puesto que a través de su ejercicio se canaliza el proceso de autodirección política de la sociedad garantizando la intervención del ciudadano en la esfera política¹²⁷⁸ bien de manera directa¹²⁷⁹, bien mediante la posibilidad de elegir a sus representantes en unas elecciones políticas libres y periódicas mediante un voto libre, directo, secreto y universal.

El apartado segundo contempla la vertiente pasiva del derecho de sufragio. A través de esta faceta se articula el derecho de los ciudadanos de poder presentarse y poder ser elegido como representante de los demás, así como el de acceder y permanecer en el

¹²⁷⁵ Ello porque si la voluntad de los electores no se lleva a cabo de un modo libre y se manifiesta en una completa libertad, la decisión que se materialice como resultado de dichos actos externos tampoco podrá adquirir tal atributo. En PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo», *Revista de Derecho Político*, nº 52, 2021, p. 140. En un sentido similar, para MUÑOZ CONDE y SALAS HOLGADO, las normas de la LOREG que contienen delitos en materia electoral tutelan el proceso electoral mismo, castigando aquellas conductas que impiden o dificultan la libertad de decisión de los electores o bien falsean el resultado electoral. En MUÑOZ CONDE, Francisco y SALAS HOLGADO, Ángela, «Delitos electorales», en Montoya Melgar, Alfredo (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2084-2085.

¹²⁷⁶ PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, «Los derechos políticos», en Castellà Andreu, Josep M^a (ed.), *Derecho constitucional básico*, 7^a ed., Huygens editorial, 2023, p. 485.

¹²⁷⁷ PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 355-356.

¹²⁷⁸ Estas posibilidades de participación política de los ciudadanos no son absolutas en el sentido de que se ampara un derecho genérico a que estos puedan participar en cualquier asunto público a través de cualquier medio, sino a través de las vías y formas legalmente establecidas. En GARCÍA MAHAMUT, Rosario, «Derechos de participación: sufragio activo y pasivo, acceso a cargos públicos, petición», en López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 321-322.

¹²⁷⁹ Si bien en las sociedades democráticas actuales el modelo predominante es el indirecto, no obstante, coexisten con instrumentos de participación directa como el referéndum, la iniciativa legislativa popular y el derecho a intervenir en las asambleas municipales que se rigen por el sistema de concejo abierto. En GONZÁLEZ RIVAS, Juan José et al., *Derecho constitucional...*, cit., p. 287.

ejercicio de dicho cargo. Eso sí, todo ello con una plena garantía de acceso en condiciones de igualdad respecto del resto individuos que también deseen ejercer este derecho.

Los nuevos formatos comunicativos auspiciados por las redes sociales también han interferido en la comprensión del derecho de participación política. En este sentido, si bien, en un principio, aparentaban conformarse como nuevos vehículos que fomentaran una participación más libre de los ciudadanos en la vida política, el tratamiento mercantil de los datos de los usuarios y el uso de la información de los potenciales electores con interés económico han supuesto un cuestionamiento de tal capacidad. Estos nuevos espacios de comunicación, que han pasado a considerarse como las nuevas ágoras 2.0, no han sido gestionados desde lo público con el propósito de mejorar la democracia participativa, sino más bien se han constituido como espacios controlados por grandes compañías tecnológicas privadas que actúan como mediadores necesarios¹²⁸⁰ de los debates políticos que en ellos se desarrollan. A propósito de esta nueva realidad se convierte en una exigencia atender al derecho a la participación ciudadana por medios digitales mediante la implementación de herramientas que favorezcan eficazmente una transparencia en la colección de datos, la identificación y eliminación de cuentas falsas o *bots sociales*, así como un mayor control de los anuncios políticos en línea¹²⁸¹. Precisamente desde esta perspectiva la Carta de Derechos Digitales también ha abordado la problemática de la participación ciudadana en los entornos digitales en su artículo 16¹²⁸². En lo que aquí interesa, a propósito de dichas medidas, un adecuado ejercicio del

¹²⁸⁰ En este sentido, MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos de participación política», *De Lege Ferenda*, nº 1, 2023, p. 38 y BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La constitución del algoritmo*, 2ª ed., Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 78 y ss.

¹²⁸¹ SUÁREZ, Paula S., «La inteligencia artificial (IA) y las elecciones: breves y primeras reflexiones sobre el uso, el impacto y la influencia de la IA en los procesos electorales», *Pensar en Derecho*, nº22, 2023, p. 37.

¹²⁸² El artículo completo reza lo siguiente:

«Derecho a la participación ciudadana por medios digitales:

1. De acuerdo con las leyes, se promoverán entornos digitales que contribuyan a un derecho de acceso efectivo a la información pública, la transparencia, la rendición de cuentas, así como a la propuesta de iniciativas y a la implicación de las personas en las actuaciones de las Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, de acuerdo con la Constitución Española. Cuando al acceso a información, la propuesta de iniciativas y la implicación en las actuaciones de las Administraciones requieran la identificación de las personas, esta se realizará con pleno respeto al derecho a la identidad en el entorno digital a que se refiere el apartado II.

2. Cualquier proceso de participación política, pública o privada, llevado a cabo por medios tecnológicos:

a) Deberá permitir el pleno y efectivo acceso a la información del proceso en cuestión.

b) Deberá permitir y garantizar la plena transparencia y rendición de cuentas de las personas implicadas, tanto si son Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, como otro tipo de entidades públicas o privadas.

derecho de participación política en una sociedad digital requiere que se promuevan entornos digitales que contribuyan a un acceso efectivo a la información pública y a la propuesta de iniciativas. Asimismo, los procesos de participación política llevado a cabo por medios tecnológicos deben garantizar una plena transparencia de las personas implicadas, así como garantizar las condiciones de igualdad participativa para que toda intervención ciudadana se caracterice por una equilibrada competitividad. Especialmente en aquellos entornos digitales que desarrollen procedimientos que impliquen votaciones en procesos electorales, los cuales deberán asegurar la seguridad, accesibilidad, fiabilidad, eficacia y eficiencia del medio.

Quedará por ver si tales medidas son suficientes para hacer frente a la afectación que supone el uso malintencionado de la IA y de las estrategias de desinformación a través de las plataformas digitales sobre los derechos de participación política¹²⁸³, o si, por el contrario, es necesario instaurar alternativas de índole coercitiva. No en vano, se ha advertido de los numerosos intentos de influencia en las vertientes activa y pasiva del derecho, especialmente en períodos electorales, en diferentes lugares del mundo¹²⁸⁴. Especialmente, a propósito de la manipulación ocasionada a la población inglesa y estadounidense con la participación de la empresa Cambridge Analytica en las campañas del Brexit y en las presidenciales de 2016¹²⁸⁵, respectivamente. Desde entonces, se ha

c) Deberá garantizar las condiciones de igualdad y no discriminación participativa, lealtad institucional y justa y equilibrada competitividad.

d) Garantizará la accesibilidad de los sistemas digitales de participación pública.

3. Los entornos digitales destinados a la participación ciudadana garantizarán un elevado estándar de seguridad. Cuando en ellos se desarrollen procedimientos que impliquen la votación en procesos regulados por la legislación electoral se garantizará la seguridad, fiabilidad, accesibilidad, usabilidad, eficacia y eficiencia».

¹²⁸³ MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos...», cit., p. 39.

¹²⁸⁴ Sobre esta cuestión, véase en profundidad, SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Valladolid, 2020, pp. 34-40.

¹²⁸⁵ La empresa Cambridge Analytica utilizó una gran cantidad de datos de millones de usuarios para que Trump tuviera una gran influencia en las elecciones presidenciales de EEUU de 2016. Concretamente, siguiendo a HERNÁNDEZ PEÑA, esta empresa, a través de una intermediaria especializada en estudios de mercado en línea, ofreció una retribución a unos 200.000 usuarios a cambio de completar un cuestionario de personalidad vinculado al test OCEAN. A estos se les informó de su participación en un estudio científico a través del cual debían acceder identificándose con su cuenta de *Facebook*. Asimismo, el acceso al test exigía el consentimiento para tratar una gran cantidad de datos personales entre los que se encontraban los datos de su red de contactos. De este modo, pudieron generar una base con información psicográfica con el propósito de realizar perfilado ideológico y, al mismo tiempo, crearon un «semillero» que coadyuvó a escalar el número de puntos de información hasta 30 millones de usuarios obtenidos del proceso de recopilación de datos de los resultados de los test psicográficos y de la información de *Facebook* para enriquecer los datos psicográficos y desarrollar su modelo predictivo. Específicamente, de los usuarios integrantes en la red de contactos de los que participaron en los test se obtuvieron informaciones relacionadas con su identificación y toda aquella que fuera útil para realizar inferencias psicográficas como

defendido fervientemente la necesidad de fortalecer la «integridad electoral»¹²⁸⁶ como postulado derivado del derecho de participación política tendente a resaltar la calidad de la deliberación pública en los procesos electorales como una cuestión de primer orden.

Partiendo de un enfoque activo del derecho, las estrategias coordinadas de desinformación, cada vez más sofisticadas mediante el empleo de herramientas de IA, están cambiando las reglas del juego del debate político en campañas electorales de un modo preocupante. Es cierto que la actividad política, históricamente, se ha caracterizado por el deseo de conocer las preferencias de los potenciales votantes. Sin embargo, las nuevas técnicas de microsegmentación¹²⁸⁷, derivadas del uso de las redes sociales, implican un mayor grado de afectación al derecho contenido en el art. 23.1 CE. Las plataformas digitales permiten obtener una ingente cantidad de datos sin el consentimiento expreso del usuario o con el empleo de una finalidad distinta para dirigir mensajes diseñados a medida del usuario a partir de dichos datos recopilados. Es cierto que el impacto real de la desinformación selectiva creada a través de los filtros burbuja de las plataformas digitales no es fácil de determinar. Pero lo que resulta innegable es el incremento del riesgo desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo de que, a través de los sistemas de IA, se alcancen unos efectos inéditos hasta ahora en la creación de «burbujas ideológicas» con especial incidencia en contextos electorales¹²⁸⁸. Aspecto que condiciona el ejercicio de sufragio activo considerablemente, sobre todo si esos mensajes personalizados responden a una estrategia desinformativa para manipular el

los *likes* de mensajes, personajes públicos, marcas, etc. Véase, HERNÁNDEZ PEÑA, Juan Carlos, «Campañas electorales, *big data* y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 124, 2022, pp. 47-50. También, sobre esta cuestión, MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos...», cit., pp. 39 y 40, así como SUÁREZ, Paula S., «La inteligencia artificial (IA) y las elecciones...», cit., p. 37.

¹²⁸⁶ A través de este concepto se pretende resaltar un postulado ético ineludible derivado de las democracias digitales actuales dirigido a todo interviniente en un proceso electoral para que sus comportamientos se adecúen a unos valores mínimos democráticos relacionados con la integridad y la honestidad que garanticen unas elecciones libres y justas. En consecuencia, de este postulado se deriva la necesidad de apreciar, desde una perspectiva material, la existencia de una serie de condiciones que permitan el ejercicio efectivo del derecho de participación política: el derecho a competir en condiciones de equidad por los cargos públicos electivos, promover un ejercicio libre del derecho de expresión sin limitaciones desproporcionadas e injustificadas, la libertad de asociación política, el respeto de las minorías, garantizar un adecuado acceso a la información, la transparencia en los resultados electorales, etc. Todas estas apreciaciones pueden analizarse en profundidad en GÓMEZ, Elena I., «La integridad electoral como garantía de las elecciones», *Pensar en Derecho*, nº22, 2023, pp. 22-24.

¹²⁸⁷ Véase, SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales...*, cit., pp. 50 y ss.

¹²⁸⁸ Véase, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 69-70.

comportamiento electoral de un modo subliminal¹²⁸⁹. Si a ello se le añade la posibilidad de utilizar ejércitos de *bots sociales* que, mediante la IA, generan una falsa idea de popularidad de un candidato político o bien crean y masifican determinadas corrientes de opinión que toman como base hechos falsos¹²⁹⁰, existe una mayor facilidad para incitar a los votantes a apoyar una determinada postura política y dañar un ejercicio libre e igualitario del sufragio activo. Mecanismos que no solo pueden afectar a la vertiente representativa o indirecta de la participación política de los ciudadanos, sino también a la vertiente directa, mediante el condicionamiento del voto en un proceso de referéndum como ocurrió en Reino Unido en 2016 o en Cataluña en 2017¹²⁹¹.

Por otro lado, la íntima conexión que subyace entre la vertiente activa y pasiva de este derecho¹²⁹² determina, igualmente, una afectación sobre las posibilidades de acceder y permanecer en los cargos representativos. De este modo, cuando se manipula el comportamiento electoral a través del uso de herramientas digitales para elaborar perfiles psicológicos con base en los datos de los usuarios en la red, no se está prediciendo el comportamiento de los electores, sino que se está induciendo¹²⁹³, alimentando el riesgo de decantar la balanza sobre un cargo representativo frente a otros. Ello, inevitablemente, afecta al requisito de igualdad del sufragio pasivo que no solo viene referido al correcto desarrollo del procedimiento electoral, sino también en relación con todos aquellos potenciales representantes que deben poder acceder a las instituciones públicas en condiciones de igualdad¹²⁹⁴. Coincido totalmente con GARCÍA MAHAMUT en que la

¹²⁸⁹ MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos...», cit., p. 40.

¹²⁹⁰ En el ámbito de la democracia representativa, la desinformación en línea afecta palmariamente a la integridad electoral en la medida en que interfieren en la posibilidad de alcanzar unas elecciones justas, incitando a un sector importante de la población a apoyar a un determinado candidato mediante anuncios personalizados. En SUÁREZ, Paula S., «La inteligencia artificial (IA) y las elecciones...», cit., pp. 36 y 45.

¹²⁹¹ Un interesante análisis sobre las desinformaciones en redes sociales que circularon alrededor del referéndum de independencia de Cataluña del 1 de octubre de 2017 se ofrece en COROMINA, Óscar y PADILLA, Adrián, «Anàlisi de les desinformacions del referèndum de l'1 d'octubre detectades per Maldito Buló», *Quaderns del CAC*, n° 44, vol. XXI, 2018, pp. 17-26, *passim*.

¹²⁹² Le asiste toda la razón a PÉREZ ALBERDI cuando recuerda que el sufragio activo y pasivo, al ser dos vertientes de un mismo derecho, implica una conexión total que se materializa en el hecho de que una violación de los derechos de los representantes públicos, de un modo reflejo, implica una violación de los derechos de los electores ya que aquellos son los instrumentos mediante los cuales los ciudadanos hacen efectivo su derecho de participar. En PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, «Los derechos políticos...», cit., p. 488.

¹²⁹³ MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos...», cit., p. 40.

¹²⁹⁴ GARCÍA MAHAMUT, Rosario, «Derechos de participación...», cit., p. 330. No hay que olvidar, en este sentido, que el art. 23.2 CE es una concesión del derecho a la igualdad ante la ley. Igualdad que implica las mismas oportunidades de las candidaturas, de modo que quedan justificadas aquellas limitaciones en el acceso a los medios de comunicación o en la financiación electoral que atenten contra esta igualdad. En PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, «Los derechos políticos...», cit., p. 489.

sociedad digital exige más que nunca el hecho de garantizar la igualdad de armas y oportunidades entre todos aquellos que concurren a las elecciones a lo largo de las distintas etapas que integran el proceso electoral¹²⁹⁵. Pero no solo eso, sino también en lo que concierne a la fase de permanencia en el cargo puesto que la desinformación en línea puede incrementar la desconfianza en los representantes elegidos y las instituciones públicas conformadas poniendo en cuestionamiento la propia legitimidad del sistema¹²⁹⁶.

En definitiva, coincido con QUERARLT JIMÉNEZ en que la proliferación de la desinformación en el ámbito político, especialmente en los procesos electorales, condiciona también los derechos de participación de la ciudadanía en la medida en que distorsiona la conformación de la voluntad de voto y, en consecuencia, la expresión de su voluntad soberana¹²⁹⁷. Por mucho que el «juego de la manipulación» haya sido una constante en la historia de los debates públicos, resulta innegable que las estrategias coordinadas de desinformación junto con el uso de herramientas de IA presentan un incremento de peligro relevante que merece, al menos, una especial consideración en atención al derecho de participación política tanto en su vertiente activa como pasiva, en este segundo caso especialmente en su incidencia al requisito de igualdad de acceso a los cargos públicos.

Estas ideas se observan con claridad en los recientes sucesos acontecidos en las elecciones presidenciales de Rumanía a finales de 2024¹²⁹⁸. Se han detectado irregularidades entre las que destacan el uso de estrategias híbridas de desinformación que incluyen la manipulación del voto mediante el uso de tecnologías digitales e IA. Todo apunta que se ha producido una promoción desproporcionada y un tratamiento preferencial a favor de un candidato político, Călin Georgescu, en redes sociales,

¹²⁹⁵ GARCÍA MAHAMUT, Rosario, «Derechos de participación...», cit., p. 330.

¹²⁹⁶ Un caso paradigmático al respecto puede ser la victoria de Joe Biden en las elecciones norteamericanas de 2020. Para millones de estadounidenses, un hecho incontrovertible como puede ser el resultado de un proceso electoral que siguió un proceso garantizado por toda una serie de normas e instrumentos de control fue considerado por muchos ciudadanos como un acceso al poder ilegítimo. A través de estrategias de desinformación y manipulación mediante las plataformas digitales, consistente en construir una narrativa en contra del presidente elegido, muchos usuarios acabaron convencidos de que en realidad Trump había alcanzado más votos y se habían acudido a vías ilegales para dar la victoria a Biden. En BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La constitución del algoritmo...*, cit., p. 75.

¹²⁹⁷ QUERARLT JIMÉNEZ, Argelia, «Desinformación por razón de sexo...», cit., p. 6.

¹²⁹⁸ Véase FERRERO-TURRIÓN, Ruth, «¿Se ha precipitado Rumanía con la anulación de sus elecciones presidenciales? Cuando la desinformación no viene de donde crees», *Agenda Pública*, 23 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://agendapublica.es/noticia/19534/se-precipitado-rumania-con-anulacion-sus-elecciones-presidenciales-cuando-desinformacion-no-viene-donde-crees> (Fecha de consulta 26 de enero de 2025).

distorsionando la competencia electoral y vulnerando la igualdad de oportunidades del resto de candidatos políticos. Así lo ha apreciado el Tribunal Constitucional de Rumanía que, con base en la necesidad de proteger los derechos electorales y la integridad del proceso democrático, ha anulado las elecciones presidenciales. De este modo, por primera vez, un tribunal de un Estado miembro de la UE ha intervenido para anular todas las acciones de un proceso electoral, ordenando repetir íntegramente las elecciones, desde la presentación de candidaturas, ante una campaña de desinformación¹²⁹⁹.

Con todo, a partir de un primer criterio de delimitación formal, todo indica que pueden existir bienes jurídicos de trascendencia constitucional que podrían verse afectados por la desinformación en línea y que se vincularían estrechamente con la modalidad de desinformación política a la que se ha hecho referencia en este trabajo. Estos bienes, además, presentarían tanto una naturaleza individual como colectiva o supraindividual. En el primer caso, podría atacarse el mencionado derecho a la participación política, el cual no ha sido tenido en cuenta hasta el momento por la doctrina penal. Y, en el segundo caso, algunos planteamientos se decantan por la vulneración del orden público y de la soberanía del Estado. Al final del próximo capítulo se ofrecerá una opinión personal sobre la hipótesis más adecuada, tras el análisis de los argumentos que desaconsejan la intervención penal sobre el fenómeno.

¹²⁹⁹ En el momento de elaborar el presente trabajo, el Parlamento Europeo ha previsto un debate tras la decisión del Tribunal Constitucional de Rumanía para debatir acerca de sus consecuencias. Por su parte, la Comisión europea ha abierto una investigación a la red social *TikTok* por una supuesta infracción de la DSA al no atajar correctamente los riesgos sistémicos derivados de la desinformación durante las elecciones rumanas. Véase, al respecto, HARTMANN, Théophile, «La Comisión abre una investigación a TikTok por desinformación en las elecciones presidenciales rumanas», *Euroactiv*, 17 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://euractiv.es/section/tech/news/commission-opens-tiktok-investigation-over-romanian-presidential-elections-disinformation/> (Fecha de consulta 26 de enero de 2025).

Capítulo II

Reticencias sobre el castigo penal de la desinformación

I. INTRODUCCIÓN

Se ha señalado que la desinformación cuando es utilizada como una herramienta coordinada al servicio de determinados intereses, esencialmente dentro de las denominadas amenazas híbridas, puede suponer una afectación a bienes individuales, así como intereses colectivos o supraindividuales. Quizás esta aseveración otorga una cierta apariencia de que el fenómeno debería interesar al Derecho penal, pero nada más lejos de la realidad, puesto que tan solo se habrá superado el primer escollo de limitación, faltando todavía un segundo que, de hecho, se presenta como el más importante.

En el Capítulo anterior se ha expuesto¹³⁰⁰, a propósito de los criterios de delimitación del objeto protegible en la desinformación, que junto a una delimitación formal de la actividad del legislador penal ha de acompañarse de una delimitación material. La primera, relacionada con la relevancia constitucional del bien jurídico, ha sido ya objeto de análisis. Es el momento, pues, de valorar la segunda en la que el examen de la actividad punitiva en materia de desinformación se atenderá en función de parámetros relacionados con la intensidad del ataque que suponga para los correspondientes intereses en juego. Sin embargo, el problema de la criminalización de la desinformación no se agota con este tipo de criterios materiales asociados directamente con la proporcionalidad y la subsidiariedad, que debe caracterizar al ordenamiento punitivo, sino que también, desde organismos internacionales, se han señalado problemas

¹³⁰⁰ Véase apartado 3.3.3. «Criterios de delimitación del objeto protegible en la desinformación» del anterior capítulo.

estrechamente vinculados con el principio de legalidad, concretamente con el mandato de taxatividad.

Una vez examinados los argumentos a favor de la criminalización de este fenómeno, resulta indispensable profundizar en aquellos postulados que lo desaconsejan. Estos, fundamentalmente, pueden agruparse en dos bloques. Por un lado, desde la perspectiva de los límites del poder punitivo del Estado se explorarán aquellas garantías que podrían verse afectadas si se dejara en manos del Derecho penal la protección de los citados intereses. Por otro lado, se examinarán las consecuencias que se derivan a propósito de un uso inadecuado e injustificado de la ley penal.

El aumento del proceso democratizador que ha supuesto el avance hacia una sociedad digital no ha conllevado una aminoración en la intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales. Más bien, incluso, podría afirmarse un sentido opuesto ya que, tal y como advierte GARCÍA ARÁN, la tendencia expansiva y la frivolidad con la que se han acometido las reformas penales modernizadoras de los últimos años, a través de las cuales se ignoran, e incluso se pisotean algunos límites penales, está casi tan consolidado como la globalización o la propia revolución digital¹³⁰¹. En cualquier caso, le asiste toda la razón a BOIX REIG cuando afirma que las garantías jurídicas nunca pueden ser consideradas bastantes en un ámbito en el que la necesaria protección de los derechos fundamentales precisa de una restricción en aquellos que los infringen¹³⁰².

¹³⁰¹ GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Legalidad y seguridad jurídica en el Derecho penal postmoderno», en Jareño Leal, Ángeles et al. (coords.), *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reix*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 126-127. Por tanto, se puede afirmar sin temor a equivocarse que el problema de los límites al poder punitivo estatal continúa siendo todavía hoy en día un problema esencial debido a ese incremento en la intromisión de dicho poder en la esfera privada de los ciudadanos. En MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., pp. 65 y 66.

¹³⁰² BOIX REIG, Javier, «De nuevo sobre el principio de legalidad», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 15, 1986, p. 9. Desde luego, siempre será una premisa fundamental, para hablar de Derecho en su sentido moderno, que las garantías penales conformen límites que el poder del Estado nunca puede sobrepasar. Si de algún modo se entiende que la ley permite a dicho poder del Estado excederse de los límites que marcan las libertades constitucionales será entonces una ley que no respeta el Derecho y, en consecuencia, una ley jurídicamente inválida. En este sentido, cfr., VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Garantías constitucionales y terrorismo», en Alonso Rimo, Alberto; Cuerda Arnau, María Luisa y Fernández Hernández, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 28. Estos planteamientos de reivindicación atemporal de las garantías penales, así como de su preeminencia y consecuencias en el modelo de sociedad sobre el razonamiento jurídico, cobran especial relevancia, como se ha señalado previamente, a propósito de la obra de ROXIN, Claus, *Política criminal...*, cit., *passim*. Efectivamente, gracias a las reflexiones del profesor alemán se toma como eje neurálgico la vinculación de las categorías dogmáticas con los principios político-criminales. Lo que, al mismo tiempo, enlaza el contenido de la Dogmática con el modelo de Estado y el debate sobre las garantías constitucionales y sus consecuencias en el modelo de sociedad pasan a un primer plano. Estas exigencias político-criminales, en

No es posible, en consecuencia, examinar la problemática de la desinformación desde un punto de vista político-criminal sin atender al hecho de si una futura actividad del *ius puniendi* en esta materia atentaría contra algunos de los principios básicos que sustentan un Estado social y democrático de derecho. Estos principios, que mantienen un fundamento político y funcional¹³⁰³, constituyen verdaderas directrices en la creación, aplicación y ejecución de las leyes penales y, en todo caso, conforman la base para su crítica¹³⁰⁴. En lo que atañe a la labor de creación normativa, los principios penales actúan como mecanismos de legitimación o justificación de las normas penales. En otras palabras, siguiendo a LASCURAÍN SÁNCHEZ, establecen cuándo una determinada regulación penal es mejor o peor desde la perspectiva valorativa del ordenamiento, si es valiosa o, intolerablemente disvaliosa, constituyéndose como verdaderos principios de política criminal¹³⁰⁵. Asimismo, estos principios o límites, si se prefiere, en un modelo de Estado como el nuestro, se imponen explícita o implícitamente de la Constitución, asentándose sobre los valores superiores de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político¹³⁰⁶.

Por ello, este estudio sobre la posibilidad de crear un tipo penal que abarque las conductas desinformativas se complementará, siguiendo la terminología de QUINTERO OLIVARES, con el examen de aquellos «condicionamientos externos e internos» de la

consecuencia, se insertan dentro del propio sistema jurídico-penal tomando como referencia el modelo social constitucionalmente diseñado de manera que es la propia Constitución la que condiciona las respuestas que los jueces deben otorgar a las cuestiones que se les plantean. Si se desea profundizar en este análisis, véase, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., pp. 104-105.

¹³⁰³ Siguiendo a LUZÓN PEÑA, los límites de la potestad punitiva guardan siempre una vinculación bien con el fundamento político que se deriva directamente de las exigencias del Estado social y democrático de derecho y del fundamento racional, conectado con la necesidad de tutela de bienes jurídicos a través de la prevención. Cada límite penal podrá derivar más de uno u otro fundamento, pero siempre guardarán alguna conexión con ambos aspectos. En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 80.

¹³⁰⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 65.

¹³⁰⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, 2019, pp. 49-50. Esta visión conforma, en consecuencia, una perspectiva claramente de política criminal en la medida en que a través de los principios penales se trata de responder al interrogante sobre dentro de qué límites puede ejercer el Estado su potestad punitiva. En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 113.

¹³⁰⁶ Desde un punto de vista del fundamento político, se resalta, especialmente, la relación que en todo caso debe mantener como característica esencial el poder punitivo del Estado con la Constitución, siendo esta la que otorgue y limite su extensión en función de los valores consagrados en el art. 1.1 CE. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 102. Igualmente, véase, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Principios del Derecho penal...», cit., p. 50.

actividad represora¹³⁰⁷ que más estrechamente se ponen en entredicho cuando se aborda la política legislativa relacionada con el fenómeno.

II. LIMITACIONES LEGISLATIVAS DESDE EL MANDATO DE DETERMINACIÓN

2.1. Fundamento del mandato de determinación en un Estado social y democrático de derecho

El condicionamiento externo del *ius puniendi* por excelencia lo conforma el Principio de legalidad. No en vano ha sido considerado por la doctrina como el eje inquebrantable, la raíz mínima o el *primus inter pares* sobre el que se sustenta el Derecho penal¹³⁰⁸. Probablemente se deba, por un lado, a su estrecha vinculación con la democracia como valor y, por el otro, precisamente al hecho de permitir perfilar los límites formales sobre aquello que puede castigarse¹³⁰⁹. Esta última aseveración no debe confundirse con que el principio de legalidad esté conformado exclusivamente por una dimensión formal ya que, en tal caso, la función de limitar los derechos y libertades de los ciudadanos quedaría sin contenido¹³¹⁰. Razón por la cual se suele hacer una primera distinción del principio separando la garantía formal proyectada sobre la reserva de ley y, por otro lado, la garantía material identificada con la taxatividad y la claridad de los tipos penales. Al mismo tiempo, esta diferenciación permite comprender mejor los dos fundamentos esenciales del principio de legalidad¹³¹¹. Así, a la garantía formal se le asocia

¹³⁰⁷ En la búsqueda de la mejor política criminal, los principios surgen como aquel ideal a alcanzar no solamente configurado por los condicionamientos externos, sino que también es preciso la presencia de condicionamientos internos que son los que coadyuvan a diferenciar entre un Derecho penal acorde con la función social que le corresponde de aquel que se aleja de ella. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 62-63.

¹³⁰⁸ Véase, BOIX REIG, Javier, «El principio de legalidad en la Constitución», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 4, 1983, p. 8; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 46 y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021, p. 39. Se trata, asimismo, de un principio que, aunque presente en otras ramas jurídicas, en el ordenamiento jurídico penal adquiere una especial intensidad, lo que explica que, históricamente, se halla proclamado antes que ninguna otra en este ámbito jurídico. En RODRÍGUEZ, MOURULLO, Gonzalo, «El principio de legalidad y arbitrio judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997, p. 286.

¹³⁰⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 39.

¹³¹⁰ BOIX REIG, Javier, «El principio de legalidad...», cit., p. 9.

¹³¹¹ Por todas, STC nº 137/1997, de 21 de julio, FJ sexto:

«el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del

un fundamento basado en la legitimación democrática a través de la cual el *demos*, mediante un proceso democrático en el que se deciden los representantes directos, tal y como lo establece la ley, y que se materializa en el poder legislativo, es el encargado de decidir qué comportamientos se consideran delictivos y la pena que merece¹³¹². Por su lado, la garantía material se sustenta en la necesidad imperiosa de dotar de seguridad¹³¹³ la actividad represiva con el propósito de que el ciudadano pueda saber bajo qué circunstancia el Estado podrá entrometerse en su libertad. Es decir, el principio de legalidad se fundamenta también en la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los ciudadanos.

Precisamente, la formulación moderna del principio de legalidad surge en el siglo XVIII como una vía para garantizar ambos fundamentos (político o democrático y de seguridad) ya que se reclama la necesidad de evolucionar del gobierno del hombre al gobierno de la ley¹³¹⁴, así como la urgencia de superar la arbitrariedad del Estado en el

Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente pero similares a los que sí contempla».

¹³¹² Sobre esta garantía democrática o de legitimación véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 85; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones, Madrid, 1992, p. 25; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 81; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 40. Este fundamento del principio de legalidad es el que MIR PUIG se refiere como garantía política que hace referencia a que el ciudadano no puede verse sometido a la actuación estatal de penas que no admita el pueblo. En MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 115.

El TC se ha encargado de vincular el carácter material del principio de legalidad con el principio de seguridad jurídica en la STC nº 101/2012, de 8 de mayo, FJ tercero:

«Junto a la citada garantía formal el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE comprende también otra de carácter material, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en este ámbito limitativo de la libertad individual y que, en relación con el legislador, y por lo que aquí más importa, se traduce en la exigencia absoluta de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, “los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones».

¹³¹³ Por todos, véase al respecto, GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación...*, cit., pp. 25 y 26; RODRÍGUEZ, MOURULLO, Gonzalo, «Delito, pena y Constitución», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 8, 2003, p. 313; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., pp. 40 y 41. Además de las anteriores, este último autor señala dos razones más que sustentan el principio de legalidad: la libertad y la eficacia preventiva. De modo que la necesidad de posibilitar un razonable ejercicio de la libertad de cada uno y el condicionamiento de la amenaza del mal a los destinatarios solo se obtienen mediante una ley previa, escrita y estricta.

¹³¹⁴ Siguiendo a COBO DEL ROSAL, el principio de legalidad se acomoda fundamentalmente por dos factores. Desde una aproximación política, para otorgarle prioridad al poder legislativo mediante la fórmula de la «majestad de la ley» y de su sometimiento por parte del resto de poderes. Y, desde una perspectiva ética, a través de la igualdad, ya que todos los ciudadanos debían sujetarse sin distinciones a dicho imperio

ejercicio del *ius puniendi* debido a la imprecisión que caracterizaban los ilícitos en el Antiguo Régimen¹³¹⁵. De modo que, producto de estas carencias, surgen las primeras formulaciones del principio que son atribuidas mayoritariamente a Beccaria y a Feuerbach. Este último es quien concentra el alcance del mismo a través del aforismo latino *nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

No obstante, a pesar de que existe una tendencia a disgregar en planos diferentes los fundamentos democráticos y de seguridad, tal visión, como apunta GARCÍA RIVAS, perjudica una adecuada comprensión del fundamento del principio de determinación ya que en él se hayan integrados ambos sustentos¹³¹⁶. De modo que, el mandato de taxatividad no solo constituye un reflejo de la seguridad jurídica, sino también de la legitimidad democrática. Ello se debe a que para el ciudadano es indiferente si un reglamento o el derecho consuetudinario pueden ser taxativos, no le interesa debido a que no se desea, bajo ninguna prerrogativa, que otras normas distintas a la ley puedan crear ilícitos penales; y la certeza solo adquiere relevancia en la medida en que sea la propia ley la que no cumpla con esta exigencia¹³¹⁷. Unido a este razonamiento, RODRÍGUEZ MOURULLO también parece resaltar la visión integradora de fundamentación del mandato de taxatividad al entender que la vulneración del mandato de certeza implica *de facto* una infracción de la legitimación política¹³¹⁸ puesto que, tras una fachada formal de ley y de apariencia de autoría representativa del pueblo, si la decisión de castigo incorpora términos sumamente vagos, implicará una delegación a los jueces y tribunales de determinación del contenido de la norma y, por lo tanto, de aquello que se castiga y de cómo se castiga.

Pese a ello, BOIX REIG ha señalado, con acierto, que la Constitución contempla el principio de legalidad de modo insatisfactorio ya que no existe un precepto constitucional

de la ley. En COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho penal parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 38.

¹³¹⁵ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación...*, cit., pp. 25-27.

¹³¹⁶ *Ibidem*, pp. 30-32. Esta idea también ha sido defendida por VIVES ANTÓN quien, partiendo de la evolución de la doctrina del TC entiende que la reserva absoluta de la ley y el mandato de certeza son dos perspectivas del principio de legalidad que se hallan estrechamente vinculadas y en ningún caso debe entenderse independientes ya que la exigencia de reserva de ley especialmente rígida conlleva un mandato de certeza. En VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Ley y derechos fundamentales (acerca del principio de legalidad en materia penal)», en Moreno Catena, Víctor (ed.), *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 504.

¹³¹⁷ GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación...*, cit., pp. 30-31.

¹³¹⁸ RODRÍGUEZ, MOURULLO, Gonzalo, «Delito, pena...», cit., p. 316.

que de forma clara lo acoja en todas sus vertientes¹³¹⁹. Ante esta situación el Tribunal Constitucional ha acudido a diversos preceptos ubicados sistemáticamente en lugares dispersos. Concretamente ha entendido que el principio de legalidad en el ámbito sancionador como derecho fundamental del ciudadano se encuentra enlazando el artículo 25.1 CE con el artículo 9.3 CE de modo que el imperio de la ley en materia penal debe asociarse con los derechos de los ciudadanos a la seguridad jurídica¹³²⁰. Es, por tanto, en tales preceptos en los que habrá que encajar constitucionalmente el citado subprincipio en consonancia con la doble fundamentación ofrecida sobre el mismo.

2.2. Problemas de certeza en la regulación penal de la desinformación

Según MAURACH y ZIPF, el principio de taxatividad, también denominado mandato de determinación de la norma penal constituye un «hilo conductor» para la técnica legislativa¹³²¹. En este sentido, al destinatario de este principio (el legislador) se le exige que, en su labor de creación normativa, la ley penal sea lo más clara, concreta y precisa¹³²² para que los ciudadanos puedan conocer con un grado máximo de certeza cuál es el ámbito y alcance aplicativo de la norma penal. Este mandato, derivado del requisito de *lex stricta*, constituye, por tanto, una garantía de libertad en el ejercicio de la acción humana¹³²³, en la medida en que estos pueden conocer previsiblemente las consecuencias de sus acciones, en este caso, las conductas sancionadas por el Derecho penal y así poder adecuar su comportamiento a aquello que prescribe la norma.

¹³¹⁹ BOIX REIG, Javier, «El principio de legalidad...», cit., p. 10. También, en consecuencia, el mandato de determinación de las leyes penales ya que no se encuentra expresamente proclamada en la Constitución. En realidad, se trata de una exigencia desarrollada doctrinalmente y reconocida políticamente. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 53.

¹³²⁰ Si se desea profundizar en el estudio de la doctrina constitucional en la materia, véase GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación...*, cit., pp. 27-29.

¹³²¹ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsche y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 158.

¹³²² En la doctrina española, véase sobre este principio, entre otros, GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación...*, cit., p. 14; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 127; RODRÍGUEZ, MOURULLO, Gonzalo, «El principio de legalidad...», cit., pp. 285-286; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., pp. 53-55; COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., pp. 39-40; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 117; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 51; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 97; ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal*, cit., pp. 99-101.

¹³²³ BOIX REIG, Javier, «El principio de legalidad...», cit., p. 8.

Una propuesta legislativa tendente a criminalizar la desinformación en línea requiere, en consecuencia, que se cumpla con este mandato de determinación. En caso contrario, la tipificación acarreará inevitables problemas de seguridad jurídica y de legitimación normativa¹³²⁴. Un tipo penal indeterminado o impreciso plantea, en primer lugar, un inconveniente valorativo de seguridad jurídica en la medida en que el ciudadano se sentirá inseguro sobre cuáles de sus comportamientos, en este caso de índole expresiva, pueden ser castigados. En segundo lugar, siguiendo a ROXIN, también plantea un problema de arbitrariedad y de carencia de legitimación contraria al principio de división de poderes ya que, el juez, tendrá la capacidad de realizar cualquier interpretación que desee, invadiendo con ello el terreno legislativo¹³²⁵.

Evidentemente, los jueces y tribunales no son (todavía) máquinas de IA que mediante operaciones automáticas y mecánicas aplican, ante un caso que se les presenta, una única solución posible acogida por la ley. COBO DEL ROSAL expresa, en este sentido, que la concreción del mandato de taxatividad penal no implica transformar al juez en un mero robot, sino simplemente impedir que no sea arbitrario¹³²⁶, lo cual es una apreciación cualitativamente distinta. Desde luego, no es posible pretender que la ley recoja todos los matices que se derivan de la realidad de difundir información falsa en una sociedad digital, pero sí que debe exigirse que se lleve a cabo el mayor esfuerzo posible en la concreción de dicha realidad, plasmada en forma de mandato de prohibición a los ciudadanos.

Precisamente, esta ha sido una las críticas principales que se ha vertido sobre la regulación penal del fenómeno desinformativo. En 2017, un conjunto de representantes de organismos internacionales¹³²⁷ elaboraron la «Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas”, Desinformación y Propaganda»¹³²⁸. En él se recalca, como

¹³²⁴ O problemas de seguridad jurídica y de agentes normativos como establece LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 50. En atención al principio de seguridad jurídica, no ha de concebirse este como una mera garantía individual, sino también como una herramienta que mejora la política criminal. Es por ello por lo que aquellos sistemas autoritarios han sido más favorables a utilizar cláusulas abiertas, generales e indeterminadas. Sobre ello, véase, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 55.

¹³²⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, Tomo I*, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 169.

¹³²⁶ COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 40

¹³²⁷ En concreto, el relator de la ONU sobre Libertad de Opinión y Expresión, el representante de la OSCE sobre Libertad de los medios de comunicación, el representante de la OEA, el relator especial sobre libertad de expresión y especial de la CADHP y el representante del CLD.

¹³²⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas et. al. «Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y «Noticias Falsas», Desinformación y Propaganda», 3 de marzo de 2017. Disponible en:

principio general de regulación, que toda restricción a la libertad de expresión solo cabe imponerse de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos esenciales de previsión legal, que dicha regulación sirva para un interés legítimo reconocido por el derecho internacional y que sea necesaria y proporcionada tal medida para proteger ese interés (apartado 1.a). Sin embargo, se entiende que las medidas prohibitivas de difusión de información conformadas por elementos generales como «noticias falsas» o «información no objetiva» no superan dichas exigencias mencionadas y son, en consecuencia, incompatibles con las restricciones a la libertad de expresión por tratarse de conceptos generales, vagos y ambiguos.

A propósito del mandato de determinación, ya se advierte, por tanto, la extralimitación legislativa que supondría la elaboración de reglas punitivas basadas en este tipo de conceptos. Es más, tal comprensión no es ni mucho menos ajena al ordenamiento jurídico-penal español, puesto que como se tuvo ocasión de señalar previamente¹³²⁹ la doctrina ha rechazado históricamente la inclusión de «noticias falsas» dentro del tipo, debido a su uso al servicio de ciertos intereses estatales por la inseguridad jurídica y amplitud que generaba el término.

Este es el camino que ha seguido la relatora especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión de la ONU en cuyo informe titulado «La desinformación y la libertad de opinión y de expresión»¹³³⁰ también advierte sobre los problemas de taxatividad que emanan de las prohibiciones adoptadas ante el fenómeno de la desinformación. En él, partiendo de la premisa de que una regulación sobre la información falaz no es en sí misma un objeto legítimo en virtud del derecho internacional, refleja que existe una tendencia a no definir con la suficiente precisión lo que abarca una «información falsa» ni se establece con claridad un nexo concreto y fundado entre el acto desinformativo y el perjuicio causado, de modo que se tiende a utilizar conceptos como «falaz», «falso» o «tendencioso» sin mayor definición, basados en una lógica circular que permiten etiquetar a dichas regulaciones de vagas y excesivamente generales¹³³¹. Especialmente, se señala en este informe, el peligro que se

<https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2020/04/DECLARACION-CONJUNTA-SOBRE-LIBERTAD-DE-EXPRESION-Y-NOTICIAS-FALSAS.pdf> (fecha de consulta 14-12-2024).

¹³²⁹ Véase el apartado «4. Consideraciones finales: el modelo de la inveracidad en el fenómeno de la desinformación» del capítulo II, de la segunda parte

¹³³⁰ IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión...*, cit., en especial, párrafos 40, 52-55.

¹³³¹ En dicho informe se resalta cómo este carácter sumamente vago y general de las leyes que persiguen la desinformación facilita que los Gobiernos puedan usarlas en contra de la oposición política y de

suscita a propósito de optar por el recurso a las leyes penales para castigar la desinformación a través de estos modelos poco claros¹³³².

Todavía más recientemente, el secretario general de las Naciones Unidas presentó el informe «contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales» de 2022¹³³³ en el que también mostraba su preocupación por la falta de claridad de las leyes relacionadas con el fenómeno. En este caso, señala que el uso de términos como «desinformación» se encuentran todavía vagamente definidos por lo que suelen implicar una vulneración de los derechos humanos, llevando a la criminalización de expresiones permitidas internacionalmente y restringiendo significativamente el flujo de información (párrafo 43). Es más, según este informe, uno de los ámbitos de preocupación más relevantes en la lucha contra la desinformación es el empleo de definiciones vagas para regular el fenómeno:

«Muchas leyes no definen con suficiente claridad y precisión qué información está dentro de su ámbito de aplicación, y no logran identificar claramente y adaptar enfoques sensibles y proporcionados a los daños que buscan prevenir, dejando espacio para la interpretación subjetiva, la mala aplicación y el abuso. Por ejemplo, los mecanismos internacionales de derechos humanos han expresado su preocupación por las “leyes de información falsa” que crean un espacio para restringir y criminalizar una amplia gama de contenidos, como la “información falsa, ofensiva o perjudicial”, la información que puede “provocar a la opinión pública”, la información que puede ser “perjudicial” para la tranquilidad pública o las finanzas públicas del país, la información que “daña la reputación de las instituciones públicas”, o los “rumores e informes falsos”. Dichas disposiciones no cumplen los requisitos establecidos por la normativa de derechos humanos para las restricciones adecuadas y legales a la libertad de expresión, incluida la necesidad de que las medidas restrictivas estén estrictamente limitadas a la protección de un propósito legítimo pertinente y el requisito de adoptar el enfoque menos invasivo posible para lograr ese objetivo» (párrafo 45).

Aunque en la primera parte de este trabajo se ha tratado de concretar, al máximo, qué se entiende por «desinformación en sentido estricto», con el propósito de partir de

determinados periodistas. Se expone, en esta línea, el ejemplo de Turquía y sus leyes en materia antiterrorista, así como en Egipto y en Bangladesh. Sobre todo, se advierte un aumento exponencial del recurso a leyes contra las noticias falsas para reprimir las críticas contra el gobierno en la época de pandemia en muchos países asiáticos. IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión...*, cit., párrafos 54 y 55.

¹³³² En esta línea se señalan alguna de las leyes de Uganda, Zambia y Zimbabwe las cuales han sido declaradas inconstitucionales en una sociedad democrática. También ha sido el caso de Gambia puesto que el tribunal regional de África Occidental consideró que los delitos de sedición, noticias falsas y difamación criminal atentaba contra el derecho internacional a la libertad de expresión. *Ibidem*, párrafo 52.

¹³³³ Asamblea General de Naciones Unidas, «Contrarrestar la desinformación...», cit., *passim*.

premisas claras sobre las cuales poder alcanzar un debate eficiente, también se ha resaltado la gran disparidad que existe en torno al alcance y contenido del fenómeno. Entre otras cuestiones, se ha señalado cómo¹³³⁴, mientras la Comisión Europea desvincula los comentarios partidistas del fenómeno, la ciudadanía percibe este tipo de contenidos como una forma más del mismo. Igualmente, existen importantes discrepancias en la exigencia de requerir o no una finalidad adicional de causar un daño grave para entender el acto como desinformativo¹³³⁵, o bien si este daño debe responder a una estrategia coordinada o si también se incluye un falseamiento puntual y disperso. Incluso se debate sobre la propia conducta, existiendo una amplia variedad de posibilidades que versan desde la mera sátira o parodia, hasta la conexión falsa, el *clickbait*, los contenidos descontextualizados, el contexto falso, el falseamiento de la fuente, los contenidos manipulados y los contenidos fabricados completamente falsos¹³³⁶. Toda esta amalgama de conductas que presentan una relación más o menos próxima con la idea de falsedad o de mentira resalta una clara falta de acuerdo en la adopción de un criterio unitario.

Estos desacuerdos no solo emanan de la propia conducta en sí, sino también sobre qué perspectiva dotar de prioridad cuando se estudia la falsedad. Recuérdese, en este sentido, las diferencias señaladas¹³³⁷ sobre si la falsedad exclusivamente debe extraerse del contenido del mensaje o si también puede incluirse si esta se halla en el propio emisor, pese a que el mensaje en sí sea acorde con la realidad. Es más, se debate incluso sobre la propia entidad de la falsedad, cuestionándose si también formaría parte de la conducta la ocultación explícita por la que se excluye deliberadamente información relevante que permite comprender el hecho, las falsificaciones o medias verdades que implican una alteración de la naturaleza cuantitativa o cualitativa de un acontecimiento, o si solo se integran por las denominadas destrucciones sistemáticas de la verdad en la que se crea *ex novo* una realidad sobre unos hechos que nunca han existido.

¿Significa esto que en virtud del mandato de certeza resulta imposible recurrir al Derecho penal para tutelar los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por la

¹³³⁴ En concreto, al inicio del apartado «4. Taxonomía del discurso desinformativo» en el capítulo II de la primera parte.

¹³³⁵ Véase, al respecto, apartado «Marco definitorio: los desórdenes informativos y la comprensión internacional de la desinformación» en el Capítulo II de la Primera parte.

¹³³⁶ Sobre el análisis en profundidad de cada una de estas conductas, véase 4.2. «Clasificación sistemática de la desinformación», en el Capítulo II de la Primera parte.

¹³³⁷ Véase, 4.3. «Una definición orientada al Derecho penal: elementos esenciales» en el Capítulo II de la Primera parte.

desinformación? Resulta evidente que el propio lenguaje presenta unos límites ontológicos que se materializan en el hecho de que siempre será vago en cierta medida¹³³⁸ y, con mayor razón, en un fenómeno tan complejo. Tampoco debe asignársele al Derecho penal, en consonancia con lo manifestado por GONZÁLEZ CUSSAC, la tarea de reconducir a un concepto unitario este fenómeno¹³³⁹ en tiempos de una sociedad digital. No obstante, sí que puede atribuirse a esta rama del ordenamiento jurídico la concreción de la parcela que le correspondería, es decir, la de los ataques más graves y relevantes a ciertos bienes jurídicos. En este caso, la pregunta sería ¿puede entonces el Derecho penal solventar los problemas de taxatividad que intrínsecamente se derivan de la aprehensión de un fenómeno tan complejo?

La taxatividad de la norma exige que del enunciado literal sea razonable y previsible extraer aquello que se castiga y la manera en que se castiga¹³⁴⁰. Obviamente, no se puede pretender que el legislador penal en la redacción típica acoja absolutamente todos los matices considerados más relevantes con los que se expresa la realidad de la desinformación¹³⁴¹. No resultaría aconsejable ni posible un exceso celo en la determinación del tipo mediante una enumeración de cualquier modalidad desinformativa¹³⁴². Para que la técnica legislativa empleada sea correcta y valiosa en virtud de este mandato de determinación, citando a MUÑOZ CONDE y a GARCÍA ARÁN, deberá «huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible

¹³³⁸ Al respecto, a propósito del mandato de determinación el TC ha expresado en la STC nº 137/1997, de 21 de julio, FJ séptimo: «entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad».

¹³³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad...», cit., p. 19.

¹³⁴⁰ Como ha argumentado el TC, no cumplirá con el principio de taxatividad «cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente» (...) «el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial y, en su caso, administrativo a las palabras de la norma, al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios» (STC nº 137/1997, de 21 de julio, FJ séptimo)

¹³⁴¹ Sobre el mandato de certeza y la técnica legislativa, véase MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., pp. 97-99.

¹³⁴² A propósito de los peligros que acarrea un exceso de celo en la determinación del tipo penal, se ha argumentado que este hecho puede conllevar inconvenientes considerables sobre los fines de protección del Derecho penal ya que, por un lado, puede dificultar el poder comunicativo de la norma al ser demasiado extenso y farragoso y, por otro lado, se corre el riesgo de excluir del tipo penal hechos que deberían incluirse conforme a la intención protectora que sustenta la norma. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 52

establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad»¹³⁴³.

En ese punto medio se situaría la virtud, virtud que no siempre resulta fácil de conseguir. Para ello, lo que se le debe exigir al legislador es el «máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos» (SSTC nº 62/1982, de 15 de octubre, FJ séptimo; STC nº 53/1994, de 24 de febrero, FJ cuarto). Ahora bien, es evidente que este objetivo no se ha alcanzado si el recurso penal contiene elementos sumamente abiertos que necesitan de una complementación y en los que las fronteras de la conducta punible son absolutamente difusas¹³⁴⁴. Esto es lo que ocurre, a mi parecer, en el planteamiento ofrecido por MARCHAL GÓMEZ que utiliza en su propuesta de regulación como elemento típico central la «difusión de una información falsa o manipulada»¹³⁴⁵. Conceptos que, como se acaban de exponer, ha entendido el secretario de la ONU en su informe que constituyen ejemplos en los que no se aborda con la precisión y claridad que se requiere qué tipo de información se encuentra ubicada en su ámbito de aplicación, creando espacios de restricción de una gran cantidad de mensajes en contra de los estándares de protección de los derechos humanos.

Tampoco considero que alcance tal virtud la alternativa propuesta por LEÓN ALAPONT. Si bien no llega a la indeterminación que alcanza el modelo previamente analizado, sí que hace uso de términos generales que entrañan un cierto peligro para la seguridad jurídica, en la medida en que abre las puertas a una interpretación multívoca¹³⁴⁶.

¹³⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 98.

¹³⁴⁴ Rechazan el uso de definiciones abiertas o necesitadas de complementación por su cualidad de vaguedad y carencia de claridad y, por tanto, vulneradoras del principio de taxatividad, entre otros, COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 39 y MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 99.

La doctrina del TC ha considerado inconstitucional por vulneración del art. 25.1 CE aquellos tipos penales que se formulan de forma tan abierta que su aplicación se haga depender de la decisión libre y arbitraria de los jueces y Tribunales (STC nº 89/1993, de 12 de marzo, FJ quinto). No obstante, el uso de cláusulas normativas abiertas «sólo resultan constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos» (STC nº 151/1997, de 29 de septiembre, FJ tercero). E igualmente, ha declarado que «no vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada» (STC nº 69/1989, de 20 de abril, FJ primero. Véase también STC nº 111/1993, de 25 de marzo, FJ sexto).

¹³⁴⁵ MARCHAL GONZÁLEZ, Adrián Nicolás, «La necesidad de un nuevo tipo delictivo...», cit., pp. 27 y 28.

¹³⁴⁶ A propósito del peligro que suponen los conceptos generales al mandato de determinación véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 55.

Recuérdese que en su propuesta utiliza como núcleo de la conducta penalmente reprochable el hecho de «manipular intencionadamente una información»¹³⁴⁷. De nuevo, se plantean unas dudas técnicas similares a propósito de la vaguedad y amplitud de los elementos utilizados. Si se recurre a una interpretación gramatical del término, en lo que aquí interesa, el diccionario de la RAE, en su tercera acepción, define manipular: «intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares». ¿Manipular incluye entonces cualquier tipo de distorsión de la verdad? ¿Si se oculta parte de la información, aunque esta sea verdadera, también forma parte de la conducta típica? ¿El extendido fenómeno del *clickbait* entonces también podría ser subsumible en el tipo? ¿Y la mera descontextualización de un discurso? Esta gran variedad de alternativas que caben en la idea genérica de «distorsión de la verdad» conducen a un rechazo de esta configuración típica desde el punto de vista del principio de legalidad.

Pese a las críticas expuestas relacionadas con el citado principio, el mandato de determinación como garantía penal no adquiere la suficiente entidad para ser considerado, *per se*, un argumento de «no intervención punitiva» del fenómeno. Sí como razonamiento a tener presente, por las dificultades que plantea la desinformación, para que las «propuestas intervencionistas» sean lo más claras y precisas posibles. No obstante, sigue siendo plausible conformar una propuesta que sea acorde con dicho principio. En aras de alcanzar este propósito, y rechazando el recurso a las denominaciones genéricas señaladas internacionalmente como el uso de «noticias falsas», «desinformación», «manipulación de la información», etc., conviene acudir a modelos penales de castigo de la mentira ya preestablecidos en el texto punitivo español. Recuérdese que entre todos ellos el que se ha considerado más adecuado para abordar el fenómeno ha sido el de las calumnias del artículo 205 del Código penal cuyo componente nuclear es el «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Las razones, que ya han sido expuestas en el lugar oportuno¹³⁴⁸ versan, además de aquellas obvias de seguridad jurídica, sobre el

¹³⁴⁷ LEÓN ALAPONT, José, «El Derecho penal ante las fake news...», cit., p. 53.

¹³⁴⁸ El Capítulo II de la Segunda Parte de esta investigación se dedicó a analizar en profundidad los diferentes modelos penales de castigo de la mentira en el CP español. De dicho análisis se llegó a la conclusión de que una propuesta de criminalización de la desinformación sería aconsejable que acogiera uno de aquellos modelos ya preestablecidos para solventar algunos problemas relativos con la seguridad jurídica, entre otras cuestiones. Concretamente, véase el apartado «4. Consideraciones finales: el modelo de la inveracidad en el fenómeno de la desinformación».

conflicto de derechos con la libertad de información, y argumentaciones de carácter sociológico. Sin entrar en abundantes reiteraciones, recuérdese que el hecho de optar por este modelo para enfrentar a la desinformación en línea solventa los inconvenientes de incertidumbre, generalización y vaguedad a los que conducen otras alternativas (puesto que se trata de un elemento típico con larga tradición e interpretación histórica) que, además, encaja con su posición conflictiva respecto del derecho a la información (ya que la conducta desinformativa de por sí supone una interferencia con el límite interno del derecho), así como con el modelo social actual de prevalencia de la posverdad y del relativismo, poniendo el foco de atención en la diligencia desplegada por el sujeto activo y no en la necesidad de alcanzar «la verdad absoluta del hecho» (siempre y cuando se opte por un modelo de interpretación subjetivo y no objetivo).

II. LA POLÍTICA EUROPEA EN MATERIA DE DESINFORMACIÓN

3.1. Medidas de autorregulación y correulación

El fenómeno de la globalización dio paso a distintos procesos de regionalización cuya consecuencia principal fue la cesión de determinadas manifestaciones de la soberanía de los Estados implicados a distintos organismos supranacionales¹³⁴⁹. Uno de los ejemplos paradigmáticos de estas transformaciones que afectaron a la universalización del Derecho lo constituye la Unión Europea. Especialmente en aquellas materias cuyas repercusiones son transfronterizas ha proliferado, cada vez con mayor ahínco, la necesidad de dotar a esta instancia supranacional de un incremento de su poder regulatorio con el propósito de combatir este tipo de acontecimientos de la manera más eficaz posible. Las necesidades de coordinación entre Estados y, sobre todo, de unificación regulatoria cobran una especial relevancia en aquellos fenómenos que se desenvuelven en el ciberespacio y que proliferan a sus anchas a través de las plataformas digitales afectando a derechos individuales y colectivos de los ciudadanos de la Unión. No es casualidad, por tanto, que en atención a estas necesidades, la Unión Europea haya percibido el problema de la desinformación en línea como un inconveniente que atañe a la UE en su conjunto y, en consecuencia, que deben primar estrategias uniformes y coordinadas entre los Estados

¹³⁴⁹ Un análisis exhaustivo de estos procesos relacionado con el Derecho penal se ofrece en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., pp. 147 y ss.

miembros¹³⁵⁰. Estas estrategias tendentes a frenar los efectos de la desinformación se han ido endureciendo con el paso de los años, iniciando el proceso a través de estrategias de *soft law* hasta alcanzar medidas de índole prohibitivo y coactivo, si bien el Derecho penal todavía ha quedado relegado a un papel secundario.

Uno de los inicios de la preocupación europea en materia de desinformación podría situarse en la adopción del «Marco común para la lucha contra las amenazas híbridas» de 2016¹³⁵¹. En esta comunicación, la Comisión Europea considera imprescindible responder a las amenazas híbridas, incluyendo específicamente la propagación de desinformación sistemática, mediante la implementación de respuestas rápidas en el ámbito de la comunicación estratégica.

Comienza así una primera fase de lucha contra el fenómeno en el que se adopta, fundamentalmente, un enfoque puramente preventivo, centrado en la necesidad de coordinación de respuesta entre los Estados miembros de la Unión. Esta idea se materializa en la comunicación de 2018 de la Comisión titulada «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo»¹³⁵². En ella, se prioriza la adopción de una dimensión transfronteriza del problema a escala europea, señalándose como eje central de la preocupación la protección de los procesos electorales en los Estados miembros. Asimismo, se describen los principios y objetivos globales más relevantes que deben guiar la política europea en esta materia¹³⁵³ y se señalan las medidas que la Comisión prevé llevar a cabo al respecto. Dentro de estas últimas, destaca el fomento y refuerzo de cuatro medidas esenciales como son un ambicioso Código de buenas prácticas¹³⁵⁴, una

¹³⁵⁰ Tal y como expresa SERRA CRISTÓBAL, es una obviedad que la lucha contra la desinformación en línea, en tanto en cuanto se trata de un fenómeno que se nutre de las redes sociales como vía de expansión y estas operan al margen de las fronteras nacionales, es una batalla que ha de librarse necesariamente también en la esfera supranacional. En SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa a la luz de la Ley de Servicios Digitales de la UE (DSA)», *Derecho Digital e Innovación*, nº 19, 2024, p. 8.

¹³⁵¹ Comisión Europea, «Marco común para la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea», *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo*, JOIN(2016) 18 final/2, 2016.

¹³⁵² Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo...», cit., *passim*.

¹³⁵³ Estos principios se concretan, fundamentalmente, en el aumento de transparencia del origen de la información, así como la forma de difundirla; promover la diversidad de información en las plataformas digitales mediante un apoyo reforzado al periodismo de alta calidad, la alfabetización mediática y el reequilibrio de relación entre creadores y distribuidores de la información; fomentar la credibilidad de la información mediante la creación de alertadores fiables y la autenticación de los proveedores de información influyentes; y creación de espacios inclusivos en los que participen periodistas, las plataformas en línea, sujetos interesados, alertadores, anunciantes, autoridades públicas y grupos mediáticos. *Ibidem*, p. 7.

¹³⁵⁴ La necesidad de elaborar un Código de buenas prácticas surge de la idea de impulsar medidas de autorregulación para que las plataformas digitales intensifiquen significativamente sus esfuerzos

red europea independiente de verificación de datos¹³⁵⁵, proyectos relacionados con la alfabetización mediática¹³⁵⁶ y el refuerzo de la comunicación estratégica entre los Estados miembros¹³⁵⁷.

La primera de las medidas no tardó en llegar ya que en septiembre del mismo año se creó el Código de buenas prácticas sobre desinformación¹³⁵⁸ en el que, por primera vez en todo el mundo se fijan criterios de autorregulación para luchar contra la desinformación. A través de este instrumento se materializa la perspectiva que, en sus comienzos, decide adoptar la UE priorizando medidas de *soft law* frente a soluciones estatales prohibitivas mediante el principio autorregulatorio, es decir, a través del cual son los propios participantes los que se sujetan a determinadas reglas materiales que ellos mismos acuerdan. A propósito de la fijación de una serie de compromisos relativos a diferentes ámbitos, se pretende lograr los objetivos marcados en la comunicación de la Comisión que se acaba de mencionar. Inicialmente, este Código fue firmado por las plataformas *Facebook*, *Google*, *X* (por aquel entonces *Twitter*) y *Mozilla*, junto a un conjunto de anunciantes y agentes del sector publicitario, uniéndose posteriormente otras plataformas relevantes como *Microsoft* y *Tik Tok*.

relacionados con la transparencia de la publicidad política en línea. Concretamente, sobre la necesidad de mejorar la transparencia relacionada con el contenido patrocinado, las técnicas de difusión estratégica y de uso de robots para comercializar mensajes ya que hasta ese momento estas no habían sido lo suficientemente transparentes. *Ibidem*, p. 8.

¹³⁵⁵ La Comisión desde el principio detectó que una de las herramientas esenciales que contribuyen a mejorar un ecosistema digital saludable es el hecho de crear una amplia red de verificadores de informaciones que se propagan en la red independientes que se basen en normas rigurosas. Tomando como ejemplo la Red Internacional de Verificación de Datos (*International Fact Checking Network*), entiende que una medida idónea complementaria para contrarrestar la desinformación puede ser la creación de una red independiente en el ámbito europeo que se encargue de esta tarea para lograr la máxima cobertura en el territorio de la Unión. *Ibidem*, pp. 10-11.

¹³⁵⁶ A partir del Plan de Acción de Educación Digital, establecido por la Comisión en enero de 2018, se advierte la urgencia de que los educadores y estudiantes comiencen a desarrollar capacidades y competencias digitales para enfrentarse a los riesgos de la desinformación en línea. En esta dinámica, considera primordial apoyar proyectos piloto destinados a conseguir estos propósitos como es el caso del proyecto piloto «Alfabetización mediática para todos», animando así a los Estados a que movilicen sus recursos para que las políticas educativas incluyan un aumento de las capacidades y de la sensibilización sobre la desinformación. *Ibidem*, p. 15.

¹³⁵⁷ Este refuerzo consideró llevarlo a cabo en colaboración con el Servicio Europeo de Acción Exterior y otras instituciones adecuadas de la UE. Con ello se pretende crear una red de datos sobre desinformación para contrarrestar narrativas falsas sobre Europa y, junto con los Estados miembros, hacer frente a las injerencias híbridas contra las instituciones de la UE y los ciudadanos europeos por parte de gobiernos extranjeros. *Ibidem*, p. 18.

¹³⁵⁸ Código de Buenas Prácticas de la Unión Europea sobre Desinformación, 2018. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/2018-code-practice-disinformation> [Fecha de consulta 17-12-2024].

Para garantizar la eficacia del Código, en él se establece un procedimiento de medición y seguimiento de los acuerdos alcanzados¹³⁵⁹. Entre estos acuerdos destaca, en primer lugar, el vinculado con el análisis de la colocación de anuncios. En él se fija el compromiso de llevar a cabo políticas y procesos de interrupción de servicios de publicidad, restricción de la monetización de anuncios o de limitación de colocación de anuncios publicitarios de pago si estos llevan a cabo declaraciones de información falsa sobre sus contenidos o las finalidades que persiguen. En segundo lugar, en relación con la publicidad política¹³⁶⁰ y la publicidad sobre aspectos concretos, se comprometen a permitir su divulgación siempre que se reconozcan fácilmente como información de pago o que se etiquete como tal. En tercer lugar, en el bloque de integridad de los servicios, se comprometen a desarrollar políticas claras relativas a la identificación y el uso indebido de *bots* automatizados en sus servicios. En cuarto lugar, pactan invertir en medios tecnológicos para dotar de prioridad a aquella información pertinente, auténtica y autorizada en canales de búsqueda, en colaboración con la sociedad civil y las autoridades públicas para también promover iniciativas de mejora de la alfabetización digital. Y, finalmente, en el bloque relativo a la capacitación de la comunidad investigadora, se comprometen a realizar estudios conjuntos en colaboración con el mundo académico para hacer un seguimiento de la desinformación y su impacto, incluida la red de verificadores de datos independientes.

Cabe destacar que, tras un año de aplicación del Código, en 2019 se publicó un informe de autoevaluación¹³⁶¹ de las entidades firmantes el cual resaltó un gran esfuerzo realizado por su parte en la consecución de dichos compromisos. A su vez, la Comisión europea publicó en septiembre de 2020 su evaluación sobre la eficacia del Código¹³⁶², poniendo de manifiesto la utilidad de este sistema autorregulatorio en materia de

¹³⁵⁹ En síntesis, los firmantes se obligan a elaborar un informe anual de su trabajo en la lucha contra la desinformación el cual será público y podrá ser revisado por organizaciones independientes. Durante los primeros doce meses desde la firma al Código, además, le sigue un período de evaluación donde los signatarios se reunirán periódicamente con el propósito de examinar el progreso y funcionamiento de los acuerdos. Finalizado el período de evaluación, se reunirán anualmente para revisar las medidas del Código y actualizarlas, en caso necesario, comprometiéndose a cooperar con la Comisión Europea en la evaluación de los informes sobre la eficacia del Código. *Ibidem*, pp. 8 y ss.

¹³⁶⁰ El propio texto entiende por publicidad política como: «anuncios publicitarios que abogan a favor o en contra de la elección de un candidato o de la aprobación de referendos en las elecciones nacionales y europeas». *Ibidem*, pp. 5 y 6.

¹³⁶¹ Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019> [Fecha de consulta 17-12-2024].

¹³⁶² <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement> [Fecha de consulta 17-12-2024].

desinformación puesto que se proporcionó un interesante marco para un diálogo estructurado entre las plataformas en línea y, al mismo tiempo, se garantizó una mejor transparencia y rendición de cuentas de sus políticas a propósito de la desinformación. No obstante, en ella se concluía que todavía existían deficiencias relevantes por lo que era necesario abordarlas y perfeccionarlas en los próximos años.

A finales de 2018, la Unión Europea continuó reforzando las medidas preventivas en la materia a través del «Plan de acción contra la desinformación»¹³⁶³, esta vez enfocándose en la protección específica de las elecciones en los sistemas democráticos de la Unión, así como en las propias elecciones europeas. Este plan incluía toda una serie de acciones coordinadas de respuesta contra la desinformación que se articulaban con base en cuatro pilares: 1) mejorar la capacidad de las instituciones de la Unión para detectar, exponer y analizar la desinformación¹³⁶⁴; 2) reforzar las respuestas coordinadas y conjuntas; 3) movilizar al sector privado para combatir el fenómeno¹³⁶⁵ y 4) aumentar la sensibilización y la capacidad de respuesta de la sociedad¹³⁶⁶. Entre todos ellos, cabe destacar, dentro del segundo pilar, la exigencia de crear un Sistema de Alerta Rápida (RAS)¹³⁶⁷ para advertir instantáneamente sobre campañas de desinformación. Sistema que fue creado en marzo de 2019 mediante el cual se implementaron puntos de contacto nacionales con el propósito de facilitar la puesta en conocimiento instantánea entre los

¹³⁶³ Comisión Europea, «Plan de Acción contra la Desinformación...», cit., *passim*.

¹³⁶⁴ En este pilar se incluyen medidas tendentes a aumentar la inversión en instrumentos analíticos como programas informáticos específicos capaces de organizar y examinar grandes cantidades de datos digitales, así como aumentar los recursos para realizar seguimiento de los medios de comunicación en los países europeos mediante investigaciones y estudios adicionales sobre el impacto de la desinformación. *Ibidem*, pp. 6 y 7.

¹³⁶⁵ Este pilar, esencialmente, va destinado a reafirmar la necesidad de que los firmantes del Código de Buenas Prácticas apliquen las acciones a las que se han comprometido, remarcando la necesidad de aplicar con carácter inmediato alguna de sus medidas. *Ibidem*, pp. 9 y 10.

¹³⁶⁶ Con este bloque se pretende incidir en el desarrollo de formación especializada e inversión en conferencias y debates públicos, especialmente relacionados con la mejora de la alfabetización de los ciudadanos sobre herramientas para detectar y contrarrestar la desinformación. Asimismo, se insta a los estados miembros a participar junto con las plataformas en línea y medios de comunicación en actividades de sensibilización para incrementar la transparencia en las elecciones y la confianza en los procesos electorales europeos. Medida que debe acompañarse con el refuerzo de la capacidad para detectar y exponer las amenazas de desinformación por parte de los agentes independientes de verificación de datos, ampliando los equipos multidisciplinarios nacionales. *Ibidem*, pp. 10-12.

¹³⁶⁷ A propósito de este sistema se asegura la necesaria coordinación entre los Estados miembros de la UE y se facilita una adecuada monitorización de las plataformas digitales para detectar acciones de desinformación. En SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa...», cit., p. 9. No obstante, según COTINO HUESO se debe ser cauto con este tipo de medidas ya que las finalidades de «desactivar» campañas de desinformación amparadas desde un enfoque de seguridad nacional podría ocultar una censura de contenidos opaca y sin control poder parte de los Estados y de los prestadores de servicios digitales. En COTINO HUESO, Lorenzo, «Entre bytes y democracia: Cómo la DSA de la UE armoniza la libertad de expresión y la lucha contra la desinformación», *OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 2, 2024, p. 44.

Estados miembros, la Comisión, el Servicio Europeo de Acción Exterior y las plataformas en línea sobre campañas de desinformación, facilitando un conocimiento común de la situación y una respuesta coordinada y eficaz de los recursos, especialmente durante los períodos electorales.

La pandemia mundial propiciada por la Covid-19 impulsó la urgencia de continuar con las medidas preventivas contra la desinformación. En esta línea, la Comisión Europea presentó en junio de 2020 una nueva comunicación titulada «La lucha contra la desinformación acerca de la covid-19: contrastando datos»¹³⁶⁸. Continuando la estela preventiva que caracterizaba hasta el momento la política europea en la materia, en el documento se proponen toda una serie de acciones destinadas a mejorar la eficiencia de las ya implementadas, fundamentalmente en estos ejes: refuerzo de la comunicación estratégica dentro y fuera de la UE, mejora de la cooperación dentro de la UE, cooperación con terceros países y organizaciones internacionales, aumento de la transparencia de las plataformas sobre la desinformación y empoderamiento y sensibilización de la ciudadanía.

A propósito del primer eje, se reforzó la comunicación de la UE con otros organismos internacionales, con una especial relevancia de coordinación con la OMS, con el objetivo de poner en común los datos de fuentes autorizadas y desmontar la cantidad de noticias falsas que se expandieron sobre la crisis pandémica. Entre estas medidas se destacaba la apertura, por parte de la Comisión, de una página web¹³⁶⁹ dedicada específicamente a desmontar afirmaciones falsas y promover contenidos que provenían de fuentes oficiales. Asimismo, se hizo un uso intensivo del Sistema de Alerta Rápida¹³⁷⁰ de la UE para que la información que se iba obteniendo de la Covid-19 se pusiera en común de la manera más eficiente posible.

Junto con las anteriores, en la citada comunicación se pretende ampliar el papel que deben ostentar las plataformas en línea. Objetivo que se pretendía lograr, después del éxito que había tenido el Código de Buenas Prácticas en su primer año, mediante un programa supervisado y específico de la Comisión, centrado en evaluar más intensamente los compromisos adquiridos por parte de las plataformas, focalizándose en la

¹³⁶⁸ Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19...», cit., *passim*.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, p. 6.

desinformación relacionada con la pandemia¹³⁷¹. Por otro lado, la estrategia preventiva se intensificaba también en el campo de la alfabetización digital a través de una actualización del Plan de Acción de Educación Digital¹³⁷², así como ampliar las oportunidades de financiación de proyectos relacionados con el empoderamiento y sensibilización del pensamiento crítico y de lucha contra la desinformación de los usuarios.

A finales de ese mismo año, la Comisión persistió en su actividad, esta vez mediante la elaboración del «Plan de Acción para la democracia Europea de 2020»¹³⁷³. El objetivo de este plan era el de reforzar la resiliencia de las democracias de la UE ante los nuevos desafíos en crecimiento exponencial de los últimos años como la difusión de informaciones falsas para manipular a los votantes, incluso por parte de actores extranjeros, con el propósito de amenazar la integridad de las elecciones y de las instituciones democráticas¹³⁷⁴. Por una parte, entre algunas de las acciones destinadas a proteger la integridad de las elecciones y promover, al mismo tiempo, la participación democrática, se insta a promover nuevas regulaciones europeas tanto en materia de transparencia en el ámbito de la publicidad política como en el ámbito de la financiación de los partidos políticos europeos¹³⁷⁵. Por otro lado, en lo que concierne a medidas concretas destinadas a contrarrestar la desinformación, el plan se centra en intensificar las medidas preventivas y mecanismos correguladores que se estaban llevando a cabo. En concreto, se pretende reforzar las estructuras de cooperación del Sistema de Alerta Rápida

¹³⁷¹ *Ibidem*, pp. 9 y 10. Conviene precisar que esta práctica reforzada del Código de Buenas Prácticas sobre aspectos desinformativos de la covid-19 se pretendía extender, solicitándolo a las plataformas oportunas, incluso a aquellas que en aquel momento no eran todavía signatarias del Código para que, de forma voluntaria, participaran en el programa de seguimiento específico.

¹³⁷² *Ibidem*, p. 15.

¹³⁷³ Comisión Europea, «Plan de Acción para la Democracia Europea...», cit., *passim*.

¹³⁷⁴ Expresamente y en síntesis, las premisas y el objetivo del Plan de Acción para la Democracia Europea son los siguientes:

«Nuestros sistemas e instituciones democráticos están siendo atacados con frecuencia cada vez mayor en los últimos años. La integridad de las elecciones se ha visto amenazada, el entorno en el que se mueven los periodistas y la sociedad civil se ha deteriorado, y se han observado esfuerzos concertados para difundir informaciones falsas y engañosas y manipular a los votantes, incluso con intervención de actores extranjeros. Estas libertades nuestras que tanto defendemos, como la libertad de expresión, se han usado a veces para engañar y manipular. (...). El presente Plan de Acción para la Democracia Europea quiere reforzar la resiliencia de las democracias de la UE frente a los desafíos, abordando los ámbitos en los que nuestros sistemas y nuestros ciudadanos son más vulnerables. (...). Con este plan de acción, la una incidencia en la potencia de nuestra acción exterior. Comisión propone una respuesta centrada en torno a los derechos y libertades individuales, la transparencia y la rendición de cuentas, que podría servir también de ejemplo a la hora de frente a la democracia y de base para consolidar asociaciones abordar estos retos globales con democracias afines». *Ibidem*, pp. 1-2.

¹³⁷⁵ *Ibidem*, pp. 6 y 7.

el cual, además de extenderse con organizaciones internacionales como la OTAN y el G-7, se estudia ampliar a otras organizaciones como la Agencia de la UE para la Ciberseguridad (ENISA), el Observatorio Europeo de los Medios de Comunicación Digitales (EDMO) y la Europol¹³⁷⁶. A lo que se une un refuerzo de la Red Europea de Cooperación Electoral¹³⁷⁷.

Además, de seguir potenciando las iniciativas tendentes a mejorar la alfabetización mediática de los ciudadanos¹³⁷⁸, el mencionado Plan destaca por promover el incremento en las obligaciones y rendiciones de cuentas de las plataformas en línea¹³⁷⁹, en especial, por propulsar la elaboración del Código de Buenas Prácticas sobre desinformación reforzado y el valor de la Ley de servicios digitales (DSA), ambos saliendo definitivamente a la luz en 2022.

3.2. Refuerzo de las medidas corregulatorias e inicio de actividades restrictivas

A partir de la experiencia adquirida sobre la desinformación durante la crisis de la Covid-19 y la guerra de agresión a Ucrania por parte de Rusia, se decide reforzar la estela corregulatoria del anterior Código de Buenas prácticas, aunque exigiendo compromisos más severos. De este modo, se sigue manteniendo una postura escéptica sobre la eficacia de medidas coactivas y prohibiciones generales sobre la difusión de información falsa, dotando de prioridad a estas medidas de *soft law* y, en consecuencia, afectando exclusivamente a aquellas entidades que hayan decidido adherirse¹³⁸⁰. La consecuencia directa de estas medidas es que, cuando lo deseen, las plataformas digitales pueden

¹³⁷⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹³⁷⁷ Mediante esta Red Europea se persigue apoyar la cooperación entre Estados miembros de la UE ante amenazas híbridas a través de reuniones conjuntas con el propósito de potenciar una respuesta multidisciplinar a la desinformación en períodos críticos como el electoral.

¹³⁷⁸ En el Plan se menciona que se redoblarán los esfuerzos en mejorar los programas de alfabetización mediática y se apoyarán campañas nacionales que promuevan estas competencias, en cooperación con el Observatorio Europeo de los Medios de Comunicación Digitales y el Grupo de expertos en alfabetización mediática. *Ibidem*, pp. 28-29.

¹³⁷⁹ *Ibidem*, p. 26.

¹³⁸⁰ Hasta este momento, las entidades y plataformas digitales que han decidido adherirse al mencionado Código de Buenas Prácticas sobre desinformación de 2022 han sido 44 entre las que se encuentran *Google*, *Meta*, *Microsoft*, *Tik Tok* y *Twitch*. Pueden consultarse los signatarios en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/signatories-2022-strengthened-code-practice-disinformation> [Fecha de consulta 18-12-2024].

abandonar sus compromisos. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, con la plataforma X que, si bien se unió en un principio, en 2023 decidió desvincularse del citado Código¹³⁸¹.

A propósito de este nuevo Código de Buenas Prácticas reforzado de 2022¹³⁸², la Comisión adquiere competencias de supervisión y control reforzadas y, al mismo tiempo, las entidades firmantes se comprometen más intensamente con medidas en materia de desinformación. Especialmente adquiere relevancia el aumento de obstáculos de monetización por ingresos publicitarios para aquellos actores que difundan información falsa, así como intensificar la transparencia sobre los contenidos relativos a la publicidad política y al funcionamiento de los algoritmos de sus plataformas. Asimismo, los compromisos persiguen facilitar que los usuarios puedan acceder a fuentes de noticias variadas, dispongan de herramientas eficaces de denuncias de cuentas falsas y mejorar la detección y el procedimiento de cierre de dichas cuentas.

Algunas de las medidas concretas que cabe destacar son, por ejemplo, dentro de aquellas relacionadas con la desmonetización de la desinformación¹³⁸³, la mejora en los sistemas de elegibilidad de los contenidos y controles de monetización para desfinanciar la difusión de desinformación. Compromiso que se pretende alcanzar a través de mecanismos que eviten la posibilidad de colocar publicidad junto con contenidos de desinformación. En relación con las medidas tendentes a combatir la publicidad que contiene desinformación¹³⁸⁴, por ejemplo, se acuerda evitar un uso indebido de sistemas publicitarios para difundir desinformación en forma de mensajes publicitarios. Para ello se podrán llevar a cabo medidas de eliminación, bloqueo o restricción de desinformación perjudicial en mensajes publicitarios, debiéndose informar de aquellas medidas que la plataforma haya decidido adoptar, comunicar a los anunciantes las políticas publicitarias que han violado y establecer mecanismos de apelación transparentes de dichas decisiones,

¹³⁸¹ Consúltese al respecto: <https://www.rtve.es/noticias/20230602/analizamos-salida-twitter-del-codigo-buenas-practicas-contra-desinformacion/2448333.shtml> [Fecha de consulta 18-12-2024].

¹³⁸² Código de Buenas Prácticas sobre Desinformación reforzado, 2022. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation> [Fecha de consulta 18-12-2024].

¹³⁸³ *Ibidem*, compromiso 1, medida 1.1. Esta medida ha sido uno de los reclamos en los que más ha insistido la UE. De hecho, en marzo de 2024 aprobó el Reglamento UE 2024/900 del Parlamento y del Consejo de 13 de marzo de 2024 sobre transparencia y segmentación en la publicidad política. A propósito de esta ley europea se pretende armonizar el conjunto de obligaciones relacionadas con la transparencia en la prestación de servicios de publicidad política y en el uso de técnicas de segmentación de anuncios en línea. Pues bien, en el considerando 20 del texto normativo insta expresamente a que las plataformas en línea, mediante este Código de Buenas Prácticas reforzado, apliquen políticas destinadas a contrarrestar la manipulación informativa, entre las que destaca la desmonetización de anuncios políticos que contengan desinformación.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, compromiso 2, medida 2.1.

así como de las reglas de verificación que han seguido. Al mismo tiempo, se intensifican las medidas de cooperación entre las plataformas en línea y el resto de los actores relevantes¹³⁸⁵ como los de suministros de publicidad, de calificación de las fuentes, de verificación de datos, favoreciendo un intercambio de información sobre tendencias de desinformación. Por su parte, se fija un compromiso de etiquetar con claridad aquellos anuncios políticos de pago¹³⁸⁶ con el fin de que los usuarios puedan comprender con calidad que el contenido que reciben en sus plataformas contiene publicidad política. Asimismo, sumamente interesantes son las obligaciones de transparencia en el uso de sistemas de IA¹³⁸⁷. Concretamente, aquellas plataformas que operen con sistemas de IA y difundan contenidos generados por IA a través de sus servicios deberán garantizar la aplicación de las obligaciones de transparencia sobre las políticas que adoptan para contrarrestar dichas prácticas de manipulación prohibidas, así como los sistemas algorítmicos que emplean para detectar, moderar y sancionar los contenidos inadmisibles en sus servicios.

¹³⁸⁵ *Ibidem*, compromiso 3, medida 3.1. Especialmente importante es la cooperación y coordinación con los medios de comunicación. Por ello, la UE ha aprobado el Reglamento UE 2024/1083 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de abril de 2024 sobre el que se establece un marco común para los servicios de medios de comunicación en el mercado interior. A través de esta ley europea se unifican las normas sobre el buen funcionamiento del mercado interior de los servicios de medios de comunicación. Con este propósito se crea el Comité Europeo de Servicios de Comunicación y se establecen mecanismos para garantizar la independencia y el pluralismo de estos servicios. En sus considerandos, el citado texto normativo expresa reiteradamente las necesidades de transformación del paradigma actual de los servicios de medios de comunicación para frenar la desinformación en línea. Señala, en su considerando cuarto, que las plataformas en línea se han constituido como los nuevos escenarios en los que introducir contenidos de los medios de comunicación, propiciando modelos de negocio que tienden a eliminar la intermediación y a amplificar los contenidos polarizadores y la desinformación, constituyendo esta una práctica generalizada en dichos ecosistemas digitales. Razón por la cual, en el considerando sexto insta a la cooperación normativa entre autoridades nacionales para garantizar que los participantes del mercado de los medios de comunicación que practiquen de forma sistemática la desinformación no se benefician de la magnitud del mercado interior de los servicios de los medios de comunicación. Asimismo, en el decimocuarto, apuesta por unos servicios de medios de comunicación de calidad, creados por periodistas de manera independiente y en consonancia con normas éticas periodísticas que promuevan una información fiable. Lo que, a largo plazo puede coadyuvar a unos servicios de calidad como antídoto contra el fenómeno. Pero, sobre todo, especialmente relevante son los considerandos quincuagésimo segundo y tercero. En ellos se indican que las plataformas digitales de muy gran tamaño deben prever una funcionalidad en su interfaz que permita a los prestadores de servicios de medios de comunicación declarar que cumplen determinadas normas de correulación o autorregulación con el fin de que las denuncias que estos medios realicen frente a las decisiones de los prestadores de plataformas en línea se retransmitan de forma prioritaria y sin demora indebida. E, igualmente, se precisa establecer mecanismos de aseguramiento a través de autoridades o de organizaciones de verificación de datos de que dicho medio de comunicación cumple con esas normas de regulación. Estos controles contribuyen a minimizar los riesgos de posibles abusos de medios de comunicación que estén implicados sistemáticamente en técnicas desinformativas.

¹³⁸⁶ *Ibidem*, compromiso 6.

¹³⁸⁷ *Ibidem*, compromiso 15.

Como no podía ser de otro modo, también el nuevo Código prevé mejoras en la alfabetización mediática¹³⁸⁸, comprometiéndose a implementar herramientas para la mejora de la educación proporcionando a los usuarios información contextual sobre el contenido de sus servicios u orientándoles sobre cómo evaluar el contenido en línea y las estrategias desinformativas. Medidas que pueden potenciarse implementando actividades de sensibilización y compartiendo información cuantitativa relativa a los efectos de dichas campañas. Además, se exigirá que las plataformas de servicios implementen una estructura de servicios segura que mitigue los riesgos derivados de su actividad de fomentar la propagación viral de desinformación. Entre ellas, alguna de las medidas es la de adoptar sistemas de recomendación¹³⁸⁹ diseñada para mejorar la preeminencia de la información autorizada y reducir la que sea desinformativa. Eso sí, los criterios que definan la información autorizada, así como los métodos y sistemas utilizados al respecto deberán ser claros y transparentes.

Otra medida sería la de poner al servicio de los usuarios una función fácil que les permita marcar y denunciar la información falsa¹³⁹⁰, actividad que dará inicio a acciones de seguimiento adecuadas y coherentes. Por último, cabría destacar las medidas relativas a la cooperación y coordinación con otras entidades. Por ejemplo, una medida va destinada a compartir los datos y los resultados¹³⁹¹ de investigación en materia de desinformación con el sector de la investigación. Otra, por su parte, consiste en el compromiso de establecer acuerdos con las organizaciones independientes de verificación de datos¹³⁹² para alcanzar una cobertura en todos los Estados miembros a través de estándares éticos altos y condiciones transparentes que aseguren la independencia de los verificadores de hecho.

En un sentido similar al Código de Buenas Prácticas anterior, los firmantes se comprometen a someterse a un procedimiento regular de seguimiento y evaluación sólido sobre la implementación y el impacto de estas medidas. Para ello, se hace hincapié al Centro de Transparencia y el Grupo de Trabajo como los instrumentos esenciales en aras de garantizar la transparencia debida al público y adaptar y mejorar la presentación de informes y seguimiento.

¹³⁸⁸ *Ibidem*, compromiso 17.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, compromiso 18, medida 18.1.

¹³⁹⁰ *Ibidem*, compromiso 23.

¹³⁹¹ *Ibidem*, compromiso 29, medida 29.1.

¹³⁹² *Ibidem*, compromiso 30, medida 30.1.

Con todo, ciertamente, este instrumento constituye un claro endurecimiento de las exigencias corregulatorias, abriendo las puertas a un cambio de enfoque europeo a través del cual, paulatinamente, se ven con mejores ojos el establecimiento de medidas restrictivas. Esta idea se extrapola con mayor claridad con la desinformación en línea suscitada en el conflicto entre Rusia y Ucrania en 2022. A propósito de este acontecimiento, se produce un cambio radical y se pasa de medidas de *soft law* a medidas claramente restrictivas¹³⁹³ con la aprobación del Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 marzo de 2022¹³⁹⁴ a través del cual se decide la suspensión de las actividades de radiodifusión de *Russia Today* y *Sputnik* con la justificación de que sus manifestaciones falsas constituían una gran amenaza al orden público y a la seguridad de la UE (considerando 8).

3.3. Medidas coercitivas: la DSA y el reglamento europeo de IA

3.3.1. El reglamento de servicios digitales (DSA)

El Reglamento UE 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales o DSA por sus siglas en inglés) introduce «un nuevo paradigma en la Unión Europea sobre la regulación de la actuación de las plataformas digitales que ofrecen servicios en la Unión y los contenidos que se almacenan o distribuyen en las mismas»¹³⁹⁵. Su propósito es el de fijar un marco uniforme entre los Estados miembros sobre el control de contenidos digitales, adaptando los novedosos desafíos de la sociedad digital sobre lo que disponía la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico.

En lo que concierne a la desinformación, su implementación introduce un nuevo marco de actuación en la medida en que el enfoque corregulatorio del Código de Buenas Prácticas se conforma como una medida complementaria a un conjunto de medidas de carácter coercitivo. Medidas cuyo foco de atención lo ostentan las plataformas digitales a las que se les impone toda una serie de requisitos de diligencia que comprenden desde

¹³⁹³ Véase, sobre esta cuestión, AGUERRI, Jesús C., SANTISTEBAN, Mario y MIRÓ LLINARES, Fernando, «The fight against disinformation and its consequences: Measuring the impact of “Russia state-affiliated media” on Twitter», *Crime Science*, 13, n° 17, 2024, p. 5.

¹³⁹⁴ Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 de marzo de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.

¹³⁹⁵ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa...», cit., p. 3.

la adopción de medidas preventivas como la evaluación de riesgos sistémicos para reducirlos o el cumplimiento de reglas de transparencia en sus algoritmos hasta la eliminación de contenidos desinformativos o ilícitos¹³⁹⁶.

Llama especialmente la atención, en primer lugar, que si bien en los considerandos de la DSA se alude expresa y reiteradamente al fenómeno de la desinformación, el articulado no haga mención expresa al mismo. Por el contrario, en esta segunda parte se hace, sobre todo, una alusión genérica a la expresión «contenido ilícito» entendiéndolo como cualquier información que «incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho» (art. 3 h) DSA). En cualquier caso, en esa primera parte del texto normativo se equipara la desinformación con los contenidos ilícitos como riesgos de la sociedad¹³⁹⁷, especialmente de las plataformas de muy gran tamaño¹³⁹⁸. Por otro lado, en el artículo 3 de la DSA se hace referencia en el apartado t) que define la moderación de contenidos a aquellas actividades destinadas a detectar «contenidos ilícitos o información incompatible con sus condiciones generales». E igualmente, el artículo 34 del mismo texto, en la regulación de evaluación de riesgos se contempla que «las evaluaciones analizarán asimismo si los riesgos (...) se ven influidos, y de qué manera,

¹³⁹⁶ Se trata, como expresa COTINO HUESO, de un enfoque novedoso que trata de garantizar y asegurar la libertad de información en una sociedad digital, limitando considerablemente aquellos peligros que se derivan de la adopción de medidas restrictivas por parte de los gobiernos estatales. En COTINO HUESO, Lorenzo, «Entre *bytes* y democracia: Cómo la DSA de la UE...», cit., p. 42.

¹³⁹⁷ Así, el considerando 2 establece:

«Los Estados miembros están adoptando, o considerando adoptar, un número creciente de normas de Derecho nacional sobre las materias que regula el presente Reglamento, imponiendo, en particular, requisitos de diligencia a los prestadores de servicios intermediarios por lo que se refiere al modo en que deben hacer frente a los contenidos ilícitos, la desinformación y otros riesgos para la sociedad (...)».

Y, por su parte, el considerando 9:

«El presente Reglamento armoniza plenamente las normas aplicables a los servicios intermediarios en el mercado interior con el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza y aborda la difusión de contenidos ilícitos en línea y los riesgos para la sociedad que puede generar la difusión de desinformación u otros contenidos, dentro del cual se protegen eficazmente los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y se facilita la innovación (...)».

¹³⁹⁸ Concretamente, el considerando 83:

«Una cuarta categoría de riesgos se deriva de preocupaciones similares relacionadas con el diseño, el funcionamiento o la utilización, también mediante la manipulación, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, con un efecto negativo real o previsible en la protección de la salud pública, los menores y graves consecuencias negativas para el bienestar físico y mental de una persona, o en la violencia de género. Estos riesgos también pueden derivarse de campañas coordinadas de desinformación relacionadas con la salud pública, o del diseño de interfaces en línea que puedan estimular adicciones comportamentales de los destinatarios del servicio».

por la manipulación intencionada de su servicio (...) así como la ampliación y la difusión potencialmente rápida y amplia de contenido ilícito y de información incompatible con sus condiciones generales». En consecuencia, coincido con SERRA CRISTÓBAL en que, de una interpretación conjunta del articulado y de la intención del legislador europeo plasmada en los considerandos, debe deducirse que los «contenidos ilícitos» comprende también la desinformación no inocua que atente contra las previsiones contempladas en la normativa europea¹³⁹⁹.

En lo que aquí interesa, la DSA incorpora toda una serie de obligaciones a los prestadores de servicio de la información de carácter preventivo (*ex ante*) y coercitivo (*ex post*). Entre las primeras, una de las tareas preventivas por excelencia será la obligación, destinada exclusivamente a las plataformas y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño¹⁴⁰⁰, de evaluar, detectar, analizar y contribuir a la disminución de cualquier riesgo sistémico en la UE que se derive del funcionamiento de sus servicios (arts. 34 y 35 DSA). Pues bien, entre esos «riesgos sistémicos» debe entenderse que se encuentran los contenidos desinformativos debido a una lectura conjunta de los considerandos y del artículo 34.1. b) y c). El citado precepto incluye como riesgos sistémicos «cualquier efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular (...) a la libertad de expresión e información, incluida la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación». Asimismo, también es considerado como riesgo sistémico «cualquier efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública». Es en estos supuestos en los que se debe incardinar la desinformación como riesgo sistémico, interpretación que ha de optarse puesto que el considerando 104 es claro al indicar que «otro aspecto que debe tomarse en consideración son las posibles repercusiones negativas de los riesgos sistémicos para la sociedad y la democracia, como la desinformación o las actividades manipulativas». Entre las medidas para reducir dichos riesgos sistémicos se incluyen, entre otras, la adaptación de los procesos de moderación de contenidos (incluida la calidad del tratamiento de las notificaciones de contenidos ilícitos, la rápida retirada de estos o el bloqueo de acceso a ello), de sus sistemas algorítmicos de recomendación o que pongan

¹³⁹⁹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa...», cit., pp. 10 y 11.

¹⁴⁰⁰ Art. 33.1 DSA define como plataforma en línea y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño aquellas que: «tengan un promedio mensual de destinatarios del servicio activos en la Unión igual o superior a cuarenta y cinco millones y a las que se designe como plataformas en línea de muy gran tamaño o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño en virtud del apartado 4».

en marcha la cooperación con los alertadores fiables (arts. 35.1.c), d) y g). E. incluso, más específicamente referida a la desinformación, la supervisión pública y reguladora adicional de los sistemas publicitarios usados por las plataformas y motores de búsqueda en línea, facilitándose una supervisión e investigación de los riesgos que se generan en relación con técnicas de manipulación mediante las cuales se llegan a usuarios en función de su comportamiento dentro y fuera de la interfaz¹⁴⁰¹.

Estas herramientas de reducción de riesgos sistémicos adquieren una especial relevancia en período de crisis comunitaria¹⁴⁰². En dichos períodos la Comisión, previa recomendación de la Junta, podrá exigir, a uno o varios prestadores de plataformas o de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño a adoptar, entre otros mecanismos, dichas medidas de reducción de riesgos (art. 36 DSA). En esta línea, en el caso de uso indebido de las plataformas en línea para propagar desinformación en los momentos de crisis, el considerando 108 contempla como mecanismo de respuesta la elaboración, iniciada por parte de la Comisión, de protocolos de crisis voluntarias para coordinar una respuesta rápida, colectiva y transfronteriza en el espacio digital. Ahora bien, estos protocolos de crisis específicos, continua el considerando «solo deben activarse durante un período limitado y las medidas adoptadas también deben limitarse a lo estrictamente necesario para hacer frente a la circunstancia extraordinaria. Esas medidas deben ser coherentes con el presente Reglamento, y no deben suponer una obligación general para los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño participantes de monitorizar la información que transmiten o almacenan, ni de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen contenidos ilícitos».

¹⁴⁰¹ Considerando 95:

«Los sistemas publicitarios utilizados por las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño entrañan especiales riesgos y requieren supervisión pública y reguladora adicional debido a su escala y capacidad para dirigirse y llegar a los destinatarios del servicio en función de su comportamiento dentro y fuera de la interfaz en línea de dicha plataforma o motor de búsqueda. Las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño deben garantizar el acceso público a los repositorios de anuncios publicitarios presentados en sus interfaces en línea para facilitar la supervisión y la investigación de los riesgos emergentes generados por la distribución de publicidad en línea, por ejemplo en relación con anuncios ilícitos o técnicas manipulativas y desinformación con efectos negativos reales y previsibles para la salud pública, la seguridad pública, el discurso civil, la participación política y la igualdad (...)».

¹⁴⁰² Art. 36.2 DSA: «se considerará que se ha producido una crisis cuando se produzcan circunstancias extraordinarias que den lugar a una amenaza grave para la seguridad pública o la salud pública en la Unión o en partes significativas de esta».

Por su parte, la desinformación entendida como un riesgo sistémico también conlleva la elaboración y aplicación de Códigos de conducta como medidas preventivas (art. 45 DSA). Especialmente si se tratan de contenidos que generan un riesgo sistémico significativo que afecta a varias plataformas en línea o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño, instando a que en ellos se fijen compromisos para adoptar medidas específicas de reducción de riesgos (art. 45.2 DSA). En consecuencia, aunque no hubiera sido implementado con anterioridad el Código de Buenas Prácticas en materia de desinformación, la Comisión habría de fomentarlo en aplicación de este precepto. Igualmente, derivado del considerando 104 de la DSA, las posibles repercusiones negativas provenientes de la desinformación, incluyendo el uso de operaciones coordinadas o el uso de *bots* y cuentas falsas para genera información deliberadamente falsa, deben abordarse de manera apropiada mediante la adhesión de las plataformas en línea y de los motores de búsqueda a un Código de conducta que contemple la reducción de los riesgos que de ella se deriva. En caso de negativa a participar en la aplicación de un código de conducta de esta índole a invitación de la Comisión, continúa estableciendo el mencionado considerando «podría tenerse en cuenta, cuando sea pertinente, a la hora de determinar si la plataforma en línea o el motor de búsqueda en línea ha incumplido las obligaciones establecidas en el presente Reglamento»¹⁴⁰³.

Entre las exigencias *ex post*, para las plataformas en línea cuyo servicio consista en transmitir por una red de comunicaciones información facilitada por un usuario, se parte de la premisa de ausencia de responsabilidad de aquellas por los contenidos transmitidos por estos (art. 5.1 DSA). Ahora bien, sí que se les exige a las plataformas la aplicación de medidas de retirada o bloqueo de contenidos ilícitos cuando tenga conocimiento efectivo de ello. Esta circunstancia puede producirse porque la plataforma recibe una orden de retirada o bloqueo de un contenido por parte de una autoridad judicial o administrativa (artículo 5.1. e) DSA)¹⁴⁰⁴ a través del procedimiento y condiciones contempladas en el artículo 9 DSA.

¹⁴⁰³ En cualquier caso, al menos en el supuesto de los riesgos relacionados con la desinformación debería sopesarse por parte de las plataformas o motores de búsqueda en línea la adopción de medidas de concienciación (considerando 88).

¹⁴⁰⁴ Al respecto, resulta interesante las apreciaciones del considerando 69 sobre el empleo de las técnicas de manipulación de elaboración de categorías de perfiles usadas en el ámbito publicitario para distribuir anuncios en función de estos criterios aprovechando los sistemas de las plataformas. En este caso, se prohíbe a que los prestadores de plataformas en línea fomenten tales prácticas por el peligro que conlleva a contribuir la desinformación.

También tal exigencia puede derivarse porque la plataforma tiene conocimiento de la información con contenido ilícito a instancias de un usuario. Para ello, el artículo 16 de la DSA contempla los mecanismos para que cualquier persona física o entidad notifique a las plataformas la existencia en sus servicios de alojamiento y transmisión de tales contenidos. Mecanismos que deberán ser «de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica» (artículo 16.1 DSA).

La restricción podría ser hasta tal punto que, en caso de que el usuario proporcione con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos, previa advertencia a este, los prestadores de servicios en línea podrían suspenderle la cuenta durante un período razonable (artículo 23.1 DSA). En cualquier caso, la propia DSA contempla toda una serie de garantías y procesos transparentes de reclamación frente a las decisiones que hayan tomado las plataformas, adquiriendo un rol especialmente relevante las autoridades nacionales que deben supervisar la implementación de todas estas medidas en calidad de «coordinador de servicios digitales». En el caso de España la autoridad encargada de realizar tal función ha sido la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁴⁰⁵. Sin embargo, como apunta COTINO HUESO, habrá que ser cautos ya que esta institución no posee experiencia alguna en relación con las libertades de expresión e información y su independencia para gestionar aspectos problemáticos derivados de la desinformación podría cuestionarse¹⁴⁰⁶.

Con todo, *a priori*, esta iniciativa legislativa en el ámbito europeo debe percibirse como positiva. Gracias a ella se redefine acertadamente el relevante papel que ostentan las plataformas digitales en la lucha contra la desinformación, a través de mecanismos preventivos y coercitivos frente a contenidos ilícitos y, al mismo tiempo, se determinan necesarios mecanismos de supervisión sobre las actuaciones que estas despliegan en sus plataformas. En cualquier caso, siguiendo a SERRA CRISTÓBAL, todavía estamos en el inicio del camino, por lo que habrá que observar cómo se implementan estas actuaciones y sus oportunos controles, sobre todo teniendo en cuenta que la Comisión europea no es

¹⁴⁰⁵ Disponible en: <https://espanadigital.gob.es/actualidad/designada-la-cnmc-como-coordinador-de-servicios-digitales-de-espana#:~:text=El%20Ministerio%20para%20la%20Transformaci3n,Servicios%20Digitales%20a%20nivelel%20nacional> [Fecha de consulta 19-12-2024].

¹⁴⁰⁶ COTINO HUESO, Lorenzo, «Entre *bytes* y democracia: Cómo la DSA de la UE...», cit., p. 42.

una institución neutra¹⁴⁰⁷ y que el fenómeno de la desinformación es complejo por su interrelación con derechos tan sensibles como los de expresión e información.

3.3.2. *El reglamento de inteligencia artificial (RIA)*

En un contexto en la que la IA está asumiendo un foco de atención primordial en aras de comprender las interrelaciones entre individuos de una sociedad digital, parece lógico que también desde la UE se impulse una regulación unitaria que garantice una protección óptima de los derechos fundamentales frente a efectos perjudiciales que se derivan de ella. Este es precisamente el objeto de actuación del reglamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA.

Del mismo modo que ocurre con la DSA, en el reglamento de IA el término desinformación aparece repetidamente en los considerandos, pero no así expresamente en su articulado. De hecho, siguiendo la estela de la DSA, en ellos advierte acerca de la desinformación como un riesgo sistémico que supone una amenaza para los valores democráticos y los derechos humanos, pudiendo alcanzar sus efectos a una comunidad entera¹⁴⁰⁸. Es más, continuado esta línea, el reglamento de IA hace referencia a la especial pertinencia de algunas obligaciones impuestas a los responsables de determinados sistemas de IA, en particular sobre los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño, en detectar y mitigar los riesgos sistémicos que surgen de la divulgación de

¹⁴⁰⁷ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa...», cit., p. 23.

¹⁴⁰⁸ Considerando 110:

««Los modelos de IA de uso general pueden plantear riesgos sistémicos, por ejemplo, cualquier efecto negativo real o razonablemente previsible en relación con accidentes graves, perturbaciones de sectores críticos y consecuencias graves para la salud y la seguridad públicas, cualquier efecto negativo real o razonablemente previsible sobre los procesos democráticos y la seguridad pública y económica o la difusión de contenidos ilícitos, falsos o discriminatorios. Debe entenderse que los riesgos sistémicos aumentan con las capacidades y el alcance de los modelos, pueden surgir durante todo el ciclo de vida del modelo y se ven influidos por las condiciones de uso indebido, la fiabilidad del modelo, la equidad y la seguridad del modelo, el nivel de autonomía del modelo, su acceso a herramientas, modalidades novedosas o combinadas, las estrategias de divulgación y distribución, la posibilidad de eliminar las salvaguardias y otros factores. En particular, los enfoques internacionales han establecido hasta la fecha la necesidad de prestar atención a los riesgos derivados de posibles usos indebidos intencionados o de problemas en materia de control relacionados con la armonización con la intención humana no deseados (...) a la facilitación de la desinformación o el menoscabo de la intimidad, que suponen una amenaza para los valores democráticos y los derechos humanos, al riesgo de que un acontecimiento concreto dé lugar a una reacción en cadena con efectos negativos considerables que podrían afectar incluso a una ciudad entera, un ámbito de actividad entero o una comunidad entera»».

contenidos generados de manera artificial sobre procesos democráticos a través de estrategias de desinformación¹⁴⁰⁹.

Junto a tales advertencias, el reglamento señala que el avance de la IA ha originado novedosos riesgos derivados de la desinformación a escala, razón por la cual hay que continuar exigiendo a los proveedores de tales sistemas que integren soluciones técnicas que permitan marcar y detectar que el producto que se transmite ha sido generado por un sistema de IA y no por un ser humano¹⁴¹⁰. En cualquier caso, el enfoque adoptado por este instrumento legislativo ha sido el de priorizar una «intervención específica y no transversal»¹⁴¹¹, centrada en la perspectiva del mercado y en fijar ciertas obligaciones a las distintas partes que intervienen en la cadena de valor del sistema de IA.

A través de esta normativa comunitaria se designan una serie de prácticas prohibidas de uso de la IA. En lo que concierne al objeto de esta investigación, el artículo 5 del reglamento ha mantenido como conducta prohibida la «utilización de un sistema de IA que se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión

¹⁴⁰⁹ Considerando 120:

«Además, las obligaciones impuestas a los proveedores y a los responsables del despliegue de determinados sistemas de IA en el presente Reglamento destinadas a permitir que se detecte y divulgue que los resultados de salida de dichos sistemas han sido generados o manipulados de manera artificial resultan especialmente pertinentes para facilitar la aplicación efectiva del Reglamento (UE) 2022/2065. Esto se aplica en particular a las obligaciones de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño o de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño de detectar y mitigar los riesgos sistémicos que pueden surgir de la divulgación de contenidos que hayan sido generados o manipulados de manera artificial, en particular el riesgo de los efectos negativos reales o previsibles sobre los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales, también a través de la desinformación».

¹⁴¹⁰ Considerando 133:

«Una diversidad de sistemas de IA puede generar grandes cantidades de contenidos sintéticos que para las personas cada vez es más difícil distinguir del contenido auténtico generado por seres humanos. La amplia disponibilidad y las crecientes capacidades de dichos sistemas tienen importantes repercusiones en la integridad del ecosistema de la información y en la confianza en este, haciendo surgir nuevos riesgos de desinformación y manipulación a escala, fraude, suplantación de identidad y engaño a los consumidores. En vista de estos efectos, el rápido desarrollo tecnológico y la necesidad de nuevos métodos y técnicas para asegurar la trazabilidad del origen de la información, procede exigir a los proveedores de tales sistemas que integren soluciones técnicas que permitan marcar, en un formato legible por máquina, y detectar que el resultado de salida ha sido generado o manipulado por un sistema de IA y no por un ser humano»

¹⁴¹¹ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «El Derecho penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial. *Criminal Law vs IA Act*», *Revista Ius Criminal*, nº 1, 2024, p. 89.

informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas» (art. 5.1. a)¹⁴¹².

Por otra parte, determinadas prácticas desinformativas que hacen uso de la IA también deben entenderse, en atención al citado reglamento, como un sistema de IA de alto riesgo y, por tanto, sometido a las reglas contenidas en su Capítulo III. Efectivamente, en el anexo III del reglamento figura como sistema de IA de alto riesgo los «sistemas de IA destinados a ser utilizados para influir en el resultado de una elección o referéndum o en el comportamiento electoral de personas físicas que ejerzan su derecho de voto en elecciones o referendos» (apartado 8.b). Eso sí, excluyendo dentro de estos y no calificándose como de alto riesgo aquellos sistemas de IA «a cuyos resultados de salida no estén directamente expuestos las personas físicas, como las herramientas utilizadas para organizar, optimizar o estructurar campañas políticas desde un punto de vista administrativo o logístico». Lo determinante para que en estos casos el sistema de IA que se utilice como medio para difundir una estrategia de desinformación sea considerada de alto riesgo será, en todo caso, que implique un riesgo importante de causar un perjuicio a la salud, la seguridad o los derechos fundamentales de las personas físicas que influya sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones. En caso contrario, en virtud del art. 6.3 del reglamento de IA, no podrá ser cataloga de tal forma y no deberá ajustarse a las previsiones descritas en el Capítulo III. En todo caso, con la finalidad de concretar tal denominación, la Comisión, previa consulta al Consejo Europeo de IA, proporcionará directrices a través de las cuales especifiquen una lista exhaustiva de parámetros y de

¹⁴¹² En un principio, la Comisión, en su propuesta presentó cuatro prohibiciones entre las que se encontraba esta, sin embargo, tras las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo, las prohibiciones se ampliaron hasta el texto definitivo que fueron ocho, manteniéndose esta prohibición en primer lugar. Si se desea profundizar en el análisis de la propuesta de esta Ley de IA, véase, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La propuesta de “Ley de Inteligencia Artificial” Europea», *Revista de las Cortes Generales*, nº 116, 2023, *passim*.

Sobre esta prohibición, sumamente sugerente es el análisis efectuado por DE LA CUESTA AGUADO. Según esta autora, su estructura presenta una configuración bastante similar al tipo de estafa del art. 248 CP en la medida en que prohíbe la comercialización y uso de sistemas de IA que, a propósito de un engaño, generan una falsa representación de la realidad del receptor o receptores, lo que les lleva a tomar una decisión errónea que puede provocar un perjuicio individual o colectivo. Ahora bien, matiza, esta prohibición del reglamento presenta un ámbito de aplicación más amplio, pues de esas decisiones no solo se incluyen aquellas que afectan al patrimonio propio, sino también pueden afectar a la toma de decisiones de cualquier ámbito vital como puede ser el político, afectando entonces al sistema político en su conjunto. Si se desea profundizar en esta cuestión y en un examen comparativo de la figura con el delito de estafa, véase, DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «El Derecho penal frente al Reglamento...», cit., pp. 94-95.

ejemplos prácticos de casos de uso de sistemas de IA que sean de alto riesgo y que no sean de alto riesgo (art. 6.5 Reglamento IA).

Esta cuestión no es baladí puesto que el hecho de catalogar un sistema de IA como de alto riesgo implica la obligatoriedad de adoptar un conjunto de medidas específicas. Por ejemplo, deberá adoptarse un sistema de gestión de riesgos en relación con dicho sistema de IA consistente en un proceso iterativo continuo planificado y ejecutado durante todo el ciclo de pervivencia de dicho sistema de IA (art. 9 Reglamento IA). A su vez, deberán llevarse a cabo prácticas de gobernanza y gestión de datos que cumplan criterios de calidad si el sistema de IA utiliza técnicas que implican el entrenamiento de modelos de IA que precisan desarrollarse a partir de conjuntos de datos de entrenamiento (art. 10). Complementariamente, se exige la elaboración y redacción de documentación técnica del sistema de IA antes de su introducción en el mercado o puesta en servicio, documentación que deberá mantenerse actualizada bajo las condiciones contenidas en el art. 11, así como la obligatoriedad de conservar toda una serie de registros contenidos en el art. 12. Además, deberá garantizarse en el diseño y desarrollo del sistema un nivel de transparencia suficiente para que los responsables del despliegue interpreten y usen correctamente los resultados de salida y para que el proveedor y responsable del despliegue cumpla las condiciones previstas en la sección 3 del Reglamento (art. 13)¹⁴¹³. Será importante también que el sistema se desarrolle de modo que pueda ser vigilado efectivamente por personas físicas, por lo que habrá que dotar al sistema de herramientas de interfaz humano-máquina adecuadas para ello (art. 14). Y junto a ello, deberán desarrollarse de modo que alcancen un nivel adecuado de precisión y ciberseguridad para que funcionen de manera uniforme en ese sentido durante todo su ciclo de funcionamiento (art. 15).

Unido a tales medidas, en la tercera sección se prevén toda una serie de obligaciones de los proveedores de sistemas de IA que sean de alto riesgo relacionados

¹⁴¹³ La transparencia en el uso de sistemas de IA, sobre todo de aquellos que se emplean en los procesos algoritmos de las plataformas es de suma relevancia en relación la publicidad política. Por ello, el ya citado Reglamento de la UE sobre transparencia y segmentación en la publicidad política, en su considerando 4, señala que la publicidad política puede ser un relevante vector de desinformación, especialmente cuando no revela su naturaleza política o cuando está sujeta a técnicas de segmentación en la muestra de anuncios políticos a los usuarios. En consecuencia, resalta la necesidad de elevar el grado de transparencia en la publicidad política como mecanismo complementario para contrarrestar la desinformación y las injerencias ilícitas ya que contribuye a que los ciudadanos comprendan mejor cuando se están exponiendo a un anuncio político, quién está detrás de dicha publicidad y de qué manera están siendo objetivo de un prestador de servicios publicitarios.

con el establecimiento de un sistema de gestión de calidad, conservación de documentación, archivos de registro generados automáticamente, medidas correctoras y obligación de información y cooperación con las autoridades competentes (arts. 16-21).

Resulta interesante, a los efectos de este trabajo, conocer la obligatoriedad que impone la norma, si se trata de un sistema de IA de alto riesgo, de que se lleve a cabo una evaluación de impacto relativa a los derechos fundamentales (art. 27). De modo que, antes de desplegar uno de estos sistemas de IA, los responsables que sean organismos de Derecho público o entidades privadas que prestan servicios públicos deberán llevar a cabo una evaluación del impacto que la utilización de esos sistemas puede tener en los derechos fundamentales. Entre las evaluaciones que deben llevarse a cabo se encuentra la categoría de personas físicas y colectivos que puedan verse afectados por su utilización en el contexto concreto, los riesgos de perjuicio específicos que puedan afectar y medidas que deben adoptarse en caso de que esos riesgos se materialicen.

El reglamento también prevé toda una serie de obligaciones relacionadas con la transparencia de los responsables del sistema de IA. Es de destacar, en este sentido, que también los sistemas de IA de uso general que generen contenido sintético de audio, imagen, vídeo o texto deberán velar porque los resultados de salida del sistema de IA estén marcados y que sea posible detectar que han sido generados o manipulados de manera artificial (art. 50.2). Concretamente, se especifica que los responsables de un sistema de IA que genere o manipule imágenes o contenidos de audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación deberán hacer público que dichos contenidos han sido generados o manipulados de manera artificial. Ahora bien, se especifica que esta obligación de transparencia se limitará a hacer pública la existencia del contenido generado artificialmente de manera adecuada que no dificulte el disfrute de la obra si se trata de un contenido manifiestamente satírico, artístico, de ficción o análogos (art. 50.4). Asimismo, el citado precepto 50.4, en su párrafo segundo contempla que, si el sistema de IA genera o manipula un texto que se publica con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público, la obligación de transparencia consistirá en la divulgación de que dicho texto se ha generado de manera artificial. No existiendo tal obligación si el uso está autorizado por ley para detectar, prevenir, investigar o enjuiciar delitos, o cuando el contenido generado por IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y cuando una persona física o jurídica tenga la responsabilidad editorial por la publicación del contenido.

Por último, el texto europeo prevé también como medida la imposición de sanciones. Al respecto, se contempla que el uso de un sistema de IA como estrategia de desinformación que presente la capacidad de alterar de modo sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de personas, de forma deliberada, modificando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada estará sujeto a una multa administrativa de hasta 35 millones de euros o si el infractor es una empresa de hasta el 7% de su volumen de negocios mundial total correspondiente al ejercicio financiero anterior si esa cuantía fuese superior (art. 99.3).

También se prevén multas administrativas de hasta 15 millones de euros o si el infractor es una empresa de hasta el 3% de su volumen de negocios mundial total si esa cuantía fuese superior en el caso de incumplirse alguna de las obligaciones relacionadas, entre otras, con las de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo del art. 16 o las de transparencia ya citadas de no etiquetar el contenido generado con IA que informen a los destinatarios sobre asuntos de interés públicos (art. 99. 4). Evidentemente, la sanción deberá ser proporcional y disuasoria, no solo teniendo en cuenta la naturaleza, gravedad y duración de la infracción sino también la viabilidad económica del infractor. El reglamento, en este sentido, delega en los Estados miembros el establecimiento de la normativa correspondiente que determina en qué medida se podrán imponer multas administrativas a las autoridades y organismos públicos establecidos en dicho Estado miembro (art. 99.8). En función del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, las normas relativas a las multas administrativas podrán aplicarse de tal modo que las impongan órganos jurisdiccionales nacionales competentes u otros organismos, según proceda en dichos Estados miembros. La aplicación de dichas normas en estos Estados miembros tendrá un efecto equivalente (art. 99.9).

Si bien parte del reglamento ha entrado en vigor en la fecha en la que se analizan estas medidas, muchas de las que se han citado como las sanciones no serán aplicables hasta el 2 de agosto de 2025, por lo que habrá que ver de qué forma el avance tecnológico de la IA y los usos sociales condicionan su aplicación. En cualquier caso, coincido con DE LA CUESTA AGUADO, pues, ciertamente, este instrumento demuestra que las medidas de autorregulación y el modelo libertario que venía caracterizando hasta el

momento era insuficiente, siendo necesario un control externo mayor a través de una adecuada regulación normativa¹⁴¹⁴, lo cual merece su valoración positiva.

IV. LIMITACIONES LEGISLATIVAS DESDE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA

4.1. Premisas y fundamentos de comprensión: el Derecho penal mínimo

Si bien la política europea muestra una tendencia cada vez más represiva en la materia, lo cierto es que se sigue manteniendo con cierto recelo el uso del Derecho penal para contrarrestarlo. Ello no es más que, en el fondo, la consecuencia de la intervención mínima de esta rama jurídica como límite a tener en cuenta en la creación de normas penales.

Efectivamente, en un Estado social y democrático de derecho no es suficiente con que las leyes penales respeten adecuadamente el principio de legalidad y los condicionamientos externos que de él se derivan. Aquellas deben cumplir también toda una serie de condicionamientos internos que garantizan la función social que les corresponden¹⁴¹⁵. Entre estos condicionamientos, uno de los que ha adquirido un especial protagonismo también en la política española frente al fenómeno de la desinformación ha sido el principio de intervención mínima cuyo fundamento se vincula estrechamente con la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico.

El propósito primordial de un Estado de derecho no es otro que el de garantizar al máximo las libertades de los ciudadanos con las menores injerencias posibles. Desde esta perspectiva, la pena, especialmente la privativa de libertad, característica del ordenamiento jurídico-penal, es concebida como un «adefesio en la estética constitucional democrática»¹⁴¹⁶. Es por ello, por lo que la actividad punitiva del Estado debe guiarse, siguiendo a CARBONELL MATEU, por el principio *restringenda sunt odiosa*¹⁴¹⁷. Esta premisa es de suma importancia para comprender adecuadamente cuál es el papel que se debe otorgar al Derecho penal frente a los nuevos riesgos que demanda la sociedad digital puesto que, en virtud del mismo, debe optarse por una presunción odiosa

¹⁴¹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «El Derecho penal frente al Reglamento...», cit., p. 90.

¹⁴¹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 62.

¹⁴¹⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 72.

¹⁴¹⁷ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 192.

del Derecho penal como herramienta de resolución de conflictos. Esta presunción solo se desvirtuará, en conexión con el principio *pro libertate*, en el caso en el que exclusivamente tal injerencia del Estado sea estrictamente necesaria para alcanzar el grado de libertad y bienestar deseable¹⁴¹⁸.

MIR PUIG entiende que el principio de intervención mínima es el límite que directamente se deriva del carácter «social» de nuestro modelo de Estado¹⁴¹⁹ y su fundamento se ha enlazado históricamente con el límite de proporcionalidad en la actividad punitiva¹⁴²⁰, especialmente vinculándose con el de necesidad¹⁴²¹. Si se entiende que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta¹⁴²², parece lógico que su recurso sea exclusivamente proclamado cuando, para mantener los presupuestos esenciales de convivencia, no haya más remedio debido al fracaso del resto de posibilidades. A propósito de estas fundamentaciones, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE resalta nuestra forma de estado como un modelo personalista que coadyuva a entender la legitimación penal como «amarga necesidad», es decir, como último recurso racional para dotar de contenido real y efectivo a determinados derechos del individuo¹⁴²³. De este modo, el principio de intervención mínima se sustenta con las ideas de necesidad y de utilidad. El Derecho penal, expresa COBO DEL ROSAL, solo debe intervenir cuando encuentre una justificación suficiente de necesidad de tutela, es decir, cuando

¹⁴¹⁸ El principio general de libertad en el Derecho penal encuentra su acomodo constitucional, tal y como argumenta CARBONELL MATEU, además de en el art. 1 CE que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento, en el art. 10.1 CE cuando se afirma que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., pp. 192-193. Desde una perspectiva más amplia, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN sitúan el principio de prohibición de exceso, del que se nutriría el de intervención mínima, además de la citada declaración genérica del art.1 CE, en otros principios constitucionales como el art. 15 CE al prohibir la tortura y las penas inhumanas o degradantes, así como en el art. 17 al prever que la detención preventiva no dure más que el tiempo estrictamente necesario y las exigencias de determinación por ley de un plazo máximo de duración de la prisión provisional. En COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 82.

¹⁴¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 127.

¹⁴²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARIA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional...*, cit., pp. 32 y 33. Igualmente, así se considera en CANCIO MELIÁ, Manuel, «Principios del Derecho penal (II)», en Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, p. 80.

¹⁴²¹ Así, se considera que el principio de intervención mínima deriva directamente del principio de necesidad LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 82. Igualmente, esta conclusión puede extraerse en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 66.

¹⁴²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 71.

¹⁴²³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 107.

presente una utilidad¹⁴²⁴. En términos parecidos MIR PUIG vincula la necesidad con la exigencia de utilidad al entender que cuando una determinada reacción penal es inútil para cumplir con su propósito protector, se muestra innecesario y tal medida debe desaparecer¹⁴²⁵ o, como afirma CARBONELL MATEU, debe reputarse injusta¹⁴²⁶.

Estas consideraciones se conectan, inexorablemente, con el principio de adecuación o de idoneidad del medio según el cual el Derecho penal solo es apto si la medida adoptada es adecuada para alcanzar los fines que la justifican¹⁴²⁷, es decir, para tutelar un bien jurídico determinado. Se exige, por tanto, que exista una cierta relación cualitativa entre la conducta y la consecuencia jurídica, lo que la doctrina constitucional ha identificado como «idoneidad cualitativa de la sanción»¹⁴²⁸. En caso contrario, si la protección que proporciona la norma puede obtenerse de una manera menos restrictiva para los derechos y libertades de los ciudadanos, no existirá razón alguna que avale el recurso a la pena, la cual será inadecuada e innecesaria, ocasionando un «derroche de coacción»¹⁴²⁹. Y ello porque, en palabras de LASCURAÍN SÁNCHEZ, no se produce ganancia alguna en términos de libertad si, pese a ostentar la norma penal una aspiración valiosa, esta no es funcional. Acudiendo al símil que emplea el citado autor «se quiere rodar, pero las ruedas son cuadradas»¹⁴³⁰.

Estas son precisamente las premisas para la valoración de la política criminal que se está llevando a cabo en materia de desinformación. Si se quiere potenciar los valores de un modelo de Estado social y democrático como es el nuestro, debe respetarse al máximo el principio de intervención mínima como herramienta básica que garantice un «Derecho penal mínimo»¹⁴³¹. Este Derecho penal mínimo no presupone un rechazo total

¹⁴²⁴ De hecho, el citado autor considera más adecuado la designación de principio de necesidad que principio de intervención mínima: «La forma repetitiva, trivial e importada de “intervención mínima”, cuando se está llevando a cabo una intervención máxima del Derecho penal no es más que una expresión llena de superficialidad que debe ser sustituida por la que ya fue acuñada a finales del siglo XVIII por los liberales de la Francia republicana cual es la *necesidad* del Derecho penal». En COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 58.

¹⁴²⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 127.

¹⁴²⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 199.

¹⁴²⁷ Véase, COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 59; CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., pp. 198-199. Según este último, si la finalidad del Derecho penal consiste en tutelar valores con relevancia constitucional con el objetivo de alcanzar el máximo grado de libertad posible, el uso de una pena que no sea apta para la prevención general y especial, y, en definitiva, para evitar conductas que pongan en peligro o lesionen el bien jurídico determinado, resulta inadecuada.

¹⁴²⁸ STC n° 161/1997, de 2 de octubre, FJ undécimo.

¹⁴²⁹ SSTC n° 60/2010, de 7 de octubre, FJ decimosexto y n° 45/2022, de 23 de marzo, FJ decimocuarto.

¹⁴³⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 80.

¹⁴³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 66.

de intervención de este instrumento en la lucha contra la desinformación, sino que fomenta un criterio de aspiración político criminal consistente en que el papel que se le otorgue en esta problemática sea, en todo caso, el menos protagonista posible para tutelar al máximo los intereses jurídicos en juego, asegurando, de este modo, el mayor margen de libertad de los ciudadanos.

A propósito de este criterio, esta vez acogiendo las ideas de LUZÓN PEÑA, se proporciona un límite de dimensión también positivo en la medida en que obliga a que el Estado cree políticas tendentes a evitar la denominada «huida al Derecho penal»¹⁴³². Políticas públicas que no se traducen, en absoluto, con exigencias de «huida del Derecho penal»¹⁴³³. Al poder legislativo se encomienda así la compleja tarea de poner en marcha todos aquellos mecanismos que remuevan los obstáculos para que la libertad e igualdad se hagan efectivas. Que la consecución de esta tarea implique la necesidad de restringir ciertas libertades en beneficio de la libertad del resto, será una cuestión que deberá resolverse respondiendo a la pregunta de si el recurso penal se presenta como adecuado y necesario en la materia que nos ocupa. Y, para ello, habrá que atender, en primer lugar, a cuáles son las medidas extrapenales que se están llevando a cabo hasta el momento en la lucha contra el fenómeno, para valorar si la tutela de los bienes jurídicos en juego precisa de intervenciones más restrictivas.

4.2. La subsidiariedad del Derecho penal ante la desinformación: los ejemplos paradigmáticos de Francia y Alemania

La pregunta que se acaba de formular, es decir, si el Derecho penal se considera útil y necesario para contrarrestar la difusión de noticias falsa en línea ha sido respondida negativamente en dos países de nuestro entorno: Alemania y Francia. Si bien en ambos no se ha seguido un modelo político más laxo o de *soft law* como el que, quizás, como se verá en el siguiente apartado, ha caracterizado al sistema español, sí que han adoptado alternativas legislativas que remarcan el carácter subsidiario del ordenamiento jurídico penal.

¹⁴³² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 83.

¹⁴³³ Sobre esta cuestión, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 195.

En el caso de Alemania, se ha seguido un modelo regulatorio en el que se ha dotado de prioridad las medidas de régimen administrativo. Fundamentalmente con la aprobación de la Ley para mejorar la aplicación en la legislación en las redes sociales (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, conocida como NetzDG). A través de esta ley, aprobada por el *Bundestag* en junio de 2017, Alemania optó por un sistema de regulación de la desinformación orientado, directamente, sobre los canales tecnológicos de distribución de la desinformación¹⁴³⁴. Debido al papel que ostentan las plataformas de servicios digitales en la sociedad tecnológica, el centro de atención de la norma se dirige, precisamente, a estas y su actividad. En esencia, el texto normativo se propone como objetivo eliminar, restringir y evitar, en la medida de lo posible, las noticias falsas que circulan en las redes sociales, así como los mensajes discriminatorios, difamaciones, amenazas, incitación a la violencia, mensajes asociados al terrorismo y a la pornografía infantil, entre otras cuestiones. Para ello, parte de la premisa de que una de las formas más eficaces de atacar el problema es obligar a las grandes plataformas a llevar a cabo toda una serie de medidas para evitar la transmisión de este tipo de contenidos.

En coherencia con dicha premisa legislativa, el ámbito de aplicación de la ley se limita a los proveedores de servicios teledifusión que operan en plataformas de Internet con fines de lucro, que permiten a los usuarios intercambiar, compartir o poner a disposición del público cualquier contenido con otros usuarios (redes sociales). Se excluye de tal consideración, en todo caso, las plataformas de oferta periodística de las que es responsable el propio prestador del servicio (§ 1 (1) NetzDG). Eso sí, se exige que el proveedor de la red social tenga más de dos millones de usuarios registrados en el ámbito nacional (§ 1 (2) NetzDG).

Las medidas que se imponen a estas plataformas, fundamentalmente, son dos. Por una parte, aquellas relativas a la presentación de informes (§ 2 NetzDG). En este sentido, cada proveedor de redes sociales está obligado a preparar trimestralmente un informe en alemán sobre la gestión de denuncias por contenidos ilegales¹⁴³⁵ en sus plataformas y

¹⁴³⁴ MAGALLÓN ROSA, Raúl, «La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada», *Revista de Derecho Político*, nº 106, 2019, p. 334.

¹⁴³⁵ Con el objetivo de garantizar una interpretación estricta de la noción «contenido ilícito», el § 1 (3) de la NetzDG enumera varios delitos del StGB que considera equivalentes a la definición de «contenido ilegal» en los términos usados por esta ley administrativa. Entre otros, expone el ejemplo de los delitos de discurso de odio, la ley incluye casos como la incitación pública de delitos (§ 111 StGB), amenazas de cometer delitos (§ 126 StGB), incitación al odio (§ 130 StGB) y difamación de las religiones (§ 166 StGB) o de las personas (§ 186 StGB). Más estrechamente relacionado con la difusión de noticias falsas se encuentran los

publicarlo en el Boletín Federal y en la página de inicio de la red social correspondiente. Un informe que deberá ser fácilmente reconocible y accesible¹⁴³⁶. Por otra parte, la ley alemana obliga a las plataformas a eliminar o bloquear contenidos que circulen en sus plataformas (§ 3 NetzDG). En principio, en caso de recibir una denuncia de contenido ilegal por parte de un usuario, tienen un plazo de siete días posteriores a la recepción de la denuncia para eliminar o bloquear el acceso a ese contenido. Sin embargo, la ley reduce el plazo de eliminación o bloqueo a veinticuatro horas desde la recepción de la denuncia si el contenido es «manifiestamente ilegal», excepto en el caso de que la red social haya acordado con las respectivas autoridades un plazo más largo para la realización de dichas medidas. Ahora bien, en caso de eliminación de un mensaje, con el fin de asegurarse la eficacia probatoria de su contenido, debe establecerse un procedimiento eficaz y transparente y almacenarlo durante un período de diez semanas. Asimismo, deberá informar inmediatamente tanto al usuario sobre el que recae la medida como al denunciante de cada decisión motivando las razones pertinentes.

Si las plataformas infringen las anteriores medidas intencional o negligentemente, incurrirán en infracción administrativa (§ 4 NetzDG). Las sanciones que se prevén son multas pudiendo alcanzar los cinco millones de euros. Asimismo, los prestadores de servicio deben proporcionar un agente de servicios en Alemania tanto ante las autoridades como en procedimientos civiles (§ 5 de la NetzDG).

No obstante, esta ley no ha estado, ni mucho menos exenta de críticas. Se ha argumentado que en ella no se prevé un control adecuado sobre las decisiones de censura de la información que se considera ilícita¹⁴³⁷. Efectivamente, el citado texto normativo no

ejemplos de la difamación (§ 187 StGB), la falsificación traidora (§ 100a StGB) y la falsificación de datos (§ 269 StGB).

¹⁴³⁶ Este informe deberá explicar aquellos esfuerzos que el prestador de servicios digitales ha llevado a cabo para prevenir los actos ilícitos en sus plataformas, datos sobre los mecanismos que disponen los usuarios para presentar denuncias sobre informaciones falsas y demás contenidos ilegales, así como sobre los criterios de decisión de eliminación y bloqueo de determinados contenidos. Asimismo, se exige que el informe incluya el número de quejas recibidas por los usuarios sobre los contenidos ilegales, desglosadas en quejas realizadas por organismos o autoridades pertinentes y el motivo de la queja. A su vez, también detallará el número de quejas que determinaron la eliminación o el bloqueo de un contenido desglosado en los mismos términos. A ello se suma el registro del tiempo que transcurrió entre la recepción de una denuncia por parte de un usuario de la red social y la acción de borrado del contenido ilícito desglosado en plazos: «dentro de 24 horas», «dentro de 48 horas», «dentro de una semana», «en una fecha posterior».

¹⁴³⁷ WEIDENSLAUFER, Christine, «La regulación de las “fake news” en el derecho comparado», *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, n° 118973, 2019, p. 8. Asimismo, la citada autora recuerda similares críticas vertidas por la organización de derechos humanos Human Rights Watch. En Human Rights Watch, «Germany: Flawed Social Media Law», 14 febrero, 2018. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2018/02/14/germany-flawed-social-media-law> (fecha de consulta 20-12-2024).

proporciona una supervisión judicial en relación con las decisiones de estas grandes empresas tecnológicas, lo que acarrea importantes riesgos contra el derecho a la libertad de expresión de los usuarios. Y no solo eso, con esta ley se impone un modelo en el que imperan una serie de exigencias que fomentan la eliminación de mensajes que puedan ser legítimamente adecuados en una sociedad democrática¹⁴³⁸. Esto es así porque, al trasladar la responsabilidad a las empresas que alojan los contenidos de terceros, en caso de tener que evaluar casos dudosos, debido a las exigencias de períodos cortos de revisión y a la desproporcionalidad de las multas, estas preferirán bloquear de modo preventivo los contenidos.

Precisamente, a propósito de tales críticas vertidas a la NetzDG, y especialmente con aquellas relacionadas con la escasa capacidad de control sobre las plataformas y sus actividades de eliminación de contenidos, se aprobó el 3 de junio de 2021 la Ley que modifica la Ley de aplicaciones de la red (*Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes*). El objetivo principal de esta modificación normativa es el de incrementar el número de obligaciones a las plataformas digitales con el objetivo de fortalecer los derechos de los usuarios en las redes sociales. Por ello, también se incluyen nuevas vías, al margen de la imposición de multas, para que las plataformas cumplan con las previsiones de ley, así como se articulan nuevas exigencias de transparencia. Entre estas se encuentra la mejora en la facilidad de acudir a los canales de denuncia de contenidos ilícitos, los cuales deben ser sencillos de encontrar y de utilizar, vinculados directamente desde el contenido que se vaya a denunciar en la red social.

Otra de las grandes apuestas es la introducción de un procedimiento de contraprestación (nuevo § 3b NetzDG) mediante el cual las redes sociales están obligadas a revisar las decisiones que hayan adoptado en relación con la eliminación o conservación

¹⁴³⁸ Sobre esta crítica, véase, CIRÉFICE, RONAN, «Regulación jurídica de las “fake news” en la UE: ¿Un atentado en contra de la Democracia?», *Derecho y economía de la integración*, nº5, 2018, p. 131; WEIDENSLAUFER, Christine, «La regulación de las “fake news”», cit., p. 8; COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 211. En este sentido, cabe mencionar las críticas a la regulación alemana por parte del Relator Especial de la ONU para la protección de la libertad de opinión y de expresión en 2017, David Kaye. Sobre todo, el relator enfatiza que, por mucho que la ley busque alcanzar objetivos legítimos, las obligaciones impuestas a las empresas privadas plantean serias inquietudes contra el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ya que las multas elevadas pueden incitar a que las plataformas digitales eliminen contenido que podría ser legal. En KAYE, David, «Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression», OL DEU 1/2017. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf> (fecha de consulta 20-12-2024).

de contenidos a petición de los usuarios que hayan sido afectados por tales medidas. Asimismo, se prevé la creación de tribunales de arbitraje imparciales (nuevo § 3c NetzDG) que se encarguen de dirimir los conflictos que surjan entre usuarios y plataformas digitales a través de vías extrajudiciales. Con ello se pretende resolver los problemas de las medidas efectuadas por los prestadores de servicio de modo más rápido y menos costoso. En la propia ley se regulan aquellos requisitos para el reconocimiento de estos órganos de arbitraje y se crea un comité de arbitraje para los prestadores de servicios de intercambio de contenidos audiovisuales con sede en Alemania (§ 3f NetzDG).

También el modelo francés, por el momento¹⁴³⁹, ha decidido adoptar un enfoque en el que la intervención penal para atajar los peligros suscitados a propósito de la desinformación queda al margen. En su lugar, se ha decidido acudir a mecanismos civiles y administrativos para combatir la manipulación de la información en la era digital. Sin embargo, a diferencia del modelo alemán, en Francia se ha dotado de mayor prioridad a los peligros inherentes de la desinformación en los procesos electorales, razón por la cual sus medidas han ido destinadas, principalmente, a atajar, a través de mecanismos de emergencia, la diseminación de información falsa en los períodos previos y simultáneos a estos.

De este modo, el 22 de diciembre de 2018 se aprobó la Ley n°2018-1202 de lucha contra la manipulación de la información (LOI n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information). Tal y como se deriva de los debates parlamentarios y del memorando explicativo del proyecto de ley, su razón de ser radica en la insuficiencia de las leyes penales y civiles existentes para eliminar de manera rápida y eficaz el contenido falso en línea con el propósito de evitar su propagación y reaparición, especialmente significativo en período electoral¹⁴⁴⁰. Fruto de estas deficiencias, la ley pretende articularse a partir de tres ejes¹⁴⁴¹. En primer lugar, introduciendo novedosas herramientas de freno de la diseminación de informaciones

¹⁴³⁹ El 11 de enero de 2022 una comisión de expertos presidida por el sociólogo Gérard Bronner presentó al gobierno francés el denominado «Informe Bronner» para hacer frente a la desinformación en la sociedad digital. En dicho informe se presenta como posibilidad la creación de un tipo penal que castigue la diseminación de información falsa a través de las TIC intencionalmente y que produzca consecuencias relevantes para los individuos o la colectividad.

¹⁴⁴⁰ WEIDENSLAUFER, Christine, «La regulación de las “fake news”», cit., p. 11. Algunas cuestiones interesantes sobre el proyecto de ley francés se encuentran en CIRÉFICE, RONAN, «Regulación jurídica de las “fake news” en la UE...», cit., p. 131.

¹⁴⁴¹ MAGALLÓN ROSA, Raúl, «La (no) regulación de la desinformación...», cit., p. 335.

falsas en período electoral. En segundo lugar, ampliando las exigencias de transparencia de las plataformas en aras de facilitar la detección de campañas de desestabilización de las instituciones francesas. En tercer lugar, designando jueces específicos en período electoral para dirimir sobre las medidas a adoptar en relación con los contenidos falsos que circulan a través de las nuevas tecnologías.

Con base en estas premisas, el Título III de la citada ley prevé las correspondientes medidas preventivas relacionadas con los deberes de cooperación de los operadores de las plataformas en línea en la lucha contra la distribución de información falsa en sus plataformas. No obstante, las medidas más controvertidas se suscitan en sus Títulos I y II al introducir toda una serie de modificaciones en la regulación vigente en el Código electoral francés y en la Ley de libertad de comunicación que dota de competencias significativas a los jueces y al Consejo Superior Audiovisual en materia de desinformación.

A propósito del primer bloque, el artículo 1 de la citada ley prevé la modificación del artículo 163-1.-I. del Código electoral francés por el cual, durante los tres meses anteriores al primer día de las elecciones generales y hasta la fecha de la vuelta de la votación, un juez específico, a petición del Ministerio Público, de cualquier candidato o grupo político, o bien de cualquier persona interesada, puede ordenar la retirada de aquellos contenidos o imputaciones inexactas o engañosas sobre un hecho que pueda alterar la sinceridad de las elecciones de modo deliberado a través de servicios de comunicación en línea que transmita información artificial o automatizada y masiva. Una vez recibida tal petición, dicho juez deberá decidir dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas si se retiran o no los contenidos. Decisión que podrá recurrirse ante un tribunal de apelación.

Por otro lado, en el Título II se contienen disposiciones que modifican la Ley nº 86-1067 de 30 de septiembre de 1986 relativas a la libertad de comunicación. En él se confieren relevantes facultades al Consejo Superior Audiovisual sobre la desinformación. Durante los tres meses anteriores a las elecciones y hasta la fecha de votación en la que finalizan, este organismos puede suspender la difusión de contenidos realizados por medios de comunicación electrónica si se trata de información deliberadamente falsa que pueda alterar la sinceridad del voto y que sea emitido por entidades u organismos que presenten acuerdos con Estados extranjeros o bajo la influencia de estos (artículo 6 de la Ley por la que se introduce el artículo 33-1-1 en la Ley de libertad de comunicación).

Asimismo, podrá rescindir unilateralmente la licencia de determinados medios y obligar a que dejen de emitir contenidos informativos¹⁴⁴². Facultad que se le confiere en el caso de entenderse que los mensajes emitidos por una entidad bajo las órdenes o influencia de un Estado extranjero «perjudica los intereses fundamentales de la Nación, incluido el funcionamiento regular de sus instituciones» a través de la difusión de información falsa (artículo 8 de la ley que incorpora el artículo 42-6 de la ley de libertad de comunicación).

A pesar de presentar dudas de su constitucionalidad, el Consejo Constitucional francés en su Decisión nº2018-773 DC de 20 de diciembre de 2018 la interpretó restrictivamente, exigiendo, para la aplicación de las citadas medidas, que se justificara razonablemente que la información sea manifiestamente falsa¹⁴⁴³ y así pueda demostrarse de forma objetiva, al igual que el requisito del riesgo de alterar la sinceridad de la votación.

En opinión de COTINO HUESO, la perspectiva de reconocer a las autoridades atribuciones excepcionales en período electoral puede ser interesante como punto de partida. En el caso español, estas facultades podrían atribuirse a órganos judiciales o instituciones independientes como la Junta electoral, si bien debería fijarse con claridad y transparencia los presupuestos y las medidas concretas a abordar. No obstante, continúa el autor, hay que tener especial cautela teniendo en cuenta que la ley francesa ha llevado a *X* a bloquear como desinformación un anuncio del Gobierno francés o a que *Google* restringiera durante la campaña electoral las publicaciones de anuncios sobre debates de interés general¹⁴⁴⁴.

4.3. El enfoque adoptado en el ordenamiento jurídico español: perspectivas de futuro

A diferencia de la perspectiva adoptada en Alemania y Francia, en España han primado propuestas preventivas vinculadas con la mejora de las herramientas de

¹⁴⁴² Según MAGALLÓN ROSA se trata de una medida claramente destinada a frenar la influencia de Rusia en su Estado, aunque también podrá aplicarse a EEUU y *Google* o *Facebook* si se terminan considerando empresas mediáticas. En MAGALLÓN ROSA, Raúl, «La (no) regulación de la desinformación...», cit., p. 336.

¹⁴⁴³ Según COTINO HUESO, tales elementos restrictivos de interpretación puede constituir un interesante punto de partida a partir del cual abordar jurídicamente aquella desinformación sobre la que puede actuarse. En COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 201.

¹⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 229.

detección de información falsa, de la coordinación entre autoridades y sociedad civil para elaborar estrategias eficaces de intervención, así como potenciar la alfabetización mediática.

Desde un punto de vista legislativo, una de las primeras propuestas más explícitas sobre el fenómeno las llevó a cabo el Partido Popular el 18 de diciembre de 2017 al presentar en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley relativa al impulso de medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por servicios conectados a Internet y evitar injerencias que pongan en peligro la estabilidad institucional en España¹⁴⁴⁵. Si bien tal iniciativa fue rechazada por el pleno del Congreso en marzo de 2018, se marca un comienzo de necesidades de intervención ante unos riesgos en constante crecimiento propios de una sociedad tecnológica¹⁴⁴⁶. Concretamente, a través de tal iniciativa parlamentaria instaban al Gobierno español a impulsar herramientas de acción tendentes a detectar y descalificar las noticias falsas que circulan en las plataformas digitales. Medidas que debían realizarse en coordinación con los prestadores de servicios de Internet, los proveedores de infraestructuras de Internet, los medios de comunicación, los usuarios y las asociaciones. Por otra parte, instaba a introducir, dentro de los servicios encargados de la Seguridad Pública, sistemas de monitorización, mitigación y respuestas de acciones coordinadas extranjeras destinadas a debilitar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. Pero para que todo ello fuera realmente efectivo, se instaba a que España promoviera la elaboración de un acuerdo internacional contra la desinformación como amenaza global. Un acuerdo que debería incluir medidas específicas de protección de la ciudadanía en momentos críticos, especialmente en los procesos electorales. Por último, se instaba a reforzar la

¹⁴⁴⁵ Grupo Parlamentario Popular, «Proposición no de Ley relativa al impulso de las medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por servicios conectados a Internet y evitar injerencias que pongan en peligro la estabilidad institucional en España», BOE, Congreso de los diputados, 12 de enero de 2018, 162/000550. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-280.PDF (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁴⁶ De hecho, en la exposición de motivos de dicha Proposición no de Ley se advertía al Gobierno del escenario de conflictividad interna que se estaba suscitando a propósito de una sociedad digital a través de la cual, paulatinamente, cada vez más países europeos estaban siendo el objetivo de desestabilización mediante el uso de operaciones coordinadas de desinformación, entre las cuales destacaron el proceso del Brexit en Reino Unido y el referéndum de Cataluña. Asimismo, se apoyaron en la comparecencia del Comité de Inteligencia del Senado de Estados Unidos, junto con responsables de *Google*, *Facebook* y la, por entonces, *Twitter*, en la que determinaron que la empresa rusa *Internet Research Agency* había contratado publicidad y sistemas de *bots* automatizados en redes sociales. Con base en esta información consideraban de por sí justificada la necesidad de adoptar medidas urgentes en aras de garantizar la protección de la ciudadanía por los efectos potencialmente desestabilizadores que estas campañas organizadas de desinformación podían ocasionar.

comunicación estratégica en Europa con el propósito de hacer frente a las campañas de desinformación.

En marzo de 2018, la Comisión de Seguridad Nacional aprobó una Proposición no de Ley instada por el PSOE con el apoyo del PP y de Ciudadanos consistente en reforzar los medios materiales y humanos dedicados a combatir las campañas de desinformación en el ciberespacio¹⁴⁴⁷. Esta iniciativa tenía como objetivo propiciar la participación en el proceso de construcción de la estrategia europea para frenar el fenómeno de la desinformación en línea. Además, se pretendía reforzar inmediatamente los medios humanos y materiales del *East Stratcom Task Force* perteneciente al Servicio de Acción Exterior Europeo, ampliando, a su vez, su campo de acción a las campañas de desinformación.

Un año más tarde, en marzo de 2019, tras los informes del Departamento de Seguridad Nacional señalando los peligros de la desinformación como amenaza híbrida, el por entonces gobierno en funciones activó una unidad contra la desinformación ante las elecciones del 28 de abril de 2019 conformada por expertos del propio Departamento de Seguridad Nacional¹⁴⁴⁸. Con esta intervención se materializa el enfoque regulatorio que va a caracterizar a España en la materia: situar en el eje de actuación en la seguridad nacional y las injerencias extranjeras, focalizando las medidas en la creación de grupos multidisciplinares para documentar experiencias y establecer marcos de actuación preventiva que coadyuven a comprender la complejidad del fenómeno¹⁴⁴⁹.

A propósito de esta premisa, el 30 de octubre de 2020 el Consejo de Seguridad Nacional aprueba la Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional. Así pues, tomando en consideración el Plan de Acción contra la Desinformación de la UE, así como las diferentes medidas estratégicas europeas adoptadas hasta el momento, reafirma la necesidad de reajustar el marco de actuación

¹⁴⁴⁷ ALBEROLA, Miquel, «El Congreso insta al Gobierno a reforzar los medios para frenar las “fake news”», *El País*, 7 de marzo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/03/07/actualidad/1520450353_962234.html (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁴⁸ ABELLÁN, Lucía, «El Gobierno activa una unidad contra la desinformación ante las elecciones», *El País*, 11 de marzo de 2019. Disponible en: https://elpais.com/politica/2019/03/10/actualidad/1552243571_703630.html (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁴⁹ Véase, SALAVERRÍA, Ramón; BACHMANN, Ingrid y MAGALLÓN ROSA, Raúl, «Desinformación y confianza en los medios: propuestas de actuación», *Index comunicación*, nº 14(2), 2024, p. 23.

contra la desinformación, actualizando el procedimiento de lucha contra el fenómeno creando un Sistema nacional para la prevención, detección, alerta, seguimiento y respuesta al fenómeno de la desinformación¹⁴⁵⁰. De este modo, España se suma a otros Estados al atribuir al cuerpo de seguridad e inteligencia de su país tareas de prevención, concienciación y monitorización de los contenidos desinformativos al concebirse, desde un inicio, el fenómeno como un problema de seguridad nacional. No obstante, lo cierto es que esta orden no es más que un documento meramente enunciativo por el cual se fija una estructura orgánica de actuación contra la desinformación, pero en ella no se alude a ninguna regulación de contenido sustantivo ni de garantías de los ciudadanos¹⁴⁵¹. Así se desprendió, en un primer momento, del ATS, Sala Tercera, de 4 de marzo de 2021¹⁴⁵², aunque solo fuera a los meros efectos de resolver la medida cautelar de suspensión de la

¹⁴⁵⁰ En este sentido el apartado 2 del anejo de la citada Orden PCM/1030/2020 establece expresamente:

«con la finalidad de dar cumplimiento a los requerimientos establecidos por la Unión Europea e implementar a nivel nacional las políticas y estrategias promulgadas en el ámbito de la lucha contra la desinformación, urge redefinir los aspectos implicados mediante la identificación de los órganos, organismos y autoridades que forman el sistema, y marcar el procedimiento sus actuaciones. Para ello, se desarrolla el actual documento obteniendo así respuestas a las necesidades detectadas en este contexto. Las acciones y procesos recogidos en este procedimiento ayudarán a mejorar y aumentar la transparencia con respecto al origen de la desinformación y a la manera en la que se produce y difunde, además de evaluar su contenido».

¹⁴⁵¹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., p. 228. Tal y como recuerda la autora, en todo caso, las actuaciones materiales que puedan limitar los derechos fundamentales deberán recogerse en una norma con rango de ley y de carácter orgánico con total respeto a las previsiones contenidas en nuestro texto constitucional. Por su parte, similares reflexiones ha ofrecido QUINTERO OLIVARES para quien, esta orden, a pesar de haber provocado numerosas críticas que la tildaban de ser un mecanismo de censura, no se trata más que un ejemplo de la farragosa literatura burocrática a la que estamos acostumbrados, inofensiva para la libertad de prensa. Lo único que hace es señalar la necesidad de estar pendiente de las informaciones falsas con el propósito de intentar neutralizarlas mediante la implementación de información veraz. Pero no hay riesgo alguno de que de esta orden se desprendan actuaciones que rocen el marco constitucional de la libertad de información o de prensa. En definitiva, simplemente es un modesto programa de seguimiento de un problema que puede entrañar graves peligros, cuya inoperancia solo puede provocar un cierto malestar por la inconcreción de sus funciones. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La libertad de prensa y el control de las noticias falsas», *El Confidencial*, 10 de noviembre de 2021. Disponible en: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-11-10/libertad-prensa-control-noticias-falsas_2825156/ (Fecha de consulta 24-12-2024). Una corriente de pensamiento similar ofrece LEÓN ALAPONT al afirmar, sobre este documento que la principal crítica que podría hacerse es la inconcreción de las acciones a adoptar una vez detectada la campaña de desinformación. De él no cabe, *a priori*, y formalmente, apreciar que se deriven facultades de censura. No obstante, el hecho de que las funciones estén formuladas de un modo tan abierto, podría dar margen a que se realizasen acciones concretas que sí fueran inaceptables por afectar ciertos derechos fundamentales. En LEÓN ALAPONT, José, «El Derecho penal ante las fake news...», cit., pp. 41-42.

¹⁴⁵² Concretamente, en su FJ cuarto expresaba: «no se advierten elementos en la Orden recurrida que la conviertan, por sí misma, una base jurídica para incidir sobre el contenido de la información facilitada por los medios de comunicación o por cualquier persona a través de los distintos cauces de expresión e información, ni tampoco que atribuya a las diferentes estructuras administrativas que diseña ningún tipo de competencia o facultad para intervenir en el ejercicio de los derechos fundamentales invocados».

orden, como, posteriormente de las SSTs, Sala Tercera nº 1238/2021, de 18 de octubre y nº 1240/2021, de 18 de octubre de 2018.

En estas dos últimas resoluciones, la Abogacía del Estado señaló que el Consejo de Seguridad Nacional realiza funciones de coordinación de los diferentes organismos y que precisamente el procedimiento de actuación contra la desinformación no es una norma sustantiva o de conducta, sino de estructura o de organización para el Sistema de Seguridad Nacional. Por su parte el Tribunal Supremo, pese a que en su sentencia, Sala Tercera, nº 1240/2021 directamente inadmitió el recurso por falta de legitimación activa, sin llegar a analizar el fondo de la cuestión, en la nº 1238/2021 corrobora el carácter meramente organizativo y estructural al afirmar que «[E]l Procedimiento impugnado cabe identificarlo como un plan de organización y método de actuación o "protocolo", incluso como una instrucción interna, es decir, prevé qué y cómo actúan los órganos y organismos competentes integrados en el Sistema de Seguridad Nacional ante un fenómeno que afecta a la Seguridad Nacional: concreta criterios de actuación y objetivos, más los órganos y organismos preexistentes que intervienen ejerciendo unas potestades no atribuidas ex novo sino también preexistentes»¹⁴⁵³.

Prosiguiendo con estas líneas de actuación marcadas, el Consejo de Ministros, en su reunión de 31 de mayo de 2022, a propuesta del Ministro de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, aprobó un acuerdo por el que se creó el Foro contra las campañas de desinformación en el ámbito de la Seguridad Nacional y se regula su composición y funcionamiento¹⁴⁵⁴. Este foro pretende conformarse como un espacio de colaboración público-privada para compartir y recomendar iniciativas que mejoren el conocimiento de los riesgos que comportan las campañas de desinformación. Se trata de un órgano colegiado adscrito al Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de la Presidencia del Gobierno, de carácter multidisciplinar, compuestos por personas representativas de la Administración General, representantes de organismos de la sociedad civil procedentes del ámbito académico, del sector privado y de asociaciones sin ánimo de lucro. Al mismo tiempo, en él participan personas expertas independientes. Su objetivo principal es el de fortalecer medidas de coordinación entre autoridades públicas y entes privados (con especial referencia a los medios de comunicación y a las plataformas de redes sociales), así como con la sociedad civil y el mundo académico.

¹⁴⁵³ STS, Sala Tercera nº 1238/2021, de 18 de octubre, FJ segundo.

¹⁴⁵⁴ Orden PCM/541/2022, de 10 de junio.

Además de fomentar la materialización de medidas de sensibilización en la ciudadanía para hacer frente a la desinformación. Todo ello como respuesta al enfoque preventivo otorgado expresamente tanto en la Estrategia de Seguridad Nacional de 2021 como en el Plan de Acción para la Democracia Europea.

Precisamente, fueron las recomendaciones efectuadas por este último vinculadas con la promoción de elecciones libres, de refuerzo a la libertad de los medios de comunicación y de la lucha contra la desinformación las que, en septiembre de 2024, impulsaron la presentación del «Plan de Acción por la Democracia»¹⁴⁵⁵. Un plan que está llamado a ser en los próximos años el pilar sobre el que se van a sustentar algunas reformas legislativas destinadas a reforzar el derecho a la libertad de expresión y garantizar el derecho a la información veraz e, inevitablemente, que van a tener repercusiones en materia de desinformación.

Más allá de las consecuencias geopolíticas y de organización interna que han venido desarrollándose por el momento, la disonancia entre los numerosos diagnósticos ofrecidos como resultado del enfoque preventivo y la limitada eficacia de las medidas concretas implementadas en la lucha contra el fenómeno¹⁴⁵⁶, han dado pie a un aparente cambio de perspectiva en el que comienzan a surgir propuestas *ex post* de intervención frente a la difusión de propagación de informaciones falsas. Y, en mi opinión, este cambio de actuación lo va a iniciar este Plan de 2024.

En este documento se pretende incrementar notablemente la transparencia y la rendición de cuentas para que los ciudadanos españoles puedan llevar a cabo tareas de evaluación de la acción realizada por parte de los poderes públicos de un modo más sencillo. Concretamente, a través de tres ejes de actuación: 1) ampliación y mejora de la calidad de la información gubernamental; 2) fortalecimiento de la transparencia, pluralidad y responsabilidad del ecosistema informativo; y 3) refuerzo de la transparencia del poder legislativo y del sistema electoral.

Con el fin de cumplir con el primer eje, el Gobierno propone aprobar una Estrategia de Gobierno Abierto que integre todas aquellas iniciativas en el ámbito de la transparencia

¹⁴⁵⁵ Gobierno de España, *Plan de Acción por la Democracia*, 2024, pp. 1-43. Disponible en: https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Documents/2024/2024-3002_Plan_de_accion.pdf (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁵⁶ Véase el diagnóstico ofrecido al respecto por SALAVERRÍA, Ramón; BACHMANN, Ingrid y MAGALLÓN ROSA, Raúl, «Desinformación y confianza en los medios...», cit., p. 23.

y la rendición de cuentas, reforzando así los controles sobre los cargos públicos y ampliando la participación ciudadana en los asuntos públicos. Junto a esta iniciativa, el informe «Cumpliendo» pretende impulsar una rendición de cuentas obligatorias a través de la cual se identifiquen los compromisos que asume el Gobierno y las medidas que se han desarrollado para conseguirlos, cada seis meses. E, igualmente, se propone reformar la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales con el propósito de adaptarla a los estándares de las legislaciones democráticas del entorno.

Por su parte, a propósito del segundo eje, se busca trasladar y materializar algunas de las medidas que se derivan del Reglamento Europeo de Libertad de Medios de Comunicación a la legislación nacional. Más concretamente, se baraja como posibilidad la creación de un registro de medios de comunicación por el que se detalle públicamente la información sobre la inversión publicitaria que reciben y la propiedad de dichos medios. Además, se pretende establecer un deber de publicación anual de inversiones publicitarias por parte de todas las administraciones públicas. E incluso reformar la Ley de Publicidad institucional para incorporar parámetros de transparencia, al mismo tiempo que se garantice que la metodología cumple con criterios de imparcialidad, comparabilidad y verificabilidad.

El Plan constituye un fiel reflejo de las necesidades de adecuar la política europea al ordenamiento español. Esta afirmación también se desprende de las medidas de refuerzo específico del Código de Buenas Prácticas europeo como la introducción de límites de financiación de las administraciones públicas para dedicar a los medios de comunicación con el propósito de que no haya medios dependientes de las administraciones. No obstante, quizás las líneas de acción más estrechamente vinculadas con la desinformación sean las que se derivan del bloque de promoción de una mayor calidad del debate público. En él, se encuentra la aprobación de una nueva Estrategia Nacional de lucha contra la desinformación y, además, la reforma de la LO 2/1984, de 26 de marzo, para mejorar el sistema de rectificación de noticias falsas, así como la creación de una nueva comisión en el Congreso de los Diputados sobre desinformación.

Por último, en el tercer eje se proponen reformar la LO 5/1985 del Régimen Electoral General con el fin de introducir nuevos preceptos que obliguen a celebrar debates electorales entre los candidatos y las candidatas. También para imponer la publicación de todos los microdatos de las encuestas electorales debidamente anonimizados. Por otro lado, se plantea reformar el Reglamento del Congreso y el

Reglamento del Senado para reforzar las sanciones por la presentación de información falsa o incompleta en la declaración de bienes por parte de sus miembros.

En los últimos meses, parecen haber proliferado iniciativas legislativas que suponen mecanismos *ex post* y que son muestra de ese cambio de enfoque al que se ha aludido. Un claro ejemplo paradigmático en este sentido es la Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Mixto el 31 de mayo de 2024, de garantía del derecho a la información veraz y lucha contra la desinformación¹⁴⁵⁷. De las múltiples alternativas regulatorias, la propuesta que se desarrolla en dicho texto legislativo aporta un prisma diferente al adoptado en el modelo alemán y el francés. En este caso, se decide optar por una normativa sancionadora cuyo centro de atención lo ostentan la prensa y los medios de comunicación¹⁴⁵⁸. Entre las razones, en su Exposición de motivos se alude a los datos proporcionados por el Eurobarómetro de 2023 en el que se afirma que 8 de cada 10 ciudadanos españoles afirman encontrar a menudo información distorsionada o falsa y, lo que puede resultar más significativo, el 68% no confían en los medios de comunicación, cifra que supera en 11 puntos de la media europea¹⁴⁵⁹. Por otro lado, también se hace alusión a las necesidades de responder a los avances comunitarios y a actualizar la legislación española de acuerdo con los mandatos derivados del nuevo Reglamento UE 2024/1083 de Libertad de los Medios de Comunicación¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁷ Grupo Parlamentario Mixto, «Proposición de Ley Orgánica de garantía del derecho a la información veraz y lucha contra la desinformación», BOE, Congreso de los diputados, 31 de mayo de 2024, nº 119-1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-119-1.PDF (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁵⁸ Concretamente, el art.1.2 de la Proposición de Ley indica: «Esta Ley será de aplicación a las personas físicas y jurídicas prestadoras de servicios de comunicación que desarrollen su actividad directamente, o participen en el capital social de dichos prestadores de servicios de conformidad con lo previsto en el artículo siguiente, en cualquiera de los siguientes ámbitos: comunicación audiovisual televisiva, comunicación audiovisual radiofónica, prensa escrita y prensa digital».

¹⁴⁵⁹ Comisión Europea, «Eurobarómetro de otoño 2023», Standard Eurobarometer 100, noviembre 2023. Disponible en: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3053.?etras=es> (Fecha de consulta 22-12-2024).

¹⁴⁶⁰ Así, en su exposición de motivos afirma:

«La ley planteada a continuación responde a una necesidad de proteger los derechos constitucionalmente reconocidos de la ciudadanía española, pero al mismo tiempo va en consonancia y responde a los avances planteados en el ámbito comunitario. El 7 de mayo de 2024 entró en vigor el Reglamento (EU) 2024/1083, conocido como la Ley Europea de Libertad de los Medios de Comunicación (EMFA, por sus siglas en inglés). La Ley Europea tiene entre sus prioridades cuestiones fundamentales como la transparencia en la propiedad de los medios de comunicación, la medición de audiencias o las concentraciones en el mercado de los medios de comunicación y sus repercusiones en el pluralismo y la independencia editorial. (...) En este sentido, la presente proposición de ley orgánica y sus disposiciones permiten avanzar en el cumplimiento de los compromisos de España y garantizar un sistema informativo transparente y plural que proteja los derechos y la participación democrática de la ciudadanía».

Con base en estos fundamentos, una de las medidas estrella que incluye la proposición es la creación del Consejo del Derecho a la Información el cual tendrá asignada la función de «detección de noticias falsas elaboradas y/o difundidas por medios de comunicación» (art. 3. c), así como la elaboración de un registro de lucha contra la desinformación donde figurarán aquellos medios de comunicación y periodistas que hayan sido sancionados por dicho organismo por haber elaborado o difundido noticias falsas (art. 3 d). Este Consejo será designado por sufragio universal, libre, directo y secreto y para su elección se aplicará conjuntamente las previsiones de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General junto con lo dispuesto en el Capítulo II de la proposición que recoge, además de sus funciones, su composición y reglas especiales de elección.

También contiene esta propuesta normativa un régimen sancionador cuya potestad le corresponde al Consejo del Derecho a la información, regido por los principios de legalidad, responsabilidad, proporcionalidad e irretroactividad. De las infracciones que se detallan en ella, interesa a los efectos de esta investigación la contenida en el artículo 10.4 que prevé como infracción la transmisión deliberada de afirmaciones falsas u omitiendo información relevante en relación con hechos de trascendencia general e interés público con el propósito de interferir fraudulentamente en procesos electorales en curso o en futuros procesos electorales¹⁴⁶¹.

Por consiguiente, si un medio de comunicación a través de canales tradicionales o vías digitales realiza tal conducta, según el artículo 11.3 podría ser sancionado con una multa de 12.001 euros a 120.000 euros y, además, de manera potestativa, la sanción de privación de participación de la publicidad institucional por un plazo de entre uno y dos años. Unas consecuencias a las que irá aparejada la obligación de publicación del acuerdo sancionado de un modo destacado respecto del resto de contenidos, por un tiempo

¹⁴⁶¹ Expresamente el art. 10.4 de la Proposición de Ley de garantía del derecho a la información veraz y lucha contra la desinformación prevé expresamente que se considerará infracción a los efectos de dicha Ley:

«Incumplir la obligación de transmitir información veraz que establece el artículo 20 CE mediante actos de comunicación o prácticas comunicativas que, deliberadamente, falten a la verdad mediante falsas afirmaciones u omitiendo información relevante, respecto de un hecho de trascendencia general e interés público, con el fin de interferir fraudulentamente en procesos electorales en curso, o de alterar con tales maquinaciones la percepción política de la población o parte de ella para influir en futuros procesos electorales.

Dicha infracción será considerada en todo caso como grave, salvo que concurra la comisión repetida de infracciones, en cuyo caso se considerará como muy grave.

Se entenderá producida esta circunstancia cuando el sujeto infractor hubiera sido sancionado por una infracción de la misma naturaleza, ya sea leve, grave o muy grave, en virtud de resolución firme en vía administrativa dentro de los cuatro años anteriores a la comisión de la infracción».

razonable y que no precise para su percepción de una búsqueda activa del usuario. Acción que se deberá producir en el plazo máximo de un mes desde la aprobación del acuerdo sancionador. Asimismo, en caso de reiteración en la infracción, se podrá sancionar, adicionalmente, con la pérdida de la licencia otorgada y la privación del derecho a su obtención por un plazo de entre 5 y 10 años.

En el momento de redactar esta investigación, desde otra perspectiva radicalmente distinta, pero encuadrándose en el conjunto de medidas de actuación una vez la información falsa ya se ha difundido, el Gobierno acaba de anunciar la aprobación del Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del derecho de rectificación¹⁴⁶² después de más de cuarenta años de vigencia de la LO 2/1984, de 26 de marzo del derecho de rectificación. En caso de aprobarse definitivamente, se materializaría uno de los objetivos esenciales marcados en el Plan de Acción para la Democracia.

Su propósito esencial sería el de actualizar las normas reguladoras del derecho de rectificación debido a su valor como instrumento de tutela de ciertos derechos fundamentales como el honor y el derecho a comunicar y recibir información veraz de un modo libre por cualquier medio de difusión. En cualquier caso, la implementación y actualización del derecho al nuevo contexto digital no implica la posibilidad de contestar opiniones transmitidas a través de las plataformas digitales, en este caso, sino la facultad de corregir hechos expresados en forma de informaciones, permitiendo proporcionar la versión de los hechos de la persona afectada. Debe entenderse, por tanto, trasladado al entorno digital, como la facultad que ostentarán los usuarios de corregir aquellas informaciones sobre unos hechos que les conciernen, que sean inexactos y que les causen o puedan causar algún tipo de perjuicio, de modo que dicho usuario pueda solicitar la publicación de su versión difundándose por los mismos medios y condiciones que por el canal en el que se difundieron.

Precisamente, uno de los motivos esenciales que han propiciado esta reforma, según expresa la exposición de motivos del Anteproyecto, ha sido la necesidad de adaptar el derecho a una sociedad digital en la que el paradigma comunicativo ha afectado a la

¹⁴⁶² En fecha de redactor estas páginas todavía no ha sido publicado oficialmente el citado Anteproyecto. No obstante, sí que ha habido una comparecencia en presa y comunicación a través de nota informativa de su contenido. Véase, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, «La nueva ley del derecho de rectificación amplía su aplicación a medios digitales e *influencers*», *Nota informativa*, 17 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://www.mpr.gob.es/prencom/notas/Paginas/2024/171224-nueva-ley-derecho-rectificacion.aspx> (fecha de consulta: 22-12-2024).

estructura y contenido de los mensajes. Un entorno en el que, por un lado, continúa argumentando, circula una gran cantidad de información y, por el otro, prolifera de un modo imparable en una tendencia de simplificación del contenido y difusión de noticias falsas. También se alude en la Exposición de motivos al creciente protagonismo que han adquirido determinados usuarios que presentan un gran número de seguidores y que, en la práctica, acaban desempeñando un papel de crear de opinión bastante similar al que venían ostentando los periodistas. Unos altavoces digitales que, en muchas ocasiones, difunden contenidos de personas que permanecen en el anonimato o incluso de informaciones directamente generadas con inteligencia artificial.

El Anteproyecto circunscribe como información susceptible de ser objeto de rectificación aquella que haga referencia a hechos que considere inexactos y que le pueda causar un perjuicio que se haya difundido por un medio de comunicación social o por un usuario de «especial relevancia» en plataformas en línea o servicios equivalentes (art. 1). En este sentido, el propio Anteproyecto aclara que un usuario será de especial relevancia si, en algún momento del año natural anterior, obtuvo una cifra de seguidores igual o superior a 100.000 en una plataforma o igual o superior a 200.000, considerando todas las plataformas en las que el usuario desarrolle su actividad.

De este modo, si un usuario observa que a través de las plataformas de redes sociales se difunde información que le atañe y que considera falsa, tendrá el derecho de rectificarla mediante la remisión del texto al propio medio de comunicación. En el caso de las plataformas en línea deberán contener en sus servicios un mecanismo fácilmente accesible y visible, de modo que se posibilite de modo efectivo que el solicitante puede remitir directa e inmediatamente el contenido de la rectificación, asegurándose la constancia de la fecha y la recepción, así como el seguimiento del proceso (art. 2). Ahora bien, se exige que la extensión de la rectificación no exceda sustancialmente de la información a rectificar, salvo que sea absolutamente necesario (art. 2.3).

Asimismo, si se trata de informaciones publicadas en plataformas en línea, se deberá difundir dicha rectificación dentro de los tres días siguientes a su recepción con una relevancia semejante a aquellas en que se publicó o difundió la información que se rectifica (art. 3.1). En ese caso, la publicación de la rectificación también se realizará en un lugar visible junto con la información original incluyendo un aviso expreso de que se trata del ejercicio del derecho de rectificación (art. 3.4). Evidentemente, dicho ejercicio

del derecho será gratuito. En caso de no publicarse la rectificación o de no haberse notificado expresamente que no será difundida, el perjudicado podrá ejercitar la acción de rectificación ante el tribunal de su domicilio dentro de los siete días hábiles siguientes (art. 4).

En definitiva, si bien los primeros pasos que ofreció la perspectiva española frente a la difusión de contenidos falsos en una sociedad digital priorizaron un enfoque preventivo centrado en reforzar las estructuras organizativas de los departamentos pertenecientes a la seguridad nacional y la colaboración con la sociedad civil y expertos, la tendencia de estos últimos años revela un cambio de enfoque. Este cambio no implica la activación de herramientas sustitutorias preventivas, sino la implementación de acciones complementarias cuyos efectos tienen lugar una vez la información falsa ya ha sido difundida. Por el momento, las propuestas que se han barajado se han relacionado, por una parte, con intervenir en las actuaciones de los medios de comunicación, lo que parece reflejar una concepción de estos como principales actores de desinformación y, por otra parte, en la actualización de mecanismos que favorezcan el debate y la contraposición de ideas en los espacios virtuales. En cualquier caso, no se descarta que en los próximos años sigan apareciendo nuevas propuestas de intervención *ex post*, siguiendo también la estela europea sobre la lucha contra la desinformación en línea.

V. ALGUNAS APROXIMACIONES DESDE EL LÍMITE DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Hasta ahora, se ha podido observar que la ausencia total de necesidades de intervención penal ha sido el criterio predominante tanto para la política europea como la española. Sus aproximaciones, por tanto, han revelado que el uso de las sanciones punitivas parece no concebirse como útil ni idóneo para frenar el fenómeno. Sin embargo, entre estos planteamientos que subyacen, en definitiva, de la proporcionalidad en sentido amplio como herramienta de protección de los ciudadanos, y especialmente de los delincuentes¹⁴⁶³, hay que resaltar otro criterio del análisis de una posible legitimación del

¹⁴⁶³ Siguiendo a MIR PUIG, el principio de proporcionalidad protege a los ciudadanos en su conjunto como a los delincuentes, también ciudadanos. De modo que, en un sentido amplio del principio de proporcionalidad se encuentra así la fórmula de protección tanto a la población de los delitos como a los delincuentes de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado. En MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo en Derecho penal», *RECPC*, nº 07-18, 2005, p. 14.

castigo de la desinformación como ilícito penal autónomo: el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Si se acude a las propuestas de criminalización de la desinformación en línea en nuestro ordenamiento jurídico penal, se observa una propensión por la interposición de una pena privativa de libertad aparejada a una pena de multa. MARCHAL GONZÁLEZ, en su planteamiento, fija como consecuencia jurídica la «pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de seis a doce meses»¹⁴⁶⁴. Por su parte, LEÓN ALAPONT apunta a una solución más garantista reduciendo los límites punitivos a una pena de prisión «de 6 meses a 2 años (o multa de 12 a 18 meses), aunque, aclara, si se configurase como un ilícito de peligro concreto la pena privativa de libertad podría ser de «1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses»¹⁴⁶⁵. La cuestión que aquí se suscita entonces es: ¿sería proporcional que la consecuencia jurídica de la difusión de información falsa durante las elecciones o con el peligro de producir la desconfianza en las instituciones estatales se castigara con una pena privativa de libertad de hasta tres o incluso cuatro años?

Si bien es cierto que el texto constitucional no contempla expresamente un mandato de proporcionalidad de las penas, este se deduce implícitamente de alguno de sus preceptos. En este sentido se alude a la justicia como valor supremo en el artículo 1.1 CE, a la dignidad de la persona del artículo 10 CE como fundamento del orden público y en las restricciones a la privación de libertad contenidas en los artículos 17 y 25.2 CE¹⁴⁶⁶. De ellos se desprende que un análisis racional de legitimación de la pena privativa de libertad como consecuencia jurídica de la desinformación en línea, en virtud de este principio, debe proporcionar un servicio ventajoso a la libertad de los demás. Siguiendo a LASCURAÍN SÁNCHEZ, cuando se trata de una norma penal esta debe concebirse como norma *dúplex*, en el sentido de que ofrece efectos duales contrapuestos. Una cara presenta una naturaleza puramente coactiva, la otra debe ofrecer una ventaja positiva mayor que la otra cara¹⁴⁶⁷. Para FERRAJOLI, la máxima *poena debet commensurari*

¹⁴⁶⁴ Pena que, por cierto, se impondría en su mitad superior, siguiendo la tesis del autor, en el caso de que la información falsa difundida se haya realizado mediante el uso de técnicas que permiten su publicación de forma automática, autónoma y masiva. En MARCHAL GONZÁLEZ, Adrián Nicolás, «La necesidad de un nuevo tipo delictivo...», cit., pp. 27-28.

¹⁴⁶⁵ LEÓN ALAPONT, José, «El Derecho penal ante las fake news...», cit., p. 53.

¹⁴⁶⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La “soberanía” del legislador y los principios del Derecho penal», en Jareño Leal, Ángeles et al. (coords.), *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reix*, Iustel, Madrid, 2021, p. 413.

¹⁴⁶⁷ De este modo, concluye el autor, una norma penal se considerará legítima si es positiva (ya que persigue un bien legítimo a través de un mecanismo posible), si es mínima (reduce al máximo su componente

delicto presenta su fundamento lógico y axiológico en los principios de legalidad y retributividad¹⁴⁶⁸. Pero también este debe hallarse, como acertadamente matiza LUZÓN PEÑA, en el principio de igualdad, es decir, en la exigencia de tratar por igual a aquello que es igual, pero también de un modo desigual a lo desigual, deriva intrínseca del carácter democrático del Estado¹⁴⁶⁹.

Con base en estas premisas, el principio de proporcionalidad en sentido estricto constituye un límite en el momento de creación de la norma según el cual ha de realizarse un análisis comparativo interno que atienda a todas sus ventajas e inconvenientes¹⁴⁷⁰. Una actividad que implica la búsqueda del equilibrio entre la entidad de la pena y la gravedad del delito, de modo que el coste de aquella no supere la desventaja que causa la comisión de este¹⁴⁷¹.

Lamentablemente, volviendo a FERRAJOLI, este límite no ofrece por sí mismo ningún criterio objetivo de ponderación, por lo que es preciso acudir a criterios pragmáticos basados en valoraciones ético-políticas o de oportunidad¹⁴⁷². Entre estos criterios de valoración, el punto de referencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto lo ostenta la importancia del bien jurídico protegido¹⁴⁷³, algo que parece lógico puesto que es este, precisamente, y no otro criterio, el que fundamenta esencialmente la intervención penal¹⁴⁷⁴. En esta tesitura, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN concretan la determinación de la proporcionalidad mediante un juicio de ponderación entre la «carga coactiva» de la pena y el bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio¹⁴⁷⁵. A partir de este primer parámetro, la naturaleza del bien jurídico protegido que se escoja como criterio de legitimación de un delito específico de desinformación va a ser determinante para responder a la cuestión planteada. Por una parte, porque la

negativo) y, además, es ventajosa (es mayor su cara positiva que su vertiente negativa). Cfr., LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 72.

¹⁴⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 398.

¹⁴⁶⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 86. En un sentido similar remarcaban el fundamento del principio de igualdad, MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 83.

¹⁴⁷⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 87.

¹⁴⁷¹ Entre otros, véase sobre esta cuestión CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 202; ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 54; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 87; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 83.

¹⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 398-399.

¹⁴⁷³ MIR PUIG, Santiago, «Límites del normativismo...», cit., pp. 13-14.

¹⁴⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 84.

¹⁴⁷⁵ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho penal...*, cit., p. 88.

relevancia que este interés desprenda será determinante para evaluar una justificación racional de la amenaza de privación de libertad. Por otra, porque el tratamiento punitivo no debería presentar las mismas características si se trata proteger un interés de carácter individual que si la legitimación se sustenta en algunos de carácter colectivo. En un modelo de Estado como el nuestro, nunca está de más recordar, debe primar la especial protección de los primeros frente a los segundos.

Ahora bien, este no es ni debe ser el único criterio de valoración de este juicio de ponderación. También esta ha de guiarse por la forma de ataque al bien jurídico, por su gravedad, es decir, por el grado de lesión o peligro que representen¹⁴⁷⁶. Esta cuestión es de suma importancia para valorar la apreciación de una pena privativa de libertad como consecuencia jurídica frente a la desinformación. Tanto en los textos internacionales como en las argumentaciones sobre los efectos ocasionados por este fenómeno en una sociedad digital se alude al peligro que este representa para ciertos intereses constitucionales. En este sentido, se hace referencia al riesgo potencial que se desprende de la desinformación en línea en relación con una posible alteración del proceso electoral, así como el riesgo que representan para socavar la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales. Tanto en un caso como en otro, se designan a estas conductas unos efectos cuyos peligros a los bienes jurídicos como podrían ser el derecho de participación política y la soberanía e independencia del estado, respectivamente, son tan lejanos que difícilmente podría hablarse de un riesgo real de lesión o peligro concreto y su estructura se asimila más a un peligro abstracto. Desde este punto de vista, los planteamientos del recurso a la pena privativa de libertad se vuelven, inevitablemente, cuestionables.

¹⁴⁷⁶ Véase, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., pp. 202-203. Igualmente, FERRAJOLI cuando expresa que el nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal debe tomar en consideración tanto la naturaleza como la gravedad de la conducta en la elección de la calidad y cantidad de la consecuencia jurídica. En FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 398. Asimismo, LUZÓN PEÑA al considerar que la apreciación del principio de proporcionalidad debe también guiarse por la gravedad del hecho por el desvalor del resultado y de acción y, en consecuencia, importando la entidad del daño, la peligrosidad de la acción, el desvalor de la intención, así como el número de bienes jurídicos afectados. En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 85. O, desde otra perspectiva, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN para quienes la forma de ataque al bien jurídico conforma criterios de valoración de la gravedad, diferenciación que se lleva a cabo en términos cualitativos, en función del desvalor ético-social del comportamiento realizado. En MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 84.

En cambio, una posición contraria parece mostrar COBO DEL ROSAL al afirmar que la finalidad de tutela debe ser el auténtico objeto de ponderación y no la gravedad de la conducta que tan solo es un criterio para efectuarla. En COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 61.

La búsqueda del equilibrio entre presupuesto y consecuencia no solo debe contemplar como costes la cantidad y calidad de la pena, sino todos aquellos que se derivan de la norma penal. También aquellos costes sociales y personales que se derivan de la denominada «pena de banquillo» y del inevitable paso por la administración policial, judicial y penitenciaria. Y, al mismo tiempo, aquellos que se originan con base en la proximidad de la conducta en relación con el ejercicio de otros derechos fundamentales y de un mal uso coactivo del Derecho penal. Este último criterio de valoración es el que explica, por ejemplo, que la pena de injurias sea tan baja¹⁴⁷⁷ y el que, en mi opinión, también debería respaldar la ausencia de consecuencias severas en el caso de la desinformación, si se opta por una intervención penal como medida de política criminal.

Efectivamente, aunque este último hilo argumentativo se desarrolla profundamente en el apartado oportuno¹⁴⁷⁸, resulta adecuado adelantar que, desde el límite de la proporcionalidad, también habría que tener en cuenta las significativas desventajas que podría presentar una norma penal sobre la cual evaluar la falsedad de determinadas conductas expresivas. Me refiero, en este caso, a los peligros que pueden derivarse del uso indebido del Derecho penal para ocultar una actividad política de censura, a través de una clara vulneración de los derechos a la libertad de expresión e información o, por otro lado, de aquellos conectados con efectos contraproducentes del Derecho penal como sería un efecto de desaliento de conductas expresivas.

Desde luego, esta cuestión no resulta en absoluto baladí, puesto que, ante el escepticismo que se deriva de la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad en materia penal¹⁴⁷⁹, este criterio no solo constituye un elemento de

¹⁴⁷⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Principios...*, cit., p. 88.

¹⁴⁷⁸ Concretamente, véase el epígrafe «6.2.3. Inoperancia derivada de un uso contraproducente del Derecho penal» del presente capítulo.

¹⁴⁷⁹ Quizás uno de los representantes más escépticos sobre la operancia del principio de proporcionalidad de las penas haya sido QUINTERO OLIVARES. En su opinión, la ciencia de la proporcionalidad de la pena es un «ideal cultural jurídico», pero nada más. Se trata de un principio que forma parte de la cultura jurídica española, pero la experiencia sobre la posición del Tribunal Constitucional ha demostrado que no sirve realmente como muro de contención en la medición de la pena frente a la tentativa punitiva del legislador. Partiendo de una intensa presunción de constitucionalidad de la pena decidida por el legislador, el Tribunal Constitucional considera que la pena legal, decidida por el poder legislativo es *ope legis* proporcionada. El legislador cuando vincula a un comportamiento su pena correspondiente se presupone proporcionada y solo en aquellos casos de clamorosa desproporción podría entrar a valorarse su decisión. Es por ello por lo que, ante esta realidad, este autor considera que el jurista debería prescindir de hacer referencia a la proporcionalidad de las penas y lo único que debería exigir es que el Derecho penal no se utilice como un instrumento de propaganda política. Estas observaciones se pueden encontrar en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia»,

valoración sobre la ponderación entre sanción y conducta, sino también como herramienta que permita apreciar la inconstitucionalidad de un tipo penal específico de desinformación que, *de facto*, pueda atentar a esos otros derechos. Efectivamente, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «no cabe deducir del art. 25.1 CE un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito»¹⁴⁸⁰. Aunque, ha aclarado que tal afirmación no ha impedido un desarrollo doctrinal de control de constitucionalidad de las leyes penales en el que, en atención al parámetro de la dignidad humana frente a un exceso punitivo arbitrario sí que cabe apreciar una desproporción de la norma penal cuando presente tal entidad que vulnere el valor de la Justicia y dignidad de las personas¹⁴⁸¹. En otras palabras, sí que es posible apreciar la inconstitucionalidad de una norma penal por su desproporción, pero cuando esta sea palmaria y evidente, cuestión que será realmente difícil de apreciar.

En cambio, sí que parece más plausible como vía de apreciación de inconstitucionalidad ligada a este límite penal el hecho de que el precepto penal contenga en sí misma una lesión a un bien constitucional claramente identificado¹⁴⁸². Realmente, ello no constituirá una carencia de proporcionalidad en abstracto, sino más bien una desproporción en el sacrificio de un derecho fundamental garantizado en nuestra Constitución a costa de una supuesta protección de otro. De ello se desprende que, en el caso de la desinformación en línea, las posibles restricciones al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información que pueda suponer una regulación penal constituyen un fundamento razonable para dudar sobre las necesidades de castigarla con una pena privativa de libertad.

ADPCP, vol. LXXIII, 2020, pp. 33-36 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARIA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional...*, cit., pp. 413-414.

¹⁴⁸⁰ SSTC nº 65/1986, de 22 de mayo, FJ tercero; nº 13/2021, de 28 de enero, FJ quinto; nº 169/2021, de 6 de octubre, FJ séptimo.

¹⁴⁸¹ Concretamente, la STC nº 169/2021, de 6 de octubre, FJ séptimo ha declarado:

«La afirmación verificada en su momento por este tribunal de que “no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito” (STC 65/1986, de 22 de mayo, FJ 3), no impidió el desarrollo ulterior de una doctrina que, mayormente en procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, ha ido conformando unos parámetros de protección de la dignidad humana frente al exceso punitivo arbitrario partiendo del presupuesto de que “el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la Justicia y la dignidad de la persona humana».

¹⁴⁸² Para profundizar sobre la cuestión, véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARIA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional...*, cit., pp. 155 y 156.

Por otro lado, aunque no de una manera tan palmaria, el riesgo de desaliento conforma un factor relevante a tener en cuenta dentro del examen de proporcionalidad en sentido estricto como un componente más de valoración dentro de la carga coactiva de la pena. No en vano, este es precisamente uno de los efectos secundarios más destacados que puede propiciar la reacción penal, hasta el punto de que, a juicio de CUERDA ARNAU, en ciertos casos, la levedad de la ofensa junto con el desaliento que desencadena la respuesta punitiva convierte en extremadamente complicado encontrar una sanción que supere el juicio de proporcionalidad estricta, debiendo cuestionar si el recurso al Derecho penal está racionalmente justificado¹⁴⁸³. En cualquier caso, la doctrina del efecto de desaliento se convierte en una importante frontera sobre la incorporación de un nuevo tipo penal de la desinformación en línea por cuanto, derivado de ella, en caso de considerarse que de la norma se desprenden tales efectos disuasorios, deberían evitarse sanciones de cierta gravedad¹⁴⁸⁴. Pero sobre estos últimos razonamientos se volverá más adelante.

VI. RECAPITULACIÓN Y TOMA DE POSICIÓN

6.1. El objeto protegible en la desinformación en línea

6.1.1. Rechazo de tutela por ausencia de trascendencia constitucional

Aunque el bien jurídico como criterio de legitimación ha sufrido una fase crítica, ya tuvo ocasión de exponerse¹⁴⁸⁵ que otras teorías como la de la ofensa o el *harm principle* no presentan una capacidad suficiente para frenar el proceso «ultraexpansivo» del Derecho penal en el que nos encontramos actualmente. No parece pues, adecuado, en un

¹⁴⁸³ En esta línea, la autora expone como ejemplo paradigmático el delito de discurso de odio del art. 510 del texto punitivo sobre el que habitualmente será de aplicación su subtipo agravado del apartado tercero comportando una pena privativa de libertad de dos años y medio a cuatro años, multa e inhabilitación especial para oficios de índole educativa. Cfr. CUERDA ARNAU, María Luisa, «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, nº 2, 2022, pp. 104-105.

¹⁴⁸⁴ En una línea similar, COLOMER BEA al entender que la doctrina del efecto desaliento constituye una manifestación del principio de prohibición de exceso mediante la cual imponer límites sobre la necesidad de imponer penas de cierta gravedad. En COLOMER BEA, David, *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 120.

¹⁴⁸⁵ Véase el apartado II «Propuestas flexibles de castigo de la desinformación» del anterior capítulo de esta parte.

momento en el que los procesos «descriminalizadores» y, sobre todo, «despenalizadores»¹⁴⁸⁶ se han convertido en leyendas del pasado, optar por propuestas flexibilizadoras que proporcionen un margen de actuación mayor e indeseable al *ius puniendi*.

Evidentemente, tales consideraciones son perfectamente trasladables al debate sobre el castigo de nuevos comportamientos desinformativos. A partir de las premisas expuestas, las alternativas sustentadas meramente en la afectación a la sensación social de inseguridad e intranquilidad o la pérdida de confianza ante las instituciones públicas no deben tener su espacio en un Estado de derecho como el nuestro. No caben porque, como ya se ha expuesto en profundidad en el apartado oportuno¹⁴⁸⁷, en primer lugar, estos modelos presentan unos límites más difusos que atentan considerablemente contra las exigencias del mandato de taxatividad sobre una conducta que ya de por sí se caracteriza por una falta de claridad y seguridad jurídica respecto de su contenido. En segundo lugar, este tipo de fundamentaciones propicia un desplazamiento indeseable del análisis del hecho propiamente dicho al de la perspectiva subjetiva del sujeto que padece la conducta. Lo que fomenta un sistema de protección penal de sujetos pasivos transformando el texto punitivo de la «Magna Charta» del delincuente¹⁴⁸⁸ a la carta magna de la víctima, pervirtiendo el sistema en contra, frontalmente, de la dignidad del reo. Asimismo, en tercer lugar, este tipo de propuestas de criminalización aproximan el sistema a un Derecho penal moral del que se ha tratado de huir desde hace décadas¹⁴⁸⁹. A propósito de este

¹⁴⁸⁶ En el sentido propuesto por BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN. Es decir, en comprender la «descriminalización» como el fenómeno por el que una conducta ilícita desaparece del ámbito del ordenamiento jurídico penal para regularla en otros ámbitos como el administrativo, civil, laboral, etc. Y, por otro lado, la «despenalización» como renuncia a cualquier tipo de reacción punitiva frente a un determinado comportamiento, sin arbitrarse en otra rama del Derecho y, en consecuencia, pasando a no ostentar relevancia jurídica alguna. En BOIX REIG, Javier; ORTS BERENGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 193. En Italia, hubo un proceso descriminalizador profundo que tuvo su culmen al inicio de los años 80. No obstante, con el paso de los años, este proceso se convirtió en un punitivismo administrativo a propósito de la llegada de ilícitos extrapenales en el ámbito administrativo que llevaban aparejados sanciones más graves que la de los delitos que se habían despenalizado. Véase, sobre esta cuestión, FOFFANI, Luigi y PIFARRÉ, María José, «Del punitivismo penal al punitivismo administrativo: breves notas sobre la experiencia italiana», en Morales Prats, Fermín; Tamarit Sumalla, Josep María; García Albero, Ramón (coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 627-628.

¹⁴⁸⁷ Véase, apartado «2.1.2. Razonamientos críticos contra las propuestas de castigo de la desinformación sin bien jurídico protegido» del anterior Capítulo de esta Parte.

¹⁴⁸⁸ En consonancia con la célebre frase de VON LISZT en VON LISTZ, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. II, reimpresión de 1970, p. 80.

¹⁴⁸⁹ De nuevo, conviene hacer énfasis en la necesidad de distinción, originarias de las concepciones iluministas, entre ilícito y pecado. De modo que, el rasgo de «Derecho» perteneciente a nuestro modelo de Estado prohíbe que se produzca una intromisión del Estado en la moral individual, presuponiendo,

planteamiento, el castigo de la desinformación sustentado en la idea de seguridad o tranquilidad en abstracto podría servir como una herramienta más del Estado tremendamente útil para tratar de imponer aquellos valores que considera indeseables. Expresiones que hoy se creen adecuadas, pueden dejar de serlo el día de mañana porque se entiende que causan una inseguridad e intranquilidad insostenible en la sociedad en perjuicio del pluralismo informativo. De modo que, existiría el riesgo de transformar esta rama del ordenamiento jurídico desde una garantía del individuo a una garantía del propio poder estatal. Una transmutación que, en definitiva, supondría una merma en la capacidad de contención de los efectos expansivos sobre los que se ha aludido, concibiéndose el Derecho penal como esa herramienta multiusos que sirve como solución de cualquier conflicto.

Por su parte, sustentar la propuesta criminalizadora sobre la desinformación en el principio de daño, más estricto en términos de fundamentación, tampoco parece aconsejable. En una sociedad digital en la que los entramados relacionales se han vuelto mucho más complejos, la precisión sobre los límites entre la libertad de manifestarse de los usuarios y la autonomía de decisión de los individuos afectados por los contenidos desinformativos se convierte en una tarea sumamente ardua que no es posible afrontar de modo preciso exclusivamente en los términos «autonomía» y «libertad» que conforman el citado principio. En la praxis, probablemente ello supondría un considerable margen de actuación judicial para decidir acerca de este conflicto de libertades que podría convertirlo en juez y legislador al mismo tiempo, en contra del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, ello no obsta a que este principio no pueda ostentar ningún papel en la legitimación de la intervención penal sobre la desinformación. De hecho, sus premisas, pueden servir como un criterio relevante de justificación al exigir la presencia de efectos tangibles y significativos de violación de intereses jurídicos. Lo que, al mismo tiempo, apoya el rechazo de propuestas etéreas o abstractas basadas en intereses difusos, alejadas de la lesión de los individuos como es la protección de la verdad.

Con todo, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos es el único que, pese a sus posibles carencias, con mayor solvencia presenta muros de contención rígidos y claros, al aportar un contenido normativo y material esencial, sin el cual no es posible

entonces, que todo ser humano ostenta una autonomía ética y que el Derecho penal, como rama jurídica que es, nunca debe tender a imponer una moral sino a preservar dichos espacios de autonomía moral individual. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones», *Revista Derecho*, Año 2 edición 3, 2018, p. 24.

hablar de una política criminal racional en la materia¹⁴⁹⁰. El enfoque metodológico, entonces, no debe solamente quedarse en observar que el legislador parece obviar, dentro de esta tendencia «ultraexpansiva», la necesidad de vincular el castigo con el peligro o lesión a un bien jurídico valioso (especialmente significativo en el ámbito de los delitos de expresión) y, a partir de dicha observación, concluir que el principio de protección de bienes jurídicos ha fracasado. Al contrario, la labor crítica desprendida de este principio debe prevalecer más que nunca, señalando los efectos a los que está derivando este tipo de respuestas penales basadas en la idea de seguridad y, exclusivamente, en las demandas punitivas de la sociedad. En otras palabras, como teóricos del Derecho penal, no se trata de rendirse frente a la actuación legislativa, tratando de adaptar la realidad en la creación de las normas penales a nuevos modelos más flexibles que permitan encajarlas, sino más bien en seguir luchando por erradicar esta tendencia y ofrecer herramientas que contribuyan a frenarla puesto que las consecuencias de perder esta batalla pueden ser realmente nefastas para las libertades de los ciudadanos de una sociedad democrática y plural.

Dentro de estas herramientas, los criterios que se desprenden del concepto de «dignidad del bien jurídico» desde una función de garantía son absolutamente útiles para que el legislador pueda adoptar una política criminal racional en materia de desinformación. Tal y como ha indicado CÓRDOBA RODA, en la creación del tipo penal el legislador no es totalmente libre (o no debería serlo), pues se encuentra sometido a dos

¹⁴⁹⁰ Siguiendo a SOLARI MERLO, un componente esencial de la racionalidad del Derecho lo ostentará la argumentación jurídica que, en fase de creación de la norma jurídica, presentará como finalidad principal la de fundamentar una determinada regulación (en este caso de castigo de la desinformación) y de tratar de persuadir sobre su necesidad. Es pues un imperativo que, en un Estado democrático, debe ir dirigido al legislador que debe trasladar los problemas sociales al campo jurídico de la manera más transparente y clara posible. En SOLARI MERLO, Mariana N., *Ciencia jurídico penal y ciencias experimentales. Enfoques divergentes ante el riesgo de la tecnociencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 128. En el Derecho penal, esta fundamentación la compone, en esencia, la determinación del bien jurídico-penal protegido, es decir, de aquellos ataques más graves frente a uno de los intereses jurídicos más valiosos perteneciente a nuestro ordenamiento jurídico. Asimismo, esta racionalidad solo será posible en la medida en la que el epicentro de comprensión de la intervención penal lo ostente el individuo y, por tanto, el delito sea concebido sustancialmente como el presupuesto de castigo de aquellos hechos cuya relevancia objetiva representa una efectiva puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos. Por ello, el desvalor de resultado ocupa un lugar preeminente y preponderante en el Derecho penal por encima del desvalor de acción ya que este solo cobra una verdadera significación jurídico-penal mientras se le asocie la creación de riesgos o lesiones de intereses protegidos que vayan vinculados a un desvalor de resultado. Si, en cambio, las propuestas de intervención punitiva tienden a ubicar en el centro de atención al Estado o la sociedad en su conjunto, primando aquellas fundamentaciones basadas en la «voluntad infiel» que el individuo presenta frente a sus deberes para con el pueblo a través del paradigma de la violación del deber, estas deberían desecharse por su irracionalidad. Reflexiones inspiradas en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal...*, cit., pp. 22-24; 52-53.

limitaciones¹⁴⁹¹: solo puede considerarse delito aquel hecho que, según las relaciones sociales que interese proteger en el momento histórico, constituya un desvalor que contraría el orden establecido; y, por otro lado, que el injusto presente una infracción particularmente grave del ordenamiento jurídico frente a la cual otros medios coactivos se muestran insuficientes. Estas ideas, trasladadas a un Estado social y democrático de derecho como el nuestro, se traducen, en un primer momento formal, en la necesidad de cimentar el comportamiento desinformativo correspondiente con un bien jurídico que presente transcendencia constitucional¹⁴⁹². Ahora bien, siempre concebido desde un enfoque de delimitación negativo. Esto significa que aquellos planteamientos referidos a los nuevos castigos de la desinformación no podrán sustentarse en valoraciones éticas o sociales al margen de la Constitución, pero ello no implica, *per se*, un argumento de legitimación de la intervención penal¹⁴⁹³. Será necesario, adicionalmente, un examen material posterior de dichos intereses jurídicos.

6.1.2. Rechazo de tutela de carácter material

Con el propósito de argumentar las posibles vías de legitimación de la intervención penal, las propuestas criminalizadoras parten de una premisa similar común: la desinformación desencadena una ruptura en la aspiración de los ciudadanos y los poderes estatales de conocer la realidad de los acontecimientos dificultando la capacidad de alcanzar acuerdos sobre hechos esenciales para construir una democracia funcional. Esto repercute, fundamentalmente, en dos estadios. Por un lado, el flujo desinformativo interfiere en la libre capacidad de decisión del individuo sobre cuestiones que afectan a

¹⁴⁹¹ Nota 5ª de CÓRDOBA RODA en MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, trad. y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 156.

¹⁴⁹² Criterio que, además, debe atenderse desde una perspectiva supranacional, pues este también constituye el fiel reflejo de la extensión internacional que ha adquirido la Política Criminal de los países de nuestro entorno e incluso de Latinoamérica. Desde este enfoque, por lo tanto, se observa una tendencia común no solo a vincular el desarrollo de las leyes penales en atención a la Constitución, sino también con perspectivas a la protección de los derechos humanos que presentan un carácter de universalidad. Véase, en esta línea, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 81

¹⁴⁹³ De nuevo, esta vez a través de ZAFFARONI, siempre debe tenerse en cuenta que los tipos penales no conminan cualquier comportamiento que afecte un determinado bien jurídico, es decir, no existe una tutela penal integral de cualquier tipo y si así lo hiciera, sería inconstitucional. Exclusivamente prohíbe bajo amenaza de sanción penal algunas conductas que las ofenden. En ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Apuntes sobre el bien jurídico...», cit., p. 26. En consecuencia, los planteamientos de criminalización de la desinformación no deberían quedarse solo en la atención del bien jurídico que puede lesionarse o ponerse en peligro para fundamentarla, sino que esta debe ir acompañada de argumentos asociados a aquellas conductas intolerables de ataques a dichos bienes jurídicos que merezcan de tutela penal.

la organización del territorio. Por el otro, se dificulta considerablemente la posibilidad, por parte de las instituciones públicas, de llevar a cabo respuestas adecuadas frente a amenazas externas e internas generando un riesgo de desconfianza ciudadana ante la acción estatal.

Ante estos peligros, se ha entendido que la desinformación propia de una sociedad digital afecta directamente al derecho a la libertad de información consagrado en el artículo 20.1.d) de la CE. Desde una faceta de protección de la autonomía mental¹⁴⁹⁴, se ha prevalecido así la necesidad de proteger el riesgo de afectación a la toma de decisiones de los individuos. Una corriente cuyo impulso se encuentra vinculado con las profundas transformaciones en el paradigma comunicacional el cual, a su vez, ha facilitado un ejercicio ilimitado e incluso abusivo de las libertades de expresión e información, esencialmente mediante el uso de redes sociales y con la ayuda de la inteligencia artificial¹⁴⁹⁵. No en vano, el TEDH ha advertido como «la posibilidad de que las personas se expresen en Internet constituye un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión», jugando las plataformas digitales «un papel fundamental a la hora de mejorar el acceso del gran público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general»¹⁴⁹⁶.

Estas transformaciones han propiciado la necesidad de reflexionar si las garantías constitucionales derivadas de este derecho de información pueden trasladarse en su plenitud a los nuevos escenarios digitales o, por el contrario, este cambio exige repensar y reescribir tal derecho en aras de garantizar adecuadamente su tutela y, así, contrarrestar el problema de la desinformación en línea¹⁴⁹⁷. En este sentido, de nuevo conviene traer a colación la STC, Pleno nº8/2022, de 27 de enero que afirma que «la doctrina

¹⁴⁹⁴ En este sentido, la relatora especial de promoción del derecho a la libertad de opinión de las Naciones Unidas advirtió sobre la posible afectación de la desinformación a este derecho. Según consta en su informe, la capacidad que ostenta uno mismo de formarse una opinión y desarrollarla mediante el raciocinio es un elemento fundamental de la libertad de opinión. De modo que todo comportamiento que, de algún modo, influye en una persona para que mantenga o no una opinión determinada atenta contra la autonomía mental, la cual debe protegerse. No solo constituye una vulneración de la libertad de opinión el uso de medios claramente coercitivos de castigo, acoso, intimidación o estigmatización de una persona por tener una determinada opinión. También todas aquellas estrategias derivadas de la desinformación por parte de actores estatales y no estatales que acceden a los pensamientos y opiniones de las personas, ofreciendo una manipulación involuntaria o no consentida de los procesos de pensamiento. En IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión...*, cit., párrafos 34-36.

¹⁴⁹⁵ ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 122.

¹⁴⁹⁶ STEDH de 16 de junio de 2015, caso Delfi AS c. Estonia, demanda nº 64569/09, ap. 110 y 133.

¹⁴⁹⁷ Sobre estas reflexiones, véase en profundidad, GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública...», cit., pp. 92-93; 100-101 y ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 132-133.

constitucional elaborada en torno a las libertades de información y expresión contenidas en el art. 20 CE, se proyecta al ejercicio de estos derechos cuando los mismos se encuentran presentes en la comunicación a través de internet», ahora bien, matiza, «no obstante, esa proyección no puede ser automática, y debe tener en cuenta las particularidades que se identifican en la comunicación a través de estos medios y muy concretamente a través de las redes sociales»¹⁴⁹⁸. Efectivamente, estas particularidades han sido puestas de manifiesto en la Carta de Derechos Digitales¹⁴⁹⁹ cuyo propósito no consiste en descubrir o generar nuevos intereses digitales distintos de los derechos fundamentales ya reconocidos, sino adaptar su interpretación a los nuevos conflictos que deben resolverse a propósito de su ejercicio en el entorno digital. En consecuencia, en lo que concierne al derecho a la información veraz, el citado documento menciona toda una serie de actuaciones que garanticen un adecuado ejercicio de este derecho¹⁵⁰⁰, sin que ello signifique la necesidad de alterar su contenido esencial¹⁵⁰¹. Por tanto, coincido con la

¹⁴⁹⁸ STC, Pleno nº8/2022, de 27 de enero, FJ segundo. En especial, señala algunas de las particularidades a tener en cuenta, por un lado, que los usuarios ya pueden desempeñar un papel próximo al que desarrollaban los profesionales de los medios de comunicación tradicionales y cómo estos medios también pueden usar las plataformas mediante las técnicas comunicativas actuales. Y, por el otro, que las obligaciones exigidas a unos y a otros, así como los discursos digitales actuales, incorporan toda una serie de dificultades añadidas para valorar la adecuación constitucional de los límites que se introducen en el ejercicio de las libertades de expresión e información, entorpeciendo, al mismo tiempo, el hecho de poder distinguir el campo de actuación de estos dos derechos que nuestro sistema constitucional sí que diferencia normativamente.

¹⁴⁹⁹ Inspirado en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en la DUDH, este documento que no presenta naturaleza normativa fue elaborado por un equipo de trabajo del Grupo asesor de expertas y expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y aprobado por el Gobierno español en 2021. Su objetivo es el de reconocer los nuevos retos de aplicación e interpretación de algunos de los derechos debido a las transformaciones acontecidas por el nuevo escenario digital, así como proponer políticas relacionadas con estos en dicho contexto.

¹⁵⁰⁰ Entre alguna de estas medidas de adaptación del derecho a la libertad de información en el entorno digital propone que los prestadores de servicios intermediarios, previo informe a los usuarios y destinatarios finales, puedan establecer restricciones en el uso de sus servicios bajo determinadas condiciones (art. 14.4 Carta de Derechos Digitales); asimismo, que estos servicios promuevan protocolos efectivos que garanticen a los usuarios su derecho a recibir información veraz, asegurando la transparencia de la información que en ellos se encuentre mediante herramientas que den a conocer si estos mensajes se han elaborado mediante procesos automatizados (art. 15.2.a), o si han sido priorizadas a través de técnicas de perfilado (art. 15.2.b), o bien si la información tiene carácter publicitario o han sido patrocinadas por un tercero (art. 15.2.c). Junto con ello, se fomentará el establecimiento de mecanismos que hagan posible el ejercicio del derecho a rectificar los contenidos que atenten contra el honor, la intimidad y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, atendiendo a los procedimientos previstos en la legislación reguladora del derecho de rectificación (art. 15.3.a), así como el derecho a oponerse por parte del usuario al uso de técnicas de análisis de estos en el ofrecimiento de informaciones cuando pudiera afectar a las libertades ideológicas, religiosa o de pensamiento (art. 15.3c).

¹⁵⁰¹ En un sentido similar, se ha pronunciado la STC, Pleno nº8/2022, de 27 de enero, FJ tercero al entender que el contenido de estos derechos fundamentales continúa siendo el mismo que en la era analógica, aunque esa identidad de contenido no impida que se tengan en cuenta las particularidades que presentan las redes sociales para valorar cómo los derechos de la personalidad actúan en tanto límites de las libertades de comunicación.

opinión mostrada por BOIX PALOP¹⁵⁰² y PRESNO LINERA¹⁵⁰³ sobre la libertad de expresión, en este caso extrapolada también a la libertad de información, en el sentido de que estas exigencias de adaptación de algunas especificaciones de este derecho por las comunicaciones digitales no alteran en lo sustancial su posición constitucional o su contenido, por lo que las consideraciones sobre la protección de este derecho fundamental a propósito de los comportamientos desinformativos serán idénticas, tanto en sentido afirmativo como negativo, si se reproducen en el escenario analógico como en el digital.

Así entendido, el derecho a la libertad de información, tanto si se ejerce en el escenario físico como mediante el uso de las nuevas tecnologías, no ampara dentro de su contenido un derecho fundamental a no recibir información falsa¹⁵⁰⁴, ni en su faceta activa ni tampoco desde su vertiente pasiva. En consecuencia, en puridad, el objeto de protección que fundamente una propuesta penal de estas conductas nunca podrá ser este interés jurídico. El derecho a la libertad de información no es un derecho de prestación¹⁵⁰⁵, sino que es un derecho de libertad y la veracidad no constituye un elemento conformador de este derecho, sino que su papel es el de exigir y limitar la actuación del que lo ejerce. Estos planteamientos han sido magníficamente desarrollados por SERRA CRISTÓBAL¹⁵⁰⁶. Siguiendo las reflexiones de la autora, por un lado, conviene tener presente que el carácter de «libertad» de este derecho implica que su funcionalidad es la de garantizar que la información sea recibida o pueda accederse a ella sin ningún tipo de limitación arbitraria, pero no que posea un alcance prestacional consistente en el derecho a recibir la información de una determinada calidad. Por su parte, la veracidad no es más que una exigencia del sujeto que ejerce el derecho a informar, cuyo sentido implica el requerimiento de una mínima diligencia que contribuye, de esta manera, a que la información que circule pueda presentar una potencial calidad. Este límite interno pues,

¹⁵⁰² BOIX PALOP, Andrés, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, nº173, 2016, p. 64.

¹⁵⁰³ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La libertad de expresión en Internet...», cit., p. 69.

¹⁵⁰⁴ También defienden esta afirmación SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras...», cit., p. 231; SENTÍ NAVARRO, Carla, «El derecho a recibir información veraz...», cit., p. 8; COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 204 y NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., p. 31.

¹⁵⁰⁵ Así lo afirmó en su STC nº 220/1991, de 25 de noviembre, FJ Cuarto: «el derecho de recibir información veraz que garantiza ese precepto constitucional es un derecho de libertad, que no consiente ser convertido en un derecho de prestación». Y en un sentido bastante similar el TEDH: «la libertad de recibir información (...) no puede interpretarse como una imposición al Estado (...) de obligaciones positivas de obtención y difusión de las informaciones por iniciativa propia». En STEDH de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros c. Italia, demanda nº 116/1996/735/932, ap. 53.

¹⁵⁰⁶ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., pp. 26-27 y 44-45.

no es más que una garantía de una opinión pública libre e informada, lo que supone que «aún no proporcionando a los ciudadanos ningún mecanismo directo para exigir su cumplimiento, sí contiene un mandato de optimización del acceso del público en general a una información diversa y plural, que podrá proyectarse sobre la regulación concreta del ejercicio de las libertades informativas que se adopte»¹⁵⁰⁷.

La protección del derecho de información, especialmente en su vertiente pasiva, supone una limitación sobre aquellas actuaciones de los poderes públicos o de terceros que impidan que los ciudadanos en su conjunto puedan recibir o acceder a la información, teniendo estos la libertad de decidir si aprehender o no tales mensajes. En cambio, de acuerdo con lo apuntado por ESPÍN, más dudoso supone entender que uno de los propósitos de este derecho sea la protección frente a hipotéticas inacciones de los poderes públicos con la finalidad de defender una pluralidad informativa suficiente para una sociedad democrática¹⁵⁰⁸. De ello se deriva que, aquellos que con conocimiento de esa falta de diligencia exigida y con intención de manipular, propagan o difundan mensajes falsos, no lesionan o ponen en peligro el derecho fundamental protegido en el artículo 20.1.d) CE, sino que, en cuanto a que no cumplen con el límite interno de la veracidad, serán manifestaciones que no gozarán de la protección constitucional de dicho derecho, pudiendo legitimarse la necesidad de protección si de esa falta de veracidad se deriva un daño a otro interés jurídico garantizado en la Constitución.

En otras palabras, no cabe invocar ante las conductas desinformativas una vulneración al derecho a la libertad de información ya que la transmisión de un hecho falso no niega ni impide el libre acceso y recepción de la información, pues esta ha fluído libremente¹⁵⁰⁹; lo que se podrá es solicitar la protección de aquellos otros intereses

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*, pp. 44-45. En contra, ESCOBAR ROCA argumenta que el derecho a la libertad de información veraz presenta la estructura de los derechos de prestación al incorporar la pretensión de que el sujeto que recibe la información no le engañen, por lo que cuando un medio de comunicación decide informar en el ejercicio de su libertad de hacer, tiene el deber de realizarlo verazmente. Eso sí, matiza, tal pretensión solo debe exigirse cuando el sujeto informante sea un medio de difusión, es decir, cualquier medio que emita la información a un público indeterminado (tanto las empresas de comunicación, como los profesionales periodista, así como las que informen por un medio de difusión). Por lo que, por mucha capacidad de influencia tenga, un ciudadano que no utilice estos medios de difusión no tendrá esta exigencia ya que, en caso contrario, sería desmesurado exigir a todos los ciudadanos jurídicamente que sean veraces. Véase, ESCOBAR ROCA, Guillermo, «¿Tenemos realmente un derecho a recibir información veraz?», en Aznar, Hugo; Pérez Gabaldón, Marta; Alonso, Elvira y Edo, Aurora (eds.), *El derecho de acceso a los medios de comunicación*, Tirant Humanidades, Valencia, 2018, pp. 98-102.

¹⁵⁰⁸ ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión...», cit., pp. 284-285.

¹⁵⁰⁹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz...», cit., p. 28. Parece que, en idéntico sentido se ha pronunciado ABA-CATOIRA cuando afirma que las noticias falsas son merecedoras de sanción jurídica cuando lesiones bienes jurídicamente protegidos, tras

constitucionales que se hayan visto afectados a propósito de un abuso de los límites del derecho a la libertad de información. Ahora bien, que la protección de conductas no pueda fundamentarse en la tutela a la libertad de información, no significa que este derecho resulte absolutamente irrelevante en el análisis de la desinformación, ya que de él se desprende un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal en esos otros intereses¹⁵¹⁰.

Junto con la libertad de información, el orden público constituye otra de las hipótesis de tutela. En todo caso, examinar esta alternativa requiere partir de una concepción material y no ideal de dicho interés jurídico, pues concuerdo con DE FLAMMINEIS cuando afirma que si se partiera de una concepción excesivamente ideal se correría el riesgo de hacer que la norma perdiera su contenido material e inclinaría la regulación sobre la desinformación hacia aplicaciones distorsionadas proyectadas en visiones éticas o moralizantes de peligro abstracto¹⁵¹¹. No obstante, aun adoptando tal premisa, considero que este no cabe como objeto de protección de los comportamientos objeto de estudio en este trabajo por dos razones esenciales.

La primera de ellas versa directamente sobre problemas ineludibles de seguridad jurídica. En este trabajo se ha aludido a la confusión y la vaguedad del concepto de orden público, también como bien jurídico-penal. No solo existen relevantes discrepancias en cuanto a interés jurídico en abstracto, sino también como un posible elemento de legitimación de los delitos que se encuentran bajo el encuadre del Título XXII. Ni tan siquiera parece suficiente las propuestas de aquellos que entienden que el interés común a todos ellos consiste en la tranquilidad o la paz de las manifestaciones colectivas, o bien en el normal funcionamiento de las instituciones públicas y del mantenimiento de las condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia social. Coincido, en ese sentido, con los inconvenientes planteados por REBOLLO VARGAS y COLOMER BEA, expuestos anteriormente¹⁵¹², en que no dejan de ser propuestas interpretativas formales que emplean términos sumamente abstractos, abiertos y que

el pertinente juicio de proporcionalidad, por el abuso de la libertad de información que, en estos casos, no los puede amparar. En ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., pp. 131-132.

¹⁵¹⁰ A propósito del derecho a la Libertad de información como límite interpretativo sobre una expansión penal en relación con la protección de otras libertades, véase, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión...», cit., p. 16.

¹⁵¹¹ DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi...», cit., p. 146.

¹⁵¹² Véase epígrafe 3.2.2. El orden público del presente capítulo.

requieren restringir su alcance a otros intereses para que el bien jurídico sirva como un verdadero principio de limitación frente al poder de castigar del Estado.

Resulta muy peligroso legitimar el castigo de la desinformación sobre los riesgos que a esta se le asocian sobre un contenido tan controvertido y especulativo que continúe alimentando, ya en una sociedad digital, al proceso de sobrecriminalización de los delitos de expresión en el que nos hallamos inmersos. En otras palabras, de nuevo el orden público, ahora reconvertido en orden público 2.0, alentado por las demandas sociales en reclamo de protección de una inseguridad injustificada puede servir de excusa al legislador para restringir derechos y libertades de los ciudadanos¹⁵¹³, especialmente aquellos derivados de la libre comunicación de ideas e informaciones. No parece oportuno sustentar las propuestas de intervención penal sobre un fenómeno cuyo contenido es ya de por sí tan controvertido y difuso, en atención a un bien jurídico con un alcance, si cabe, más confuso todavía. No creo que el camino sea combatir esa aparente inseguridad que se dice que genera la desinformación en línea con más inseguridad en la aplicación del castigo de estos comportamientos.

Frente a esto, podría argumentarse que la propuesta de criminalización del fenómeno puede concretarse tomando como referencia un ilícito ya previsto en nuestro texto punitivo que se sustente en la protección del orden público para así minimizar los inconvenientes derivados de la inseguridad jurídica. Si se analizan, en profundidad, las alternativas planteadas sobre este ámbito de tutela, tienen en común considerar que la desinformación *online* genera un influjo psíquico en la percepción de los ciudadanos, alterando su autonomía decisoria que genera, como consecuencia, reacciones peligrosas materializadas en la causación de desórdenes públicos. Tales vías de argumentación, trasladadas a nuestro ordenamiento jurídico-penal, recuerdan al delito de difusión pública de opiniones incitadoras a la comisión de desórdenes públicos agravados del antiguo

¹⁵¹³ En esta línea, las plataformas digitales se han conformado como un nuevo espacio de control social reconocido por el legislador penal español a través de un proceso de sobrecriminalización de los delitos de expresión reflejado en algunos tipos penales como el enaltecimiento de terrorismo y humillación a las víctimas (art. 578.2 CP), el delito de incitación al odio (art. 510.3 CP) e incluso, indirectamente, el ya derogado delito de difusión pública de opiniones incitadoras a la comisión de delitos de desórdenes públicos agravados (antiguo art. 559 CP). Ilícitos penales que constituyen el claro ejemplo de esa tendencia legislativa de restricción de derechos a la libertad de expresión e información caracterizada, asimismo, por el uso extensivo de los delitos de opinión que puedan resultar contrarios a el concepto securitario de orden público y, en consecuencia, plantea importantes dudas sobre el respeto de las garantías básicas que sustentan la intervención penal. Véase, al respecto, CORRECHER MIRA, Jorge, «¿Los delitos de opinión como alteración...?», cit., p. 483.

artículo 559 CP¹⁵¹⁴ derogado por la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Ilícito cuya supresión ha merecido una innegable valoración positiva¹⁵¹⁵ debido al excesivo adelantamiento de las barreras de intervención penal que suponía su regulación¹⁵¹⁶, así como su ausencia de lesividad significativa que pudiera justificar las posibles limitaciones a la expresión de opiniones.

La segunda de las objeciones de rechazo, desde un punto de vista material, versa sobre la ausencia de vinculación entre ese riesgo que se asocia a la desinformación y el bien jurídico que debería ponerse en peligro o lesionarse. Se ha señalado que estas propuestas utilizan como base el hecho de que la desinformación en redes sociales afecta al pensamiento de un grupo indeterminado de personas, las cuales pueden llegar a ocupar los espacios públicos y alterar el funcionamiento de las instituciones públicas. Ciertamente, estas ideas recuerdan a algún caso mediático aislado como es el del «Asalto al Capitolio» en EEUU en 2021¹⁵¹⁷. No obstante, al margen de los problemas de

¹⁵¹⁴ Art. 559 CP introducido por la LO 1/2015 rezaba: «La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año».

¹⁵¹⁵ En este sentido, véase, CUERDA ARNAU, María Luisa, «Delitos contra el orden...», cit., p. 885. Asimismo, resulta interesante el breve comentario de COLOMER BEA sobre la proposición de ley que se materializó, finalmente en la LO 14/2022. Sobre el ilícito que nos ocupa, para este autor su derogación constituía un cambio a mejor puesto que plateaba múltiples problemas de ofensividad y de colisión con la libertad de expresión. Cfr., COLOMER BEA, David, «Comentario sucinto sobre la reciente propuesta de reforma de los delitos contra el orden público», *Diario La Ley*, nº 10176, 2022, p. 3.

¹⁵¹⁶ Al respecto, se ha argumentado y con razón que el comportamiento contemplado en el art. 559 implicaba una tipificación de actos preparatorios que se elevaban a la categoría de delito. Y, concretamente, en la modalidad de incitación a cometer desórdenes agravados se asimilaba a la provocación constituyendo tentativas de inducción colectivas. Todo ello suponía un adelantamiento de las barreras de intervención penal injustificado cuya consecuencia derivada podría ser el riesgo de desaliento de las libertades de expresión. En ALONSO RIMO, Alberto, «Orden público y adelantamiento de la línea de defensa penal. A propósito de la reforma de los delitos de desórdenes públicos», en CUERDA ARNAU, María Luisa y García Amado, Juan Antonio (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 96 y 103. Precepto criticado a su vez por la ausencia de lesividad y de proporcionalidad al castigar como delitos autónomos meros actos de preparación que no requieren un principio de ejecución de las conductas de desórdenes agravados, sino que, al mismo tiempo, tampoco exigían tan siquiera que el emisor del mensaje estuviera determinado a cometer tales desórdenes agravados. En CORRECHER MIRA, Jorge, «¿Los delitos de opinión como alteración...?», pp. 503-504.

¹⁵¹⁷ Estos hechos acontecieron el 6 de enero de 2021, con posterioridad a que Trump perdiera las elecciones de EEUU. Durante las semanas previas al resultado electoral, a través de su cuenta de X (por entonces denominada *Twitter*), Trump estuvo difundiendo mensajes falsos en los que sembraba la idea de que las elecciones habían sido amañadas. Mediante sucesivos tuits, divulgaba la idea de que había logrado una victoria abrumadora, pero los poderes establecidos se la habían arrebatado. La repercusión de estos mensajes fue tal que se crearon grupos en las plataformas digitales como el de «Stop the Steal» el cual se convirtió en uno de los que ha experimentado un crecimiento más rápido en la historia de *Facebook*. Dentro de este grupo se publicaron las denuncias, nunca probadas, de un supuesto fraude electoral masivo, junto con numerosas afirmaciones falsas de aparición de votos de personas fallecidas y de alteración de las máquinas de votación para atribuirle a Biden los votos que le correspondían a Trump. Todo ello ocasionó una transformación en la percepción colectiva de millones de ciudadanos por la difusión en redes sociales de datos absolutamente falsos que desembocaron en una manifestación violenta en Washington el 12 de

causalidad que suscitaría este tipo de regulación en relación con estos hechos, en realidad estos no son precisamente los que han dado pie a la alarma social vinculada con la desinformación en línea, ya que esta, como se ha indicado, se asocia más estrechamente a la alteración del pluralismo político y a la afectación directa de la confianza de las instituciones públicas, especialmente incidiendo en los procesos electorales. En este sentido, se puede traer a colación numerosos casos mediáticos como el Brexit, las elecciones norteamericanas de 2016, el referéndum catalán de 2017 o, por ejemplo, los enunciados en el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2023¹⁵¹⁸: campañas de desinformación por parte de organismos Rusos para introducir en el debate público dudas sobre la pertenencia de España a la OTAN; tratar de difundir una imagen distorsionada de la migración en el Mediterráneo, así como de la situación en Ceuta y Melilla; la diseminación de discursos antiespañoles a través de las plataformas digitales en América Latina durante el 12 de octubre utilizando *bots* para emitir mensajes contrarios a España y su historia; o el notable incremento de narrativas antioccidentales y antieuropeas mediante estrategias desinformativas en el contexto de la guerra de Ucrania y del conflicto en la franja de Gaza. Desde este punto de vista, no parece que el orden público, concretado en el legítimo uso de los espacios públicos como normal desarrollo de los servicios públicos, o bien como la libertad de disfrutar de un espacio público por una pluralidad indeterminada de personas, tal y como se ha concretado en el caso de los desórdenes públicos que es donde se enmarcaría la conducta, sea el bien jurídico que quedaría puesto en peligro o lesionado por estas conductas desinformativas.

6.1.3. Intereses afectados materialmente por la desinformación en línea

En realidad, tal y como se ha ido desarrollando en esta última parte de la investigación, las preocupaciones sociales surgidas a propósito de la desinformación en línea pueden clasificarse en dos vertientes. Desde una perspectiva individual, adquiere un

diciembre de 2020. Finalmente, esta crispación generada por las sucesivas manipulaciones alcanzó su punto álgido en el asalto al Capitolio en el que partidarios de Trump irrumpieron en la sede del Congreso ocupando el edificio durante varias horas. En consecuencia, las plataformas *Twitter*, *Facebook* y *Youtube* eliminaron algunos de los contenidos emitidos en sus plataformas por violar las políticas de desinformación electoral y haber contribuido a ocasionar un riesgo de violencia continuada.

¹⁵¹⁸ Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2023*, pp. 1-282. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2023> fecha de consulta: 2-11-2024, pp. 101-102.

protagonismo nuclear el proceso electoral y, más concretamente, la interferencia sobre la libertad de decisión de los ciudadanos y, con ello, de la participación en los asuntos públicos: a través de mecanismos directos o a través de mecanismos indirectos en los procesos de elección de los representantes. En esta última aproximación, bien intercediendo en la capacidad de elegir de un modo libre (vertiente activa), bien en la capacidad de ser elegido en condiciones de igualdad (vertiente pasiva). Todo ello revela, pues, la afectación de alguna de las dimensiones que integra el derecho de participación política consagrado en el artículo 23 CE.

Que ello es una de las principales cuestiones que preocupan a la UE es algo indiscutible. Solo basta acudir a las introducciones, preámbulos o considerandos iniciales de los distintos instrumentos y documentos que han ido presentando para observar que la alteración del proceso electoral es una de las amenazas que más se atribuyen al fenómeno de la desinformación en línea. Por ejemplo, el «Plan de acción contra la desinformación» aborda expresamente como uno de los perjuicios que se derivan directamente de la desinformación en línea «las amenazas a los procesos democráticos»¹⁵¹⁹. En ese sentido, entienden que la proliferación de aquella permite comprender un crecimiento en el cuestionamiento sobre el desarrollo de procesos políticos de un modo libre y limpio en las sociedades democráticas abiertas. Tal es el grado de desasosiego, que se ha entendido que los efectos negativos relativos a los procesos electorales constituyen un riesgo sistémico propio de una sociedad digital sobre los cuales hay que actuar con urgencia¹⁵²⁰, en parte derivado de los rápidos avances tecnológicos en manipulación que puede suponer el desarrollo de sistemas de IA¹⁵²¹.

De hecho, el primer párrafo de este documento al establecer cuál es su objeto o razón de ser expresa:

«Nuestras sociedades democráticas abiertas dependen de la capacidad de los ciudadanos para acceder a una información variada y verificable que les permita formarse una opinión sobre diferentes cuestiones políticas. De este modo, los ciudadanos pueden participar con conocimiento de causa en los debates públicos y expresar su voluntad mediante procesos políticos libres y limpios. Estos procesos democráticos se ven cada vez más cuestionados por la propagación deliberada, a gran escala y sistemática de desinformación». Y es más, alude con claridad que el objetivo de la comunicación se centra «con vistas a las elecciones al Parlamento Europeo de 2019 y a más de 50 elecciones presidenciales, nacionales, locales o regionales que se celebrarán en los Estados miembros de aquí a 2020, es urgente intensificar los esfuerzos para garantizar unos procesos democráticos libres y limpios» (p. 3). Comisión Europea, «Plan de Acción contra la Desinformación...», cit., pp. 1-3.

¹⁵²⁰ Sobre este particular, la DSA, por ejemplo, califica «los efectos negativos reales o previsibles sobre los procesos democráticos, el discurso cívico y los procesos electorales» como una de las cuatro categorías esenciales de los riesgos sistémicos a los que estamos sometidos en su considerando 82.

¹⁵²¹ No en vano el Reglamento de IA de la UE advierte que «Los modelos de IA de uso general pueden plantear riesgos sistémicos, por ejemplo, (...) cualquier efecto negativo real o razonablemente previsible sobre los procesos democráticos» en su considerando 110.

Al mismo tiempo, la integridad de los procesos electorales ha sido otra constante que refleja la atribución material del peligro de las estrategias de desinformación sobre los derechos de participación política. En particular, en el comunicado de la Comisión europea «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», cuando aborda el alcance de la desinformación resalta el peligro que esta representa contra los procesos democráticos políticos y, en especial, las posibilidades de garantizar la integridad de los procesos electorales¹⁵²². También, de nuevo, en el «Plan de Acción para la democracia Europea de 2020» al plantear que uno de los grandes desafíos en crecimiento exponencial ha sido la difusión de noticias falsas para manipular a los votantes con el propósito de amenazar la integridad del proceso electoral¹⁵²³. En consecuencia, no es en absoluto descabellado vincular, desde una perspectiva material, el riesgo de afectación de los derechos de participación política en la medida en que la desinformación también impide o dificulta la existencia de todas aquellas condiciones que permiten un ejercicio efectivo del derecho como pueden ser las posibilidades reales de competir en condiciones de igualdad por los cargos públicos electivos, la transparencia en los resultados electorales o, incluso, el hecho de garantizar un adecuado acceso a la información que permita a los votantes llevar a cabo una decisión formada y completamente libre.

Por otro lado, la insistencia desde instancias europeas en regular la publicidad política como estrategia principal para contrarrestar la desinformación, puede ser otro aspecto importante a tener en cuenta. El mal uso de las campañas políticas a través de la

¹⁵²² Así, en su introducción se declara expresamente: «[L]a exposición de los ciudadanos a una desinformación a gran escala, que incluye información engañosa o completamente falsa, representa un gran reto para Europa. Nuestras sociedades democráticas abiertas dependen de debates públicos que permiten que los ciudadanos bien informados expresen su voluntad mediante procesos políticos libres y justos. (...) varios Estados miembros están estudiando posibles medidas para proteger la integridad de los procesos electorales contra la desinformación en línea». Con mayor claridad cuando aborda el alcance de la desinformación en línea indica: «[E]l perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas». En Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo...». Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo...», cit., pp. 1-4.

¹⁵²³ Más concretamente, en estos términos: «[L]a integridad de las elecciones se ha visto amenazada, el entorno en el que se mueven los periodistas y la sociedad civil se ha deteriorado, y se han observado esfuerzos concertados para difundir informaciones falsas y engañosas y manipular a los votantes, incluso con intervención de actores extranjeros». Cuando aborda la transformación digital sobre las democracias europeas continúa: «el rápido crecimiento de las campañas en línea y de las plataformas en línea también ha dejado a la vista nuevas vulnerabilidades y ha hecho más difícil mantener la integridad de las elecciones, garantizar unos medios libres y plurales y proteger al proceso democrático frente a la desinformación y otros tipos de manipulación». Comisión Europea, «Plan de Acción para la Democracia Europea...», cit., pp. 1-2.

emisión de anuncios que ocultan su verdadera naturaleza, junto con la elaboración de técnicas de segmentación para que estos lleguen a los destinatarios adecuados, se ha percibido como uno de los mecanismos desinformativos más peligrosos, hecho que respalda la estrecha vinculación entre esta y los riesgos en la libertad e igualdad en la participación política. Afirmación que ya quedaba clara con el Código de Buenas Prácticas reforzado sobre desinformación de 2022¹⁵²⁴ y con la DSA¹⁵²⁵, pero que, definitivamente, ya no muestra un ápice de dudas, con la reciente regulación del Reglamento UE sobre transparencia y segmentación en la publicidad política¹⁵²⁶.

También un análisis sobre el tratamiento nacional de la desinformación nos conduce a conclusiones similares. La examinada Proposición no de Ley relativa al impulso de medidas para garantizar la veracidad de las informaciones precisamente ya instaba al Gobierno a promover la colaboración internacional contra la desinformación para proteger escenarios sensibles como los procesos electorales democráticos. Por otro lado, que justamente el Gobierno, en marzo de 2019, activara la unidad contra la desinformación ante las elecciones del 28 de abril de 2019 es un claro indicativo de las preocupaciones nacionales que se suscita a propósito de la desinformación en relación con la integridad del proceso electoral. Asimismo, en la presentación de la Orden PCM/541/2022, de 10 de junio, se justifica la creación del Foro contra las campañas de desinformación entre otras razones porque esta supone «una grave amenaza para los procesos electorales». Y, finalmente, el reciente Plan de Acción por la Democracia en su introducción justifica su pertinencia debido a que aquellas «[c]uestiones que sustentan

¹⁵²⁴ Ya en el preámbulo del citado Código, los signatarios reconocen que la desinformación es un gran desafío para las democracias europeas ya que estas dependen de que los debates públicos los ciudadanos deben estar bien informados para poder expresar adecuadamente su voluntad a través de procesos políticos libres. Pero lo más importante a resaltar es el hecho de que uno de los bloques emblemáticos del Código es el de abordar la manipulación electoral y política contemplando toda una serie de medidas relativas al tratamiento de la publicidad política en los compromisos cuatro, cinco, seis y siete.

¹⁵²⁵ La DSA en su considerando 95 afirma: «Los sistemas publicitarios utilizados por las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño entrañan especiales riesgos (...) por ejemplo en relación con anuncios ilícitos o técnicas manipulativas y desinformación con efectos negativos reales y previsibles para (...) la participación política».

¹⁵²⁶ Quizás el punto más interesante al respecto sea el considerando 4 de dicho reglamento. En él, partiendo de la premisa de que la publicidad política puede ser un vector de desinformación cuando oculta la naturaleza política o responde a una técnica de segmentación, afirma que es imprescindible regularla ya que, entre otras razones «es necesario un nivel elevado de transparencia para propiciar un debate político y unas campañas políticas abiertos y justos, y elecciones o referendos libres y justos, así como para contrarrestar la manipulación de la información y las injerencias ilícitas, también las procedentes de terceros países».

la democracia como la calidad de la información, así como el libre desempeño de los derechos políticos requieren de actuaciones urgentes para preservarlos y fortalecerlos».

Con todo, parece obvio, tanto a propósito de un análisis europeo como propiamente estatal, que uno de los intereses jurídicos que materialmente se ven afectados por el uso de estrategias de desinformación es el derecho de participación política¹⁵²⁷.

Ahora bien, desde una perspectiva colectiva, las demandas punitivas relacionadas con la desinformación pueden relacionarse con otros intereses en juego. Sobre todo si se dota de un mayor énfasis a la protección de las instituciones del Estado y a los posibles riesgos de desestabilización de aquellos mecanismos que permitan hacer frente a posibles amenazas internas o externas por parte de agentes estatales o no estatales. A propósito de este punto de vista, atender a la soberanía e independencia del Estado puede ser una vía de argumentación plausible.

Tras el análisis expuesto en este trabajo se ha concluido que en el Título XXIII de nuestro actual texto punitivo se protege la seguridad del Estado en un sentido político, es decir, de estabilidad de las instituciones políticas como una aspiración de perdurabilidad en el tiempo, llevándose a cabo las transformaciones que en ellas sean precisas mediante los cauces legales preestablecidos para ello. Asimismo, esta seguridad del Estado incide, necesariamente, en la protección de la soberanía nacional (artículo 1.2 CE) consistente en un bien jurídico supraindividual que abarca los intereses vitales del Estado en el desarrollo de su existencia y la ausencia de conflictos internacionales. Interés jurídico que, concretándolo en los delitos que atañen a la independencia del Estado, como manifestación de esa soberanía, abarca aquellas conductas que incrementen el riesgo de subordinar la autonomía política de un territorio a los dictados de otro Estado u organización.

¹⁵²⁷ Dentro de sus reflexiones *de lege ferenda* sobre el castigo de la desinformación, ROMEO CASABONA tampoco descarta la introducción de un tipo penal al respecto. En su opinión, debido a la relevancia que presentan los delitos electorales y su relación tan estrecha con el fenómeno de la desinformación, tal vez sería interesante plantearse la conveniencia de introducir algún delito de estas características sobre la desinformación del proceso electoral valiéndose de las nuevas tecnologías. Aunque el autor matiza que en dicha investigación no es uno de los objetivos proponer una respuesta concreta, sí que aclara que habría que limitar tales propuestas de criminalización a los hechos delictivos cometidos en el propio país dentro del contexto de un proceso electoral. En ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio...», cit., pp. 216-217.

En cierto modo, sí que parece que determinadas estrategias coordinadas de manipulación inciden en este bien jurídico supraindividual no tanto como un posible riesgo de surgimiento de conflictos armados, que la realidad muestra que no se ha llegado a tal repercusión, pero sí como mecanismo de afectación a la autonomía política de un país, viéndose, en algunos aspectos, sometida a las manipulaciones dictadas por terceros. Esto se observa, de nuevo desde una óptica colectiva, en la incidencia que pueden llegar a alcanzar como parte de amenazas híbridas en las que, junto a los ciberataques, tratan de explotar las vulnerabilidades de los Estados y sus instituciones, intercediendo en momentos de crisis¹⁵²⁸, con el propósito de generar polarización o desestabilización política, social o económica en favor de unos intereses geopolíticos concretos.

Ya desde el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2019¹⁵²⁹ se ha venido advirtiendo el papel que han adquirido las campañas de desinformación en línea en los últimos años con el propósito de interferir sobre los asuntos internos de terceros países con fines de desestabilización social y política, haciendo hincapié en los procesos electorales. Alerta que ha sido reiterada en informes posteriores¹⁵³⁰ en los que se ha señalado que dicha desestabilización persigue una deslegitimación y descrédito de las instituciones, así como del sistema democrático. Hasta tal punto que, según el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2021¹⁵³¹, las campañas de desinformación han ocupado el segundo puesto, por detrás de la vulnerabilidad del ciberespacio, en el ranking de grado de preocupación de deterioro para la seguridad del Estado, concibiéndose, a su vez, como la amenaza con mayor probabilidad de manifestarse hasta, al menos, 2026. Una preocupación que en este último año no solo no ha cesado, sino más bien se ha incrementado considerablemente a propósito del desarrollo de la IA y del uso de los *deepfakes*. En este sentido, el Informe Anual de Seguridad Nacional de 2023¹⁵³² resalta

¹⁵²⁸ Piénsese en situaciones de crisis sanitaria como la pandemia del covid-19, de crisis económica o incluso en períodos electorales. Tal y como se advierte en la Estrategia Nacional de Ciberseguridad de 2019 las campañas de desinformación pueden influir en la opinión pública en contra de objetivos tan variados como organizaciones internacionales, Estados, iniciativas políticas concretas, personajes públicos o incluso el conjunto del proceso electoral. Departamento de Seguridad Nacional, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad...*, cit., p. 27.

¹⁵²⁹ Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2019*, cit., p. 70.

¹⁵³⁰ Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2020*, cit., pp. 105-106.

¹⁵³¹ Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2021*, Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2021>, pp. 13, 277, 280, 284 [fecha de consulta: 2-11-2024]

¹⁵³² Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2023*, cit., p. 104. Cabe decir que ya en el informe de 2021 se advirtió de la

la facilidad con la que, a través de estas nuevas tecnologías, cualquiera puede elaborar una estrategia de desinformación absolutamente sofisticada, lo que dificulta enormemente la detección del contenido desinformativo (ya no solo se atribuyen a orígenes estatales o de entidades bien organizadas, sino a cualquier usuario), así como la moderación de contenidos por parte de las plataformas digitales.

Las anteriores consideraciones respaldan la categorización de este fenómeno como una amenaza sistémica para desestabilizar a los Estados, especialmente en situaciones de gran relevancia social como lo son las crisis sanitarias, los conflictos bélicos o los procesos electorales. En el informe sobre «Desinformación en la era digital: una amenaza compleja para las democracias» de 2023 se destaca, de hecho, entre los objetivos que se persiguen con este tipo de estrategias de desinformación, las finalidades geopolíticas consistentes en «desestabilizar la democracia o provocar una reacción desproporcionada que cuestione el carácter democrático del país o su prestigio internacional, así como generar división e incertidumbre en torno a temas de relevancia social, entre otros. Se trata así de moldear unos nuevos valores sociales que puedan subvertir los fundamentos de las sociedades democráticas»¹⁵³³.

Este cuestionamiento del carácter democrático de un territorio mediante el uso de la desinformación no solo incide, como se había señalado previamente, en el derecho de participación política, sino también en la propia seguridad y soberanía del Estado. En atención a esa perspectiva colectiva, tal y como ha puntualizado el Foro Económico Mundial en 2024¹⁵³⁴, la presencia de desinformación en los procesos electorales resulta idónea como herramienta de desestabilización grave de la legitimidad real y percibida de los gobiernos recién elegidos. Progresivamente, asistimos a un momento en el que el contenido que se genera a través de la IA es cada vez más difícil de distinguir que el que genera un usuario, incluso para las personas con alfabetización digital y para los mecanismos de detección. Por consiguiente, las campañas desinformativas van

posibilidad de que el uso de las técnicas *deepfakes*, por entonces mucho menos desarrolladas, podrían utilizarse en un futuro para cometer acciones de desinformación en el marco de estrategias híbridas. Dicha previsión, como se ha señalado, se ha convertido en una realidad que es preciso abordar. Véase, Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2021*, cit., p. 98.

¹⁵³³ Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, «Desinformación en la era digital...», cit., p. 6.

¹⁵³⁴ Foro Económico Mundial, *Informe de riesgos globales de 2024*, 2024, Suiza. Disponible en: <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>. Fecha de consulta: 4-11-2024, p. 19.

adquiriendo un grado de amenaza mayor en la sociedad digital en relación con el cuestionamiento de la legitimidad de las elecciones que, en casos extremos, podría suponer una confrontación civil que se extienda a relevantes conflictos internos hasta llegar a alcanzar el colapso del Estado.

Pese a tales riesgos advertidos, sin embargo, no comparto la opinión de tomar como base de una posible regulación el delito de derrotismo del artículo 594 del Código penal. Por el contrario, entiendo que convendrá, en su caso, alejarse de la estructura de dicho ilícito en la medida en que resalta por su palmaria inconstitucionalidad¹⁵³⁵. Esta idea se fundamenta en la infracción que supone, por un lado, del principio de legalidad en relación con el mandato de certeza, ya que está conformado por una serie de cláusulas y elementos subjetivos de imposible determinación y, por el otro lado, en relación con el principio de intervención mínima, por el excesivo alejamiento del peligro que la conducta representa para el bien jurídico protegido. Al mismo tiempo, tal rechazo se deriva de la conveniencia de no rescatar viejas concepciones estatales a través de las cuales, mediante una supuesta defensa propagandística en contra del Estado se pretendía salvaguardar la autoridad y garantizar el orden interno como ocurrió con la Ley de seguridad de 1941 que introdujo el citado delito.

Desde luego, el enfoque no debería pasar por tales consideraciones. No obstante, las reflexiones surgidas a propósito de un encaje del castigo de la desinformación en línea como amenaza híbrida suscitan una idea interesante: gran parte de los preceptos contemplados en el Título XXIII del texto punitivo se caracterizan por un absoluto anacronismo que llega a un punto insostenible. Acogiendo los argumentos de AYALA GARCÍA¹⁵³⁶, la mayoría de dichos delitos han quedado al margen del proceso renovador en la legislación impulsado por las continuas reformas internacionales, tecnológicas y geoestratégicas, dejando de lado modalidades propias de una sociedad digital como son las nuevas formas de intervención tecnológica entre las que se encuentran las ciberguerras, el ciberespionaje o la propia desinformación en línea. Tal vez resulte conveniente al legislador repasar el conjunto de tipologías de este Título para eliminar

¹⁵³⁵ Así lo ha considerado parte de la doctrina como PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «De los delitos de traición y contra la paz...», cit., pp. 930-931; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz...», cit., p. 409 y GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «Delitos que comprometen la paz...», 2024, cit., p. 1970.

¹⁵³⁶ AYALA GARCÍA, Juan Mateo, «Delitos de traición...», cit., p. 365.

aquellas conductas que son de casi imposible comisión porque obedecen a concepciones militares y relaciones internacionales ancladas en el pasado.

En suma, en realidad, las preocupaciones institucionales sobre el fenómeno de la desinformación y el debate político-criminal candente se encuentra estrechamente relacionado con la modalidad de desinformación política a la que se ha aludido en esta investigación. Si bien la desinformación desde una perspectiva más amplia puede afectar a diferentes bienes jurídicos de índole muy distinta, estrictamente, la necesidad de regular el fenómeno está vinculada con aquella manifestación de la desinformación dirigida a influir en la opinión pública sobre aquellas cuestiones relacionadas con la gestión de un Estado. Y, a partir de este punto de vista, se observa cómo los bienes jurídicos que pueden verse afectados podrían ser el derecho de participación (vertiente individual) o bien la soberanía e independencia del Estado (vertiente supraindividual).

6.2. La inoperancia del castigo penal de la desinformación en línea

6.2.1. Inoperancia derivada de un uso injustificado del Derecho penal

Admitida la presencia de intereses jurídicos de relevancia constitucional que pueden verse afectados a propósito de la desinformación en línea, es momento de abordar el segundo criterio de valoración, a saber, la intensidad del ataque y la insuficiencia de los otros medios distintos al punitivo de los que dispone el ordenamiento jurídico. En otras palabras, reiterando la premisa que ha guiado esta última parte de la investigación: el análisis político criminal del fenómeno no se agota meramente en su aproximación formal, sino que constituye un paso ineludible su acercamiento desde la perspectiva material.

Como se ha tenido ocasión de observar transversalmente a lo largo del presente trabajo, el proceso de expansión penal que ya a principios del presente siglo describía SILVA SÁNCHEZ por el que, entre otras cuestiones, se ha producido una clara flexibilización de los principios político-criminales¹⁵³⁷, no ha cesado en absoluto. Ante esta realidad, todavía continua vigente el debate iniciado con ocasión de la sociedad del riesgo acerca de la posición que debe ocupar el Derecho penal. De la clásica dualidad que

¹⁵³⁷ En sus últimas ediciones véase, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*, 3ª ed., cit., pp. 131-132.

se desprendía ya por entonces, sobre si este debiera flexibilizarse y modernizarse o bien mantener su estructura clásica y rígida¹⁵³⁸, lo más sensato parece ser decantarse por una alternativa intermedia, con mayor razón en una sociedad digital. Una corriente que, partiendo del presupuesto de la palpable transformación en la configuración social que el Derecho penal no puede desatender, las garantías básicas de esta rama del ordenamiento jurídico constituyen las sólidas vigas que lo sustenta y, por ello, son intocables¹⁵³⁹. En otras palabras, pueden existir espacios razonables de expansión y de adaptación a la nueva realidad digital, pero no caben espacios de expansión irrazonable que se producen cuando se ataca directamente contra esas vigas.

Lamentablemente, la realidad político-criminal de nuestro país no es esa y todavía se trata de una tarea pendiente. Quizás por ello no le falta razón a QUINTERO OLIVARES cuando señala que el principio de intervención mínima como límite es un mito¹⁵⁴⁰. Basta acudir rápidamente al texto punitivo para percatarse de ello: gran cantidad de delitos innecesarios; problemas sociales cuya única solución queda atendida en el Código penal, como si otras ramas del ordenamiento no tuvieran nada que aportar o decir; excesiva duración de la mayoría de las penas privativas de libertad, etc. Por eso, adquiere especial relevancia insistir en aquellos principios que restringen la actividad punitiva, en

¹⁵³⁸ Sobre esta cuestión, resulta muy interesante el trabajo llevado a cabo en JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo...», cit., *passim*. En él se analizan lo que la autora denomina «tendencia de resistencia a la modernización o resistencia garantista» y «tendencia modernizadora».

¹⁵³⁹ Ante los avances de la sociedad del riesgo, ya Díez Ripollés interpellaba en sus estudios la necesidad de corregir aquellos planteamientos doctrinales que, con afán de justificar la modernización del Derecho penal, se servían de justificaciones político-criminales ajenos a él. En Díez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo...», cit., p. 33. De modo que han surgido voces que, con el avance tecnológico, han enfatizado la exigencia de retomar las posturas integradoras de los principios esenciales que restrinjan adecuadamente la intervención penal. Véase, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012, pp. 56 y 74. Todo ello en aras de recordar que, pese a los incrementos constantes de nuevos riesgos, no debe olvidarse la búsqueda de un equilibrio que permita que el Derecho penal ocupe el lugar que le corresponde, es decir, que intervenga solo cuando sea absolutamente imprescindible para proteger a la sociedad y a sus miembros, lo que, indudablemente, exige un absoluto respeto de las garantías penales básicas. Cfr., JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo...», cit., p. 21.

¹⁵⁴⁰ Interesantes reflexiones sobre ello se derivan de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Mitos y modas...», cit., pp. 37 y 38. Una idea que se respalda con el hecho de que el Derecho penal actual sea más amplio y más severo que aquel que caracterizaba a las fases preconstitucionales. En BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 193. Igualmente, NÚÑEZ CASTAÑO al afirmar que el principio de intervención mínima está «claramente en crisis» e incluso «en vías de desaparición». Ideas que se desprende, según la autora, por el hecho, por un lado, de usar el Derecho penal en los casos en los que no se logra una solución racional del conflicto y, por el otro, debido al período de hipertrofia legislativa en el que la elaboración de leyes penales se caracteriza por la ausencia de criterios utilitarios. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales...», cit., pp. 181-182.

especial el de fragmentariedad y subsidiariedad, cuyo respeto es más necesario que nunca¹⁵⁴¹.

Y el fenómeno de la desinformación difundida a través de las plataformas digitales no es ninguna excepción. A estas alturas, abogar por argumentos que rechazan una política criminal proclive a introducir en nuestro texto punitivo un nuevo tipo penal relacionado con la desinformación en línea pudiera parecer superfluo, pues tanto el enfoque europeo como el de nuestro país sitúan el instrumento punitivo al margen de la batalla. No obstante, la tendencia cada vez más restrictiva que, en los últimos cuatro años, se revela en ambos espacios regulatorios (supranacional y nacional), junto con la proliferación de trabajos que formulan propuestas criminalizadoras, debe servirnos de alerta para no frenar en este empeño.

El Derecho penal, como ya es de sobra conocido, no tutela en su totalidad todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que se consideran más relevantes para la sociedad y tan solo protege una parte de estos, unas porciones de ataque muy concretas, las más intolerables¹⁵⁴². De ahí se deriva la naturaleza «fragmentaria» de esta rama del ordenamiento jurídico o, mejor dicho, la doble fragmentariedad que debe guiar la reacción punitiva¹⁵⁴³. Desde esta óptica, la cuestión que debe abordarse es: ¿la desinformación en línea constituye una de las formas de ataque más intolerables frente a los derechos de participación política de los ciudadanos y frente a la seguridad y soberanía del Estado?

Las dudas comienzan a brotar ya desde un comienzo. En primer lugar, señala con acierto DE LA MATA BARRANCO que, en la gran mayoría de las ocasiones, los contenidos desinformativos en línea son inocuos por lo que el Derecho penal tiene poco margen de intervención¹⁵⁴⁴. Esto no significa que no existan estrategias de

¹⁵⁴¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Expansión del Derecho penal...», cit., p. 56. Efectivamente, asistimos a un período político-criminal de expansión e intensificación del Derecho penal en el que se desvirtúan sus principios inspiradores en aras de alcanzar una supuesta seguridad absoluta. Cfr., NUÑEZ CASTAÑO, Elena, «Política criminal y Estado de Derecho...», cit., pp. 49-50.

¹⁵⁴² Por todos, sobre el postulado de fragmentariedad véase CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 196; ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 65; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 129; CANCIO MELIÁ, Manuel, «Principios del Derecho penal...», cit., p. 80; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 67. No en vano, esta limitación del poder punitivo constituye un mérito sumamente apreciado de un Estado liberal de derecho y no un grave defecto derivado de una autolimitación del legislador como apreciaba Binding. En JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 45.

¹⁵⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel, «Principios del Derecho penal...», cit., p. 80.

¹⁵⁴⁴ Según este autor, existen bulos inocuos, otros poco creíbles, otros de mal gusto y otros ofensivos. Pero desde un punto de vista jurídico-penal no hay mucho margen de intervención ya que «pretender dar una vuelta de tuerca al modo en que han de tratarse los «bulos» respecto a cómo ya están siendo tratados, cuando

desinformación sumamente sofisticadas que presenten una cierta idoneidad de engaño importante, especialmente a propósito del avance de la IA y del uso del *deepfake* con fines manipulativos. Pero lo cierto es que, a medida que se perfecciona este tipo de tecnología, también se aprecia un incremento en el uso de esa misma tecnología para detectarlas, así como una mayor habilidad y escepticismo por parte de los usuarios en el momento de percibirlas. Sin embargo, ello sigue sin evitar que sigan existiendo conductas desinformativas que sí son engañosas por su artificiosidad, en atención a parámetros generales como los del hombre medio.

Frente a esta consideración, en segundo lugar, surge el problema de determinar si las conductas de desinformación en línea más complejas y engañosas producen o pueden llegar a producir un daño a estos bienes constitucionales. Tal y como afirma QUINTERO OLIVARES, a la pregunta de si conviene reprimir penalmente la desinformación maliciosa, hay que responder negativamente puesto que es difícil concretar el daño real que se produce¹⁵⁴⁵. Este es un aspecto importante a valorar político-criminalmente, ya que no estamos ante un supuesto en el que queda patente una conducta claramente lesiva o concretamente peligrosa para el bien jurídico en cuestión del que hay que valorar su gravedad, sino que, en este caso, nos encontramos ante el inconveniente de que su peligrosidad queda en entredicho. Ciertamente, en lo que respecta a los derechos de participación política existe un «aparente» riesgo de afectación a la libertad decisoria de los ciudadanos en los procesos electorales y a la igualdad de condiciones de los potenciales electores en el acceso a los cargos representativos. Pero no deja de ser «aparente» ese riesgo que se atribuye socialmente de un modo general, sin llegar a estimarse un peligro inmediato o próximo hacia el bien jurídico¹⁵⁴⁶. Todo ello nos

tienen relevancia ofensiva, por el Derecho Penal no conduce a ningún sitio. Los delitos son los que son, por muchas vueltas que se les dé y los bulos, por muy dura que sea la época en que se produzcan, son también los que son, y en la mayoría de los casos no son más que afirmaciones estúpidas de gente perezosa, inculta, aburrida o malintencionada. Pero no mucho más». En DE LA MATA BARRANCO, Noberto J., *Derecho penal, principios...*, cit., pp. 64 y 67.

¹⁵⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Injurias y mentiras...», cit., p. 780. Hace unos años, también MIRÓ LLINARES y AGUERRI, revelaron en su estudio que los datos actuales «no nos permiten establecer una relación causal entre este concepto de fake news y las consecuencias dañinas que teóricamente la convertirían en una amenaza y eso justificaría la criminalización. Por lo tanto, dado lo que sabemos ahora mismo sobre el fenómeno, las propuestas de criminalización, así como catalogarlo como una amenaza, puede ser notablemente desproporcionado». En MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news...», cit., p. 14.

¹⁵⁴⁶ En esta línea, SÁNCHEZ MUÑOZ argumenta que «en muchos de los casos citados todo parece indicar que las campañas de desinformación tuvieron un impacto real en el comportamiento electoral, otra cosa es que ese impacto fuera suficiente para alterar el resultado». En SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales...*, cit., p. 64.

conduce a la idea de que se trata de conductas de peligro abstracto y las ideas de criminalización de este tipo de comportamientos no dejan de ser sumamente arriesgadas, en una época político-criminal caracterizada por el afán punitivista y la idea de un Derecho penal máximo. Otro tanto ocurre con la vertiente colectiva del fenómeno. No es, en absoluto, ningún despropósito afirmar que la desinformación en línea puede poner en peligro la independencia y la soberanía del Estado en la medida en que coadyuva a tensar las relaciones internacionales y, sobre todo, generar desconfianza de los ciudadanos en las propias instituciones. No obstante, tal peligro es tan remoto que su tipificación supondría una vuelta a la represión de conductas carentes de la suficiente lesividad, con las que se pretende salvaguardar la autoridad y preservar el orden interno. En definitiva, tanto en uno como en otro caso, de ser cierto que existe un peligro de afectación a tales derechos, con base en el carácter fragmentario del Derecho penal, la lejanía que representan tales riesgos debe colocarlos en una parcela de vulneración de menor relevancia y, por consiguiente, debería desalentar el uso de esta rama del ordenamiento jurídico para hacerles frente.

En cualquier caso, incluso si se defendiera que alguno de los efectos que se derivan de tales conductas en una sociedad digital producen una lesión o riesgo severo frente a estos intereses sociales relevantes, todavía habría que negar el espacio a la intervención penal, pues seguiría sin superarse su carácter subsidiario. A juicio de MIR PUIG, tal subprincipio se trata de «una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social»¹⁵⁴⁷. Con base en esta premisa, para tutelar tales ataques frente a los derechos de participación y la soberanía del Estado, previamente ha de agotarse aquellos medios menos lesivos en tanto en cuanto el Derecho penal debe concebirse como arma secundaria¹⁵⁴⁸. De modo que, en palabras de ROXIN, supone una vulneración del principio «el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico»¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 128.

¹⁵⁴⁸ Véase, entre otros, ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 65; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 128; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 67. Evidentemente, tal principio no implica que, con carácter general, deba remitirse la sanción al ámbito administrativo puesto que tal confusión puede conllevar la indeseable deriva de castigar incluso con sanciones mayores, pero con menores garantías. En CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 195.

¹⁵⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 66.

Esta consideración obliga a explorar la existencia de medios de intervención menos lesivos para frenar el fenómeno de la desinformación en línea y si estos se revelan igual o incluso más eficaces que el recurso a la pena, debe acudir a estos y en cualquier caso, como último lugar al Derecho penal. Tan solo en la medida en que fracasen los restantes medios de intervención sobre los problemas que se derivan de aquella podrán respaldarse aquellos planteamientos de intromisión de este y, por eso, ante tendencias expansivas que conducen a un Derecho penal de *prima* o única *ratio*, debe reiterarse y enfatizarse su carácter de *ultima ratio*.

Desde esta perspectiva, ROMEO CASABONA ha concluido que la creación de un nuevo tipo de desinformación plantea considerables dificultades político-criminales. Este autor considera que la efectividad del Derecho penal para eliminar la desinformación grave en la red resulta muy dudosa, por lo que podría verse despreciada esta vertiente del principio de intervención mínima en tanto en cuanto sería preferible explorar otras respuestas de carácter administrativo y/o preventivo, sobre todo de naturaleza tecnológica¹⁵⁵⁰. En este punto, coincido plenamente con su análisis. Si aglutinamos las medidas emprendidas en este último lustro en el ámbito de la Unión Europea, en algunos países de nuestro entorno, así como en nuestro propio país, se observa una gran cantidad de medidas, muchas de ellas complementarias cuya naturaleza tecnológica coadyuva a frenar más eficazmente el fenómeno que el simple y siempre fácil recurso a la pena. En este sentido, conviene recordar alguna de las más importantes en aras de reafirmar las necesidades de subsidiariedad que debe seguir guiando el rol del Derecho penal.

Generalmente, habría que diferenciar dos grandes campos de actuación contra la desinformación en línea: métodos preventivos o de intervención *ex ante* y métodos represivos o de intervención *ex post*. Entre los primeros, según el grado de invasión de

¹⁵⁵⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio...», cit., p. 216. En este sentido, NAVARRO CARDOSO va un paso más allá al mostrar sus serias dudas sobre la competencia y eficacia que pueda mostrar el Derecho penal para luchar contra la desinformación. Tal como afirma, el Derecho penal no resuelve problemas, en términos estratégicos se trata de un instrumento reactivo. De modo que la prevención temprana en términos de seguridad y defensa corresponde a los servicios de inteligencia y la disuasión, en su caso, a las fuerzas armadas. En NAVARRO CARDOSO, Fernando, «Aproximación político-criminal a la desinformación...», cit., p. 453. Ya avancé, en anteriores trabajos, algunos de los problemas que presentaría un nuevo tipo penal sobre la desinformación en línea en relación con el principio de intervención mínima en DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «Manipulación mediática en Twitter: reflexiones sobre la criminalización de la desinformación», en Miró Llinars, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 70-72.

derechos de los ciudadanos de menor a mayor, se encuentra, en un rango inicial, aquellos que se encuadran en *la evaluación, detección y análisis de los riesgos sistémicos* que comportan las campañas de desinformación. Su escasa incidencia en los derechos de los ciudadanos y su eficacia en esas fases iniciales de desconocimiento sobre el alcance del fenómeno determinaron que esta fuera una de las primeras medidas impulsadas por las instancias europeas, así como por parte de las primeras prácticas llevadas a cabo en España. Sin embargo, con el paso de los años y el reconocimiento de la desinformación en línea como un problema a destacar en la sociedad digital, ha provocado que este tipo de recursos sea insuficiente, conformando una medida a la que no hay que dejar de lado, pero que no puede ser la única a implementar.

Otra de las medidas que desde los comienzos de este recorrido político-criminal ha caracterizado la lucha contra la desinformación ha sido la *alfabetización mediática*. Raramente alguna comunicación o normativa de la UE no la contempla como mecanismo indispensable en una sociedad con cada vez mayor abundancia informativa, en muchas de las ocasiones, contradictoria. Apostar por la educación como arma preventiva es uno de los mejores recursos que disponen las sociedades avanzadas en la lucha contra el crimen, y en este caso con mayor razón. Invertir en recursos que contribuyan a que la ciudadanía mejore sus conocimientos en detección de *clickbaits*, en desmitificación y verificación de hechos, en priorización y bloqueo de determinados contenidos y usuarios desinformativos, en detección de cuentas *bots*, *etc.*, puede ser tremendamente útil. No en vano, si la ciudadanía adquiere estas competencias y destrezas, menor será la incidencia que la desinformación tendrá en la afectación de su capacidad decisoria y, en consecuencia, menor la afectación sobre los derechos de participación política y aquellos derivados con la desconfianza en las instituciones estatales. Pero como ocurre también con otros ilícitos, la inversión en educación resulta costosa y el recurso a la pena o a otras medidas más restrictivas barata, razón por la cual, si bien la alfabetización mediática debe implementarse y mejorarse paulatinamente, también debe ir acompañada de otros recursos.

Por su parte, también ha sido una constante la insistencia en la *colaboración y coordinación entre los actores de una sociedad digital*¹⁵⁵¹. Como fenómeno

¹⁵⁵¹ Sobre este particular, POZUELO PÉREZ subraya la necesidad de que las instituciones públicas pasen a ostentar un rol activo, es decir, que no solo se limiten a apoyar el trabajo de verificación de la información que realizan empresas privadas, sino que contribuyan en esta actividad a través de una divulgación y transparencia informativa, por ejemplo, facilitando y simplificando el acceso de todos los ciudadanos a los

palmarmente transfronterizo que es, la batalla contra la desinformación en línea nunca estaría equilibrada sin una adecuada respuesta conjunta. Por eso es de encomiar la insistencia por parte de la UE de dar una respuesta conjunta en el ámbito que le corresponde, desde sus comunicaciones iniciales hasta la elaboración de reglamentos europeos en materia de servicios digitales, inteligencia artificial, publicidad política y medios de comunicación. E, igualmente, hay que alabar los esfuerzos en este sentido llevados a cabo en España al intentar adaptar tales respuestas conjuntas europeas al espacio nacional. Prueba de ello puede ser el Plan de Acción por la Democracia en paralelo con el previamente elaborado Plan de Acción para la Democracia Europea. Y, quizás, desde este punto de vista, esta es una de las grandes críticas que debería formularse frente a aquellas propuestas reguladoras que atienden solo a su esfera nacional como la de Alemania y Francia, las cuales retroalimentan la fragmentación y desarmonización¹⁵⁵² y, por lo tanto, disminuyen la eficacia de una lucha común. Quizás uno de los instrumentos más interesantes de coordinación que podrían resaltarse ha sido el Sistema de Alerta Rápida sobre campañas de desinformación, el cual, debería ir ampliándose y alcanzando los mayores organismos posibles. En cualquier caso, las estrategias encuadradas en este bloque de colaboración no solo deben alcanzar a las autoridades nacionales, sino también a los medios de comunicación, a los verificadores de datos y a la sociedad civil. Y, por supuesto, a los prestadores de servicios digitales a los que se les está exigiendo un mayor grado de implicación, lo cual resulta sumamente positivo.

Por último, entre las herramientas preventivas también se ubicarían aquellas más invasivas en la restricción de derechos como son el *bloqueo de contenidos ex ante* y la *filtración de contenidos*. Tanto en una como en otra se estaría haciendo referencia al impedimento de cargar el contenido previamente a que pueda aparecer en los muros digitales. La IA permite ofrecer herramientas mediante las cuales, en función de las bases de datos disponibles, se puede restringir la carga de determinadas publicaciones por

datos oficiales para que así estos puedan contrastar por sí mismos la información falsa. En POZUELO PÉREZ, Laura, «Medios, redes y confusión», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 227.

¹⁵⁵² Esta es la principal crítica que señala COTINO HUESO a propósito de las propuestas regulatorias alemana y francesa. Por esa razón, las considera negativas ya que resulta contraproducente que, mientras las plataformas de servicios digitales presten servicios a escala de la UE, la intervención regulatoria se realice de manera fragmentada e independiente entre los estados miembros. En COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular...», cit., p. 211.

incumplimiento de la normativa de la plataforma¹⁵⁵³. La diferencia entre ambas radica en que, mientras que el bloqueo no elimina definitivamente el contenido, sino que se restringe el acceso a los usuarios, la filtración se lleva a cabo de un modo definitivo. No obstante, ambas implican una restricción de derechos relevante por lo que sería aconsejable no hacer uso de este tipo de estrategias y, en todo caso, optar por aquellas cuya intervención se lleva a cabo una vez publicado el contenido al poder admitir un mayor grado de garantías.

Entre estos segundos métodos de intervención *ex post*, una de las propuestas en las que mayor implicación podrían tener los sistemas de IA son los denominados *procesos de «priorización» y «despriorización»*¹⁵⁵⁴. La priorización consiste en dotar preferencia a determinados contenidos mientras que, por el contrario, la despriorización implica restar importancia y repercusión en los *feeds* de los usuarios. La priorización de contenidos de pago en algunas plataformas digitales ha sido duramente criticada, cuestionando la verdadera neutralidad de la red puesto que, a través de estos procesos, se da voz a los grandes actores comerciales. Sin embargo, en el contexto de la desinformación, en épocas de crisis o sumamente conflictivas, puede servir de ayuda la priorización de mensajes de ciertas organizaciones de medios de comunicación o de verificación de datos para contrastar la información falsa que se viraliza en la red. Por otro lado, la despriorización algorítmica de contenidos desinformativos puede resultar eficaz, aunque la complejidad que conlleva puede suponer un ataque a las libertades de expresión e información, si bien en menor medida que el bloqueo o eliminación directa del contenido.

Junto con los anteriores, otra de las alternativas interesantes son aquellas que se derivan del *etiquetamiento del contenido*. En ella se enmarcan todas las medidas tendentes a añadir junto con el contenido falso correspondiente, enlaces o informaciones que coadyuvan a contrastar de forma sencilla y rápida dichas afirmaciones. Por ejemplo, la

¹⁵⁵³ Estas medidas son analizadas, por ejemplo, en el estudio liderado por el Parlamento Europeo titulado «Regular la desinformación con inteligencia artificial: efectos de las iniciativas de desinformación en la libertad de expresión y el pluralismo mediático». En él se examinan las consecuencias del uso cada vez más frecuente de la IA como iniciativas frente a la desinformación, analizando las ventajas y desventajas del uso de la tecnología automatizada. En lo que respecta a la filtración de contenidos, expone el ejemplo de *Youtube Content ID* que escanea los archivos que se cargan en su plataforma y si encuentra coincidencia con contenidos protegidos por derechos de autor evita que los usuarios puedan cargar tales contenidos. Véase, Parlamento europeo, dirección general de servicios de estudios parlamentarios, Meyer, Trisha y Marsden, Chris, *Regulating disinformation with artificial intelligence: effects of disinformation initiatives on freedom of expression and media pluralism, European Parliament*, 2019, pp. 38-39. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/003689> (Fecha de consulta 31-12-2024).

¹⁵⁵⁴ Sobre su alcance y valoración, véase *ibidem*, p. 40.

UE ha apostado por enfatizar las necesidades de etiquetar los anuncios de contenido político con el propósito de que los usuarios sean conscientes del tipo de información que están consumiendo. La red social X ha añadido en su sistema las denominadas «notas de la comunidad» que permite que los usuarios puedan incorporar apostillas justo debajo de los tuits para aclarar o contradecir una información, permitiendo añadir enlaces para que el usuario interesado, con un solo clic puede acceder a la fuente y contrastar él mismo aquello que se dice que es falso. Aquí también podríamos ubicar una de las propuestas españolas a propósito de la actualización de la Ley del derecho de rectificación si, finalmente, se permitiera, junto con el contenido falso viral que perjudica a un usuario, colocar la información que el perjudicado desee para desmentirla.

Del mismo modo que ocurría desde una perspectiva preventiva, a partir de un enfoque represivo pueden emplearse los mecanismos de *bloqueo y eliminación de contenidos ya publicados*. Evidentemente, se trata de las alternativas más invasivas de derechos y su implementación requerirá de la adopción de las mayores garantías posibles entre las que se ha de priorizar que sean los jueces, o entidades verdaderamente independientes, las que valoren la adopción de tales medidas. Y, por supuesto, deberá permitirse un derecho de réplica o recurso para aquellos usuarios que han visto afectada su libertad de expresión al retirar su contenido de la red social por considerarse falsa.

Pero ahí no se agotan, a partir de una perspectiva tecnológica, las medidas que pueden imponerse. También la *suspensión y eliminación de cuentas* es otro de los aspectos de incidencia más restrictivos. En una sociedad digital en la que las relaciones humanas y las de estos con el mundo se lleva a cabo, esencialmente, a través de las nuevas tecnologías, los mecanismos de suspensión (solución temporal) o de eliminación (solución permanente) de esa herramienta que sirve de interconexión puede resultar absolutamente nocivo. Está claro que el usuario siempre podrá volver a crearse una nueva cuenta. Pero, no hay que olvidar que, en una sociedad de la información en la que, como ya se ha dicho, esta constituye la principal fuente de poder, el hecho de poder lanzar mensajes que, con mayor probabilidad, tenga un mayor alcance por el número de seguidores que una cuenta ostenta, no es ninguna cuestión irrelevante. Sobre todo, para aquellos individuos que, nutriéndose de los nuevos paradigmas comunicativos, reciben su sustento económico con base en la generación del mayor número de interacciones posibles. Es por ello por lo que han de extremarse al máximo las cautelas de aplicación de este tipo de medidas para frenar un fenómeno tan complejo como la desinformación,

aumentando, si quiera más que en los casos anteriores, las garantías en la aplicación de estas soluciones.

Por último, excluyendo las medidas represivas derivadas del Derecho penal, ha adquirido en este último año una especial consideración *el uso de métodos sancionadores como la imposición de multas* para aquellos actores que contribuyen, de un modo u otro a difundir desinformación. En este sentido, se puede traer a colación el Reglamento de IA de la UE de 2024 que prevé la imposición de una multa administrativa que puede alcanzar los 35 millones de euros si se usa un sistema de IA como estrategia de desinformación que pueda alterar de modo sustancia el comportamiento de una persona. Y, en el ámbito nacional, también han proliferado recientemente propuestas en este sentido como la Proposición de Ley Orgánica de derecho a la información veraz y lucha contra la desinformación de 2024 que prevé la imposición de una multa de hasta 120.000 euros para aquel medio de comunicación que transmita deliberadamente afirmaciones falsas con el propósito de interferir en procesos electorales.

Desde esta óptica, uno puede extraer la gran cantidad heterogénea de medidas que existen, tanto de índole preventiva como represiva, de naturaleza educativa, tecnológica y económica, que pueden actuar contra la desinformación. Medidas que, la gran mayoría de ellas, no son excluyentes entre sí y pueden complementarse perfectamente. Muchas ya han sido reguladas y tienen un gran recorrido de implementación, otras, siendo reguladas recientemente, falta por ver cuál es su verdadera efectividad y algunas otras que se encuentran en fase de concreción y desarrollo legislativo. Cuesta entender, pues, desde este punto de vista que, político-criminalmente se argumente las necesidades de intervención punitiva teniendo en consideración tales premisas. En resumen, un correcto entendimiento del carácter de *ultima ratio* del orden penal debería evitar planteamientos artificiales de protección de estos intereses que tan solo revelan una interesada renuncia a un tratamiento político adecuado de la desinformación en línea y, por consiguiente, un uso injustificado del Derecho penal. Al fin y al cabo, «la satisfacción de las exigencias de subsidiariedad posibilita una intervención penal racional (principio de racionalidad) practicable (principio de practicabilidad) y efectiva (principio de efectividad)»¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General...*, 2ª ed., cit., p. 85.

6.2.2. Inoperancia derivada de un uso indebido del Derecho penal

No se puede cuestionar que, político-criminalmente, nos hallamos ante un período destacable de intensificación punitiva, especialmente en relación con intereses que presentan efectos transnacionales, tanto nacional como comunitariamente¹⁵⁵⁶. En tal sentido, la desinformación digital encaja perfectamente en esta tesitura. Por lo tanto, no sorprendería que, para reafirmar los deseos de armonización sobre sus efectos más graves, se intentara vender la idea de la desinformación como paradigma de tal situación. Por parte de algunos sectores, de hecho, ya se está iniciando este camino erróneo, comercializando con las preocupaciones sociales al respecto.

No obstante, en la línea mantenida por COBO DEL ROSAL, el abuso del Derecho penal no es más que la expresión de un sistema democrático incapaz de superar la terrible tentación de resolver rápida y demagógicamente aquellos problemas sociales que deberían ser resueltos en ámbitos diferentes¹⁵⁵⁷. Una respuesta penal sobre un fenómeno como la desinformación, por mucho que se sustente en problemas graves, mientras no se apoye en argumentaciones de necesidad y utilidad no solo es injustificada, sino también indebida. La razón es sencilla: el Derecho penal sirve para lo que sirve y no es una herramienta para hacer populismo ni tampoco un «estigmatizador simbólico»¹⁵⁵⁸ con el que puede resolverse todos los problemas que preocupen a la sociedad.

A propósito del primer punto, el uso indebido de la rama penal para hacer frente al fenómeno que nos ocupa alimentaría la tendencia equivocada del populismo punitivo. Al fin y al cabo, el populismo penal no es otra cosa que una forma de hacer política criminal, haciendo un uso electoralista del Derecho penal con el principal propósito de moldear la cultura de una determinada sociedad. Una nueva ley penal que incorporase el comportamiento desinformativo en las plataformas digitales no perseguiría una tutela eficaz de los derechos de participación política o de la soberanía del Estado, sino que formaría parte de una estrategia demagógica de mandar el mensaje a la ciudadanía de que la sociedad estará debidamente protegida de las informaciones falsas en la red. No sería

¹⁵⁵⁶ Algún autor va incluso más allá. Se afirma que la política criminal española se asemeja considerablemente a la seguida en la UE en esta fase de intensificación punitiva, pero no solo en dichos ámbitos transnacionales o propios de la Unión, sino también desde una conceptualización de armonización por la cual hay que aproximar las legislaciones estatales e ir marcando pautas de actuación sobre aquello que se defiende que debe sancionarse. Cfr., DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Derecho penal, principios...*, cit., p. 22.

¹⁵⁵⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho...*, cit., p. 57.

¹⁵⁵⁸ Como expresa COBO DEL ROSAL en *Idem*.

más que un acto simbólico por el que resolver de una manera sencilla y aparente la crisis de confianza en los medios e instituciones en la que nos encontramos inmersos, pero no se repararía en analizar si ello conllevará un correcto freno contra el fenómeno.

Tal afirmación se sustenta en el hecho de que, en primer lugar, como se ha razonado en las páginas precedentes, todavía falta un largo camino por recorrer en el estudio debido a la enorme cantidad de herramientas tecnológicas, educativas y de todo tipo de las que disponemos. Instrumentos que, seguramente, se augura que tendrán una mayor funcionalidad que el mero recurso intimidatorio de la pena. En segundo lugar, porque, como también se ha advertido, el distanciamiento del peligro potencial de los intereses en juego desaconseja un uso tan invasivo en las libertades individuales. Una ley penal sobre desinformación sería pues, parafraseando a QUINTERO OLIVARES sobre el populismo penal, una mancha de aceite que degradaría las grandes conquistas del Derecho penal garantista propio de un Estado de derecho sometido a férreos límites, tan solo por la creación de una apariencia sobre la musculatura punitiva¹⁵⁵⁹.

Lamentablemente, le asiste toda la razón a FERRAJOLI cuando afirma que el uso demagógico de esta rama del ordenamiento, destinado a alimentar el miedo como fuente de consenso electoral a través de políticas ineficaces para prevenir el delito, constituye un rasgo característico de nuestra política de seguridad¹⁵⁶⁰. Se trata, pues, de una forma consolidada y extendida de hacer política criminal, como manifiesta CIGÜELA SOLA, que enraíza con determinadas corrientes presentes en las democracias en la era de la digitalización¹⁵⁶¹.

Con base en estas apreciaciones, no sería aconsejable la creación de un tipo penal de desinformación que fuera objeto de tal populismo, y menos aún si la mera seguridad de la ciudadanía conformara el centro de la propuesta legislativa, elemento característico del populismo penal. No porque, de por sí, ello resulte inapropiado, sino porque

¹⁵⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Populismo y derecho penal», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 48, 2024, pp 282-283.

¹⁵⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi, «Il populismo penale nell'età dei populismi politici», *Questione Giustizia*, nº 1, 2019, p. 79.

¹⁵⁶¹ CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela...», cit., p. 3. Igualmente, QUINTERO OLIVARES, para quien el populismo punitivo es una característica común de gran parte de las reformas penales actuales en las que de forma palmaria se observa esa demagogia, puesto que para su creación se invocan constantemente las necesidades de seguridad y de lucha contra el temor que viven los ciudadanos. Argumentos que, en opinión del autor, aspiran a obtener el apoyo popular en aras de alcanzar o preservar el poder político el cual se verá legitimado por la sensible respuesta que muestra frente a los deseos populares. Véase, QUINTERO OLIVARES. Gonzalo, «Populismo y derecho...», cit., p. 285.

generalmente, al amparo de tales justificaciones superfluas se esconde la renuncia de los objetivos teóricos a los que un Derecho penal de corte democrático y social debe aspirar¹⁵⁶². Por consiguiente, si se optase por acudir a esta rama como solución de los problemas sociales derivados de la desinformación, convenientemente, la norma penal debería enfatizar las razones de necesidad y de viabilidad jurídica que la sustentan¹⁵⁶³. Por otro lado, tampoco debería ser predominante el uso de argumentaciones que invoquen los sentimientos de desasosiego, incertidumbre o intranquilidad de las víctimas al no ser capaces de distinguir qué es o no información falsa y cuándo le están manipulando y, por ello, haya que echar mano al armamento punitivo. No, al menos, si tales planteamientos sitúan a la víctima en el sujeto nodal de la política criminal en materia de desinformación¹⁵⁶⁴ o, dicho de otro modo, si «el paradigma de la potencial víctima se prioriza frente al del potencial delincuente»¹⁵⁶⁵.

Con razón, MENDOZA CALDERÓN, en su análisis sobre la desinformación, advierte sobre los peligros de la presión social sobre el legislador que puede desencadenar en una política criminal en la materia de corte simbólico, propia de un contexto social que todo lo mediatiza «a golpe de clic»¹⁵⁶⁶. Razón por la cual, resulta desaconsejable atender a aquellas reivindicaciones de criminalización del fenómeno en un Derecho penal cuyas

¹⁵⁶² Lamentablemente, esta es una de las características que impregnan la labor de creación legislativa en la actualidad. De modo que, la actuación legislativa identifica el derecho a la seguridad con todo aquello que no coincide con el parámetro del «sentir mayoritario», transformando en peligros a la destrucción de la sociedad toda conducta que no se incluye dentro de este criterio y creando así una aparente necesidad de protección de dicha seguridad en perjuicio de la restricción de derechos y garantías de los individuos. Si se quiere profundizar en tales reflexiones, véase, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas», *Revista Penal*, nº 49, 2022, p. 83.

¹⁵⁶³ Razonamientos que no son ya comunes en las reformas recientes, lo que demuestra la significativa cantidad de delitos innecesarios que coexisten en nuestro texto punitivo bien porque se acude a él para hacer frente a conflictos sociales ya resueltos por el propio Código debidamente interpretado, bien porque podría resolverse a través de otras ramas jurídicas. En QUINTERO OLIVARES. Gonzalo, «Populismo y derecho...», cit., p. 289.

¹⁵⁶⁴ Efectivamente, otra de las características del populismo punitivo es el de usar la ley penal como factor de manipulación de los sentimientos de las víctimas a las cuales se les hace creer que constituyen el eje central de la regulación penal para que se identifiquen con la norma y la apoyen, otorgándole una falsa legitimación que no le corresponde. Cfr., CIGÜELA SOLA, Javier, «Populismo penal y justicia paralela...», cit., p. 17. Como afirma NÚÑEZ CASTAÑO, en este momento histórico, tan absurdo es pretender alcanzar una total seguridad, como negar que gran parte de la sociedad admite cualquier tipo de medida en la que, al menos aparentemente, vaya dirigida a lograr esa meta de absoluta paz y tranquilidad sobre un problema social. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «La “sociedad del miedo”...», cit., p. 79.

¹⁵⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal...*, cit., p. 194.

¹⁵⁶⁶ MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «La criminalización de las *fake news* e incitación al odio: su interpretación desde la óptica de “política criminal de la sociedad del clic”», *Cuadernos del Audiovisual del Consejo Audiovisual de Andalucía*, nº 12, 2024, p. 125.

señas de identidad son la falta de debate y de consenso y en la que la reforma legislativa criminal es un ejemplo frecuente de la flexibilidad de las garantías¹⁵⁶⁷.

En el fondo, las fundamentaciones criminalizadoras populistas se vinculan estrechamente con el uso simbólico de la ley penal, lo cual conecta con el segundo punto aseverado: el uso indebido del ordenamiento penal en esta materia constituiría un fiel reflejo del denominado Derecho penal simbólico. Con tal denominación se alude a aquellas decisiones legislativas criminalizadoras basadas en un uso ventajista de esta rama del ordenamiento para fines que no le son propios y por tanto, carecen de fundamentos materiales que justifiquen su adopción¹⁵⁶⁸.

Adoptando la tesis y la teoría de DÍEZ RIPOLLÉS en el supuesto que nos ocupa, el problema de una ley penal en materia de desinformación no radicaría en una confluencia o predominancia de efectos expresivo-integradores frente a los efectos instrumentales o materiales¹⁵⁶⁹. Tanto estos como aquellos conforman, en ocasiones, un

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 129.

¹⁵⁶⁸ Según DÍEZ RIPOLLÉS, el fenómeno del Derecho penal simbólico es, en el fondo, un problema de deslegitimación de la intervención penal ya que se entiende que los efectos más significativos que de ella se derivan carecen de legitimidad. De modo que, su cuestionamiento no nace de una pretensión de garantizar la coherencia entre el programa de decisión y los resultados logrados, sino más bien de aquellas dudas sobre la legitimidad en la producción de ciertos efectos socio personales. En DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y su justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 147, 163-164.

En contraposición, para HASSEMER el Derecho penal simbólico implica una oposición entre «realidad» y «apariencia» puesto que, a través de ese tipo de leyes penales, se pretende dar la falsa apariencia de su efectividad. De este modo, el engaño es su cualidad característica. Así, aquellos fines que detalla la regulación normativa difieren de los que se esperaban de hecho. El ciudadano, en consecuencia, no puede confiar en la norma tal y como es presentada ya que este uso simbólico conlleva la satisfacción de unas funciones latentes sobre aquellos fines que, aparentemente, se dicen perseguir, que serían las funciones manifiestas. HASSEMER, Winfried, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en V.V.A.A., *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 27-29.

Precisamente, puesto que el objetivo fundamental de este tipo de normas penales es el de plasmar del modo más fiel posible las opiniones colectivas sobre un conflicto social, quedando vacía de contenido acerca del modo en el que podría resolver verdaderamente el problema, estas no fracasan porque se sabe desde el principio que no producirán ningún tipo de efecto desde la perspectiva de la utilidad. Una característica, por otro lado, propia del denominado Derecho penal «moderno». Sobre esta cuestión, véase, FARALDO CABANA, Patricia y DÍAZ PITA, María del Mar, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002, pp. 119-120 y, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales...», cit., pp. 180 y 182.

¹⁵⁶⁹ Este autor hace una clasificación de los efectos que pueden desprenderse de una norma legislativa en los siguientes: efectos instrumentales, efectos expresivos y efectos integradores. Los primeros, que posteriormente denomina materiales, son aquellos que se relacionan con la causación de una modificación en el comportamiento humano. Generalmente se asocian a aquellos que sirven para cumplir el fin o función de protección de bienes jurídicos de manera que son capaces de modificar la realidad social a través de la prevención de comportamientos indeseados. Alude a los segundos cuando hace referencia a aquellos que suscitan emociones o sentimientos en las consciencias. Mientras que los terceros causan determinadas representaciones valorativas en las mentes. Según el autor, los efectos simbólicos son aquellos en los que

recurso fundamental con el propósito de prevenir comportamientos peligrosos o lesivos para bienes jurídicos. Si no, más bien, el inconveniente, y el hecho por el que se caracterizaría como «simbólico» el recurso penal, sería porque este se sustentaría en efectos expresivo-integradores que carecerían de legitimidad en tanto en cuanto no se acomodarían a postulados relacionados con el fundamento y fines de la pena. Esto es así porque su recurso, ni sería necesario para mantener el orden social básico que permita ejercer con total libertad e igualdad los derechos de participación política, o bien en atajar definitivamente la desconfianza en las instituciones estatales, ni se centraría en conductas decisivas para poner en peligro o lesionar tales derechos afectados. La calificación como simbólica de esta hipotética intervención penal, por tanto, y en aras de no caer en excesivas reiteraciones, se sustentaría en la carencia de fundamento material al no existir lesividad suficiente y poder optar por otros instrumentos jurídicos y, por otro lado, por el uso ventajista que implicaría atajar un complejo problema social en el que es indudablemente necesario invertir en recursos de alfabetización mediática, en herramientas digitales para detectar el flujo de información falsa, en mejorar la coordinación entre organismos y en una adecuada regulación de la actividad de las grandes empresas tecnológicas.

Estas consideraciones que, como puede observarse, se vinculan estrechamente con el principio de subsidiaridad, coadyuvan a entender que este tipo de ley simbólica de la desinformación se enmarcaría, de acuerdo a la clasificación exhaustiva proporcionada por DÍEZ RIPOLLÉS, con aquellas centradas en los contenidos de los efectos sociales producidos. Precisamente porque la intervención penal en materia de desinformación en línea generaría unos efectos que superarían las necesidades de control social a satisfacer por la reacción penal ya que no es preciso el recurso a ella para confirmar el orden social básico¹⁵⁷⁰. En atención a esta premisa, si con la regulación penal se pretendiera mandar un mensaje de confianza, más allá de su utilidad, enfatizando que con ella algo se está haciendo frente al problema todavía irresuelto de la desinformación, se estaría ante una ley activista. En cambio, en caso de focalizar el uso instrumental de la ley penal con los prioritarios efectos de modificar las actitudes sociales, concretamente, de frenar la

confluyen estos dos últimos, por eso los denomina efectos expresivo-integradores, es decir, aquellos que se conectan a la función de transmitir a la sociedad determinados mensajes valorativos e influenciarla, produciendo una serie de emociones o representaciones mentales. Cfr., DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «El Derecho penal simbólico...», cit., pp. 150-152.

¹⁵⁷⁰ Así entiende este grupo de clasificación en *Ibidem*, pp. 168-169.

práctica generalizada de desinformar en una sociedad digital, podría entenderse que se trata de una ley promotora.

En resumen, también razones de un uso indebido del Derecho penal desaconsejan que este sea un instrumento eficiente para combatir la desinformación en línea. Y, precisamente por ello, decisiones político-criminales que opten por su regulación penal deberían insistir en exponer las razones de utilidad que lo pueden llegar a fundamentar. En caso contrario, se estaría ante un uso claramente simbólico de la norma, poco orientada a la protección de los bienes jurídicos y más enfocada, esencialmente, a dar una imagen política de satisfacción de una necesidad de acción contra un problema social. Lo que, inevitablemente, ello incidiría fervientemente, como expresa HASSEMER, «en un fenómeno de la crisis político-criminal actual orientada a las consecuencias»¹⁵⁷¹.

6.2.3. Inoperancia derivada de un uso contraproducente del Derecho penal

Un verdadero Estado democrático debe caracterizarse por la correcta promoción de un proceso abierto de deliberación pública a través de la que cada individuo pueda defender sus propias convicciones de un modo libre. De modo que, se yerra en esta tarea si, en un uso simbólico de la ley penal, esta termina produciendo efectos que merman las libertades comunicativas de los ciudadanos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el legislador penal abusa de su poder para sobrecriminalizar los delitos de expresión. En tales casos, coincido con CORRECHER MIRA en cuanto a que tal abuso «muestra la falta de solidez en que se asientan ciertas convicciones generales a nivel cultural, utilizándose así la penalidad como una errónea manera de confirmar una pretendida estabilidad del sistema político»¹⁵⁷². Con las propuestas de represión de la desinformación ocurre, en este sentido, algo similar al castigo del discurso de odio. Existe una encrucijada en la medida en que si bien, por una parte, se requiere una reacción contra tales conductas, por otro lado, una excesiva restricción de la libertad de expresión puede llegar a ser un verdadero obstáculo a una necesaria confrontación dialéctica propia de una sociedad pluralista¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ HASSEMER, Winfried, «Derecho penal simbólico...», cit., p. 31.

¹⁵⁷² CORRECHER MIRA, Jorge, «La banalización del discurso del odio...», cit., p. 92.

¹⁵⁷³ Sobre este dilema de los delitos de discurso de odio, véase, *ibidem*, p. 91. En este sentido, de una forma paralela a los delitos de discurso de odio, la criminalización de la desinformación podría formar parte de esta tendencia legislativa sobre los delitos de expresión a través de la cual todo instrumento jurídico preciso

Quizás una de las vertientes más afectadas por el proceso de hiperexpansión penal producto de la sociedad digital sean los delitos cometidos a través de los actos lingüísticos¹⁵⁷⁴. No es de extrañar, entonces, que exista una cierta preocupación en que, con la excusa de combatir la desinformación en línea, el legislador sienta cierta atracción para implementar medidas de control lesivas para tales derechos¹⁵⁷⁵. A partir de estas perspectivas, el recurso a la pena para contener el fenómeno no solo podría suponer un uso injustificado e indebido de esta, sino también podría ocasionar unos efectos contraproducentes para la democracia. Más concretamente, uno podría percatarse de la posible existencia de dos riesgos principales que suponen un atentado a las libertades de expresión e información, en función de si se trata de efectos directamente perseguidos o bien indirectos por las medidas adoptadas por el poder punitivo: la censura y el efecto desaliento.

A propósito del primero, NÚÑEZ CASTAÑO alerta que, si bien la desinformación conlleva una serie de daños negativos para los fundamentos del sistema democrático, la reacción estatal contra el fenómeno puede derivar en una injustificable censura que suponga una lesión de otros fundamentos de ese sistema democrático, de modo que «podría llegar a producirse la paradoja de que tanto actuar como no hacerlo lesionara el sistema democrático que pretende protegerse»¹⁵⁷⁶. Desde luego, el riesgo que conlleva que los poderes públicos adopten medidas concernientes a decidir cuándo unos mensajes son falsos o no, en la época de la posverdad y del relativismo, no es una cuestión nimia. Bajo el pretexto de controlar el flujo de información falsa y de la búsqueda de una pretendida verdad, podría justificarse, de manera oculta, el ejercicio de censura, de manera que se estarían vulnerando directamente los intereses aludidos. No desde una comprensión tradicional de censura previa en los términos contemplados en el artículo 20.2 CE, pero sí, en atención al cambio de paradigma comunicativo impulsado por las

para neutralizar aquellos discursos que se consideran contrarios a lo que se entiende como esencia de un Estado democrático son lícitos y adecuados. No obstante, esta política legislativa olvida que uno de los fundamentos de este modelo de estado es, precisamente, el que se pretende limitar: la libertad de expresión. A propósito de esta tendencia político criminal de los delitos de expresión, véase, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Breves reflexiones político criminales...», cit., pp. 710-711.

¹⁵⁷⁴ Entre otros, respalda esta consideración NÚÑEZ CASTAÑO para quien existe una clara tendencia del legislador nacional y supranacional de restringir los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información. En NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., p. 13.

¹⁵⁷⁵ Preocupación que ya ha venido advirtiendo ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos...», cit., p. 134.

¹⁵⁷⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., p. 14.

redes sociales, en una censura *ex post* en el que el poder político pudiera controlar qué mensajes son aptos o no para permanecer en los debates públicos de las redes sociales¹⁵⁷⁷.

Como se ha desarrollado en esta investigación, no en pocas ocasiones la línea de distinción entre información y mera opinión es considerablemente fina y de ello se pueden aprovechar para tomar decisiones restrictivas de tales derechos. Es por ello por lo que, en aplicación de cualquier instrumento de regulación sobre la desinformación, se debe extremar con suprema minuciosidad todas las garantías que impidan que pueda producirse dicha restricción de derechos. Un razonamiento que no solo debería implicar una limitación estricta de los planteamientos de criminalización de la desinformación, sino que debería servir como factor negativo a considerar a propósito de los cuestionamientos sobre las necesidades de incriminación de tales conductas.

Ahora bien, el peligro de la censura no es un inconveniente que pueda derivarse de la reacción penal. También este puede producirse cuando se desvía dicho control a organismos creados *ad hoc*, a las grandes empresas privadas de prestaciones de servicios digitales o, directamente, se deja en manos de la IA. Cualquier medida de moderación de contenidos a las que se ha aludido previamente (especialmente las más invasivas, como el filtrado, el bloqueo o la supresión) suponen, *de facto*, una censura si no se lleva a cabo con las garantías adecuadas. En esta línea, especialmente destacable es el papel de las plataformas digitales, puesto que gran parte del debate público se ha trasladado a sus servicios, convirtiéndose en las nuevas ágoras 2.0. De esta idea se deriva un factor importante: la política criminal relacionada con el control y supervisión de los contenidos desinformativos no puede ir al margen de una supervisión del funcionamiento de estos nuevos guardianes capaces de la información. El análisis de la última década ha dejado patente que entender las redes sociales como espacios privados, controlados por empresas privadas cuyos contenidos solo deben atenerse a sus propias reglas resulta inútil. En su lugar, debería evolucionarse a una comprensión de estas como espacios públicos que,

¹⁵⁷⁷ En una sociedad digital, tal y como expresa DE LUCA, se nos presenta entonces el dilema de si debemos o no controlar o filtrar los contenidos en las plataformas digitales ya que las noticias falsas se han convertido incluso en el producto de máquinas específicamente diseñadas para manipular. O si, en cambio, cualquier tipo de medida en ese sentido constituiría una violación a la libertad de expresión. Todo esto, añade, en un contexto en el que siempre termina ocurriendo lo mismo con el poder punitivo, es decir, que se terminan atrapando a los más vulnerables y a quienes realizan las maniobras más simples. En DE LUCA, Javier Augusto, «Libertad de expresión y Derecho penal. Actualidad desde la Argentina», en Queralt Jiménez, Joan J. y Cardenal Monraveta, Sergi (dirs.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 215.

siendo controlados por empresas privadas, requieren, en la medida que ostentan tal condición, de un control público en cierta medida.

Partiendo del esquema que ofrece el Parlamento Europeo en el mencionado informe sobre la regulación de la desinformación con IA¹⁵⁷⁸, es fácil concentrar las posibilidades sobre el control de la actividad de dichas plataformas en relación con esta materia en cinco grandes grupos. La primera opción sería la de no intervención. Simplemente dejar que sean las plataformas digitales las que apliquen las condiciones sobre moderación de contenidos que estimen oportunas, bajo la premisa de que son empresas privadas y, por tanto, foros privados en los que los usuarios deben adecuarse a sus términos y condiciones. Esta opción, como se acaba de adelantar, debe rechazarse en la medida en que no es cierto que sean foros privados, sino públicos y que esta alternativa se ha mostrado, con el tiempo, inservible.

La segunda opción sería optar por una autorregulación no auditada. Es decir, elaborar instrumentos a través de los cuales las empresas tecnológicas, y otros sectores relevantes puedan adherirse en el que ellos mismos fijen una serie de compromisos sin que exista ningún tipo de control ni sanción autoimpuesta en caso de incumplimiento. Ciertamente, este enfoque también habría que descartarlo, pues en poco se diferencia del anterior, salvo la armonización de algunas reglas comunes que, en todo caso, podrían incumplir cuando quisieran.

Otra alternativa sería la autorregulación auditada. En este caso, a diferencia del anterior, la ejecución de los compromisos a los que llegaran aquellos sujetos signatarios sería controlada por un agente externo, bien un organismo público internacional o bien un tercero independiente, pero sin que su cumplimiento conllevara sanciones. Este mecanismo tiene la ventaja de que, dejando un espacio de libertad de actuación a las plataformas digitales, mejora la coordinación en la consecución de compromisos a través de la fijación de plazos de control y aumenta la garantía de, al menos, exponer qué compromisos no se están cumpliendo y tratar de solucionarlos. De hecho, esta ha sido la vía seguida hasta hace unos años en la política comunitaria con la implementación del Código de buenas prácticas de 2018 y el Código de buenas prácticas reforzado de 2022.

¹⁵⁷⁸ En el informe figuran más enfoques. Algunos de ellos, por su similitud, han sido agrupados en uno solo. Si se desea profundizar en estas ideas, véase, Parlamento europeo, dirección general de servicios de estudios parlamentarios, Meyer, Trisha y Marsden, Chris, *Regulating disinformation...*, cit., pp. 50-51.

También podría tratar de endurecerse todavía más este régimen a través de un sistema de correulación formal. En él también una tercera entidad tendría la tarea de supervisar aquellos acuerdos a los que llegan los signatarios, pero, en este caso, si estos no cumplieran con sus compromisos deberían responder en virtud de una serie de sanciones que se hubieran autoimpuesto.

No obstante, la UE en estos últimos dos años ha decidido dar un paso más ante tales previsiones mediante la elaboración de reglamentos que vinculan a los Estados miembros y a las plataformas digitales, introduciendo obligaciones de diligencia debida que deben cumplir. De modo que, se ha decidido optar por una regulación legal en la que a través de la configuración de leyes formales se garantiza el seguimiento de una serie de actuaciones esenciales en la materia.

Creo que, en este sentido, esta última opción es la más acertada ante las dejaciones e indiferencias que estaban mostrando algunas plataformas en la realización de mínimas diligencias sobre los contenidos que se propagan en sus plataformas. Y, concretamente, la implementación de la DSA ha significado un gran avance al respecto. En este sentido, por ejemplo, SERRA CRISTÓBAL señala algunas de las garantías que la DSA ofrece con el fin de aminorar los riesgos de convertir a las plataformas de servicios digitales en los nuevos controladores de la información en línea. En primer lugar, a propósito de la dificultad de diferenciar entre mensajes falsos de aquellos que no lo son sin afectar a las libertades de expresión e información¹⁵⁷⁹, se impone toda una serie de medidas tendentes a asegurar que la moderación del contenido desinformativo esté justificada, la obligatoriedad de informar al usuario afectado de los mecanismos de recursos y de soluciones extrajudiciales que dispone, así como de conservación de los contenidos moderados. También destaca la citada autora, a propósito del hecho de poder errar sobre la verdad o falsedad de un contenido, además de la exigencia de motivación, el cumplimiento de toda una política de transparencia en el modo en el que efectúan tal actividad de moderación¹⁵⁸⁰. Y, por último, en relación con el riesgo de convertir a las plataformas digitales en los nuevos controladores del debate público¹⁵⁸¹, remarca que la DSA impone que estas deben presentar toda una serie de informes sobre las medidas específicas que han adoptado, se designarán autoridades estatales responsables de

¹⁵⁷⁹ SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «Control de la desinformación en Europa...», cit., pp. 16-17.

¹⁵⁸⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵⁸¹ Si se desea profundizar en sus reflexiones, véase, *ibidem*, pp. 19-21.

supervisar la actividad de las plataformas digitales y se realizará sobre ellas un control sobre los posibles incumplimientos, especialmente, en las grandes plataformas de servicios digitales.

Por todo ello, concuerdo con sus conclusiones en la medida en que este instrumento legislativo marca el inicio de comprensión del adecuado papel que les corresponde a las plataformas digitales en la sociedad tecnológica, al convertirlas en colaboradoras necesarias en la persecución de objetivos generales de la UE en el mundo digital¹⁵⁸². Propósitos que reclaman la existencia de un control de los contenidos digitales en aras de perseguir objetivos de intereses públicos entre los que, como bien aclara la autora, se encuentra la desinformación. Y ello porque supone la creación de un espacio de debate público digital más seguro, que permite un mayor respeto a los derechos fundamentales mediante la implementación de mecanismos públicos de supervisión de la actuación de dichas plataformas.

En otro orden de cosas, una incriminación de la desinformación en línea podría producir como efecto concomitante el denominado efecto desaliento o *chilling effect*¹⁵⁸³. El auge de la posverdad, del relativismo, de la combinación entre transmisión de opiniones y afirmación de hechos, coadyuvan a conformar una complicada mezcla en la que, difícilmente, pueden separarse con claridad parcelas de apreciación subjetiva y objetiva. El inconveniente de la desinformación no solo radica en determinar si un contenido es verdadero o falso, sino incluso de apreciar que aquello que se dice puede formar parte del ámbito del análisis factual. Por ello, difícilmente una norma penal relativa a la desinformación podrá separar con rotunda claridad si la difusión de un contenido parcialmente manipulado se encuadraría dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, o bien constituiría un comportamiento penalmente ilícito. Al ser, en este particular caso, tan complejo elaborar límites precisos de delimitación entre lo lícito y lo ilícito, inevitablemente se desprendería un efecto indirecto de desaliento por el

¹⁵⁸² *Ibidem*, p. 23.

¹⁵⁸³ Este efecto desaliento en el ámbito penal se produce cuando una sanción penal produce efectos disuasorios indirectos sobre el ejercicio de derechos fundamentales debido a la proximidad que presenta la conducta ilícita con comportamientos lícitos que sí que están amparados en ejercicio de tales derechos fundamentales. Precisamente, esta cercanía permite comprender que la norma penal sea un factor de disuasión ya que el ciudadano pueda temer que con su conducta lícita se le exijan responsabilidades penales. Sobre su contenido, véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, nº 14-02, 2012, pp. 18-19 y, más recientemente, CUERDA ARNAU, María Luisa, «La doctrina del efecto de desaliento...», cit., p. 92 y COLOMER BEA, David, *El efecto desaliento...*, cit., p. 109.

que los ciudadanos, en muchas ocasiones, se abstendrían de ejercer su libertad de comunicación. Muchos de ellos, ante situaciones dudosas, y con vistas a la amenaza penal, se abstendrían de contribuir al proceso deliberativo y en los debates públicos suscitados a propósito de las nuevas ágoras 2.0. No solo por el temor de que su libertad se encuentre mermada por la posible aplicación de una pena privativa de libertad, en su caso, sino también por todos aquellos factores que se enmarcan dentro de la aplicación del Derecho penal, como la pena de banquillo, la afectación a su reputación, etc.

A los poderes públicos se les debe exigir que promuevan el correcto desempeño de los derechos fundamentales y, en ningún caso, que puedan cercenar su ejercicio. El Estado, en tanto que titular del *ius puniendi*, persigue con el uso del instrumento coactivo disuadir a los ciudadanos de llevar a cabo comportamientos atentatorios a los intereses jurídicos más valiosos. Dicho efecto disuasorio resulta deseable; lo que no resulta deseable es que la pena disuada a los ciudadanos de ejercer un derecho fundamental. En consecuencia, por mucho que un tipo penal que comprenda la desinformación en línea tutele intereses importantes, como los derechos de participación política o la seguridad del Estado, mientras provoque también un efecto desaliento sobre la libertad de expresión, no sería, parafraseando a COLOMER BEA, de entrada, adecuada, pues castigaría una conducta ilícita, pero acabaría ostentando tal carácter por su potencial efecto disuasorio en el ejercicio de tal derecho fundamental¹⁵⁸⁴. Por eso, la doctrina del efecto desaliento obliga al Estado a evitar que las leyes penales puedan desalentar que ejercite la libertad de expresión y, por eso mismo, el Tribunal Constitucional ha proclamado que el efecto desaliento es indeseable en el Estado democrático¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸⁴ Concretamente, sobre el régimen jurídico-penal del efecto desaliento, el autor ofrece la siguiente reflexión en COLOMER BEA, David, *El efecto desaliento...*, cit., pp. 120-121.

«Toda pena busca disuadir a los ciudadanos, en general (prevención general), y al sujeto infractor, en especial (prevención especial), de realizar aquellos comportamientos ilícitos que se subsumen en el supuesto de hecho de la correspondiente norma penal. Este efecto disuasorio de las penas resulta deseable. No resulta deseable, en cambio, que una pena disuada a los ciudadanos de ejercer un derecho fundamental, aunque se imponga por la comisión de un comportamiento antijurídico. En estos casos, la pena no es, de entrada, ilegítima, pues castiga una conducta ilícita, pero acaba siéndolo por su potencial efecto disuasorio en el ejercicio futuro de un derecho fundamental».

¹⁵⁸⁵ Así, por ejemplo, la STC nº 35/2020, de 25 de febrero, FJ cuarto, recuerda:

«los riesgos derivados de la utilización del *ius puniendi* en la respuesta estatal ante un eventual ejercicio, extralimitado o no, del derecho a la libertad de expresión por la desproporción que puede suponer acudir a esta potestad y el efecto desaliento que ello puede generar. Así, en dicha resolución se afirma que los límites a los que está sometido el derecho a la libertad de expresión deben ser siempre ponderados con exquisito rigor, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, cuando esta libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales o intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. A ese respecto se incide en que, cuando esto sucede, esas limitaciones siempre

Tales consideraciones mantienen repercusiones directas con el principio de proporcionalidad y el mandato de taxatividad, ya que en estos casos deberán reforzarse los cánones de valoración de ambas garantías. Es decir, en la medida en que una norma penal pueda, potencialmente, desalentar a los destinatarios a practicar un determinado derecho fundamental, ello obligará a llevar a cabo una justificación especial de su incorporación por un lado y, por el otro, deberán extremarse las precauciones para que la norma sea lo menos indeterminada posible para evitar al máximo dichos efectos disuasorios¹⁵⁸⁶. El principal inconveniente de la criminalización de la desinformación es que precisamente, de por sí, ambas garantías se encuentran en entredicho, como se ha expuesto en este Capítulo. Por un lado, se afirma que, en la medida en que una regulación penal sobre la desinformación en línea podría generar efecto desaliento, conviene extremar los postulados garantistas de taxatividad y proporcionalidad. Sin embargo, por el otro, se observa que precisamente las dificultades más destacables que representa la desinformación radican en su claridad y en una justificación razonable de incriminación. Esta incoherencia, que suscita la razón de ser del fenómeno, debería desalentar el recurso penal como vía de solución de los efectos que genera la desinformación.

En consonancia con ROMEO CASABONA, antes de abordar decisiones *de lege ferenda* en materia de desinformación han de preocuparnos los graves riesgos para la seguridad jurídica y la necesidad de prevenir invasiones punitivas no justificadas frente a las libertades comunicativas¹⁵⁸⁷. De modo que, cualquier respuesta punitiva sobre el fenómeno de la desinformación en línea resulta desaconsejable ya que, como afirma NÚÑEZ CASTAÑO «la propia respuesta podría dañar más el sistema democrático y los derechos fundamentales que la desinformación en sí misma, al cercenar los derechos fundamentales que pretendían garantizarse como pudiera ser el derecho a expresar libremente un pensamiento discrepante del sentir mayoritario»¹⁵⁸⁸.

En definitiva, si el problema de la desinformación en línea se convirtiera en un problema penal, se estaría haciendo un uso injustificado, indebido y contraproducente de

han de ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de expresión no resulte desnaturalizado, lo que obliga al juez penal a tener siempre presente su contenido constitucional para 'no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático'».

¹⁵⁸⁶ CUERDA ARNAU, María Luisa, «La doctrina del efecto de desaliento...», cit., p. 99.

¹⁵⁸⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, «La desinformación en el ciberespacio...», cit., p. 217.

¹⁵⁸⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «Aproximación a la desinformación...», cit., p. 28.

esta rama jurídica. Injustificado porque, pese a la existencia de bienes jurídicos potencialmente «dañables», el recurso al sistema penal no sería ni útil ni necesario. Indebido porque se estaría alimentando el proceso del populismo punitivo, al mismo tiempo que se legitimaría una norma penal con severos efectos simbólicos que no le corresponden. Y contraproducente, porque el objetivo de tutela de determinados intereses conllevaría la afectación innecesaria y más grave sobre los derechos a la libertad de expresión e información.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La consolidación del uso generalizado de Internet y de las redes sociales ha originado una transición de la sociedad de la información a la sociedad digital. En ella, se ha incrementado considerablemente el número de ciudadanos que realizan sus actividades cotidianas, conjuntamente en el entorno digital y en el analógico y, al mismo tiempo, se ha intensificado el estatus de la información como la principal fuente de poder. Ambos rasgos no solo explican las transformaciones acaecidas en el ámbito social, económico o político, sino también revelan la aparición de nuevas formas de lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos. Entre ellas, la cibercriminalidad en su conjunto y, en especial, en los últimos años, una modalidad concreta: la desinformación en línea.

SEGUNDA.- Alguno de los caracteres del Derecho penal del riesgo se han acrecentado a través del Derecho penal tecnológico en la sociedad digital. Si el primero dio lugar a un proceso de expansión penal, el segundo ha ocasionado un proceso de «hiperexpansión», especialmente sobre las conductas relacionadas con los actos lingüísticos debido a la apertura comunicativa que han supuesto las redes sociales.

Este Derecho penal tecnológico ha traído un cambio de paradigma en relación con el medio comisivo con el que se desarrolla la conducta. Aspecto que ha determinado, en cierta medida, la necesidad de adaptar la respuesta punitiva a este nuevo escenario en el que se llevan a cabo las actividades delictivas. Sin embargo, lamentablemente, este proceso de reajuste ha exacerbado la flexibilización de las garantías penales básicas del Estado social y democrático de derecho, proceso que ya inició, en su momento, el Derecho penal del riesgo.

TERCERA.- La incorporación del Derecho penal digital ha ido acompañada de la creación de nuevos tipos penales debido a la ineficacia de las figuras tradicionales para tutelar los intereses afectados por la cibercriminalidad. Asimismo, han surgido propuestas legislativas que han tratado de adecuar las consecuencias jurídicas del delito a la nueva realidad tecnológica. No obstante, la tendencia legislativa más destacada se vincula con el incremento de la lesividad que implica el hecho de realizar la acción en el ciberespacio.

En este sentido, se han incorporado tipos cualificados por este medio comisivo y, a su vez, se ha elevado a la categoría de delito actos efectuados en el entorno digital que en el escenario analógico no presentaban la lesividad suficiente.

CUARTA.- En un sentido criminológico, la desinformación en línea debe considerarse como un cibercrimen, ya que se trata de una conducta desviada en la que el escenario digital constituye un medio que presenta unas particularidades propias que la diferencian sustancialmente de cuando se desarrolla en el entorno analógico. Concretamente, el ciberespacio es el medio comisivo y no, en sí, su objeto de ataque. Simultáneamente, debe categorizarse como un cibercrimen de contenido. Esto es así porque el núcleo de la acción lo constituye la transmisión de un determinado mensaje y, por otro lado, su proliferación se relaciona, estrecha, aunque no exclusivamente, con los nuevos foros públicos que representan las redes sociales.

QUINTA.- La teoría de las actividades cotidianas es una de las más adecuadas para aportar un marco teórico de comprensión de la desinformación en la sociedad digital. Sus planteamientos permiten centrar el análisis en las redes sociales como lugar de comisión de esta conducta desviada. A su vez, subraya la importancia del comportamiento de la víctima en la explicación de la manipulación informativa. Y, por último, permite centrar el estudio en el control no formal y en la intervención de otros agentes para contrarrestarlo.

SEXTA.- La adaptación de esta teoría criminológica a la ciberdelincuencia permite destacar aquellos factores que explican el incremento cuantitativo y cualitativo que la desinformación ha experimentado en el entorno digital. En concreto, estos pueden agruparse en tres ámbitos, todos ellos ligados al funcionamiento de las plataformas digitales: factores puramente tecnológicos, factores socio-culturales y factores cognitivos.

SÉPTIMA.- A partir de una aproximación estrictamente tecnológica, se revela una «paradoja informativa». En una sociedad caracterizada por la ingente cantidad de fuentes de información disponibles, resulta más complicado acceder a aquellas que ofrecen una perspectiva diferente. En este sentido, la lógica algorítmica de las redes sociales fomenta la creación de un universo personalizado para cada usuario. Consecuentemente, cada uno recibe, con mayor probabilidad, aquella información que más se asemeja a sus ideas propias. Ello genera una burbuja digital en la que los puntos de vista propios resuenan y fortalecen las convicciones personales. Estos filtros burbuja y cámaras de resonancia

propician un «disenso manufacturado» a través del cual los distintos grupos sociales encuentran serias dificultades para alcanzar un consenso, ya que no comparten una realidad común y estos mundos dispares son incomprensibles entre sí. Unido a esto, el perfeccionamiento de la inteligencia artificial facilita y mejora la tarea de manipular. La desinformación, a través de los *bots* sociales, puede extenderse de manera automatizada. Por su parte, la creación de materiales audiovisuales falsos mediante inteligencia artificial gracias a los *deepfakes* favorece una manipulación más sofisticada.

OCTAVA.- Culturalmente, el proceso de desintermediación propiciado por las redes sociales ha generado un cambio de paradigma comunicativo. En las redes sociales fluye una gran cantidad de información con perspectivas sumamente dispares. En este contexto, emergen guerras culturales por la hegemonía del relato. La importancia de aquello que verdaderamente acontece queda relegada a un segundo plano, pues lo relevante es imponer el punto de vista de uno mismo. Con el propósito de lograr este objetivo, el mensaje se simplifica y se polariza. Con ello, la tendencia de fragmentar el consenso se intensifica y, con miras a causar un mayor impacto, las emociones pasan a ocupar un lugar preeminente. Surge así la era de la posverdad y la constante combinación de juicios objetivos y subjetivos.

NOVENA.- Estas transformaciones tecno-culturales inciden en ciertos procesos cognitivos que facilitan las posibilidades de manipulación. La polarización y los filtros burbuja potencian el sesgo de confirmación. La relevancia social del usuario se evalúa según el impacto que generan los contenidos que transmite, potenciando así el narcisismo digital. Con la finalidad de alcanzar una mayor notoriedad, prevalecen las estrategias orientadas a maximizar dicho impacto, sin importar tanto si lo que se difunde es veraz. Si la desinformación ayuda a obtener una mayor visibilidad, el anhelo de notoriedad predomina sobre la exactitud de los hechos. Por su parte, la sobreabundancia informativa acrecienta el síndrome de déficit de atención y, con ello, se reduce la capacidad de evaluar críticamente la información disponible en los espacios digitales. Variables a las que hay que sumar el «efecto de tercera persona» según el cual, aunque, por un lado, se percibe la desinformación como un riesgo significativo, por el otro, se subestima el impacto que pueda tener sobre uno mismo.

DÉCIMA.- El resultado de la interrelación de todas estas variables determina que la desinformación en línea esté más extendida y que las posibilidades de detectarla sean más complejas. No solo porque la tecnología favorece que las técnicas de manipulación

sean más sofisticadas, sino también debido a que la propia estructura de las redes sociales aumenta la vulnerabilidad de los usuarios ante ellas. En consecuencia, la oportunidad de ahondar en la población es mayor y, por ello, se ha incrementado la preocupación mediática sobre el fenómeno.

UNDÉCIMA.- La teoría de las actividades cotidianas también facilita el análisis del papel que desempeñan los actores involucrados en el fenómeno de la desinformación en línea. En este sentido, se observa una evolución significativa. Si en el período pre-digital cada interviniente desarrollaba un rol especializado y centralizado dentro de la dinámica desinformativa, la era digital ha dado lugar a un sistema más complejo en el que los agentes que intervienen ejecutan, paralelamente, funciones distintas.

DUODÉCIMA.- Las estrategias de manipulación ya no se concentran, predominantemente, en las élites políticas. Los usuarios, como agentes «prosumidores», tienen la capacidad de crear y difundir mensajes falsos a una gran cantidad de destinatarios. Por su parte, los medios de comunicación se han tenido que adaptar al nuevo modelo informativo digital caracterizado por la inmediatez y por un modelo económico basado en el impacto de los contenidos, convirtiéndolos en uno de los principales productores de estas conductas nocivas. Como resultado, se ha incrementado sustancialmente el número de actores que participan en la diseminación de la desinformación y los usuarios tienen que lidiar con una mayor cantidad de información falsa de manera simultánea.

DECIMOTERCERA.- La forma en la que el *homo digitalis* interactúa en el proceso de obtención de la información también ha sufrido una transmutación. El usuario ya no es un explorador activo en el consumo de noticias. Se ha convertido en el receptor de una avalancha de informaciones que aparecen en su muro digital de manera automática y a gran velocidad. Este solo se encarga de escoger la plataforma y es el algoritmo el que le presenta la información que obtiene, sin necesidad de llevar a cabo una labor adicional. En este sentido, atender a aquellos mecanismos de autoprotección que disminuyen las posibilidades de manipulación derivadas de estas prácticas en el consumo de noticias adquiere una mayor relevancia. Cuanto mejor conozca el usuario el funcionamiento de las plataformas digitales y qué instrumentos tecnológicos dispone para contrastar la información, menor será la posibilidad de ser manipulado.

DECIMOCUARTA.- La sociedad tecnológica también ha fomentado la aparición de nuevos «administradores del espacio digital» encargados de supervisar los contenidos que se divulgan en el ciberespacio, con el fin de evitar los efectos nocivos de la desinformación en línea. Si bien muchos medios de comunicación continúan esta labor, el foco de atención se ha puesto en otros agentes. De un lado, los prestadores de servicios digitales, puesto que son los dueños de los foros públicos en los que se desarrolla el debate. Su tarea se relaciona con la supervisión de los mensajes nocivos que imperan en sus plataformas y, asimismo, son los agentes que disponen de las herramientas más inmediatas para atajarlos. De otro, los organismos de verificación de datos han surgido, precisamente, por la cotidianeidad de los contenidos falsos en la red y su actividad principal se destina a detectar los bulos y exponerlos ante la población. Tanto unos como otros han ido adquiriendo una posición cada vez más significativa debido a la dificultad del control social de la desinformación en línea por su carácter transnacional.

DECIMO QUINTA.- Una de las cuestiones más problemáticas en el análisis de este desafío es su comprensión, puesto que no existe un criterio uniforme que pueda aportar la suficiente seguridad jurídica. Lo que genera importantes discrepancias terminológicas que versan sobre la necesidad de requerir una específica finalidad, la posición en la que colocar el elemento de la inveracidad, el grado de la falsedad que debe exigirse, el número de actos requeridos, etc.

Partiendo de esta dispersión conceptual, no se le puede encargar al Derecho penal la tarea de reconducir el problema a un concepto unitario. Sin embargo, sí que puede atribuírsele la necesidad de concretar la parcela que le corresponde, es decir, la de los comportamientos más graves. En caso contrario, existiría *ab initio* una enorme dificultad en la labor de interpretación y creación normativa puesto que no conviene acoger cualquier rango de comportamiento falso y ofrecer una misma respuesta si se aspira a una intervención preventiva y represiva eficaz. Desde este punto de vista, cualquier consideración del fenómeno en términos excesivamente amplios, es decir, como la mera difusión de una información inexacta o tergiversada, con independencia de la intencionalidad, debe ser descartada. En realidad, este enfoque alude al término «desorden informativo» que es mucho más genérico, ya que no solo incluye la desinformación, sino también la información errónea y la información nociva.

DECIMOSEXTA.- En un sentido restringido del término, a partir de una óptica estrictamente penal, confluyen dos elementos básicos. El aspecto objetivo de la conducta

se caracteriza por la transmisión de una información. Por tanto, solo forman parte de dicho elemento los juicios de hecho y no las meras opiniones, las cuales quedan excluidas. Asimismo, se exige que esta información sea manifiestamente inveraz. En otras palabras, que sea posible comprobar y contrastar que los datos que se difunden no se ajustan a la realidad. Por otro lado, el aspecto subjetivo se compone de la presencia del dolo. Por ello, es preciso que el sujeto que propaga la información sepa que esta es inveraz y quiera transmitirla. Junto a ello, debe hallarse una intención desinformativa, entendida en un sentido amplio, como voluntad de engañar para manipular.

DECIMOSÉPTIMA.- Este último elemento explica una de las consideraciones más extendidas en la aproximación penal al fenómeno: dependiendo de la intencionalidad del sujeto activo, y del concreto contenido del mensaje con el que se materialice, la desinformación puede afectar a intereses muy variados. A partir de esta premisa, el estudio de las motivaciones del emisor de la desinformación puede contribuir a trazar estrategias preventivas específicas. Con base en este objetivo, el comportamiento desinformativo se puede clasificar según si la intencionalidad es política, ideológica o comercial.

La desinformación política es aquella cuya finalidad de manipular se dirige a influir en la opinión pública sobre todas aquellas cuestiones relacionadas con la gestión de un Estado. Esta es la que ha generado mayor interés en los estudios científicos, así como en la inquietud tanto social como gubernamental, esencialmente, por ser la que suele presentar mayores estrategias complejas y coordinadas de manipulación.

La desinformación ideológica, en cambio, persigue manipular con el propósito de respaldar una idea que determina un potencial peligro a ciertos bienes individuales o colectivos. Este es, quizás, el grupo más heterogéneo en el que pueden encuadrarse todas aquellas aproximaciones de la desinformación relacionadas con el terrorismo, la incitación al odio, o la afectación al medioambiente.

La desinformación comercial se caracteriza porque la motivación principal del agente se destina a la obtención de un beneficio económico. Este puede alcanzarse de un modo directo, por la consecución de ingresos publicitarios o de cualquier tipo, pero también de un modo indirecto, buscando una mayor presencia e impacto digital.

DECIMO OCTAVA.- Esta visión de la acción de desinformar sigue abordándose en términos tan generales que la identifica con el acto de mentir. Siguiendo esta idea, tales

conductas ya pueden subsumirse en tipos penales existentes en el Código penal español. A propósito de un estudio intrasistemático, debe resaltarse una premisa trascendental: el modelo español se rige por el criterio general de la impunidad de la mentira y tan solo la castiga de un modo excepcional. La emisión de una información falsa está jurídicamente desvalorada no por el hecho en sí mismo de proferirla, sino por las consecuencias que se derivan de ella, en contextos concretos en los que representa un peligro o una lesión de bienes jurídicos relevantes.

En el caso de los particulares, esto ocurre cuando la mentira constituye un medio para producir un perjuicio a otro individuo. Este es el ejemplo paradigmático de los delitos de calumnia y de estafa. Sin embargo, cuando no se produce tal perjuicio, tan solo se permite el castigo de la mentira cuando recaen sobre el individuo deberes especiales de decir verdad en contextos concretos, como ocurre, por ejemplo, con el delito de falso testimonio, de denuncia falsa, de defraudación tributaria, etc.

DECIMONOVENA.- El análisis de la tipicidad del hecho de mentir permite distinguir dos grupos de criminalización: en algunos ilícitos constituye un componente esencial, sin el cual la conducta sería atípica; en otros se presenta como un medio comisivo más. Frente a futuros planteamientos regulatorios de la desinformación en línea, habría que situar, evidentemente, el ilícito penal en este primer grupo. El legislador español hace uso de las expresiones más dispares para referirse al elemento típico de la mentira. En esta línea, alude a los términos «falsedad», «engaño», «simular», «faltar a la verdad», «defraudar», «falsear y ocultar» y «noticias falsas». Aunque en realidad, todos ellos se reconducen a la idea de inveracidad, es decir, la emisión de un contenido que no se ajusta a la realidad.

VIGÉSIMA.- Ahora bien, este enfoque metodológico de *lege lata* se muestra insuficiente, ya que existe un debate candente en la sociedad sobre las necesidades de intervención punitiva de la desinformación. Por ello, es preciso concretar qué tipo de manipulación se asocia con las preocupaciones que provienen del ámbito nacional y supranacional que todavía no han sido resueltas por el ordenamiento jurídico-penal. Es en este punto en el que se observa que la inquietud mediática la acapara la desinformación política.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La filosofía analítica del lenguaje facilita la comprensión de cómo el uso de palabras en el escenario digital determina la acción de

desinformar. En este sentido, la teoría de los actos del habla o, si se prefiere, la teoría de los actos lingüísticos, aporta una visión pragmática por la que la teoría del lenguaje se concibe como una parte de la teoría de la acción. Con ello, se ofrece un modelo de comprensión filosófico sobre aquello que se puede hacer con el lenguaje y el castigo penal. A partir de estas consideraciones, la desinformación se concibe como el acto lingüístico consistente en emitir un conjunto de palabras con sentido (acto locucionario), mediante las cuales se realiza la acción de engañar a los destinatarios para manipularles (acto ilocucionario) y que puede originar una serie de efectos contingentes derivados de dicha manipulación (efectos perlocucionarios).

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La teoría de los actos del habla constituye una herramienta útil y complementaria a las teorías de la acción penal, para analizar con precisión las consecuencias jurídico-penales de la conducta de desinformar. Aporta un criterio de valoración sobre cuál puede ser el fundamento de legitimación de nuevos tipos penales relacionados con la desinformación política en línea. Este podría sustentarse directamente en la propia fuerza ilocucionaria del acto, es decir, en la capacidad del mensaje para afectar el proceso de formación de una opinión libre. O bien, si se considera que este fundamento es insuficiente, podría apoyarse en los efectos perlocucionarios que se derivan de la propia acción de desinformar. En este caso, la argumentación debería exigir una conexión directa entre la afectación a la libre capacidad decisoria del individuo y los efectos que suponen el peligro o la lesión a bienes jurídicos adicionales.

VIGÉSIMO TERCERA.- Por su parte, la teoría significativa de la acción es la teoría de la acción penal que ofrece un planteamiento más coherente con los presupuestos filosóficos de la tesis de los actos lingüísticos. Probablemente esto se deba a que la primera parte de una base filosófica estrechamente relacionada con la segunda.

Desde la teoría significativa de la acción, el centro de atención del comportamiento de la desinformación política en línea lo acapara el sentido del acto de emitir palabras en un escenario concreto. Este sentido se obtiene mediante el ejercicio de una labor puramente interpretativa del uso de las reglas sociales que envuelven la publicación de un determinado contenido en un contexto digital. A propósito de esta premisa, junto con la intención del emisor, conviene atender al marco social y normativo para que la expresión lingüística pueda interpretarse como un acto desinformativo. En consecuencia, debe rechazarse la operatividad de un supraconcepto de acción y optar por el análisis de la acción desde la tipicidad, ya que el examen de un acto lingüístico vertido al

ciberspacio para considerarse desinformativo no puede prescindir de todo el conjunto de condiciones en el que este se desarrolla, incluyéndose el contexto normativo para su completa aprehensión.

VIGÉSIMO CUARTA.- La publicidad, la viralidad y la permanencia que diferencia un acto desinformativo realizado en el ciberespacio de aquel producido a través de otros medios no conlleva una modulación del concepto de acción. No obstante, estos factores pueden ser tenidos en cuenta para valorar una mayor lesividad de la conducta. Algunas prácticas discursivas inherentes al medio digital como los emoticonos, los memes o los *hashtags* pueden ayudar a comprender mejor cuál es la intención comunicativa del emisor y el contexto extralingüístico. Y, en consecuencia, discernir si la fuerza derivada del acto ilocucionario de una afirmación falsa presenta una finalidad de manipulación o es meramente humorística. Este hecho no es una cuestión nimia ya que es una práctica extendida de la sociedad digital el uso de la información falsa como mero recurso sarcástico.

VIGÉSIMO QUINTA.- Con base en la teoría de los actos lingüísticos cabría admitir las formas imperfectas de ejecución de la desinformación política en el ámbito digital, no solo si se configurase normativamente como delito de resultado, sino también de mera actividad. Del carácter político de la desinformación se deriva una cierta trascendencia pública del interés que puede lesionarse o ponerse en peligro. Partiendo de esta premisa y de su naturaleza eminentemente comunicativa, la materialización de la acción de desinformar (acto ilocucionario) debe entenderse en el momento en el que el destinatario recibe el mensaje falso. Aunque las dinámicas de interacción propias de la sociedad digital se distinguen por la dilución en la separación temporal entre el envío del mensaje y la recepción a una masa indiferenciada de usuarios, puede ocurrir que, por causas ajenas a la voluntad del agente, finalmente el mensaje no llegue a ningún receptor. Esto puede suceder en aplicación de medidas preventivas de intervención *ex ante* aplicadas por la inteligencia artificial para moderar ciertos contenidos. De modo que, aunque el usuario haya enviado un mensaje falso a la red, este ha sido bloqueado temporalmente o suprimido antes de que pueda publicarse en los muros digitales del resto de usuarios. También puede ocurrir que exista una deficiencia en la comunicación porque los destinatarios no entienden el mensaje desinformativo, debido a una falta de comprensión de lo que se dice o a causa de la inteligibilidad del mensaje. Cuestión distinta

serán las necesidades de oportunidad e intervención punitiva sobre este tipo de conductas. Pero, desde luego, las modalidades imperfectas de ejecución serían plausibles.

VIGÉSIMO SEXTA.- El estudio histórico del castigo penal de la difusión de noticias falsas también puede servir como un instrumento encaminado a ofrecer pautas de *lege ferenda*. Históricamente, esta conducta, íntimamente relacionada con lo que hoy en día se denomina desinformación, ha sido entendida como una actividad política asociada a los medios de difusión mecánicos en las leyes especiales de prensa e imprenta. Asimismo, su criminalización también se vincula con períodos en los que se producía una mayor aproximación del Derecho penal con la regulación de la Moral social. E, igualmente, el uso del instrumento punitivo en este tipo de conductas ha sido criticado por los problemas de arbitrariedad que suponía su aplicación en perjuicio de un adecuado ejercicio de la libertad de expresión de los ciudadanos. Por su puesto, todas estas consideraciones no pueden ignorarse, si no se desea repetir los mismos errores del pasado. No obstante, la constante histórica más característica del proceso incriminatorio de las noticias falsas se relaciona con la falta de taxatividad debido a la vaguedad e indeterminación del término. De hecho, esta crítica fue uno de los argumentos principales de despenalización del delito de noticias falsas del art. 165 bis b) del texto refundido del Código penal de 1973. En la actualidad tan solo se mantiene vigente un único precepto que contenga este elemento en el tipo: el delito de derrotismo del art. 594 CP. Un tipo penal anclado en el pasado que fue creado para garantizar el orden en el régimen dictatorial frente a las propagandas de las democracias occidentales y que, por cierto, es criticado por la doctrina por su palmaria falta de claridad.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Dado estos antecedentes, no es de extrañar que uno de los mayores inconvenientes advertidos por los organismos internacionales sea la falta de taxatividad de la posible regulación penal del fenómeno de la desinformación en línea. En nuestro modelo de Estado, este límite material derivado del principio de legalidad no solo se sostiene en la seguridad jurídica, sino que también se deriva del fundamento democrático. Se considera que existe una tendencia regulatoria a no definir con la suficiente precisión el alcance de la «información falsa» objeto de sanción, lo que implica establecer prohibiciones generales basadas en fórmulas vagas y excesivamente generales.

VIGÉSIMO OCTAVA.- No obstante, el estudio intrasistemático del ordenamiento jurídico-penal español podría constituir una valiosa herramienta para solventar este inconveniente. Debido a la proximidad de la conducta de desinformar con

la criminalización de la inveracidad, un punto de partida adecuado sería optar por un modelo de castigo de la mentira históricamente consolidado en la legislación española.

En este sentido, la configuración típica del «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» del delito de calumnias debe considerarse el más apto. Este elemento debe interpretarse desde una tesis subjetiva que ponga el foco de atención en la ausencia de la conducta diligente del sujeto activo en la averiguación de los hechos, y no en el modelo de interpretación objetivo de la verdad. Esta aseveración la avala la *voluntas legislatoris*, mediante una interpretación literal del precepto en relación con su interpretación histórica, pero también razones teleológicas y sistemáticas para adecuar su interpretación con la realizada por el Tribunal Constitucional en relación con el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.

Optando por introducir como elemento de inveracidad el modelo de las calumnias, se superarían los problemas de inseguridad jurídica al incluirse elementos con bases interpretativas ya consolidadas, de modo que la exégesis intrasistemática favorecería la tarea del intérprete. En segundo lugar, por razones de mera conveniencia y de adaptación a la sociedad de la posverdad en la que vivimos. A propósito del imperio de un sistema social impregnado de concepciones relativistas, lo conveniente no sería centrarse en la exigencia de la verdad absoluta, sino más bien en poner la atención en la actuación llevada a cabo por el sujeto activo, en su comportamiento diligente respecto del contraste de la información. En tercer lugar, porque, en la medida en que el hecho de desinformar supone una infracción del límite interno de la veracidad derivado del derecho a la libertad de información, adaptar el elemento del tipo penal a la interpretación de un derecho con el que puede friccionar facilitaría la interpretación del precepto, esta vez desde una vertiente teleológica. Y, por último, por razones puramente prácticas, ya que es más sencillo probar si un sujeto ha realizado una conducta negligente en relación con la búsqueda de información que la prueba sobre la verdad desde un punto de vista objetivo, especialmente en los casos más dubitativos de afirmaciones falsas parciales y zonas grises entre hechos y opiniones.

VIGÉSIMO NOVENA.- Ahora bien, otros modelos del castigo penal de la mentira pueden contribuir a mejorar la elaboración de un precepto lo más garantista posible. La configuración típica del delito de estafa y su elemento del engaño son buena prueba de ello. La idoneidad del engaño puede traducirse en la exigencia de que la inveracidad de la información sea manifiesta y presente una cierta entidad. Por su parte, el parámetro

mixto objetivo-subjetivo de valoración de dicha idoneidad puede ayudar a mejorar la comprensión de esa información falsa publicada en redes sociales para merecer un reproche penal.

No son pues las razones de taxatividad las que deben rechazar una futura regulación penal sobre el fenómeno de la desinformación política en línea.

TRIGÉSIMA.- Ahora bien, cualquier propuesta de criminalización de la desinformación política, en un Estado social y democrático de derecho, debe superar, al menos, dos criterios de limitación si se desea adoptar una política criminal racional y garantista en la materia.

En una primera valoración formal, el objeto de tutela debe fundamentarse en un interés jurídico que represente actualmente un valor esencial para la coexistencia pacífica. Esto implica, en un Estado democrático, la necesidad de legitimar la intervención penal sobre el comportamiento desinformativo en un bien jurídico que presente una trascendencia constitucional.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- El requisito de trascendencia constitucional supone un criterio de delimitación negativo ineludible ante un proceso de «hiperexpansión» penal. En virtud de este parámetro, las propuestas criminalizadoras de la desinformación sustentadas en el *offence principle* y en los meros sentimientos como son la sensación social de inseguridad e intranquilidad o la pérdida de confianza ante las instituciones públicas deben rechazarse. Estos planteamientos no encajan en un Estado social y democrático de derecho porque intensifican los problemas de seguridad jurídica, propician un indeseable desplazamiento del análisis del hecho a la perspectiva de la víctima y aproximan el ordenamiento jurídico a un Derecho penal moral. Como resultado, se potencia el riesgo de convertir esta rama jurídica en una garantía del poder Estatal, en lugar de una garantía del individuo, pervirtiendo así la funcionalidad del sistema.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- Legitimar la intervención penal en el *harm principle* también se muestra insuficiente. Si bien esta teoría de fundamentación del castigo es más estricta, justificar la intervención punitiva a través de parámetros amplios como los de «autonomía» y «libertad» implicaría un excesivo margen de actuación judicial para dilucidar acerca del conflicto entre la libertad de expresión y la autonomía de decisión del individuo afectado por el contenido desinformativo. No obstante, ello no impide que este principio coadyuve a exigir efectos tangibles y significativos en la violación de los

intereses jurídicos afectados por la desinformación. Planteamiento que refuerza la negativa de aceptar propuestas abstractas basadas en intereses difusos alejadas de la lesión de bienes de los individuos como es la protección de la verdad.

TRIGÉSIMO TERCERA.- En consecuencia, la propuesta de criminalización de la desinformación política deberá fundamentarse en el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos. De este modo se ofrecerían unos muros de limitación al poder punitivo del Estado más rígidos y claros, así como un contenido normativo y material esencial para que la decisión legislativa sobre el fenómeno sea lo más garantista posible.

TRIGÉSIMO CUARTA.- La atención mediática sobre el fenómeno parte de una premisa similar común: la desinformación en línea desencadena una ruptura en la aspiración de los ciudadanos y de los poderes estatales de conocer la realidad de los acontecimientos. Esto dificulta la capacidad de alcanzar acuerdos sobre hechos esenciales para construir una democracia funcional, lo que repercute en dos estadios. Desde una perspectiva individual, la desinformación interfiere en la libre capacidad de decisión del individuo sobre cuestiones que afectan a la organización del territorio. Desde una perspectiva supraindividual, se dificulta que las instituciones públicas puedan llevar a cabo respuestas adecuadas frente a amenazas externas e internas, generando un riesgo de confianza ciudadana ante la acción estatal.

TRIGÉSIMO QUINTA.- El derecho a la libertad de información consagrado en el art. 20.1.d) CE no puede considerarse el interés que legitime la tutela penal de la desinformación política. Del carácter de «libertad» del derecho se desprende que su funcionalidad es la de garantizar que la información sea recibida o pueda accederse a ella sin ningún tipo de limitación arbitraria, pero no se deriva ningún carácter prestacional consistente en la recepción de la información de una determinada calidad. No existe, pues, un derecho a no recibir información falsa que se derive de este precepto constitucional.

El sujeto que emite un contenido desinformativo con conocimiento y voluntad está transgrediendo el límite interno de la veracidad de este derecho. La consecuencia de ello es que las manifestaciones que emita no gozarán de la protección constitucional reforzada que de él se desprende. Sin embargo, la respuesta punitiva solo puede legitimarse si de esa falta de veracidad se produce una vulneración también de su límite externo, es decir, si de ella se deriva un daño a otro interés garantizado en el texto constitucional. A pesar de que este derecho no constituya la base de protección penal, eso no significa que sea

completamente irrelevante en las propuestas legislativas *de lege ferenda*. Precisamente del derecho a la libertad de información se deriva un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal de los efectos de la desinformación política.

TRIGÉSIMO SEXTA.- Tampoco el orden público debe confundirse con el interés que se pretende preservar. La vaguedad del orden público como bien jurídico-penal supondría ahondar en los problemas de seguridad jurídica intrínsecos al fenómeno. Apoyar el castigo de la desinformación política en un contenido tan controvertido y especulativo alimentaría el proceso de «sobrecriminalización» de los delitos de contenido en la sociedad digital y se estaría combatiendo la aparente inseguridad que genera la desinformación en línea con más inseguridad en la acción punitiva.

Podría acudir a criterios de interpretación más restringidos concretando la protección penal de la desinformación política en los delitos «[D]e los desórdenes públicos» del Capítulo III del Título XXII. En tal caso, se ha concretado que se protegería la afectación en el pensamiento de un grupo indeterminado de personas las cuales podrían llegar a ocupar los espacios comunitarios y alterar el normal funcionamiento de las instituciones públicas. No obstante, al margen de los problemas de causalidad que se derivan de este planteamiento, con ello solo se estaría abordando una pequeña parcela de los riesgos que se vinculan a la desinformación en línea. En realidad, los desafíos de este fenómeno se asocian más estrechamente con la alteración del pluralismo político y la afectación directa en la confianza de las instituciones estatales, especialmente en los procesos electorales.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- En los últimos años, de los documentos y propuestas legislativas desarrolladas en el marco estatal y de la UE se desprende que la desinformación en línea produce una afectación material de dos intereses de naturaleza distinta. Desde una perspectiva individual, afecta al derecho de participación política consagrado en el art. 23 CE. Si se atiende a los peligros que se señalan sobre el proceso electoral, la desinformación en línea interfiere en la capacidad de decisión de los ciudadanos tanto en los procesos de elección de sus representantes democráticos, como en los de la toma de decisiones sobre cuestiones fundamentales de la organización política de un territorio a través de mecanismos de participación directa, tales como el referéndum. Por otro lado, obstaculiza la capacidad de ser elegido en condiciones de igualdad.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- Desde una vertiente colectiva o supraindividual, las demandas punitivas se relacionan con el uso de la desinformación en línea como mecanismos de amenaza híbrida que explota la vulnerabilidad del Estado y sus instituciones, intercediendo especialmente en momentos de crisis con el propósito de generar polarización y desestabilización política, social o económica en favor de unos intereses geopolíticos concretos.

Tales riesgos podrían reconducirse al Título XXIII del Código penal español. En él se tutela la seguridad del Estado entendida como la aspiración de la perdurabilidad de las instituciones políticas, llevándose a cabo las transformaciones que en ellas sean precisas mediante los cauces legalmente establecidos. Y también se protege la soberanía nacional que comprende los intereses vitales del Estado en el desarrollo de su existencia y la ausencia de conflictos internacionales. Concretamente, la protección de la desinformación política en línea debería asimilarse a los ataques que comprometen «la independencia del Estado» que comprende aquellas conductas que incrementan el riesgo de subordinar la autonomía política de un territorio a los dictados de otro Estado u organización.

TRIGÉSIMO NOVENA.- Sin embargo, aceptar que se cumple con el criterio formal de la trascendencia constitucional desprendido de los derechos de participación política del art. 23 y de la soberanía nacional del art. 1.2 CE, no es suficiente para legitimar el castigo. Falta un segundo criterio de análisis material que impone la necesidad de que la conducta presente una infracción particularmente grave para la convivencia social frente a la cual otros medios se muestran insuficientes.

Si bien la sociedad tecnológica debe permitir espacios razonables de expansión con el fin de adaptarse a la nueva realidad digital, no caben espacios de expansión irrazonable que se producen cuando se atacan directamente las vigas que sustentan el Estado social y democrático de derecho. Y una criminalización de la desinformación política en línea atentaría contra uno de los límites materiales más importantes: el principio de intervención mínima.

CUADRAGÉSIMA.- Con base en el carácter fragmentario del Derecho penal, todavía resulta difícil concretar el daño real que produce la desinformación política sobre los intereses jurídicos aludidos. El riesgo de afectación a la libertad decisoria de los ciudadanos, a la igualdad de condiciones en el acceso a los cargos públicos y a la

independencia del Estado está tan alejado que estas conductas no pueden considerarse las más graves e intolerables de vulneración de dichos bienes jurídicos. Como mucho, podrían considerarse comportamientos de peligro abstracto frente a ambos intereses jurídicos. En consecuencia, la creación de un tipo penal sobre la desinformación política, en cualquiera de sus dos vertientes (individual o supraindividual) sería sumamente arriesgada en una época político-criminal de un Derecho penal máximo. La lejanía que representan las conductas con la afectación a los bienes jurídicos debería situarlos en una parcela de vulneración de menor relevancia y, por consiguiente, debería desalentar el uso de esta rama del ordenamiento jurídico para hacerles frente.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- Incluso aunque se considerase que se supera el carácter fragmentario porque estas conductas sí que producen una lesión o riesgo severo en la sociedad digital frente a estos intereses sociales relevantes, todavía habría que negar el espacio a la intervención punitiva, pues seguiría sin superarse el carácter subsidiario. Del atributo «social» de nuestro modelo de Estado se deriva la necesidad de agotar previamente los mecanismos menos lesivos de los que disponemos para tutelar estos ataques frente a los derechos de participación y la soberanía del Estado. El fenómeno de la desinformación no puede servir como una nueva excusa al legislador para consolidar la concepción de única *ratio* del Derecho penal. Se ha de ser firmemente críticos y reivindicar el retorno efectivo del Derecho penal de *ultima ratio*.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA.- El proceso de comprensión del fenómeno en los últimos años ha revelado, paulatinamente, la existencia de una gran cantidad heterogénea de medidas de intervención *ex ante* y *ex post*, de naturaleza educativa, tecnológica y económica que pueden ser útiles para luchar contra la desinformación en línea. Métodos de actuación que en su mayoría son complementarios y no excluyentes entre sí. Muchos de los cuales ya han sido adoptados y presentan un gran recorrido de aplicación, algunos, recientemente implementados, todavía falta por ver su grado de efectividad y otros se encuentran en proceso de concreción y desarrollo legislativo. Un correcto entendimiento del carácter de *ultima ratio* del orden penal debería evitar planteamientos artificiales de protección de estos intereses que tan solo revelan una interesada renuncia a un tratamiento político adecuado de la desinformación en línea y, por consiguiente, un uso injustificado del Derecho penal.

CUADRAGÉSIMO TERCERA.- Entre los métodos preventivos se encuentra, por un lado, la evaluación, detección y análisis de los riesgos sistémicos que comportan

las campañas de desinformación, así como la alfabetización mediática. Por otro lado, resulta imprescindible apostar por la colaboración y coordinación entre los diferentes actores de la sociedad digital. Esto incluye no solo a las autoridades nacionales, sino también a los prestadores de servicios digitales, los medios de comunicación, los organismos de verificación de datos y la sociedad civil. Además, de ella se deriva la necesidad de ofrecer respuestas conjuntas, por lo que las propuestas reguladoras que desatiendan esta dimensión supranacional como las de Alemania y Francia, deberían rechazarse. Al mismo tiempo, existe la posibilidad de utilizar la IA como herramienta para bloquear y filtrar contenidos desinformativos antes de que se publiquen en los muros digitales. No obstante, esta medida debe ser rechazada por la restricción de derechos que suponen a la libertad de expresión y porque si se aplican una vez difundidas ofrecen un mayor grado de garantías.

CUADRAGÉSIMO CUARTA.- En relación con las medidas de intervención una vez el contenido desinformativo se ha publicado resaltan los procesos de «priorización» y «despriorización», el etiquetamiento del contenido, la adaptación del derecho de rectificación a las dinámicas de las redes sociales y las notas de la comunidad. También puede ser efectivo el uso de métodos que suponen una mayor restricción de derechos como el bloqueo o la eliminación de contenidos ya publicados, la suspensión y eliminación de cuentas digitales y la imposición de medidas sancionadoras extrapenales a través de la imposición de multas.

CUADRAGÉSIMO QUINTA.- Al respecto, si bien la política legislativa europea y española comenzaron adoptando un modelo no intervencionista, partiendo exclusivamente de métodos preventivos y del predominio del enfoque centrado en el control geoestratégico, se está avanzando paulatinamente a un modelo regulatorio cada vez más restrictivo. En este marco, destaca especialmente la aprobación de la DSA en la que se ha priorizado la regulación de la actividad de las plataformas de servicios digitales, ofreciendo más garantías en la aplicación de las medidas *ex post* citadas. Y también destaca la implementación del Reglamento Europeo de IA que permite la imposición de multas para ciertos comportamientos desinformativos que se benefician de la mejora técnica en la manipulación que proporciona la IA.

CUADRAGÉSIMO SEXTA.- Ante la existencia de medidas tan diversas, menos invasivas de derechos que el recurso a la pena, la prioridad debe ser valorar la eficacia de la aplicación conjunta y coordinada de todas ellas. Y con mayor razón si la restricción de

la libertad del individuo resulta injustificada por el distanciamiento que representan los peligros potenciales de la desinformación en línea frente a los intereses jurídicos en juego. Por ello, el recurso al Derecho penal evidenciaría la incapacidad del poder político de superar la tentación de resolver, rápida y demagógicamente, el problema de la desconfianza en los medios y las instituciones sobre la información que reciben.

En consecuencia, se estaría alimentando la tendencia populista de los últimos años. Una nueva ley penal que incorporase el comportamiento desinformativo formaría parte de la estrategia demagógica de aparentar que el conflicto social se ha resuelto, sin reparar si con ella se ha logrado la tutela eficaz de los derechos de participación política o de la soberanía del estado. Desde esta óptica, este populismo punitivo de creación de la norma al margen de razones de necesidad y viabilidad, constituiría un ejemplo de Derecho penal simbólico. Concretamente, sería el fiel reflejo de una ley activista en la que la regulación penal se utilizaría, meramente, como instrumento para enviar un mensaje de confianza a la ciudadanía de que se están llevando a cabo esfuerzos para atajar las repercusiones del fenómeno, prevaleciendo estos efectos comunicativos sobre la necesidad de proteger los bienes jurídicos mencionados. O también podría servir como una ley promotora si la prevalencia del uso instrumental de la ley penal determinara, como fin prioritario, la modificación de las prácticas nocivas extendidas de manipulación en línea, superponiendo una función educativa por encima de la protección de los intereses esenciales para la coexistencia pacífica.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA.- Una de las vertientes más afectadas por el proceso de sobreexpansión penal producto de la sociedad digital son los delitos cometidos a través de los actos lingüísticos. De esta aseveración se respalda cómo, con la excusa de combatir la desinformación política, el legislador pueda sentir cierta atracción por implementar medidas de control lesivas para los derechos a la libertad de expresión e información. El uso injustificado e indebido del Derecho penal podría ocasionar también efectos contraproducentes para la democracia, porque el objetivo de tutela de determinados intereses conllevaría una afectación innecesaria y de mayor gravedad sobre estos derechos comunicativos.

Bajo el pretexto de controlar el flujo de la información falsa y de la necesidad de discernir cuándo unos mensajes son falsos y cuándo no, podría justificarse, de manera oculta, el ejercicio de la censura. No en los términos tradicionales contenidos en el art. 20.3 CE pero sí, en atención al cambio de paradigma comunicativo, en una censura *ex*

post en la que el poder político pudiera controlar qué mensajes son aptos o no para permanecer en los debates públicos de las redes sociales. No en pocas ocasiones la línea de distinción entre información y mera opinión es considerablemente fina y de ello se pueden aprovechar para tomar decisiones restrictivas de tales derechos.

CUADRAGÉSIMO OCTAVA.- Al mismo tiempo, una incriminación de las conductas desinformativas de índole política podría producir un efecto desaliento. El inconveniente de la desinformación no solo radica en determinar si un contenido es verdadero o falso, sino incluso en apreciar que aquello que se dice puede formar parte del ámbito del análisis factual. Por ello, difícilmente una norma penal relativa a la desinformación podrá separar con rotunda claridad si la difusión de un contenido parcialmente manipulado se encuadraría dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión o bien constituiría un comportamiento penalmente ilícito. Al ser, en este particular caso, tan complejo elaborar límites precisos de delimitación entre lo lícito y lo ilícito, en muchas ocasiones, ante estas situaciones dudosas, y con vistas en la amenaza penal, se abstendrían de contribuir en el proceso deliberativo y en los debates públicos suscitados a propósito de las nuevas ágoras 2.0.

CUADRAGÉSIMO NOVENA.- En definitiva, no resulta conveniente la introducción de un nuevo tipo penal que abarque la conducta de la desinformación en la sociedad digital, ya que el recurso al instrumento punitivo en esta cuestión estaría injustificado, sería indebido y produciría efectos contraproducente para un Estado democrático.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONS

FIRST.- The consolidation of the Internet and social networks has led to a transition from the information society to the digital society. In this society, the number of citizens who carry out their daily activities in parallel in the digital and analog environments has increased considerably and, at the same time, the status of information as the main source of power has intensified. These two features not only explain the transformations that have occurred in the social, economic and political spheres, but also reveal the emergence of new forms of harming or endangering certain legal assets. These include cybercrime as a whole and, especially in recent years, a specific form: online disinformation.

SECOND.- In the digital society, some of the characteristics of the criminal law of risk have increased through technological criminal law. If the former gave rise to a process of criminal expansion, the latter has caused a process of "hyper-expansion", especially on behaviors related to linguistic acts due to the communicative openness that social networks have brought about.

While the criminal law of risk entailed a change of paradigm in relation to the object of this branch of law, in technological criminal law this transformation takes place in relation to the means of commission in which the conduct is carried out. This aspect has determined, to a certain extent, the need to adapt the punitive response to this new scenario in which criminal activities are carried out. Unfortunately, however, this process of readjustment has exacerbated the relaxation of the basic criminal guarantees of a social and democratic State under the rule of law that had already begun, at the time, the risk society.

THIRD.- The understanding of digital criminal law has been accompanied by the creation of new criminal types due to the ineffectiveness of traditional figures to protect the interests affected by cybercrime. Likewise, legislative proposals have arisen that have tried to adapt the legal consequences of the crime to the new technological reality. However, the most outstanding legislative trend is linked to the increase in the harmfulness of the action carried out in cyberspace. In this sense, qualified types have been incorporated by this means of commission and, in turn, acts carried out in the digital

environment have been elevated to the category of crime, which in the analogical scenario did not present sufficient harmfulness.

FOURTH.- In a criminological sense, online disinformation should be considered as a cybercrime, since it is a deviant conduct in which cyberspace constitutes one of the essential elements of the behavior and not an incidental feature. Specifically, it forms the means by which the disinformation is carried out and is not itself the object of the attack. Simultaneously, it must be categorized as a content cybercrime. This is so because the core of the action is the transmission of a certain message and, on the other hand, its proliferation is closely, though not exclusively, related to the new public forums represented by social networks.

FIFTH: The routine activity theory is one of the most appropriate to provide a theoretical framework for understanding the phenomenon of disinformation in digital society. Its approaches make it possible to focus the analysis on social networks as the place where this deviant behavior is committed. In turn, it underlines the importance of the victim's behavior in the explanation of information manipulation. And, finally, it allows focusing the study on non-formal control and the intervention of other agents to counteract it.

SIXTH.- The adaptation of this criminological theory to cybercrime makes it possible to highlight those factors that explain the quantitative and qualitative increase that disinformation has experienced in the digital environment. Specifically, these can be grouped into three areas, all linked to the functioning of digital platforms: purely technological factors, socio-cultural factors and cognitive factors.

SEVENTH.- From a strictly technological approach, an "information paradox" is revealed. In a society characterized by the enormous amount of information sources available, it is more complicated to access those that offer a different perspective. In this sense, the algorithmic logic of social networks encourages the creation of a personalized universe for each user. Consequently, each user is more likely to receive the information that most closely resembles his or her own ideas. This creates a digital bubble in which one's own views resonate and strengthens personal convictions. These bubble filters and resonance chambers foster a "manufactured dissent" through which different social groups find it very difficult to reach a consensus, since they do not share a common reality and these disparate worlds are incomprehensible to each other. Coupled with this, the

improvement of artificial intelligence facilitates and enhances the task of manipulation. Disinformation, through social *bots*, can spread in an automated way. For its part, the creation of false audiovisual materials through artificial intelligence thanks to *deepfakes* favors a more sophisticated manipulation.

EIGHTH: Culturally, the process of disintermediation brought about by social networks has generated a change in the communication paradigm. A large amount of information flows in social networks with extremely disparate perspectives. In this context, culture wars emerge for the hegemony of the narrative. The importance of what really happens is relegated to the background, since what is relevant is to impose one's own point of view. In order to achieve this goal, the message is simplified and polarized. Thus, the tendency to fragment consensus is intensified and, with a view to making a greater impact, emotions take center stage. Thus arises the era of post-truth and the constant conflation of objective and subjective judgments.

NINTH: These techno-cultural transformations affect certain cognitive processes that facilitate the possibilities of manipulation. Polarization and bubble filters enhance confirmation bias. The social relevance of the user is evaluated according to the impact generated by the content he/she transmits, thus enhancing digital narcissism. In order to achieve greater notoriety, strategies aimed at maximizing this impact prevail, regardless of whether what is disseminated is truthful. If misinformation helps to obtain greater visibility, the desire for notoriety prevails over factual accuracy. On the other hand, the overabundance of information increases the attention deficit syndrome and thus reduces the ability to critically evaluate the information available in digital spaces. These variables are compounded by the "third-person effect" according to which, although disinformation is perceived as a significant risk on the one hand, the impact it may have on oneself is underestimated on the other.

TENTH.- The result of the interrelation of all these variables determines that online disinformation is more widespread and that the possibilities of detecting it are more complex. Not only because technology favors more sophisticated manipulation techniques, but also because the very structure of social networks increases the vulnerability of users to them. As a result, the opportunity to delve deeper into the population is greater and, as a result, media concern about the phenomenon has increased.

ELEVENTH.- The routine activity theory also facilitates the analysis of the role played by the actors involved in the phenomenon of online disinformation. In this sense, a significant evolution can be observed. If in the pre-digital period each actor developed a specialized and centralized role within the disinformation dynamics, the digital era has given rise to a more complex system in which the intervening agents perform, in parallel, different functions.

TWELFTH: Manipulation strategies are no longer concentrated predominantly in political elites. Users, as "prosumer" agents, have the capacity to create and disseminate false messages to a large number of recipients. For their part, the media have had to adapt to the new digital information model characterized by immediacy and an economic model based on the impact of content, making them one of the main producers of these harmful behaviors. As a result, the number of actors involved in the dissemination of disinformation has increased substantially and users have to deal with a greater amount of false information simultaneously.

THIRTEENTH.- The way in which *homo digitalis* interacts in the process of obtaining information has also undergone a transmutation. The user is no longer an active explorer in the consumption of news. He has become the receiver of an avalanche of information that appears on his digital wall automatically and at great speed. The user is only in charge of choosing the platform, and it is the algorithm that presents the information he gets, without the need to carry out any additional work. In this sense, paying attention to those self-protection mechanisms that reduce the possibilities of manipulation derived from these practices in the consumption of news acquires greater relevance. The better the user knows how digital platforms work and what technological tools are available to contrast the information, the lower the possibility of being manipulated.

FOURTEENTH.- The technological society has also fostered the emergence of new "digital space administrators" in charge of supervising the contents that are disseminated in cyberspace in order to avoid the harmful effects of online disinformation. While many media outlets continue this work, the focus has shifted to other actors. On the one hand, digital service providers, since they are the owners of the public forums in which the debate takes place. Their task is related to monitoring the harmful messages that prevail on their platforms and, likewise, they are the agents that have the most immediate tools to tackle them. On the other hand, data verification agencies have

emerged precisely because of the daily occurrence of false content on the network and their main activity is aimed at detecting hoaxes and exposing them to the public. Both have been acquiring an increasingly significant role due to the difficulty of social control of online disinformation because of its transnational nature.

FIFTEENTH - One of the most problematic issues in the analysis of this challenge is its understanding. There is no uniform criterion that can provide sufficient legal certainty. There are important terminological discrepancies that deal with the need to require a specific purpose, the position in which to place the element of the untruthfulness, the degree of untruthfulness to be required, the number of acts required, etc.

On the basis of this conceptual dispersion, criminal law cannot be entrusted with the task of redirecting the problem to a unitary concept. However, it can be attributed the need to specify the area that corresponds to it, i.e., that of the most serious behaviors. Otherwise, there would be *ab initio* an enormous difficulty in the work of interpretation and normative creation, since it is not appropriate to accept any range of false behavior and offer the same response if one aspires to an effective preventive and repressive intervention. From this point of view, any consideration of the phenomenon in excessively broad terms, i.e. as the mere dissemination of inaccurate or misrepresented information, regardless of intentionality, must be discarded. In fact, this approach alludes to the term "information clutter" which is much more generic, as it includes not only disinformation, but also misinformation and harmful information.

SIXTEENTH.- In a restricted sense of the term, from a strictly criminal point of view, two basic elements converge. The objective aspect of the conduct is characterized by the transmission of information. Therefore, only factual judgments are part of this element and not mere opinions, which are excluded. It is also required that this information be manifestly false. In other words, it must be possible to verify and contrast that the data disseminated do not conform to reality. On the other hand, the subjective aspect consists of the presence of malice. It is therefore necessary that the person spreading the information knows that it is untrue and wants to pass it on. Along with this, there must be a disinformative intention, understood in a broad sense as the will to deceive in order to manipulate.

SEVENTEENTH.- This last element explains one of the most widespread considerations in the criminal approach to the phenomenon: depending on the

intentionality of the active subject and the specific content of the message with which it materializes, disinformation can affect a wide variety of interests. Based on this premise, the study of the motivations of the issuer of disinformation can contribute to the design of specific preventive strategies. Based on this objective, disinformation behavior can be classified according to political, ideological and commercial intentions.

Political disinformation is that whose purpose of manipulation is aimed at influencing public opinion on all issues related to the management of a State. This is the one that has generated the greatest interest in scientific studies, as well as in social and governmental concern. Essentially, because it is the one that usually presents the most complex and coordinated strategies of manipulation.

Ideological disinformation, on the other hand, seeks to manipulate with the purpose of supporting an idea that determines a potential danger to certain individual or collective goods. This is perhaps the most heterogeneous group in which all disinformation approaches related to terrorism, incitement to hatred or environmental damage can be included.

Commercial disinformation is characterized by the fact that the agent's main motivation is aimed at obtaining an economic benefit. This can be achieved in a direct way, by obtaining advertising revenue or any other type of revenue. But also in an indirect way, by seeking a greater digital presence and impact.

EIGHTEENTH.- This view of the action of misinforming continues to be approached in such general terms that it identifies it with the act of lying. Following this idea, such conducts can already be subsumed in existing criminal types in the Spanish Criminal Code. Regarding an intrasystematic study, a transcendental premise must be highlighted: the Spanish model is governed by the general criterion of impunity of lying and only punishes it in an exceptional way. The issuance of false information is only legally devalued not for the fact itself of uttering it, but for the consequences that derive from it in specific contexts in which it represents a danger or an injury to relevant legal assets.

In the case of individuals, this occurs when the lie constitutes a means of causing harm to another individual. This is the paradigmatic case of the crimes of slander and fraud. However, when such harm is not produced, the punishment of lying is only allowed

when the individual has special duties to tell the truth in specific contexts, as occurs, for example, with the crime of false testimony, false denunciation, tax fraud, etc.

NINETEENTH: The analysis of the criminal nature of the fact of lying makes it possible to distinguish two groups of criminalization: in some offenses it constitutes an essential component, without which the conduct would be atypical; in others it is presented as one more means of commission. With regard to future regulatory approaches to online disinformation, the criminal offense should obviously be placed in the first group. The Spanish legislator uses the most disparate expressions to refer to the typical element of lying. In this line, he refers to the terms "falsehood", "deceit", "simulate", "lie", "defraud", "falsify and conceal" and "false news". In reality, however, all of these terms can be traced back to the idea of inaccuracy, i.e., the broadcasting of content that does not conform to reality.

TWENTIETH.- However, this methodological approach *de lege lata* proves to be insufficient, since there is a heated debate in society on the need for punitive intervention of disinformation. Therefore, it is necessary to specify what type of manipulation is associated with the concerns coming from the national and supranational sphere that have not yet been resolved by the criminal-legal system. It is at this point that political disinformation is the main concern of the media.

TWENTY-FIRST.- The analytical philosophy of language facilitates the understanding of how the use of words in the digital scenario determines the action of to misinform. In this sense, the theory of speech acts or, if preferred, the theory of linguistic acts provides a pragmatic vision whereby the theory of language is conceived as a part of the theory of action. In doing so, it offers a model of philosophical understanding of what can be done with language and criminal punishment. Based on these considerations, disinformation is conceived as the linguistic act consisting of emitting a set of meaningful words (locutionary act), by means of which the action of deceiving the addressees in order to manipulate them (illocutionary act) is carried out, and which can originate a series of contingent effects derived from such manipulation (perlocutionary effects).

TWENTY-SECOND.- The theory of speech acts constitutes a useful complementary tool to the theories of criminal action to precisely analyze the legal-penal consequences of the conduct of disinformation. It provides an assessment criterion on what may be the basis for legitimizing new criminal offenses related to online political

disinformation. This could be based directly on the very illocutionary force of the act, that is, on the capacity of the message to affect the process of forming a free opinion. Or, if this foundation is considered insufficient, it could be based on the perlocutionary effects derived from the action of disinformation itself. In this case, the argumentation should require a direct connection between the affectation of the individual's free decision-making capacity and the effects that entail the danger or injury to additional legal assets.

TWENTY-THIRD.- For its part, the significant action theory is the theory of criminal action that offers an approach more consistent with the philosophical assumptions of the linguistic acts thesis. This is probably due to the fact that the former starts from a philosophical basis closely related to the latter.

From the significant action theory, the focus of attention of online political disinformation behavior is on the meaning of the act of uttering words in a specific scenario. This meaning is obtained through the exercise of a purely interpretative work of the use of the social rules that surround the publication of a given content in a digital context. With regard to this premise, together with the intention of the sender, it is appropriate to pay attention to the social and normative framework so that the linguistic expression can be interpreted as a disinformative act. Consequently, the operability of a supra-concept of action should be rejected and the analysis of the action should opt for the analysis of the action from the typicity, since the examination of a linguistic act poured into cyberspace to be considered uninformative cannot disregard the whole set of conditions in which it is developed, including the normative context for its complete apprehension.

TWENTY-FOURTH.- The publicity, virality and permanence that differentiates a disinformative act carried out in cyberspace from that produced through other media does not entail a modulation of the concept of action. However, these factors can be taken into account to assess the greater harmfulness of the conduct. Some discursive practices inherent to the digital medium such as emoticons, memes or *hashtags* can help to better understand the communicative intention of the sender and the extralinguistic context. And, consequently, to discern whether the force derived from the illocutionary act of a false statement presents a manipulative purpose or is merely humorous. This is not a trivial matter, since it is a widespread practice in digital society to use false information as a mere sarcastic resource.

TWENTY FIFTH.- Based on the theory of linguistic acts, it would be possible to admit the imperfect forms of execution of political disinformation in the digital sphere, not only if it were configured normatively as a crime of result, but also of mere activity. From the political nature of disinformation derives a certain public importance of the interest that can be damaged or endangered. Based on this premise and its eminently communicative nature, the materialization of the action of disinformation (illocutionary act) must be understood at the moment when the recipient receives the false message. Although the dynamics of interaction typical of the digital society are distinguished by the dilution in the temporal separation between the sending of the message and its reception by an undifferentiated mass of users, it may happen that, for reasons beyond the agent's control, the message does not finally reach any recipient. This can happen in application of *ex ante* preventive intervention measures applied by artificial intelligence to moderate certain contents. So, even if the user has sent a false message to the network, it has been temporarily blocked or deleted before it can be published on the digital walls of other users. It may also happen that there is a deficiency in communication because the recipients do not understand the disinformative message, due to a lack of understanding of what is being said or because of the intelligibility of the message. A different question will be the needs of opportunity and punitive intervention on this type of conducts. But, of course, imperfect modalities of execution would be plausible.

TWENTY SIXTH.- The historical study of the criminal punishment of the dissemination of false news can also serve as an instrument aimed at offering *lege ferenda* guidelines. Historically, this conduct, intimately related to what today is called disinformation, has been understood as a political activity associated with the mechanical means of dissemination in the special press and printing laws. Likewise, its criminalization is also linked to periods in which there was a greater approximation of criminal law with the regulation of social morality. Likewise, the use of the punitive instrument in this type of conduct has been criticized for the problems of arbitrariness that its application entailed, to the detriment of the proper exercise of citizens' freedom of expression. Of course, all these considerations cannot be ignored if the same mistakes of the past are not to be repeated. However, the most characteristic historical constant of the incriminating process of fake news is related to the lack of taxativity due to the vagueness and indeterminacy of the term. In fact, this criticism was one of the main arguments for the decriminalization of the crime of false news in art. 165 bis b) of the consolidated text

of 1973. At present, only one single precept remains in force that contains this element in the crime: the crime of defamation of art. 594 PC. A criminal offense anchored in the past that was created to guarantee order in a dictatorial regime in the face of the propaganda of Western democracies and which, by the way, is criticized by the doctrine for its obvious lack of clarity.

TWENTY SEVENTH.- Given this background, it is not surprising that one of the major drawbacks noted by international organizations is the lack of taxation of the possible criminal regulation of the phenomenon of online disinformation. In our model of State, this material limit derived from the principle of legality is not only sustained by legal certainty, but also derives from the democratic foundation. It is considered that there is a regulatory tendency to not define with sufficient precision the scope of "false information" subject to sanction, which implies establishing general prohibitions based on vague and excessively general formulas.

TWENTY-EIGHTH.- However, the intrasystematic study of the Spanish legal-criminal system could be a valuable tool to solve this drawback. Due to the proximity of the conduct of misinforming with the criminalization of untruthfulness, an appropriate starting point would be to opt for a model of punishment of lying historically consolidated in Spanish law.

In this sense, the typical configuration of "knowledge of its falsity or reckless disregard for the truth" of the crime of slander should be considered the most suitable. This element must be interpreted from a subjective thesis that focuses on the absence of diligent conduct of the active subject in the investigation of the facts and not on the model of objective interpretation of the truth. This assertion is supported by *voluntas legislatoris*, through a literal interpretation of the precept in relation to its historical interpretation, but also teleological and systematic reasons to bring its interpretation into line with that made by the Constitutional Court in relation to the conflict between the right to honor and freedom of information.

By opting to introduce the model of slander as an element of non-retroactivity, the problems of legal uncertainty would be overcome by introducing elements with already consolidated interpretative bases. Thus, intrasystematic exegesis would favor the task of the interpreter. Secondly, for reasons of mere convenience and adaptation to the post-truth society in which we live. In the context of a social system impregnated with

relativistic conceptions, it would be convenient not to focus on the demand for absolute truth, but rather to pay attention to the actions carried out by the active subject, to his diligent behavior with respect to the contrast of information. Thirdly, because, to the extent that the fact of misinformation implies an infringement of the internal limit of truthfulness derived from the right to freedom of information, adapting the element of the criminal offense to the interpretation of a right with which it may friction would facilitate the interpretation of the precept, this time from a teleological point of view. And finally, for purely practical reasons, since it is easier to prove whether a subject has engaged in negligent conduct in relation to the search for information than to prove the truth from an objective point of view, especially in the more doubtful cases of partial false statements and gray areas between facts and opinions.

TWENTY-NINTH.- However, other models of the criminal punishment of lying can contribute to improve the elaboration of a precept as guaranteeing as possible. The typical configuration of the crime of swindling and its element of deception are good proof of this. The suitability of the deception can be translated into the requirement that the falsehood of the information be manifest and present a certain entity. For its part, the parameter mixed objective-subjective assessment of such suitability can help to improve the understanding of this false information published on social networks to deserve a criminal reproach.

It is therefore not the reasons of taxativity that should reject a future criminal regulation on the phenomenon of online political disinformation.

THIRTIETH.- Now, any proposal for the criminalization of political disinformation, in a social and democratic State governed by the rule of law, must overcome at least two criteria of limitation if rational criminal policy is to be adopted in this area.

In a first formal assessment, the object of protection must be based on a legal interest that currently represents an essential value for peaceful coexistence. This implies, in a democratic state, the need to legitimize the criminal intervention on disinformative behavior in a legal interest that is of constitutional importance.

THIRTY-FIRST.- The requirement of constitutional transcendence is an unavoidable negative delimitation criterion in the face of a process of "hyper-expansion" of criminal law. By virtue of this parameter, the criminalizing proposals of disinformation

based on the *offence principle* and on mere feelings such as the social sensation of insecurity and uneasiness or the loss of confidence in public institutions must be rejected. These approaches do not fit in a social and democratic state based on the rule of law because they intensify the problems of legal security, lead to an undesirable displacement of the analysis of the act to the perspective of the victim and bring the legal system closer to a moral criminal law. As a result, there is a risk of turning this branch of law into a guarantee of State power instead of a guarantee of the individual, thus perverting the functionality of the system.

THIRTY SECOND.- Legitimizing penal intervention on the *harm principle* also proves to be insufficient. Although this theory of justification of punishment is stricter, justifying punitive intervention through broad parameters such as "autonomy" and "freedom" would imply an excessive margin of judicial action to elucidate the conflict between freedom of expression and the autonomy of decision of the individual affected by the disinformative content. However, this does not prevent this principle from helping to demand tangible and significant effects in the violation of the legal interests affected by disinformation. This approach reinforces the refusal to accept abstract proposals based on diffuse interests far removed from the injury of individual assets such as the protection of the truth.

THIRTY THIRD.- Consequently, the proposal for the criminalization of political disinformation should be based on the principle of exclusive protection of legal assets. This would offer more rigid and clearer walls of limitation to the punitive power of the State, as well as a normative and material content essential for the legislative decision on the phenomenon to be as guaranteeing as possible.

THIRTY-FOURTH.- The media attention on the phenomenon starts from a similar common premise: online disinformation triggers a rupture in the aspiration of citizens and state powers to know the reality of events. This hinders the ability to reach agreements on essential facts to build a functional democracy, which has repercussions in two stages. From an individual perspective, disinformation interferes with the individual's free capacity to make decisions on issues that affect the organization of the territory. From a supra-individual perspective, it makes it difficult for public institutions to provide adequate responses to external and internal threats, generating a risk of citizen confidence in state action.

THIRTY FIFTH.- The right to freedom of information enshrined in art. 20.1.d) EC cannot be considered the interest that legitimizes the criminal protection of political disinformation. From the "freedom" nature of the right it is clear that its function is to ensure that information is received or can be accessed without any arbitrary limitation, but it does not derive any benefit character consisting in the reception of information of a certain quality. There is, therefore, no right not to receive false information derived from this constitutional precept.

The subject who knowingly and willingly issues a disinformative content is transgressing the internal limit of the truthfulness of this right. The consequence of this is that the statements he issues will not enjoy the reinforced constitutional protection that derives from it. However, the punitive response can only be legitimized if this lack of truthfulness also leads to a violation of its external limit, i.e., if it results in damage to another interest guaranteed by the constitutional text. Although this right does not constitute the basis for criminal protection, this does not mean that it is completely irrelevant in legislative proposals *de lege ferenda*. Precisely from the right to freedom of information derives a powerful interpretative limit to the expansion of criminal protection of the effects of political disinformation.

THIRTY SIXTH.- Nor should public order be confused with the interest to be preserved. The vagueness of public order as a legal-penal good would mean deepening the problems of legal certainty intrinsic to the phenomenon. Supporting the punishment of political disinformation in such a controversial and speculative content would feed the process of "overcriminalization" of content crimes in the digital society and would be fighting the apparent insecurity generated by online disinformation with more insecurity in punitive action.

One could resort to more restricted interpretation criteria by specifying the criminal protection of political disinformation in the crimes of "public disorder" in Chapter III of Title XXII. In such a case, it has been specified that it would protect the impact on the thinking of an indeterminate group of people who could occupy community spaces and alter the normal functioning of public institutions. However, apart from the problems of causality arising from this approach, this would only address a small part of the risks associated with online disinformation. In reality, the challenges of this phenomenon are more closely associated with the alteration of political pluralism and the direct impact on trust in state institutions, especially in electoral processes.

THIRTY SEVENTH.- In recent years, from the documents and legislative proposals developed in the state and EU framework, it is clear that online disinformation produces a material affectation of two interests of a different nature. From an individual perspective, it affects the right to political participation enshrined in art. 23 EC. If we take into account the dangers pointed out in the electoral process, online disinformation interferes with the decision-making capacity of citizens both in the process of electing their democratic representatives and in the process of making decisions on fundamental issues of the political organization of a territory through mechanisms of direct participation, such as referendums. On the other hand, it hinders the ability to be elected on equal terms.

THIRTY-EIGHTH.- From a collective or supra-individual perspective, punitive demands are related to the use of online disinformation as a hybrid threat mechanism that exploits the vulnerability of the State and its institutions, interceding especially in times of crisis with the purpose of generating polarization and political, social or economic destabilization in favor of specific geopolitical interests.

Such risks could be redirected to Title XXIII of the Spanish Penal Code. It protects the security of the State, understood as the aspiration of the durability of political institutions, carrying out the necessary transformations in them through the legally established channels. It also protects national sovereignty, which includes the vital interests of the State in the development of its existence and the absence of international conflicts. Specifically, the protection of online political disinformation should be assimilated to attacks that compromise "the independence of the State", which includes conduct that increases the risk of subordinating the political autonomy of a territory to the dictates of another State or organization.

THIRTY-NINTH.- However, accepting that the formal criterion of constitutional transcendence derived from the rights of political participation of art. 23 and national sovereignty of art. 1.2 CE is met is not sufficient to legitimize the punishment. A second criterion of material analysis is missing, which imposes the need for the conduct to present a particularly serious infraction for social coexistence in the face of which other means are insufficient.

While the technological society must allow reasonable spaces of expansion in order to adapt to the new digital reality, there is no room for unreasonable expansion that occurs

when the beams that support the social and democratic rule of law are directly attacked. And a criminalization of online political disinformation would go against one of the most important material limits: the principle of minimum intervention.

FORTIETH - Based on the fragmentary nature of criminal law, it is still difficult to determine the real damage caused by political disinformation on the aforementioned legal interests. The risk of affecting the decision-making freedom of citizens, the equality of conditions in access to public office and the independence of the State is so far removed that these conducts cannot be considered the most serious and intolerable violation of these legal interests. At most, they could be considered as behaviors of abstract danger to both legal interests. Consequently, the creation of a criminal offense on political disinformation, in either of its two aspects (individual or supra-individual) would be extremely risky in a political-criminal era of a maximum criminal law. The remoteness of the conducts from the impact on legal assets should place them in a less relevant area of violation and, consequently, should discourage the use of this branch of the legal system to deal with them.

FORTY-FIRST.- Even if it were considered that the fragmentary nature is overcome because these conducts do produce a severe injury or risk in digital society against these relevant social interests, it would still be necessary to deny the space for punitive intervention, since the subsidiary nature would still not be overcome. From the "social" attribute of our State model derives the need to previously exhaust the least harmful mechanisms available to protect these attacks against the rights of participation and the sovereignty of the State. The phenomenon of disinformation cannot serve as a new excuse for the legislator to consolidate the conception of the sole *ratio* of criminal law. We must be firmly critical and demand the effective return of the *ultima ratio* criminal law.

FORTY-SECOND.- The process of understanding the phenomenon in recent years has gradually revealed the existence of a large number of heterogeneous *ex ante* and *ex post* intervention measures of an educational, technological and economic nature that can be useful in the fight against online disinformation. Most of these methods of action are complementary and not mutually exclusive. Many of them have already been adopted and have a long way to go in their application, some of them, recently implemented, are still to be seen to be effective and others are in the process of legislative development and implementation. A correct understanding of the *ultima ratio* nature of criminal law should

avoid artificial approaches to the protection of these interests that only reveal a self-interested renunciation of an adequate political treatment of online disinformation and, consequently, an unjustified use of criminal law.

FORTY-THIRD.- Preventive methods include, on the one hand, the evaluation, detection and analysis of the systemic risks involved in disinformation campaigns, as well as media literacy. On the other hand, it is essential to focus on collaboration and coordination between the different actors in the digital society. This includes not only national authorities, but also digital service providers, the media, data verification agencies and civil society. Moreover, the need for joint responses is derived from it, so regulatory proposals that neglect this supranational dimension, such as those of Germany and France, should be rejected. At the same time, there is the possibility of using AI as a tool to block and filter uninformative content before it is published on digital walls. However, this measure should be rejected because of the restriction of rights they imply to freedom of expression and because if applied once they are disseminated they offer a higher degree of guarantees.

FORTY-FOURTH.- In relation to the intervention measures once the disinformative content has been published, the processes of "prioritization" and "de-prioritization", the labeling of content, the adaptation of the right of rectification to the dynamics of social networks and community notes stand out. The use of methods that imply a greater restriction of rights, such as blocking or elimination of content already published, suspension and elimination of digital accounts and the imposition of extrapenal sanctioning measures through the imposition of fines, can also be effective.

FORTY-FIFTH.- In this regard, although European and Spanish legislative policy began by adopting a non-interventionist model, based exclusively on preventive methods and the predominance of an approach focused on geostrategic control, it is gradually moving towards an increasingly restrictive regulatory model. Within this framework, the approval of the DSA, which has prioritized the regulation of the activity of digital service platforms, offering more guarantees in the application of the aforementioned *ex post* measures, is particularly noteworthy. And also noteworthy is the implementation of the European AI Regulation that allows the imposition of fines for certain disinformative behaviors that benefit from the technical improvement in manipulation provided by AI.

FORTY-SIXTH.- Given the existence of such diverse measures, less invasive of rights than resorting to punishment, the priority should be to assess the effectiveness of the joint and coordinated application of all of them. And all the more so if the restriction of the freedom of the individual is unjustified by the distance represented by the potential dangers of online disinformation compared to the legal interests at stake. Therefore, recourse to criminal law would be evidence of the inability of the political power to overcome the temptation to quickly and demagogically solve the problem of distrust in the media and institutions regarding the information they receive.

Consequently, the populist tendency of recent years would be fed. A new criminal law incorporating disinformative behavior would be part of the demagogic strategy of pretending that the social conflict has been resolved, without considering whether it has achieved the effective protection of the rights of political participation or the sovereignty of the state. From this point of view, this punitive populism of creating the norm regardless of reasons of necessity and viability would constitute an example of symbolic criminal law. Specifically, it would be a faithful reflection of an activist law in which criminal regulation would be used merely as an instrument to send a message of confidence to the public that efforts are being made to tackle the repercussions of the phenomenon, with these communicative effects prevailing over the need to protect the aforementioned legal assets. Or it could also serve as a promoter law if the prevalence of the instrumental use of criminal law were to determine as a priority purpose the modification of the widespread harmful practices of online manipulation, superimposing an educational function over the protection of interests essential to peaceful coexistence.

FORTY-SEVENTH.- One of the aspects most affected by the process of criminal overexpansion resulting from the digital society are the crimes committed through linguistic acts. This assertion supports how, with the excuse of combating political disinformation, the legislator may feel some attraction to implement control measures harmful to the rights to freedom of expression and information. The unjustified and improper use of criminal law could also have counterproductive effects for democracy because the objective of protecting certain interests would entail an unnecessary and more serious impact on these communication rights.

Under the pretext of controlling the flow of false information and the need to discern when messages are false and when they are not, the exercise of censorship could be justified in a hidden way. Not in the traditional terms contained in art. 20.3 CE but, in

view of the change in the communication paradigm, in a censorship *ex post* in which the political power could control which messages are suitable or not to remain in the public debates of social networks. Not infrequently the line of distinction between information and mere opinion is considerably thin and this can be used to take advantage of decisions restricting such rights.

FORTY-EIGHTH.- At the same time, an incrimination of disinformative conduct of a political nature could have a discouraging effect. The disadvantage of disinformation lies not only in determining whether a content is true or false, but even in assessing that what is said may be part of the scope of factual analysis. Therefore, it is difficult for a criminal law relating to disinformation to separate with absolute clarity whether the dissemination of a partially manipulated content would fall within the legitimate exercise of freedom of expression or would constitute a criminally unlawful behavior. Since, in this particular case, it is so complex to draw precise boundaries between what is licit and what is illicit, in many cases, faced with these doubtful situations, and in view of the criminal threat, they would refrain from contributing to the deliberative process and to the public debates raised by the new agoras 2.0.

FORTY-NINTH.- In short, the introduction of a new criminal offense covering the conduct of disinformation in the digital society is not advisable, since recourse to the punitive instrument in this matter would be unjustified, would be undue and would produce counterproductive effects for a democratic State.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABA-CATOIRA, Ana, «Los desórdenes informativos en un sistema de comunicación democrático», *Revista de Derecho Político*, nº 109, 2020, pp. 119-151.

ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal cibernético. La cibercriminalidad y el Derecho penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación*, BdeF, Buenos Aires, 2019.

AGUERRI, Jesús C., «Del tuit al Derecho penal», en Miró Llinares, Fernando y AGUERRI, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 17-28.

AGUERRI, Jesús C., SANTISTEBAN, Mario y MIRÓ LLINARES, Fernando, «The fight against disinformation and its consequences: Measuring the impact of “Russia state-affiliated media” on Twitter», *Crime Science*, vol. 13, nº 17, 2024, pp. 1-16.

AGUILAR CÁRCELES, Marta María, «Cibercrimen y cibervictimización en Europa: instituciones involucradas en la prevención del cibercrimen en el Reino Unido», *Revista Criminalidad*, vol. 57, nº1, 2015, pp. 121-135.

AGUSTINA, José R., «Cibercriminalidad y perspectiva victimológica: un enfoque general explicativo de la cibervictimización», *Cuadernos de Política Criminal*, nº 114, 2014, pp. 143-178.

- «Retos educativos ante los riesgos emergentes en el ciberespacio: claves para una adecuada prevención de la cibervictimización en menores», *Revista Española de Pedagogía*, nº 273, 2019, pp. 277-294.
- «Nuevos retos dogmáticos ante la cibercriminalidad. ¿Es necesaria una dogmática del cibercrimen ante un nuevo paradigma?», *EPC*, vol. XLI, 2021, pp. 705-777.

AGUSTINA, José R., MONTIEL JUAN, Irene y GÁMEZ-GUADIX, Manuel, *Cibercriminología y victimización online*, Editorial Síntesis, Madrid, 2020.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal», *ADPCP*, vol. LII, 1999, pp. 177-226.

- *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.
- «Cómo cometer delitos con el silencio. Notas para un análisis del lenguaje de la responsabilidad», en Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, Gurdiel Sierra, Manuel y Cortés Bechiarelli, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 21-54.

- «Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, nº 14-02, 2012, pp. 1-32.
- «Protección de sentimientos religiosos y discurso de odio», *Azafea: revista de filosofía*, nº23, 2021, pp. 107-134.
- «Dimensiones del discurso del odio», en García Ortiz, Andrea (coord.), Carbonell Mateu, Juan Carlos y Martínez Garay, Lucía (dirs.), *Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 27-53.

ALEXANDER, Larry, «The Legal Enforcement of Morality», FREY, R. G. and HEATH WELLMAN, Christopher (eds.), *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell Publishing, Malden, 2003, pp. 128-141.

ALLCOTT, Hunt y GENTZKOW, Matthew, «Social Media and Fake News in the 2016 Election», *Journal of Economic Perspectives*, vol. 31, nº 2, 2017, pp. 211-236.

ALMENAR PINEDA, Francisco, «El ciberataque WannaCry como modalidad de delincuencia informática», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 45, 2017, pp. 97-139.

- *Ciberdelincuencia*, Juruá, Porto, 2018.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, «Sentimientos y Derecho penal», *CPC*, nº 106, I, Época II, 2012, pp. 35-95.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina y MESTRE DELGADO, Esteban, «Falsedades», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 791-824.

ALONSO GARCÍA, Javier, *Derecho penal y redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

ALONSO GONZÁLEZ, Marián, «Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información», *Revista Internacional de Comunicación*, nº45, 2019, pp. 29-52.

ALONSO RIMO, Alberto, «Orden público y adelantamiento de la línea de defensa penal. A propósito de la reforma de los delitos de desórdenes públicos», en CUERDA ARNAU, María Luisa y García Amado, Juan Antonio (dirs.), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 83-118.

- *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ÁLVAREZ CID, José y ÁLVAREZ CID, Teófilo, *El Código penal de 1870*, Tomo II, Librería de Juan Font, Córdoba, 1908.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, «Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa», *Revista de Derecho Político*, nº 34, 1991, pp. 11-70.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Delitos contra la paz y la independencia del Estado», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. V. Delitos contra el orden público (I). Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 385-426.

AMBOS, Kai, «Bien jurídico y *harm principle*: bases teóricas para determinar la “función global” del Derecho penal internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho penal internacional», *RDPC*, 3ª Época, nº X, 2013, pp. 343-378.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft – Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage– Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens*, Athenäum-Verlag, 1972.

- «El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 221-257.

ANARTE BORRALLÓ, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, «Estafas», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. II, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 135-184.

ANARTE BORRALLÓ, Enrique, «Incidencias de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la sociedad de la información», *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 191-257.

- «Estafa», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, pp. 471-483.

ANGIONI, Francesco, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.

ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Tomo II*, Milano, 1995.

ANTÓN ONECA, José, «Las estafas y otros engaños en el Código penal y en la Jurisprudencia», *Tomo IX de la Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1957, pp. 1-34.

- «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, 1970, pp. 229-252.

ARAMBURU Y ARREGUI, Juan Domingo, *Instituciones de Derecho penal español*, Imprenta de D. Benito González, Oviedo, 1860.

AUSTIN, John L., *Como hacer cosas con palabras*, (trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi), 1ª reimpresión en España, ediciones Paidós, Barcelona, 1982.

AYALA GARCÍA, Juan Mateo, «Delitos de traición», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. V. Delitos contra el orden público (I). Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional. Delitos contra la comunidad internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 355-384.

BAADE, Björnstjern, «Fake News and International Law», *The European Journal of International Law*, vol. 29, nº4, 2019, pp. 1357-1376.

BADILLO MATOS, Ángel, «La Sociedad de la desinformación: propaganda, fake news y la nueva geopolítica de la información», *Real Instituto Elcano. Documento de trabajo 8/2019*, 2019, pp. 1-42.

BACIGALUPO, Enrique, *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000.

BAGES SANTACANA, Joaquim, *La protección penal de los sentimientos religiosos: especial referencia a la ponderación de bienes jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

BAKER, Denisse, J., *The Right Not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, Ashgate Publishing, Surrey, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La constitución del algoritmo*, 2ª ed., Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo, «Engaño en la estafa: ¿una puesta en escena?», *REJ*, nº12, pp. 351-380.

BAÑUELOS CAPISTRÁN, Jacob, «Deepfake: la imagen en tiempos de la posverdad», *Revista Panamericana de Comunicación*, nº 1, 2020, pp. 51-61.

BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, «Ciberdelitos: evolución hacia un Derecho penal funcional incorrectamente dogmatizado», en Bustos Rubio, Miguel y Abadía Selma, Alfredo (dirs.), *Una década de reformas penales. Análisis de diez años de cambios en el Código penal (2010-2020)*, Bosch editor, Madrid, 2020, pp. 393-414.

BARRIO, Rodrigo Miguel, «El delito de injurias y las redes sociales. El número de “followers” y otras variables ambientales como elementos de valoración del daño», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 36, 2022, pp. 1-13.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El régimen jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010» en VVAA, *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 31-56.

BASSINI, Marco y VIGEVANI, Giulio Enea, «Primi appunti su fake news e dintorni», *Media Laws*, nº1, 2017, pp. 11-22.

BASTOS, Marcos T. y MERCEA, Dan, «The Brexit Botnet and User-Generated Hyperpartisan News», *Social Science Computer Review*, vol. 37, nº1, 2019, pp. 38-54.

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, «Noticias falsas y posverdad en tiempos de covid: cómo combatir la desinformación», en Sánchez Bravo, Álvaro (dir.), *Semper Sapiens. Libro homenaje al Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornaría*, Alma Mater, Madrid, 2022, pp. 497-534.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., «Delitos contra el orden público (III). Desórdenes públicos», en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.), *Sistema de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2016, pp. 1357-1374.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.

- (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo I. Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

BERLANGA, Inmaculada y MARTÍNEZ, Estrella, «Ciberlenguaje y principios de la retórica clásica. Redes sociales: el caso de Facebook», *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, vol. 7, nº2, 2010, pp. 47-61.

BIRRITTERI, Emanuele, «Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato», *Rivista Diritto Penale Contemporaneo*, nº4, 2021, pp. 304-339.

BLANCO ALFONSO, Ignacio, «Las noticias falsas y la posverdad. Resultados de un nuevo paradigma de comunicación», *Mentira y Posverdad*, vol. 5, nº. 6, 2021, pp. 16-25.

BLANCO SALGUEIRO, Antonio, «Cómo hacer cosas malas con palabras: actos ilocucionarios hostiles y los fundamentos de la teoría de los actos de habla», *CRÍTICA, Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 40, nº 118, 2008, pp. 3-27.

BOIX PALOP, Andrés, «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales», *Revista de Estudios Políticos*, nº173, 2016, pp. 55-112.

BOIX REIG, Javier y ANARTE BORRALLA, Enrique, «Delitos societarios», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 695-762.

- «Frustración de la ejecución e insolvencias punibles», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 255-336.

BOIX REIG, Javier y GRIMA LIZANDRA, Vicente, «Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, vol. II, Delitos económicos*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2020, pp. 803-866.

BOIX REIG, Javier; ORTS BERENHGUER, Enrique y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BOIX REIG, Javier, «Aspectos de la Criminología en España», *XXIX Curso Internacional de Criminología. Fundación Bartolome de Carranza*, 1980, pp. 133-152.

- «El principio de legalidad en la Constitución», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 4, 1983, pp. 7-30.
- «Consideraciones sobre la protección penal de la intimidad y del honor e informática», *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, nº2, 1983, pp. 29-42.
- «De nuevo sobre el principio de legalidad», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 15, 1986, pp. 9-28.
- «La Constitución española de 1978 y el Derecho penal», *Discurso inaugural. Apertura del Curso 1988-1989*, Universidad de Alicante, 1988, pp. 7-26.
- «Prólogo», en Boix Reig, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 13-16.

BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin», *ADPCP*, vol. LVI, 2003, pp. 113-150.

- «Globalización y concepciones del Derecho penal», *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 141-206.
- *Acerca de lo universal y lo particular del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- *Curso de Política Criminal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 927-934.
- «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», en Cuerda Arnau, María Luisa (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 3349-3366.
- «Delitos contra la Administración de Justicia», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 789-836.
- «Falsedades, con especial referencia a la falsedad documental», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 703-728.

BOSSLER, Adam M. y HOLT, Thomas J., «The effect of self-control on victimization in the cyberworld», *Journal of Criminal Justice*, 38, 2010, pp. 227-236.

BOYD, Danah M. y ELLISON, Nicole B., «Social Network Sites: Definition, history and scholarship», *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13(1), 2007, pp. 210-230.

BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato, Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Turín, 1973.

BRODSKY, Mateo, «Fake news en tiempos de coronavirus», en Riquert, Marcelo A. (dir.) y Sueiro, Carlos C. (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 54-67.

BUENAVENTURA SELVA, Narciso, *Comentarios al Código penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Imprenta española, Madrid, 1870.

BUSTAMANTE DONAS, Javier, «La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales: segundos pensamientos», *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, nº85, 2010, pp. 1-13.

CALVI, Ignacio; CÁNEPA, Luciana y VARELA, Natalia, «La persecución penal de la divulgación de fake news. Problemas teóricos y prácticos», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, pp. 145-161.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «Principios del Derecho penal (II)», en Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, Madrid, 2019, pp. 69-90.

- «Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/humillación (art. 578 del Código penal): ¿riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?», *Azafea. Revista filosófica*, nº23, 2021, pp. 135-164.

CÁNOVAS DEL CASTILLO, Antonio, «Delitos cometidos por medio de la palabra», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 40, nº81, 1892, pp. 551-581.

CAMACHO CASTRO, Giova y MONGE OLIVARRÍA, Christian, «Influencia de las noticias falsas en plataformas digitales sobre la conciencia pública», *Gestionar: revista de empresa y gobierno*, vol. 3, nº1, 2022, p. 45-59.

CÁMARA ARROYO, Sergio, «Estudios criminológicos contemporáneos (IX): La cibercriminología y el perfil del ciberdelincuente», *Derecho y Cambio Social*, nº60, 2020, pp. 470-512.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal», *EPC*, XVIII, 1995, pp. 9-44.

CARMONA SALGADO, Concha, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.

CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Participación ciudadana en contextos digitales», en Sierra Rodríguez, Javier, Reviriego Picón, Fernando y Tudela Aranda, José (eds.), *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022, pp. 1-29.

CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, 1ª ed., Alianza Editorial, Madrid, vol. 1, 1996.

- *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- *La sociedad digital*, Alianza Editorial, Madrid, 2024.

CASTILLO GARCÍA Y SORIANO, Ramón, *La reforma del Código penal español*, Tipografía de Cayetano González, Ávila, 1896.

CARDENAS, Francisco de, *El Derecho moderno. Revista de Jurisprudencia y Legislación, Tomo IV*, Madrid, 1848.

CEREZO GUILARRANZ, Julio, «Presentación. Identidad y reputación digital», *Cuadernos de comunicación Evoca*, 5, 2011, pp. 3-10.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general. I Introducción*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.

- «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 10, 2002, pp. 47-72.
- *Curso de Derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.

CHADWICK, Andrew, «Web 2.0: New Challenges for the Study of E-Democracy in an Era of Informational Exuberance», *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 5, 1, 2009, pp. 9-41.

CHIAROTTI, Franco, «Diffusione o pubblicazione di notizie false o tendenziose», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè editore, Milano, 1964, pp. 515-517.

CHOI, Kyung-shick, «Computer Crime, Victimization and Integrated Theory: An Empirical Assessment», *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 2, 2008.

CIRÉFICE, RONAN, «Regulación jurídica de las “fake news” en la UE: ¿Un atentado en contra de la Democracia?», *Derecho y economía de la integración*, nº 5, 2018, pp. 119-141.

CIGÜELA SOLA, Javier, «Esfera pública digital, comunicación política y exclusión por señalamiento: esbozo de un populismo penal 2.0», en Correcher Mira, Jorge (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 71-105.

- «Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural», *RECPC*, nº22, 2020, pp. 1-40.
- «Esbozo de una epistemología medial para el derecho penal. Y algunas hipótesis sobre los efectos de la cultura digital en la justicia penal», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº4, 2021, pp. 173-204.

CLARKE, Ronald V., «Hot Products: Understanding, anticipating and reducing demand for stolen goods», *Police Research Series*, Paper 112, London: Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, 1999, pp. 1-48.

CLOUGH, Jonathan, «Cybercrime», *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 37, nº 4, 2011, pp. 671-680.

COHEN, Lawrence E. y FELSON, Marcus, «Social change and crime rate trends: A routine activity approach», *American Sociological Review*, vol. 44, núm. 4, 1979, pp. 588-608.

COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DÍEZ, Manuel, «Delitos de traición, contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (II)», en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 1171-1180.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel (dir. y coord.), *Sinopsis de Derecho penal parte general*, Dykinson, Madrid, 2011.

COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el honor», en Ragués i Vallès, Ramón (coord.) y Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 183-206.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, «El delito de intrusismo informático tras la reforma del CP español de 2015», *Revista Boliviana de Derecho*, nº21, 2016, pp. 210-229.

COLOMER BEA, David, «El Dret penal i la identitat religiosa», *InDret*, nº3, 2019, pp. 1-36.

- *Tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- «Comentario sucinto sobre la reciente propuesta de reforma de los delitos contra el orden público», *Diario La Ley*, nº 10176, 2022, pp. 1-4.
- *El efecto desaliento. Análisis desde una perspectiva jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

COMES RAGA, Ignacio, *Los delitos de cohecho: aproximación teórica a los problemas en sede de bien jurídico e injusto típico*, Tesis doctoral, Universitat de València, Valencia, 2012.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, «Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración de los delitos de daños», en Mir Puig, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 145-176.

- «Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos», *Eguzkilore*, nº21, 2007, pp. 7-32.
- «Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, 2012, pp. 45-76.

CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal, Tomo III (artículos 120-340 bis c)*, Ariel, Barcelona, 1978.

CORRAL HERNÁNDEZ, David, «Los medios públicos frente a la desinformación. Ser y estar», *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 23, 2022, pp. 331-333.

CORRECHER MIRA, Jorge, «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en Alonso Rimo, Alberto (dir.) y Colomer Bea, David (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 481-509.

- «La banalización del discurso del odio: una expansión de los colectivos ¿vulnerables?, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº2, 2021, pp. 86-149.
- «Guerra cultural, redes sociales y cancelación: un nuevo marco para los delitos de expresión», en Carbonell Mateu, Juan Carlos y Martínez Garay, Lucía (dirs.); García Ortiz, Andrea (coord.), *Derecho penal y orden constitucional: límites de los derechos políticos y reformas pendientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 129-153.
- *El delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas: de la imprenta a las redes sociales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, [online].

COROMINA, Óscar y PADILLA, Adrián, «Anàlisi de les desinformacions del referèndum de l'1 d'octubre detectades per Maldito Bulo», *Quaderns del CAC*, nº 44, vol. XXI, 2018, pp. 17-26.

CORVALÁN, Juan G., «Presentación. Inteligencia artificial, automatización y predicciones en el Derecho», en Dupuy, Daniela, Corvalán, Juan G. (dirs.) y Kiefer, Mariana (coord.), *Cibercrimen III*, editorial IBdef, Montevideo, 2020, pp. 7-79.

COSTANTINI, Anna, «Istanze di criminalizzazione delle *fake news* al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso», *Diritto Penale Contemporaneo*, nº2, 2019, pp. 60-80.

COTINO HUESO, Lorenzo, «Quién, cómo y qué regular (o no regular) frente a la desinformación», *TRC*, nº 49, 2022, pp. 199-238.

- «Entre *bytes* y democracia: Cómo la DSA de la UE armoniza la libertad de expresión y la lucha contra la desinformación», *OTROSÍ: Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 2, 2024, pp. 42-44.

CUAMBA HERREJÓN, Juan Cruz, «La apropiación habermasiana y deleuzeana de la teoría de los actos de habla de Austin y Searle», *Devenires*, nº15, 2014, pp. 83-103.

CUERDA ARNAU, M^a Luisa, *Los delitos de atentado y resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- «La doctrina del efecto de desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», *InDret*, nº 2, 2022, pp. 88-131.
- «Delitos contra la libertad: amenazas. Coacciones», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 175-202.
- «Delitos contra el honor», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 333-342.
- «La reforma de los delitos contra el orden público», en González Cussac, José Luis (coord.), *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 167-188.
- «Delitos contra el orden público», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 873-926.

CUNIBERTI, Marco, «Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo», *Media Laws*, nº1, 2017, pp. 26-40.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Implicaciones socio-jurídicas de las redes sociales*, Aranzadi, Navarra, 2015.

DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Elena, y DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Laura, *Delitos Informáticos*, Aranzadi, Navarra, 2017.

DE FLAMMINEIS, Siro, «Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle fake news: principio di offensività ed emergenze», *Sistema Penale*, 6/2020, pp. 131-146.

DE GREGORIO, Giovanni «*The market place of ideas* nell'era della post-verità: quali responsabilità per gli attori pubblici e privati *online*?», *Media Laws*, nº1, 2017, pp. 91-105.

DE JUAN GARCÍA, Álvaro, «Consumación e imputación subjetiva como doble límite a las amenazas proferidas a través de terceros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 179/2023, de 14 de marzo», *InDret*, nº1, 2024, pp. 597-608.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., «Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo», *Revista de derecho y proceso penal*, nº 4, 2000, pp. 133-144.

- «El Derecho penal frente al Reglamento de Inteligencia Artificial. *Criminal Law vs IA Act*», *Revista Ius Criminale*, nº 1, 2024, pp. 83-107.

DE LAS HERAS VIVES, Luís, «Las fake news ante el derecho penal español», *Actualidad jurídica iberoamericana*, nº Extra 12, 2, 2020, pp. 70-77.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., «Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y comunicación en el Código Penal: panorámica general», *Cuadernos penales José María Lidón, Delito e informática: algunos aspectos*, nº 4, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, pp. 41-84.

- *Derecho penal, principios, interrogantes y reflexiones*, Comares, Granada, 2022.

DEL FRESNO GARCÍA, Miguel, «Desórdenes informativos: sobreexpuestos e infrainformados en la era de la posverdad», *El profesional de la información*, vol. 28, nº 3, 2019, pp. 1-11.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones», en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Arte Especial*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 195-214.

- «La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho penal», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 473-497.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, Juan, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1949.

DE LUCA, Javier Augusto, «La veracidad, las expresiones y el derecho penal», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 19-88.

- «Libertad de expresión y Derecho penal. Actualidad desde la Argentina», en Queralt Jiménez, Joan J. y Cardenal Montraveta, Sergi (dirs.), *Derecho penal y libertad de expresión*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 209-220.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, Aranzadi, Navarra, 5ª ed., 2015.

DE PABLO SERRANO, Alejandro, *Honor, injurias y calumnias: los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DE VERO, Giancarlo, *Tutela penale dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milán, 1988.

DEVLIN, Patrick, *The enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965.

DEVÍS MATAMOROS, Abraham, «Criminalización de las *fake news* en redes sociales: ¿necesidad de intervención o Derecho penal simbólico?», *RGDP*, nº37, 2022, pp. 1-31.

- «La manipulación xenófoba en la era de la posverdad: ¿nuevas? formas de exclusión a colectivos vulnerables», en Correcher Mira, Jorge (dir.), *Sistema penal y exclusión. Una mirada integral al conflicto de la desigualdad en el ámbito del Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 107-139.
- «Manipulación mediática en *Twitter*: reflexiones sobre la criminalización de la desinformación», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 57-73.

DE SIMONE, Federica, «*Fake news, post truth, hate speech*: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale», *Archivio Penale*, nº1, 2018, pp. 1-49.

DIAS, Carlos Pedro; REIS, Bruno y LOPES, Paula, «Post-Truth and Democracy: a Reflection on Disinformation Mechanisms», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 21, nº1, 2022, pp. 1-10.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, «El factor criminógeno de las TIC», en Pérez Gil, Julio (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 534-538.

DÍAZ MORGADO, Celia, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del estado y relativos a la defensa nacional», en Corcoy Bidasolo, Mirentx y Mir Puig, Santiago (dirs.) y Ramírez Martín, Guillermo y Rogé Such, Gabriel (coords.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 2180-2204.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

- «Delitos contra el orden público», en Luzón Peña, Diego Manuel (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pp. 366-369.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, «De las amenazas», en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial, Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 774-814.

- «El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (coords.), *Crítica y su justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 146-172.

- «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *RECPC*, nº 07-01, 2005, pp. 1-37.
- *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- «La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin», *RECPC*, nº 23-02, 2021, pp. 1-32.

DOLCINI, Emilio y GATTA, Gian Luigi, «Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico», en Dolcini, Emilio y Gatta, Gian Luigi (dirs.), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Tomo IV, Milán, 2021, pp. 54-58.

DONINI, Massimo, «“Danno” e “offesa” nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nº 4, 2008, pp. 1546-1593.

DONNA, Edgardo A., «Capítulo III. Intimidación Pública», en Donna, Edgardo A. (aut.), *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-C*, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, 2011, pp. 331-352.

DONOSO VÁZQUEZ, Trinidad, «Las ciberviolencias de género, nuevas manifestaciones de la violencia machista», en Donoso Vázquez, Trinidad y Rebollo-Catalán, Ángeles (coord.), *Violencia de género en entornos virtuales*, Octaedro, Barcelona, 2018, pp. 15-29.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «El juez instructor ante querellas infundadas por actos de expresión satírica, política, artística o activista», *RECPC*, nº24-10, 2022, pp. 1-22.

DUTTON, William H., «The fifth estate emerging through the network of networks», *Prometheus*, vol. 27, nº1, 2009, pp. 1-15.

ECK, John E., *Drug Markets and Drug Places: A Case-Control Study of the Spatial Structure of Illicit Drug Dealing*, Tesis Doctoral. University of Maryland, 1994.

ECKER, Ullrich K.H., et al., «Refutations of Equivocal Claims: No Evidence for an Ironic Effect of Counterargument Number», *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, vol. 8, nº 1, Amsterdam, Elsevier, 2019, pp. 98-107.

ELÍAS, Carlos, «Fakenews, poder y periodismo en la era de la posverdad y “hechos alternativos”», *Revista Ámbitos*, vol. 40, 2018. Disponible en: <https://institucionales.us.es/ambitos/fakenews-poder-y-periodismo-en-la-era-de-la-posverdad-y-hechos-alternativos/> (Fecha de consulta 26-04-2023).

ENGISCH, Karl, «Der finale Handlungsbegriff», en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin, 1944.

ESCOBAR, Juan F. y BREST, Irina D., «Coronavirus y las “fake news”», *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2020, pp. 1-2.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, «¿Tenemos realmente un derecho a recibir información veraz?», en Aznar, Hugo; Pérez Gabaldón, Marta; Alonso, Elvira y Edo, Aurora (eds.), *El derecho de acceso a los medios de comunicación*, Tirant Humanidades, Valencia, 2018, pp. 95-124.

ESPÍN, Eduardo, «Libertades de expresión e información», en López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional, Volumen I, La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 265-290.

ESPINOSA SÁNCHEZ, José Francisco, «Ciberdelincuencia. Aproximación criminológica de los delitos en la red», *La Razón Histórica. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*, nº44, 2019, pp. 153-173.

ESTRADA-CUZCANO, Alonso; ALFARO-MENDIVES, Karen y SAAVEDRA-VÁSQUEZ, Valeria, «Disinformation y misinformation, posverdad y fake news: precisiones conceptuales, diferencias, similitudes y yuxtaposiciones», *Información, cultura y sociedad*, nº42, 2020, pp. 93-106.

EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana, «La (des)información en la red», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº28, 2022, pp. 259-287.

FARALDO CABANA, Patricia, «La respuesta legal a la delincuencia informática, ¿hay razones para el ciberpánico?», en Barona Vilar, Silvia (coord.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 485-510.

FARALDO CABANA, Patricia y DÍAZ PITA, María del Mar, «La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995», *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002, pp. 119-152.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 1984.

- *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- *Harmless wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 4, Oxford University Press, Oxford, 1988.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, «Retribución y prevención general», *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, nº20, 2007, pp. 87-110.

- «Funcionalismo y teoría del bien jurídico», en Mir Puig, Santiago y Queralt Jiménez, Joan J. (dirs.); Fernández Bautista, Silvia (coord.), *Constitución y principios del Derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 163-230.

FELSON, Marcus, «Those who discourage crime», en Eck, John E. y Weisburd, David (eds.), *Crime and Place*, Crime prevention studies, vol 4, New York, 1995, pp. 53–66.

FELSON, Marcus y CLARKE, Ronald V, «Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention», *Police Research Series*, Paper 98. London: Home Office, Policing and Reducing Crime Unit, 1998, pp. 1-36.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires, 2004.

FERNÁNDEZ MONTESINOS, Federico Aznar, «El mundo de la posverdad», *Cuadernos de Estrategia*, nº197, 2018, pp. 21-82.

FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 1975-1986.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Aproximación crítica a la manipulación informativa: el ejemplo de las redes sociales», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº3, 2022, pp. 1-23.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2007.

-Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, «Criminalidad y globalización», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 115, 2006, pp. 303-307.

- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- «El principio de lesividad como garantía penal», *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, nº 79, 2012, pp. 100-114.
- «Il populismo penale nell'età dei populismi politici», *Questione Giustizia*, nº 1, 2019, pp. 79-85.

FERRARIS, Maurizio, *Posverdad y otros enigmas*, traducción de Carlos Caranci Sáez, Alianza Editorial, Madrid, 2019.

FLORES, Paula y BROWNIE SARTORI, Rodrigo, «Jóvenes y patriarcado en la sociedad TIC: una reflexión desde la violencia simbólica de género en redes sociales», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 15, nº1, 2017, pp. 147-160.

FOFFANI, Luigi, «Criminalidad organizada y criminalidad económica», *Revista penal*, nº 7, 2001, pp. 55-66.

- «Evolución histórica y perspectivas futuras del Derecho penal económico europeo», en Silva Sánchez, Jesús María, et al., (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, IBdF, Buenos Aires, 2017, pp. 81-90.

FOFFANI, Luigi y PIFARRÉ, María José, «Del punitivismo penal al punitivismo administrativo: breves notas sobre la experiencia italiana», en Morales Prats, Fermín; Tamarit Sumalla, Josep María; García Albero, Ramón (coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 627-638.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. Parte Especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

FREEMAN, Julie y QUIRKE, Sharna, «Understanding e-Democracy. Government Initiatives for Democratic Reform», *Journal of e-Democracy (JeDEM)*, vol. 5, nº2, 2013, pp. 141-154.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, «La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales», *Revista Penal*, nº 24, 2009, pp. 90-107.

- *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, Editorial UOC, Barcelona, 2019.

GALLARDO PAÚLS, Beatriz, «La necesidad de modelos en lingüística: sobre el “análisis del discurso digital”», *Pragmalingüística*, nº31, 2023, pp. 127-151.

- «Programas de tertulia política en Twitter: un modelo neurocomunicativo de análisis del discurso», *Círculo de Lingüística Aplicada a la Comunicación*, nº66, 2016, pp. 86-147.

GALDÁMEZ MORALES, Ana, «Posverdad y crisis de legitimidad: el creciente impacto de las fake news», *Revista Española de la Transparencia*, nº8, 2019, pp. 25-44.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, «Fundamento y límites de los deberes de autoprotección de la víctima en la estafa (comentario a la STS 1217/2004, de 2 noviembre 2004)», *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, pp. 529-559.

GAMIR RÍOS, José y TARULLO, Raquel, «Características de la desinformación en redes sociales. Estudio comparado de los engaños desmentidos en Argentina y España durante el 2020», *Contratexto*, nº37, 2022, pp. 203-228.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «art. 544», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, [online].

GARCÍA ARÁN, Mercedes y BOTELLA, Joan (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luiz, «Perspectiva de análisis y principios constitucionales», en García Arán, Mercedes y Botella, Joan (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 23-42.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Legalidad y seguridad jurídica en el Derecho penal postmoderno», en Jareño Leal, Ángeles et al. (coords.), *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reix*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 125-142.

GARCÍA ARETIO, Lorenzo, «¿Web 2.0 vs web 1.0?», *Revista DIM: Didáctica, Innovación y Multimedia*, nº10, 2007, pp. 1-8.

GARCÍA GUILABERT, Natalia, *Victimización de menores por actos de ciberacoso continuado y actividades cotidianas en el ciberespacio* [Tesis doctoral], Universidad de Murcia, 2014.

- «Actividades cotidianas de los jóvenes en Internet y victimización por malware», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, 2016, pp. 59-72.

GARCÍA GUITIÁN, Elena, «Democracia digital. Discursos sobre participación ciudadana y TIC», *Revista de Estudios Políticos*, 173, 2016, pp. 169-193.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario, «Derechos de participación: sufragio activo y pasivo, acceso a cargos públicos, petición», en López Guerra, Luis y Espín, Eduardo (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional, vol. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, en pp. 319-338.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Ciminología*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El principio de determinación del hecho punible en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, Ministerio de Justicia. Centro de publicaciones, Madrid, 1992.

- *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 769-777.
- «Delitos contra el honor», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 567-606.
- «Delitos contra el orden público (I)», en Acale Sánchez, María (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2023, pp. 391-432.

GARCÍA SANZ, Rosa María, «La difícil relación del instituto de la opinión pública y los procesos de comunicación pública en Internet: la desinformación desafiando las garantías constitucionales», *Revista de Derecho Político*, nº106, 2019, pp. 77-104.

GARCÍA ULL, Francisco José, «Deepfakes: el próximo reto en la detección de noticias falsas», *Anàlisi*, nº64, 2021, pp. 103-120.

GILI, Guido y MADDALENA, Giovanni, «Post-verità e fake news: radici, significati attuali, inattesi protagonisti e probabili vittime», *Media Education*, vol. 9, nº1, 2018, pp. 1-16.

GILLESPIE, Alisdair A., *Cybercrime: key issues and debates*, 1ª ed, Abingdon, Routledge, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en Gimbernát Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 105-131.

- «Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento», ADPCP, 1987, pp. 597-607.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «Presentación», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 11-22.

GIUSTI, Serena y PIRAS, Elisa, «In search of paradigms: disinformation, fake news, and post-truth politics», en Giusti, Serena y Piras, Elisa (eds.), *Democracy and Fake news. Information manipulation and post-truth politics*, Routledge, New York, 2021, pp. 1-16.

GOMES GONÇALVES, Sónia, «Los deepfakes como una nueva forma de desinformación corporativa – una revisión de la literatura», *IROCAMM*, vol. 5, nº 2, 2022, pp. 22-38.

GÓMEZ DE ÁGREDA, Ángel; FEIJÓO, Claudio y SALAZAR GARCÍA, Idoia Ana, «Una nueva taxonomía del uso de la imagen en la conformación interesada del relato digital. Deep fakes e inteligencia artificial», *Profesional de la información*, vol. 30, nº2, 2021, pp. 1-24.

GÓMEZ, Elena I., «La integridad electoral como garantía de las elecciones», *Pensar en Derecho*, nº22, 2023, pp. 21-31.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Cultura del control, sociedad del riesgo y Política Criminal», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Gómez Martín, Víctor (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 56-103.

GÓMEZ NAVAJAS, Justa, *La protección de datos personales. Un análisis desde la perspectiva del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2005.

GÓMEZ-BELLVÍS, Ana Belén y CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «Los delitos de expresión en redes sociales desde los efectos de la sanción penal: ¿efecto disuasorio o efecto desafío?», *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 11, n.º 1, 2022, pp. 323–358.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Tomo III, 7ª ed., Madrid, 1865.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- *Nociones fundamentales de Derecho penal: parte especial*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 2019.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, «Pandemia, desinformación y verdad en Derecho Penal», en González Cussac, José Luís y Velásquez Velásquez, Fernando (eds.), *Derecho Penal y coronavirus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 13-40.

- «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): estafas», en González Cussac, José Luis (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 429-459.

GONZÁLEZ GARCÍA, Abel, «Cibercriminología, el futuro está aquí», en Janire Rámila, Nuria; Briggs, Daniel y Ramiro Pérez, Jorge (coords.), *La Criminología del hoy y del mañana*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 113-128.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, et al., *Derecho constitucional español*, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la UCM, Madrid, 2012.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*, Fundación Juan March, 1983.

- «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», *RECPC*, n.º 1, 1999, [en línea]. Disponible en: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-14.html (fecha de consulta 21-07-2022).

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro, «La libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado. España», *Estudio a encargo de la Secretaría General del Parlamento Europeo*, 2019, pp. 1-57.

GONZÁLEZ Y SERRANO, José, *Apéndice a los comentarios del Código penal de Don Joaquín Francisco Pacheco ó sea El nuevo código*, Imprenta de M. Tello, Madrid, 1870.

GÓRRIZ ROYO, Elena Mª, *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GREEN, Nicola, «On the Move: technology, mobility, and the mediation of social time and space», *The Information Society*, vol. 18, núm. 4, 2002, pp. 281-292.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870 concordado y comentado, Tomo III*, Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, Burgos, 1874.

- *El Código penal de 1870. Concordado y comentado, Tomo V*, Esteban-Hermanos Impresores, Salamanca, 1893.
- *El Código penal de 1870. Concordado y comentado, Tomo VIII*, Esteban-Hermanos Impresores, Salamanca, 1899.

GUANWEI Hu, WENWEN Pan, MINGXIN Lu y JIE Wang, «The Widely Shared Definition of E-Government. An Exploratory Study», *The Electronic Library*, 27, 2009, pp. 1-22.

GUARDIOLA LAGO, María Jesús, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 2273-2324.

- «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la Defensa Nacional. Capítulo I. Delitos de traición», Quintero Olivares, Gonzalo (dirs.) y Morales Prats, Fermín (coords.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 8ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 1947-1962.
- «Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado», Quintero Olivares, Gonzalo (dirs.) y Morales Prats, Fermín (coords.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 8ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, pp. 1962-1975.

GUERCIA, Pierluigi, «I progetti di legge sulle fake news e la disciplina tedesca a confronto», en Cadoppi, Alberto (dir.), *Cybercrime*, UTET Giuridica, Torino, 2019, pp. 1253-1272.

GUERINI, Tommaso, *Fake news e Diritto Penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, G. Giappichelli editore, Torino, 2020.

- «La tutela penale della libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca delle fake news e delle infodemie», *DisCrimen*, 2020, pp. 1-66.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (trad. Manuel Jiménez Redondo), Taurus, Madrid, 1987.

HAN, Byung-Chul, *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* (trad. Bergés, Alfredo), Herder, Barcelona, 2014.

HART, Hebert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963.

HASSEMER, Winfried, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», traducción de Larrauri, Elena, *ADPCP*, 1992, pp. 235-250.

- «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», en V.V.A.A., *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36.

HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, «Aproximación a un concepto de Derecho Penal Informático», en De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De la Mata Barranco, Norberto J. (coord.), *Derecho Penal Informático*, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 31-54.

HERNÁNDEZ PEÑA, Juan Carlos, «Campañas electorales, *big data* y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 124, 2022, pp. 41-73.

HOLT, Thomas J. y BOSSLER, Adam M., «Examining the applicability of lifestyle-routine activities theory for cyber crime victimization», *Deviant Behavior*, nº 30, 2009, pp. 1-25.

HOLTUG, Nils, «The Harm Principle», *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 5, nº 4, 2002, pp. 357-389.

HÖRNLE, Tatjana, «Legal Regulation of Offence», en Von Hirsch, Andrew and Simester, A.P. (eds.), *Incivilities. Regulating Offensive Behaviour*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 133-148.

- «La protección de sentimientos en el StGB», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 375-390.

JAISHANKAR, Karuppannan, «Introduction. Expanding Cyber Criminology With an Avant-Garde Anthology», en Jaishankar, Karuppannan (ed.), *Cyber criminology: Exploring internet crimes and criminal behavior*. Taylor & Francis Group, 2011, pp. XXVII-XXXV.

- «Cyber Criminology as an Academic Discipline: History, Contribution and Impact», *International Journal of Cyber Criminology*, 12(1), 2018, pp. 1-8.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, Joaquín y González de Murillo, José Luis, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez), Thomson Civitas, Madrid, 2003.

JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870, vol. II*, Imprenta de la Gaceta Regional, Salamanca, 1929.

JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- «Delitos contra la libertad (2): las amenazas», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, vol. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2016, pp. 249-265.
- «Falsedades ideológicas», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, pp. 529-534.
- «Los diferentes conceptos de autor utilizados por la jurisprudencia (reflexiones a partir del ejemplo de varios delitos)», *RGDP*, nº 40, 2023, pp. 1-30.
- «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake sexual*», *RECPC*, nº 26-09, 2024, pp. 1-37.

JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Sociedad del riesgo e intervención penal», *RECPC*, núm. 16-08, 2014, pp. 1-25.

JIMÉNEZ MEJÍA, David, «La crisis de la noción material de bien jurídico en el Derecho penal del riesgo», *Nuevo Foro Penal*, nº 82, 2014, pp. 134-162.

JUANATEY DORADO, Carmen, «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *CPC*, n.º 120, 2016, pp. 39-82.

KAHLO, Michael, «Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 49-64.

KINDHÄUSER, Urs, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal», *InDret*, nº 1, 2009, pp. 1-19.

KUHLEN, Lothar, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en Robles Planas, Ricardo (ed.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 225-235.

LAMANUZZI, Marta, «La disinformazione ai tempi dei social media: una nuovo sfida per il diritto penale?», *Archivio Penale*, nº1, 2020, pp. 1-36.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, «Delitos contra la libertad», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 107-152.

LANGLE RUBIO, Emilio, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Manuales Reus, vol. XXIII, Madrid, 1915.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho, (traducción y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero)*, Ariel, Barcelona, 1994.

LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Delitos contra el orden público», en Rodríguez Mourullo, Gonzalo (dir.) y Jorge Barreiro, Agustín (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1338-1342.

- «Bien jurídico y objeto protegible», *ADPCP*, vol., LX, 2007, pp. 119-163.
- «Principios del Derecho penal (I). El principio de legalidad y las fuentes del Derecho penal», en Lascurain Sánchez, Juan Antonio (coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*, BOE, 2019, pp. 47-68.
- *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid, 2021.

LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LAZER, David M.J., BAUM, Matthew A., BENKLER Yochai et al., «The science of fake news», *Science*, vol. 359, nº 6380, 2018, pp. 1094-1096.

LEÓN ALAPONT, José, «Fake news y desinformación: la ¿eficacia? Del Derecho Penal frente a los riesgos de la transformación digital», en Castelló Pastor, José Juan, (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 535-563.

- «El Derecho penal ante las fake news y la desinformación: una vuelta de tuerca», *Revista General de Derecho Penal*, nº39, 2023, pp. 1-59.

L'INSALATA, Mario, «Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico (art. 656)», En Cadoppi, Alberto; Canestrari, Stefano; Manna, Adelmo y Papa, Michele (coords.), *Trattato di diritto penale, Parte Speciale, vol. XI, Le contravvenzioni*, Utet Giuridica, Milano, 2012, pp. 75-84.

LLOP CUENCA, Pilar y MOYA FUENTES, María del Mar, «Desórdenes públicos», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 79-130.

LLORCA, Elena; FABREGAT CABRERA, María Elena y RUIZ CALLADO, Raul, «Desinformación Populista en Redes Sociales: la Tuitosfera del Juicio del Proceso», *Observatorio (OBS)*, vol. 15, nº 3, 2021, pp. 124-148.

LLORIA GARCÍA, Paz, *El delito de intrusismo profesional. (Bien jurídico y configuración del injusto)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Granada, 2006.
- «Delitos de falsedad (2). Falsedades documentales», en Boix Reig, Javier (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. III*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 429-454.

- «Menores, redes sociales e intimidad: consentimiento y tutela. Algunas consideraciones», en Anarte Borrallo, Enrique; Moreno Moreno, Fernando y García Ruiz, Carmen R. (coords.), *Nuevos conflictos sociales. El papel de la privacidad*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 241-267.
- «La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño (1)», *La Ley Penal*, nº 138, 2019, pp. 1-18.
- «Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting» tras la reforma penal de 2015», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Ciberdelitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 199-215.
- *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías: habitualidad, sexting y stalking*, Iustel, Madrid, 2020.
- «Delitos en el ciberespacio: Concepto y características», en Riquert Marcelo A. (dir.) y Sueiro, Carlos Christian (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2021, pp. 365-377.
- «La LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y la transformación del Código Penal. Algunas consideraciones», *IgualdadES*, 6, 2022, pp. 271-298.
- «Reflexiones sobre algunas implicaciones dogmáticas de las formas de criminalidad tecnológica en la teoría del delito y en la teoría de la pena», *Proyecto de investigación. Concurso de acceso al cuerpo de catedráticos y catedráticas de universidad*, Universidad de Valencia, 2022.
- «Feminismo y punitivismo: un hilo sobre el castigo», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 119-135.
- «Ciberviolencia de género. Especial referencia a las ultrafalsificaciones o deepfakes», en prensa, 2025.

LOMBANA-BERMÚDEZ, Andrés et al., «Cámaras de eco, desinformación y campañas de desprestigio en Colombia. Un estudio de Twitter y las elecciones locales de Medellín en 2019», *Política y gobierno*, vol. XXIX, nº1, 2022, pp. 1-30.

LOMBARDI, Giovanni, *Trattato di Diritto penale. Delitti contro la fede pubblica, Titolo VII del Libro II del Codice penale*, Milano, 1935.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos», *Poder Judicial*, nº48, 1997, pp. 289-322.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996.

LÓPEZ PAN, Fernando y RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, «El Fact Checking en España. Plataformas, prácticas y rasgos distintivos», *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, vol. 26, nº3, 2020, pp. 1045-1065.

LOSADA MESTRE, Roberto, «Las *fake news* en las crisis de la Sociedad Digital», *Más poder local*, nº41, 2020, pp. 48-50.

LYON, David, «From 'post-industrialism' to 'Information Society': a new social transformation?», *Sociology*, vol. 20, nº4, 1986, pp. 577-588.

- *Postmodernidad*, 2ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- «Beyond Cyberspace: Digital Dreams and Social Bodies», *Information Technology Education and Society*, vol. 16, nº1, 2015, pp. 1-21.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

- *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAGALLÓN ROSA, Raúl, «La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada», *Revista de Derecho Político*, nº 106, 2019, pp. 319-346.

MAIHOFFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1953.

MARCHAL GONZÁLEZ, Adrián Nicolás, «La necesidad de un nuevo tipo delictivo: La desinformación como una amenaza para el orden público», *Boletín Criminológico*, 1/2023, nº 219, 2023, pp. 1-39.

MARÍN GUTIÉRREZ, Francisco, «Características del ciberespacio que favorecen las actuales acciones de desinformación y decepción», *Documento de Opinión 78/2021*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2021, pp. 1-22.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, «Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013, [en línea].

MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, trad. y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MELZI d'ERIL, Carlo, «Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici», *Media Laws*, nº1, 2017, pp. 60-67.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, «Fake news, discurso del odio y aporofobia: la criminalización de los vulnerables», en Benito Sánchez, Demelsa y Gil Nobajas, María Soledad (coords.), *Alternativas político-criminales frente al Derecho penal de la aporofobia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 499-552.

- «La criminalización de las *fake news* e incitación al odio: su interpretación desde la óptica de “política criminal de la sociedad del clic”», *Cuadernos del Audiovisual del Consejo Audiovisual de Andalucía*, nº 12, 2024, pp. 101-135.

MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el honor», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 237-256.

- «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2020, pp. 325-547.

MILL, John Stuart, *On liberty*, Penguin Classics, London and New York, 1985.

MIRA BENAVENT, Javier, «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *Cuadernos de Política Criminal*, nº22, 1984, pp. 95-181.

- *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- «¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?», *EPC*, nº22, 1999-2000, pp. 103-152.

MIRÓ LLINARES, Fernando, «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *RECPC*, nº13-07, 2011, pp. 1-55.

- *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- «Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los Tribunales españoles», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Gómez Martín, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 561-581.

- «La victimización por cibercriminalidad social. Un estudio a partir de la teoría de las actividades cotidianas en el ciberespacio», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº11, 2013, pp. 1-35.
- «La criminalización de conductas “ofensivas”. A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal», *RECPC*, nº 17-23, 2015, pp. 1-65.
- «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 22, 2016, pp. 93-118.
- «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en Miró Llinares, Fernando (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 21-66.
- «Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos», *IDP*, nº 32, 2021, pp. 1-17.
- *El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- «El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter», *InDret*, nº2, 2023, pp. 445-492.
- «Cuando el Derecho penal es *trending topic*», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 29-56.

MIRÓ LLINARES, Fernando y AGUERRI, Jesús C., «Misinformation about fake news: a systematic critical review of empirical studies on the phenomenon and its status as a ‘threat’», *European Journal of Criminology*, 2021, pp. 1-19.

MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.

- «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi», *EPC*, nº14, 1989-1990, 203-216.
- «Límites del normativismo en Derecho penal», *RECPC*, nº 07-18, 2005, pp. 1-24.
- «Constitución, derecho penal y globalización», en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (dirs.), Gómez Martín, Víctor (coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, Madrid, 2007, pp. 3-13.

- *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 2ª ed., IBdF, Buenos Aires, 2021.

MONTILLA MARTOS, José Antonio, «Inteligencia artificial y derechos de participación política», *De Lege Ferenda*, nº 1, 2023, pp. 34-55.

MORAVEC, Patricia; MINAS, Randall y DENNIS, Alan R., «Fake News on Social Media: People Believe What They Want to Believe When it Makes No Sense at All», *Kelley School of Business Research Paper*, nº 18-87, 2018, pp. 1-36.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, «Construcción y demolición de la teoría de la acción», en García Valdés, Carlos et al., (coords), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo II*, Edisofer, Madrid, 2008, pp. 1365-1392.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Dykinson, Madrid, 2005.

MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Navarra, 1999.

MÖHRENSCHLAGER, Manfred, E., «Tendencias de política jurídica en la lucha contra la delincuencia relacionada con la informática», (traducción de Baldó Lavilla, F. y Mir Puig, S.) en Mir Puig, Santiago (Comp.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 47-64.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975.

- *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976.
- *Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 665.
- *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., IBdF, Buenos Aires, 2001.
- *Derecho penal. Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CONDE, Francisco y SALAS HOLGADO, Ángela, «Delitos electorales», en Montoya Melgar, Alfredo (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica, vol. II*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2084-2085.

MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador», en Pérez Álvarez, F. (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1321-1347.

- «Retos del Derecho penal global», *EPC*, vol. XL, 2020, pp. 1043-1092.
- «Aproximación político-criminal a la desinformación», en León Alapont, José (dir.), *El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 433-459.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, y MONTESDEOCA RODRÍGUEZ, Daniel, «La cibercriminalidad sexual juvenil como nueva forma de delincuencia», *Revista Penal México*, nº19, 2021, pp. 37-58.

NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Las redes sociales en internet como instrumento de control penal: tendencias y límites», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013 [en línea].

NOGUERA-VIVO, José Manuel et al., «Desinformación y vacunas en redes: comportamiento de los bulos en Twitter», *Revista latina de Comunicación Social*, nº81, 2023, pp. 44-62.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, «El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?», *Revista Penal México*, nº 5, 2013, pp. 179-206.

- «Delitos de expresión y derechos fundamentales: el caso del enaltecimiento del terrorismo», *RGDP*, nº 36, 2021, pp. 1-84.
- «La “sociedad del miedo” y el discurso terrorista. Algunas consideraciones sobre el delito de difusión de mensajes o consignas terroristas», *Revista Penal*, nº 49, 2022, pp. 77-100.
- «Relevancia penal de las nuevas tecnologías y su incidencia en los denominados cibercrimitos: especial referencia a los delitos contra la intimidad», *RGDP*, nº 37, 2022, pp. 1-48.
- «Breves reflexiones político criminales sobre los delitos de expresión», en Ferré Olivé, Juan Carlos et al., (eds.), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum. Derechos Humanos y Derecho penal, Tomo II*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2022, pp. 709-722.

- «Política criminal y Estado de Derecho: la afección de los derechos fundamentales en las reformas penales», en Núñez Castaño, Elena y García Arroyo, Cristina (dirs.) y Rodríguez Molina, Antonio (coord.), *Reformas penales y Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 45-88.
- «Aproximación a la desinformación y su incidencia en el Derecho penal», *EPC*, nº 45, 2024, pp. 1-40.

OGBURN, William F., *On Culture and Social Change*. Otis Dudley Duncan, ed. Chicago: Phoenix Books; University of Chicago Press, 1964.

OLEART, Álvaro y BOUZA, Luis, «El debate transatlántico sobre la definición y actuación ante la “desinformación”: una agenda de investigación», *adComunica, Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº23, 2022, pp. 51-74.

OLLÉ SESÉ, Manuel, «Reflexiones sobre ciberdelincuencia y redes sociales digitales», *Revista de Estudios Jurídicos*, nº13, 2013, pp. 1-10.

O'REILLY, Tim, «What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software», Disponible en <http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html> (fecha de consulta 21/02/2022).

ORSINI MARTINELLI, Joao Paulo; TAVARES LOBATO, José y SOUZA SANTOS, Humberto, «El *Harm Principle* y su reflejo en el Derecho penal: una lectura a partir de Joel Feinberg», *Revista Penal México*, nº 13, 2018, pp. 103-122.

ORTEGA LORENTE, José Manuel, «Las falsedades ideológicas cometidas por particulares a través de negocios jurídicos simulados. Un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Boix Reig, Javier (dir.), *Estafas y falsedades (análisis jurisprudencial)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 201-234.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTS BERENGUER, Enrique, «Aproximación al concepto jurídico-penal de orden público», en Alonso Rimo, Alberto (dir.) y Colomer Bea, David (coord.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Madrid, 2019, pp. 171-182.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Compendio de Derecho penal, parte general*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ORTIZ LÓPEZ, Paula, «Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal», en Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (coords.), *Derecho y redes sociales*, Civitas, Madrid, 2013 [en línea].

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, «“Hacking” legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia

informática» en VVAA, *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 177-220.

ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado, Tomo II*, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1870.

- *El Código penal concordado y comentado, Tomo I*, 5ª ed., Madrid, 1881.
- *El Código penal. Concordado y comentado (estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera)*, Edisofer, Madrid, 2000.

PADOVANI, Tullio, «La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», *Dei delitti e delle pene*, 1984.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, «Libertad, seguridad y delitos de amenazas», *EPC*, nº29, 2009, pp. 363-420.

- «El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)», en Luzón Peña, Diego Manuel (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 911-986.

PARMA, Carlos; MANGIAFICO, David y DOYLE, Daniel A., *Derecho penal. Parte Especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó, «Delitos contra el patrimonio (II)», en Ragués i Vallès, Ramón (coord.) y Silva Sánchez, Jesús María (dir.), *Lecciones de Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2023, pp. 259-286.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PARISER, Eli, *The Filter Bubble: What the Internet is hiding from you*, Penguin Press, New York, 2011.

PAUNER CHULVI, Cristina, «Las noticias falsas y las campañas de desinformación como nuevas amenazas para la seguridad», en González Cussac, José Luis y Flores Giménez, Fernando (coord.), *Seguridad y derechos. Análisis de las amenazas, evaluación de las respuestas y valoración del impacto en los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 393-430.

- «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, 2018, pp. 297-318.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Sección de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 1986.

PÉREZ ALBERDI, M^a Reyes, «Los derechos políticos», en Castellà Andreu, Josep M^a (ed.), *Derecho constitucional básico*, 7^a ed., Huygens editorial, 2023, pp. 473-492.

PÉREZ-CURIEL, Concha y VELASCO-MOLPECERES, Ana María, «Tendencia y narrativas de *fact-checking* en Twitter. Códigos de verificación y *fake news* en los disturbios del Procés (14-O)», *adComunica, Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2020, n^o20, pp. 95-122.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Sociedad de riesgos y reforma penal», *Poder Judicial*, n^o43-44, 1996, pp. 61-84.

PÉREZ-ESCODA, Ana; ORTEGA FERNÁNDEZ, Eglée y PEDRERO-ESTEBAN, Luis Miguel, «Alfabetización digital para combatir las *fake news*: estrategias y carencias entre los/as universitarios/as», *Revista Prisma Social*, n^o38, 2022, pp. 221-243.

PÉREZ ROYO, Javier y CARRASCO DURÁN, Manuel, *Curso de Derecho constitucional*, 18^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2023.

PÉREZ SUÁREZ, Jorge Ramiro, *We are Cyborgs: Developing a Theoretical Model for Understanding Criminal Behaviour on the Internet*. Doctoral thesis, University of Huddersfield, 2015.

PERINI, Chiara, «*Fake news* e post-verità tra Diritto penale e politica criminale», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2017, pp. 1-14.

PERUCCHIETTI, Enrica, *Fake news. Dalla manipolazione dell'opinione pubblica alla post-verità. Come il potere controlla i media e fabbrica l'informazione per ottenere consenso*, Arianna Editrice, Bologna, 2018.

PIFARRÉ, M^a José, «Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito», *Revista de Internet, Derecho y Política*, n^o16, 2013, pp. 40-43.

PINELLI, Cesare, «Postverità, verità e libertà di manifestazione del pensiero», *Media Laws*, n^o1, 2017, pp. 41-47.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «¿El estado como garante de la objetividad periodística? Información y opiniones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso ATV Zrt c. Hungría)», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n^o. 32, 2022, pp. 166-185.

PIZZETTI, Francesco, «Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura», *Media Laws*, n^o1, 2017, pp. 48-59.

PONCE, Isabel, *Redes Sociales*, Instituto Nacional de Tecnología de la Comunicación. 2012, pp. 1-47. Disponible en: <http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/ca/internet/web-20/1043-redes-sociales?format=pdf> (fecha de consulta 22-02-2022).

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel., *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson S.L., Madrid, 2004.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional (I)», en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Curso de Derecho penal español, Parte especial, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 915-926.

- «Prólogo», en Martínez Garay, Lucía y Mira Benavent, Javier (auts.), *Audiencia Nacional y prohibición penal de reuniones y manifestaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red*, editorial Fragua, Madrid, 2015.

POZUELO PÉREZ, Laura, «Medios, redes y confusión», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 223-227.

PRATT, Travis C. *et al.*, «Routine Online Activity and Internet Fraud Targeting: Extending the Generality of Routine Activity Theory», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 47, nº 3, 2010, pp. 267-296.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «La titularidad del derecho de participación política», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 104, 2002, pp. 517-558.

- «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Públic*, nº61, 2020, pp. 65-82.
- «Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo», *Revista de Derecho Político*, nº 52, 2021, pp. 137-152.
- «Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación», *Revista Jurídica de Asturias*, nº 45, 2022, pp. 55-83.
- *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 69-70.
- «La propuesta de “Ley de Inteligencia Artificial” Europea», *Revista de las Cortes Generales*, nº 116, 2023, pp. 81-133.

PRITTWITZ, Cornelius, *Derecho penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo*, traducción de Sarabayrouse, Eugenio C., Marcial Pons, Madrid, 2021.

PUYOL MONTERO, Francisco Javier, «De los delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III*, Editorial Trivium, Madrid, 1997, pp. 4911-4972.

QIU, Xiaoyan *et al.*, «Limited individual attention and online virality of low-quality information», *Nature Human Behaviour*, nº1, 2017, pp. 1-22.

QUATTROCIOCCHI, Walter y VICINI, Antonella, *Misinformation*, Neo Società, Milano, 2016.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», *Revisión Crítica de Jurisprudencia y Gobernanza*, ICON, 2024, pp. 1-31.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, Tomo IV, Madrid, 1967.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín, «Delitos contra el honor», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 519-554.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Represión penal y Estado de Derecho*, Dirosa, Barcelona 1976.

- «Internet y propiedad intelectual», en Escuela Judicial del Consejo General del poder Judicial, *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 10, 2001, pp. 367-398.
- *Parte General del Derecho Penal*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- *Parte General del Derecho Penal*, 4.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- «Del falso testimonio», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1910-1927.
- «De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1899-1910.
- «De las falsedades documentales», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 1622-1663.
- «De las estafas», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 664-689.
- «Delitos contra la libertad», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 183-229.

- «De la calumnia», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español, Tomo I*, 7ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 1533-1543.
- «La globalización y el Derecho Penal: un cajón de sastre conceptual», en Galán Muñoz, Alfonso y Mendoza Calderón, Silvia (dirs.), *Globalización y lucha contra las nuevas formas de criminalidad transnacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 19-32.
- «Problemas de la perseguibilidad de los cibercrimitos», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Cibercrimitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 165-183.
- «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia», *ADPCP*, vol. LXXIII, 2020, pp. 21-58.
- «La “soberanía” del legislador y los principios del Derecho penal», en Jareño Leal, Ángeles et al. (coords.), *Las garantías penales. Un homenaje a Javier Boix Reix*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 407-420.
- «La vaporosa figura de falsedad ideológica», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº104, 2022, pp. 14-19.
- «Injurias y mentiras», en Ferré Olivé, Juan Carlos et al. (eds), *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Tomo II*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 769-785.
- «Populismo y derecho penal», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 48, 2024, pp. 281-301.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y JARIA I MANZANO, Jordi (coord.), *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramón, «Delitos contra la libertad», en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Ragués i Vallès, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 97-120.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, «De protectora de las mujeres a liberadora de violadores: Irene Montero, Twitter y la enésima batalla por la “Ley de solo sí es sí”», en Miró Llinars, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 101-117.

RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

REBOLLO VARGAS, Rafael, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y sus límites penales*, PPU, Barcelona, 1992.

- «Engaño en el delito de estafa», en Boix Reig, Javier (dir.) y Lloria García, Paz (coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2017, pp. 463-471.

- «Delito de Sedición», en Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Ventura Püschel, Arturo (coord.), *tratado de Derecho penal español. Parte especial. VI. Delitos contra el orden público (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 35-78.

REDONDO ILLESCAS, Santiago., y GARRIDO GENOVÉS, Vicente, *Principios de criminología*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RENDUELES, César, «Introducción», en Gramsci, Antonio, *Escritos (Antología)*, Alianza Editorial, Madrid, 2017.

REYNS, Bradford W., «A routine activity perspective on *online* victimisation», *Journal of Financial Crime*, vol. 22, nº 4, 2015, pp. 396-411.

RIDAO RODRIGO, Susana, «Actos de habla en redes sociales: perfiles privados *versus* perfiles públicos», *Literatura y lingüística*, nº 44, 2021, pp. 429-446.

RIQUERT, Marcelo A., «Repensando cómo funciona la ley penal en el ciberespacio», en Riquert, Marcelo A. (coord.), *Ciberdelitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, pp. 21-164.

- «Discursos de odio, inteligencia artificial e intervención penal», en Riquert, Marcelo A., (dir.) y Sueriro, Carlos Christian (coord.), *Sistema penal e informática*, vol. 6, Hammurabi, Buenos Aires, 2023, pp. 111-137.

RIVA, Giuseppe, *Fake news. Vivere e sopravvivere in un mondo post-verità.*, Il Mulino, Bologna, 2018.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte Especial*, 5ª ed., Gráficas Carasa, Madrid, 1973.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ FERRÁNDIZ, Raúl, «Posverdad y fake news en comunicación política: breve genealogía», *Profesional de la información*, vol. 28, nº 3, 2019, pp. 1-14.

RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, «#Incompetenciadelaleisladora vs #Machismojudicial: modificaciones penológicas en los delitos sexuales tras la LO 10/22 y alcance de la retroactividad de la ley penal favorable», en Miró Llinares, Fernando y Aguerri, Jesús C. (eds.), *Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 157-182.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.

- *Derecho penal, parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1978.
- «Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos», en Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (coord.),

Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, vol. 2 (*De los derechos y deberes fundamentales*), Civitas, Madrid, 1991, pp. 893-906.

- «El principio de legalidad y arbitrio judicial», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1997, pp. 279-296.
- *Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.
- «Delito, pena y Constitución», *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº8, 2003, pp. 311-329.

ROIG TORRES, Margarita, *El Delito de Atentado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

ROJAS CAJA, Fernando, «El fact checking. Las agencias de verificación de noticias en España», *iee.es, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 89, 2020, pp. 1-14.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid, 1987.

- «De los delitos informáticos al cibercrimen: una aproximación conceptual y político criminal», en Romeo Casabona, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, Comares, 2006, pp. 1-43.
- «La desinformación en el ciberespacio: las noticias falsas y su persecución penal», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 98, 2023, pp. 195-221.
- «La desinformación en el ciberespacio: las noticias falsas y su persecución penal», en Romeo Casabona, Carlos María y Rueda Martín, M^a Ángeles (eds.), *Derecho Penal, ciberseguridad, cibercrimen e inteligencia artificial*, vol. II, Comares, 2023, pp. 29-56.

ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. y notas por Luzón Peña, Diego Manuel, Reus, Madrid, 1976.

- *Derecho penal. Parte General, Tomo I*, Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.
- *Política criminal y sistema de Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Francisco, 2ªed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- *Derecho Penal. Parte General, Tomo II. Especiales formas de aparición del delito* (traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen», trad. Manuel Cancio Meliá, *RECPC*, nº 15, 2013, pp. 1-27.
- «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 433-448.

RUA, Juan Carlos, «Redes sociales y desinformación: una respuesta estructural», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, pp. 7-27.

RUA, Juan Carlos y SCHUSTER, Andrea, «Responsabilidades ulteriores y desinformación», en Rua, Juan Carlos (ed.), *Redes sociales y desinformación*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, vol. VIII, 2021, pp. 75-117.

RUBIO NÚÑEZ, Rafa, «Los efectos de la posverdad en la democracia», *Revista de Derecho Político*, nº103, pp. 191-228.

RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», *ADPCP*, nº LI, 1998, pp. 5-34.

SALAVERRÍA, Ramón; BACHMANN, Ingrid y MAGALLÓN ROSA, Raúl, «Desinformación y confianza en los medios: propuestas de actuación», *Index comunicación*, nº 14(2), 2024, pp. 13-32.

SANAHUJA, Rosana, «Respuestas ante la pandemia de desinformación sobre la COVID-19: evolución y tendencias de las plataformas de verificación españolas en 2020», en Pallarés-Renau, María; Vellón Lahoz, Francisco y Salazar-Campillo, Patricia (ed.), *Investigacions transversals i integradores en Ciències Humanes i Socials*, Universitat Jaume I, Col.lecció: Emergents, 2022, pp. 47-62.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «Pena y comunicación en la sociedad de la posverdad», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo I*, 2021, pp. 67-85.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, *La regulación de las campañas electorales en le era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Valladolid, 2020.

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, «Amenazas», en Ventura Püschel, Arturo (coord.) y Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Tratado de Derecho penal español: Parte especial (I). Delitos contra las personas*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 697-778.

SANTISTEBAN GALARZA, Mario, «La criminalización de las ultrafalsificaciones (con especial atención a las implicaciones de la normativa europea de servicios digitales e inteligencia artificial)», *RDPC*, 3ª Época, nº 31, 2024, pp. 211-249.

SCHMIDT, Eberhard, «Soziale Handlungslehre», *Festschrift für Engisch*, Frankfurt, 1969.

SCHÜNNEMANN, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana» (traducción de Manuel Cancio Meliá), *ADPCP*, Tomo 49, 1996, pp. 187-218.

SEARLE, John R., *Actos de habla: ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luis M. Valdés Villanueva), Cátedra, Madrid, 1980.

SENTÍ NAVARRO, Carla, «El fenómeno de la desinformación como amenaza a los sistemas democráticos y la complejidad de su tratamiento», *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, nº3, 2022, pp. 1-17.

- «La mentira entre estados y la seguridad nacional», *Cuadernos Constitucionales*, nº 3, 2022, pp. 117-130.
- «El derecho a recibir información veraz en la red. Apuntes de jurisprudencia del TC y del TEDH», *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 25, 2022, pp. 1-9.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, «De las falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 47, 2021, pp. 199-235.

- «Noticias falsas (*fake news*) y derecho a recibir información veraz. Dónde se fundamenta la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo», *Revista de Derecho Político*, nº 116, 2023, pp. 13-46.
- «Control de la desinformación en Europa a la luz de la Ley de Servicios Digitales de la UE (DSA)», *Derecho Digital e Innovación*, nº 19, 2024, pp. 1-31.

SERRANO TÁRRAGA, M^a Dolores, «Delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional», en Derrano Tárraga, M^a Dolores (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 1233-1260.

SIMÓ SOLER, Elisa, «Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», *InDret*, nº 2, 2023, pp. 493-515.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Antecedentes en España de la criminología positiva moderna y de la criminología clínica», *Revista de Derecho penal y criminología*, 3^a Época, nº20, 2018, pp. 331-358.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Introducción a la Criminología*, 6^a Ed., Dykinson, Madrid, 2009.

SIEBER, Ulrich, *Computerkriminalität und Strafrecht*, Heymann, München, 1977.

- «Criminalidad informática: peligro y prevención», (traducido por Joshi Jubert, U.) en MIR PUIG, Santiago (coord.), *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 65-98.

SIEBER, Ulrich y NUEBERT, Carl-Wendelin, «Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional», en Nieto Martín, Adán y García Moreno, Beatriz (dirs.), *Ius puniendi y global law: Hacia un Derecho penal sin estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 305-390.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, Barcelona, 1992.

- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en Salvador Coderch, Pablo y Silva Sánchez, Jesús María (auts.), *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pp. 75-138.
- «No sólo bienes jurídicos», *InDret*, nº 3, 2009, pp. 1-2.
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011.
- «Sobre verdades y mentiras», *Indret*, nº1, 2014, pp. 1-3.
- «La influencia de la obra de Günther Jakobs en el espacio jurídico-penal hispanoablante», *InDret*, nº1, 2019, pp. 1-20.
- «Prólogo de Jesús-María Silva Sánchez», en Prittwitz, Cornelius (aut.), *Derecho penal y riesgo. Investigaciones sobre la crisis del Derecho penal y la política criminal en la sociedad del riesgo*, traducción de Sarabayrouse, Eugenio C., Marcial Pons, Madrid, 2021.
- «Las falsedades documentales», en Silva Sánchez, Jesús-María (dir.) y Ragués i Vallès, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 9ª ed., Atelier, Barcelona, 2023, pp. 371-385.

SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Imprenta de M.G. Hernández, Madrid, 1879.

SIMESTER, A.P. and VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs. On the principles of Criminalisation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011.

SOLARI-MERLO, Mariana N., «Medidas de autoprotección en redes sociales. Análisis de los hábitos de los usuarios de Facebook, Instagram y Twitter», *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. 8, 2021, pp. 91-117.

- *Ciencia jurídico penal y ciencias experimentales. Enfoques divergentes ante el riesgo de la tecnociencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

SOLER, Marta y FLECHA, Ramón, «Desde los actos de habla de Austin a los actos comunicativos. Perspectivas desde Searle, Habermas y CREA», *Revista Signos*, nº 2, 2010, pp. 363-375.

SOLER, Sebastian, *Derecho penal argentino IV*, Reedición, Tipografica editora, Buenos Aires, 1992.

SOTO NAVARRO, Susana, «Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos», *ADPCP*, vol. LVIII, 2005, pp. 887-918.

STALANS, Loretta J., y DONNER, Christopher M., «Explaining Why Cybercrime Occurs: Criminological and Psychological Theories», en Jahankhani, Hamid (ed.), *Cyber Criminology*, Springer, Cham, pp. 25-45.

SUÁREZ, Paula S., «La inteligencia artificial (IA) y las elecciones: breves y primeras reflexiones sobre el uso, el impacto y la influencia de la IA en los procesos electorales», *Pensar en Derecho*, nº22, 2023, pp. 33-51.

SULER, John, «The online disinhibition effect», *Cyberpsychology & Behavior: the impact of the Internet, multimedia and virtual reality on behavior and society*, vol. 7, nº3, 2004, pp. 321-326.

TAMARIT SUMALLA, Josep María y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, «De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes», en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 2011-2044.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Delitos contra el orden público (I)», en Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, vol. II, Iustel, Madrid, 2011, pp. 307-318.

TESICH, Steve, «A Government of Lies», *The Nation*, vol. 254, nº 1, 1992.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, pp. 5-28.

TORRES FERNÁNDEZ, M.^a Elena, *Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

TUÑÓN NAVARRO, Jorge y SÁNCHEZ DEL VAS, Rocío, «Verificación: ¿la cuadratura del círculo contra la desinformación y las noticias falsas?», *adComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, nº 23, 2022, pp. 75-95.

TUÑÓN NAVARRO, Jorge, *Europa frente al brexit, el populismo y la desinformación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

VALERA-ORDAZ, Lidia et al., «Desenredando la desinformación: nociones y discursos de la población española», *Comunicar: Revista Científica de Educomunicación*, v. XXX, nº72, 2022, pp. 21-32.

VALVERDE BERROCOSO, Jesús et al., «Desinformación y multialfabetización: una revisión sistemática de la literatura», *Comunicar: Revista Científica de Educomunicación*, v. XXX, nº70, 2022, pp. 97-110.

VAN DER MEER, Toni G. L. A. et al., «E-democracy: Exploring the Current Stage of e-Government», *Journal of Information Policy*, 4, 2014, pp. 489-506.

VAKHITOVA, Zarina I. et al., «Lifestyles and routine activities: Do they enable different types of cyber abuse?» *Computers in Human Behavior*, 101, 2019, pp. 225-237.

VAROL, Onur et al., «Online Human-Bot Interactions: Detection, Estimation, and Characterization», *Proceedings of the Eleventh International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2017, pp. 280-289.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy y SANCHIS CRESPO, Carolina, *Delincuencia informática. Tipos delictivos e investigación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870. Con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876*, 4ª ed., Tomo III, Madrid, 1890.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, «Delitos informáticos. Los retos del Derecho penal», en Nava Garcés, Alberto Enrique (coord.), *Ciberdelitos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2019, pp. 197-220.

VILLASVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *REDC*, n.º 106, 2016, pp. 149-201.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, «Delitos informáticos», *Revista Ius et Veritas*, nº 49, 2014, pp. 284-304.

VISCONTI, Arianna, «Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle c.d. 'Fake news'», *JUS: Rivista di scienze giuridiche*, nº1, 2020, pp. 43-72.

VIVES ANTÓN, Tomás S., «Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)», *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. 14, Madrid, 1977.

- «Libertad de expresión y derecho al honor», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al prof. José Antonio Sainz Cantero*, nº13, 1987, pp. 239-279.
- «Delitos contra la seguridad exterior del Estado», en Cobo del Rosal, Manuel; Vives Antón, Tomás S.; Boix Reig, Javier; Orts Berenguer, Enrique; Carbonell Mateu, Juan Carlos (auts.), *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 29-52.
- «La libertad de expresión e información: límites penales», en Ramírez Jiménez, Manuel (dir.), *El derecho a la información*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 111-119.

- «Ley y derechos fundamentales (acerca del principio de legalidad en materia penal)», en Moreno Catena, Víctor (ed.), *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 503-515.
- *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- «Garantías constitucionales y terrorismo», en Alonso Rimo, Alberto; Cuerda Arnau, María Luisa y Fernández Hernández, Antonio (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27-34.

VIZMANOS, Tomás y ALVAREZ MARTINEZ, Cirilo, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848.

VON HIRSCH, Andrew, «El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 33-48.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., Berlín, 1884.

- *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig, 1919.
- *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, T. II, reimpresión de 1970.

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb, & ARAL, Sinan, «The spread of true and false news online», *Science*, 359 (6380), 2018, pp. 1146-1151.

WAGNER, Astrid, «Retos filosóficos de las sociedades digitales: esbozo de un enfoque sistémico», en Wagner, Astrid y Degli-Esposti (eds.), *Verdad, desinformación y verificación: retos epistémicos y morales*, ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº38, 2022, pp. 13-29.

WALL, David, «What are Cybercrimes?», *The center for crime and justice studies, CJM*, nº58, 2004, pp. 20-21.

- «Cybercrimes and the Internet», en Wall, David (ed.), *Crime and the Internet*, New York, Routledge, 2001.

WANG, Patrick; ANGARITA, Rafael & RENNA, Ilaria, «Is this the Era of Misinformation yet? Combining Social Bots and Fake News to Deceive the Masses», *WWW '18 Companion: The 2018 Web Conference Companion*, April 23–27, 2018, Lyon, France, pp. 1557-1561.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (versión castellana y notas por José Cerezo Mir), Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

WEIDENSLAUFER, Christine, «La regulación de las “fake news” en el derecho comparado», *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, n° 118973, 2019, pp. 1-14.

WEISS, Andrew P., et al. «Surveying fake news: Assessing university faculty's fragmented definition of fake news and its impact on teaching critical thinking», *International Journal for Educational Integrity*, vol. 16, n° 1, 2020, pp. 1-30.

WIKSTRÖM, Per-Olof H, «Explaining crime as moral actions», en Hitlin, Steven & Vaisey, Stephen (eds.), *Handbook of the sociology of morality*, Springer, New York, 2010, pp. 211-239.

WOHLERS, Wolfgang, «Verhaltensdelikte: Standard, Ausnahme –oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?», en Böse, Martin, Sternberg-Lieben, Detlev (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

- «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en Hefendehl, Roland (coord.); Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo, María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 393-398.

YAR, Majid, «The novelty of 'Cybercrime'. An assessment in light of routine activity theory», *European Journal of Criminology*, vol. 2, n°4, 2005, pp. 407-427.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1998.

- *En torno de la cuestión penal*, editorial IBdef, Buenos Aires, 2005.
- «Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones», *Revista Derecho*, Año 2 edición 3, 2018, pp. 23-40.

Resoluciones, informes y otros documentos

ABELLÁN, Lucía, «El Gobierno activa una unidad contra la desinformación ante las elecciones», *El País*, 11 de marzo de 2019. Disponible en: https://elpais.com/politica/2019/03/10/actualidad/1552243571_703630.html (Fecha de consulta 22-12-2024).

Agencia Española de Protección de Datos e INTECO, «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online», 2009, pp. 1-159.

ALBEROLA, Miquel, «El Congreso insta al Gobierno a reforzar los medios para frenar las “fake news”», *El País*, 7 de marzo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/politica/2018/03/07/actualidad/1520450353_962234.html (Fecha de consulta 22-12-2024).

Asamblea General de Naciones Unidas, «Contrarrestar la desinformación para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales», Informe del Secretario General, A/77/287, 2022.

Asamblea General de las Naciones Unidas, «Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión», 11 de mayo de 2016, A/HRC/32/38. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/095/15/PDF/G1609515.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta: 24-04-2023).

Código de Buenas Prácticas de la Unión Europea sobre Desinformación, 2018.

Código de Buenas Prácticas sobre Desinformación reforzado, 2022.

Comisión de las Comunidades Europeas, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones: Hacia una política general de lucha contra la ciberdelincuencia», (COM (2007) 267 final, de 22 de mayo de 2007).

Comisión Europea, «Eurobarómetro de invierno 2022-2023», Standard Eurobarometer 98, enero 2023. Disponible en: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2872> (Fecha de consulta 26-04-2023).

Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando datos», Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, JOIN(2020) 8 final, 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020JC0008> (fecha de consulta 25-03-2023).

Comisión Europea, «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2018) 236 final, 2018.

Comisión Europea, «Marco común para la lucha contra las amenazas híbridas. Una respuesta de la Unión Europea», Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo, JOIN(2016) 18 final/2, 2016.

Comisión Europea, «Plan de Acción contra la Desinformación», Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2018) 36 final, 2018.

Comisión Europea, «Plan de Acción para la Democracia Europea», Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, COM(2020) 790 final, 2020.

Comité Europeo de las Regiones, «Dictamen sobre “La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo”» (2019/C 168/04). Diario Oficial de la UE, 16 de mayo de 2019.

Committee on homosexual offences and prostitution, *The Wolfenden report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London, 1957.

Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2023*, pp. 1-282. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2023> [fecha de consulta: 2-11-2024]

Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2022*, pp. 1-250.

Dirección General de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, *Informe sobre la cibercriminalidad en España, 2023*. Disponible en: https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2023/Informe-Cibercriminalidad_2023.pdf (fecha de consulta: 10-01-2024).

Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2022> fecha de consulta: 2-11-2024

Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2021*, Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2021>, pp. 1-292 [fecha de consulta: 2-11-2024]

Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2020*. Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2020>, pp. 1-390 [fecha de consulta: 2-11-2024]

Departamento de Seguridad Nacional del Gabinete de Presidencia del Gobierno, *Informe Anual de Seguridad Nacional de 2019*, Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/es/documento/informe-anual-seguridad-nacional-2019> pp. 1-280 [fecha de consulta: 2-11-2024]

Departamento de Seguridad Nacional, *Estrategia Nacional de Ciberseguridad*, abril 2019, Disponible en: <https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/Estrategia%20Nacional%20de%20Ciberseguridad%202019.pdf>. Fecha de consulta: 4-11-2024. pp. 1-68.

Dirección General de Coordinación y Estudios. Secretaría de Estado de Seguridad, “Estudio sobre la cibercriminalidad en España. 2020”, 2020, pp. 1-62. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/11389243/Estudio+sobre+la+Cibercriminalidad+en+Espa%C3%B1a+2020.pdf/ed85b525-e67d-4058-9957-ea99ca9813c3>.

FERRERO-TURRIÓN, Ruth, «¿Se ha precipitado Rumanía con la anulación de sus elecciones presidenciales? Cuando la desinformación no viene de donde crees», *Agenda Pública*, 23 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://agendapublica.es/noticia/19534/se-precipitado-rumania-con-anulacion-sus-elecciones-presidenciales-cuando-desinformacion-no-viene-donde-crees> (Fecha de consulta 26 de enero de 2025).

Fiscalía General del Estado, *Memoria FGE 2021*, Madrid, 2021, pp. 1301-1302. Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS21.pdf (fecha de consulta: 22-08-2022).

Fiscalía General del Estado, *Memoria FGE 2023*, Madrid, 2023. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html (fecha de consulta: 10-01-2024).

FundéuRAE, «noticias falsas o falseadas, mejor que *fake news*», 2017. Disponible en: <https://www.fundeu.es/recomendacion/noticia-falsa-falseada-fake-news/> (fecha de consulta 14-08-2023).

GEPC, *Una propuesta alternativa de regulación de los delitos de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Grupo de Expertos de Alto Nivel, «A multi-dimensional approach to disinformation», Comisión Europea, 2018, p. 10. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en> (fecha de consulta 24-08-2023).

Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, «Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea», adoptado el 12 de junio de 2009, 01189/09/ES. WP 163. Disponible en: https://www.apda.ad/sites/default/files/2018-10/wp163_es.pdf. (fecha de consulta 22-02-2022).

Grupo Parlamentario Mixto, «Proposición de Ley Orgánica de garantía del derecho a la información veraz y lucha contra la desinformación», BOE, Congreso de los diputados, 31 de mayo de 2024, nº 119-1. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-119-1.PDF (Fecha de consulta 22-12-2024).

Grupo Parlamentario Popular, «Proposición no de Ley relativa al impulso de las medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por servicios conectados a Internet y evitar injerencias que pongan en peligro la estabilidad institucional en España», BOE, Congreso de los diputados, 12 de enero de 2018, 162/000550. Disponible en:

https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-280.PDF (Fecha de consulta 22-12-2024).

HARTMANN, Théophane, «La Comisión abre una investigación a TikTok por desinformación en las elecciones presidenciales rumanas», *Euroactiv*, 17 de diciembre de 2024. Disponible en: <https://euractiv.es/section/tech/news/commission-opens-tiktok-investigation-over-romanian-presidential-elections-disinformation/> (Fecha de consulta 26 de enero de 2025).

INE, Nota de prensa «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares», 15 de noviembre de 2021, p. 3. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/tich_2021.pdf, respectivamente (Fecha de consulta de ambos 26-02-2022).

INE, «El salto del comercio electrónico», *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística*, 2020. Disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259952923622&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios%2FINECifrasINE_C%2FPYSDetallesCifrasINE (fecha de consulta 26-02-2022).

IRENE KHAN, *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión*, Asamblea General de Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/47/25, 13 abril de 2021.

Oficina de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados, «Desinformación en la era digital: Una amenaza compleja para las democracias», *Informe C*, 2023, pp. 1-26. Disponible en: https://oficinac.es/sites/default/files/informes/OFICINAC_desinformación_20231214_web.pdf. fecha de consulta: 2-11-2024

Parlamento Europeo, «Regulando la desinformación con Inteligencia Artificial. Efectos de las iniciativas de desinformación en la libertad de expresión and media pluralism», *European Science Media-Hub*, 2019.

Parlamento europeo, dirección general de servicios de estudios parlamentarios, Meyer, Trisha y Marsden, Chris, *Regulating disinformation with artificial intelligence: effects of disinformation initiatives on freedom of expression and media pluralism*, *European Parliament*, 2019. Disponible en: <https://data.europa.eu/doi/10.2861/003689> (Fecha de consulta 31-12-2024).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «La libertad de prensa y el control de las noticias falsas», *El Confidencial*, 10 de noviembre de 2021. Disponible en:

https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2020-11-10/libertad-prensa-control-noticias-falsas_2825156/ (Fecha de consulta 24-12-2024).

Relator Especial de las Naciones Unidas et. al. «Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y «Noticias Falsas», Desinformación y Propaganda», 3 de marzo de 2017. Disponible en: <https://libertadinformacion.cc/wp-content/uploads/2020/04/DECLARACION-CONJUNTA-SOBRE-LIBERTAD-DE-EXPRESION-Y-NOTICIAS-FALSAS.pdf> (fecha de consulta 28-03-2023).

RODOTÀ, Stefano, «Libertà, opportunità, democrazia informazione», *Congreso Internet e privacy. Quali reggole?*, Roma, 1998, disponible en: <http://www.privacy.it/garanterelrod.html> (fecha de consulta 26-02-2022).

SCHWAB, Klaus, «La Cuarta Revolución industrial: qué significa y cómo responder a ella», traducción por BONILLA LEÓN, Jorge I., Wordpress, 2016. Disponible en: <https://jorgeivanbonillaleon.wordpress.com/2016/03/17/la-cuarta-revolucion-industrial-que-significa-y-como-responder-a-ella/> (fecha de consulta: 23-02-2022).

The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022.

WARDLE, Claire y DERAQSHAN, Hossein, «Information Disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making», *Council of Europe publications (DGI (2017)09)*, 2017.

WARDLE, Claire, «Essential Guide to Understanding Information Disorder», *First Draft*, octubre de 2019. Disponible en: https://firstdraftnews.org/wp-content/uploads/2019/10/Information_Disorder_Digital_AW.pdf?x89004 (fecha de consulta 28-03-2023).

We Are Social, *Digital 2021. Spain*, 2021. Disponible en: <https://wearesocial.com/es/blog/2021/01/digital-2021-espana/> (Fecha de consulta de ambos 26-02-2022).

WHITE, David S. y LE CORNU, Alison, «Visitors and Residents: A new typology for online engagement», *First Monday*. Vol. 16, núm. 9, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.5210/fm.v16i9.3171> (fecha de consulta 26-02-2022).

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH, de 25 de junio de 1992, asunto Thorgeir Thorgeirson c. Islandia, nº 13778/88.

STEDH, de 24 de febrero de 1997, asunto De Haes y Gijssels c. Bélgica, nº 19983/92.

STEDH, de 19 de febrero de 1998, asunto Guerra y otros c. Italia, nº 116/1996/735/932.

STEDH, de 20 de mayo de 1999, asunto Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega, nº 21980/93.

STEDH, de 27 de febrero de 2001, asunto Jerusalén c. Austria, nº 26958/95.

STEDH, de 15 de marzo de 2011, asunto Otegi Mondragón c. España, nº 2034/07.

STEDH, de 2 de febrero de 2012, asunto Růžový Panter, O.S. c. República Checa, nº 20240/08.

STEDH, de 7 de junio de 2012, asunto Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano c. Italia, nº 38433/09.

STEDH, de 13 de julio de 2012, asunto Mouvement raëlien Suisse c. Suiza, nº 16354/06.

STEDH, de 16 de junio de 2015, asunto Delfi AS c. Estonia, nº 64569/09.

STEDH, de 20 de noviembre de 2018, asunto Toranzo Gómez c. España, nº 26922/14.

STEDH, de 28 de abril de 2020, asunto ATV Zrt contra Hungría, nº61178/14.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC, nº12/1982, de 31 de marzo. ECLI:ES:TC:1982:12.

STC, nº 33/1982, de 8 de junio. ECLI: ES:TC:1982:33.

STC, nº 62/1982, de 15 de octubre. ECLI:ES:TC:1982:62

STC, nº 51/1984, de 25 de abril. ECLI: ES:TC:1984:51.

STC, nº 117/1984, de 5 de diciembre. ECLI: ES:TC:1984:117.

STC, nº 123/1984, de 16 de diciembre. ECLI: ES:TC:1984:123.

STC, nº 65/1986, de 22 de mayo. ECLI:ES:TC:1986:65.

STC, nº 159/1986, de 16 de diciembre. ECLI: ES:TC:1986:159.

STC, nº 165/1987, de 27 de octubre. ECLI: ES:TC:1987:165.

STC, nº 6/1988, de 21 de enero. ECLI: ES:TC:1988:6.

STC, nº 107/1988, de 8 de junio. ECLI:ES:TC:1988:107.

STC, nº 69/1989, de 20 de abril. ECLI:ES:TC:1989:69.

STC, nº 143/1991, de 1 de julio. ECLI: ES:TC:1991:143.

STC, nº 214/1991, de 11 de noviembre. ECLI: ES:TC:1991:214.

STC, nº 220/1991, de 25 de noviembre. ECLI:ES:TC:1991:220.

STC, nº 89/1993, de 12 de marzo. ECLI:ES:TC:1993:89.

STC, nº 111/1993, de 25 de marzo. ECLI:ES:TC:1993:111.

STC, nº 336/1993, de 15 de noviembre. ECLI: ES:TC:1993:336.

STC, nº 53/1994, de 24 de febrero. ECLI:ES:TC:1994:53.

STC, nº 66/1995, de 8 de mayo. ECLI: ES:TC:1995:66.

STC, nº 76/1995, de 22 de mayo. ECLI:ES:TC:1995:76.

STC, nº 139/1995, de 26 de septiembre. ECLI: ES:TC:1995:139.

STC, nº 137/1997, de 21 de julio. ECLI:ES:TC:1997:137.

STC, nº 151/1997, de 29 de septiembre. ECLI:ES:TC:1997:151.

STC, nº 161/1997, de 2 de octubre. ECLI:ES:TC:1997:161.

STC, nº 38/1999, de 22 de marzo. ECLI: ES:TC:1999:38.

STC, nº 148/2000, de 1 de junio. ECLI: ES:TC:2000:148.

STC, nº 107/2001, de 23 de abril. ECLI: ES:TC:2001:107.

STC, nº 52/2002, de 25 de febrero. ECLI: ES:TC:2002:52.

STC, nº 297/2000, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TC:2000:297.

STC, nº 61/2004, de 19 de abril. ECLI: ES:TC:2004:61.

STC, nº 227/2004, de 29 de noviembre. ECLI: ES:TC:2004:227.

STC, nº 163/2006, de 22 de mayo. ECLI: ES:TC:2006:163.

STC, nº 60/2010, de 7 de octubre. ECLI:ES:TC:2010:60.

STC, nº 101/2012, de 8 de mayo. ECLI:ES:TC:2012:101.

STC, nº 36/2014, de 27 de febrero. ECLI: ES:TC:2014:36.

STC, nº 184/2016, de 3 de noviembre. ECLI: ES:TC:2016:184.

STC, nº 58/2018, de 4 de junio. ECLI:ES:TC:2018:58.

STC, nº 38/2017, de 24 de abril. ECLI:ES:TC:2017:38.

STC, nº 142/2018, de 20 de diciembre. ECLI: ES:TC:2018:142.

STC, nº 25/2019, de 25 de febrero. ECLI: ES:TC:2019:25.

STC, nº 24/2019, de 25 de febrero. ECLI: ES:TC:2019:24.

STC, nº 35/2020, de 25 de febrero. ECLI:ES:TC:2020:35.

STC, nº 172/2020, de 19 de noviembre. ECLI: ES:TC:2020:172.

STC, nº 13/2021, de 28 de enero. ECLI:ES:TC:2021:13.

STC, nº 139/2021, de 12 de julio. ECLI: ES:TC:2021:139.

STC, nº 169/2021, de 6 de octubre. ECLI:ES:TC:2021:169.

STC, nº 8/2022, de 27 de enero. ECLI: ES:TC:2022:8.

STC, nº 45/2022, de 23 de marzo. ECLI:ES:TC:2022:45.

STC, nº 25/2023, de 17 de abril. ECLI: ES:TC:2023:25.

STC, nº 89/2023, de 18 de julio. ECLI: ES:TC:2023:89.

TRIBUNAL SUPREMO

STS, Sala II, nº 90/1995, de 1 de febrero de 1995.

STS, Sala II, nº 856/1997, de 14 de junio de 1997.

STS, Sala II, nº 113/2004, de 5 de febrero.

STS, Sala II, nº 906/2004, de 14 de julio.

STS, Sala II, nº 318/2006, de 6 de marzo.

STS, Sala II, nº 452/2007, de 23 de mayo.

STS, Sala II, nº 327/2014, de 24 de abril.

STS, Sala II, nº 609/2014, de 23 de septiembre.

STS, Sala II, nº 4/2017, de 18 de enero.

STS, Sala II, nº 106/2015, de 19 de febrero.

STS, Sala II, nº 600/2017, de 25 de julio.

STS, Sala II, nº 706/2017, de 27 de octubre.

STS, Sala II, nº 49/2019, 4 de febrero.

STS, Sala II, nº 442/2019, de 2 de octubre.

STS, Sala II, nº 344/2020, de 25 de junio.

STS, Sala II, nº 107/2021, de 10 de febrero.

STS, Sala II, nº 176/2021, de 1 de marzo.

STS, Sala III, nº 1238/2021, de 18 de octubre.

STS, Sala III, nº 1240/2021, de 18 de octubre.

STS, Sala II, nº 547/2022, de 2 de febrero.

STS, Sala II, nº 137/2022, de 17 de febrero.

STS, Sala II, nº 328/2022, de 31 de marzo.

STS, Sala II, nº 813/2022, de 14 de octubre.

STS, Sala II, nº 46/2023, de 1 de febrero.

STS, Sala II, nº 89/2023, de 10 de febrero.

STS, Sala II, nº 179/2023, de 14 de marzo.

STS, Sala II, nº 188/2024, de 29 de febrero.

STS, Sala II, nº 207/2024, de 6 de marzo.

STS, Sala II, nº 280/2024, de 20 de marzo.

STS, Sala II, nº 300/2024, de 9 de abril.

STS, Sala V, nº 21/2024, 22 de mayo de 2024.

ATS, Sala III, de 4 de marzo de 2021.

ATS, Sala II, de 12 de enero de 2023.

AUDIENCIA NACIONAL

SAN, Sala de lo Penal, Sección 4ª, nº 6/2016, de 29 de enero.

SAN, Sala de lo Penal, nº 3/2016, 23 de febrero.

SAN, Sala de lo Penal, Sección 2ª, nº 1/2017, de 12 de enero.

AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP Barcelona, Sección 7ª, nº 25/2021, de 11 de enero de 2021.

SAP Cádiz, Sección 8ª, nº 267/2021, de 10 de septiembre de 2021.

SAP Barcelona, Sección 6ª, nº 674/2022, de 8 de noviembre de 2022.

SAP Madrid, Sección 1ª, nº 59/2023, de 19 de enero.

SAP Barcelona, Sección 21ª, nº 70/2023, de 11 de abril de 2023.

SAP Sevilla, Sección 7ª, nº 177/2023, de 11 de abril.

SAP Burgos, Sección 1ª, nº 280/2023, de 26 de octubre.

AAP La Rioja, Sección 1ª, nº 152/2021, de 31 de marzo.

