

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 19

Privacidad y redes sociales

Demelsa Benito Sánchez (coord.) / Sara Mallen Basterra / Norberto de la Mata Barranco / Ane Fadrique Blanco / Paz Lloría García / José Carlos López Martínez / José Manuel Ortega Lorente / Ángel Rodríguez / Iskander Segurola Alonso

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 19

Privacidad y redes sociales

Demelsa Benito Sánchez (coord.)
Sara Mallen Basterra
Norberto de la Mata Barranco
Ane Fadrique Blanco
Paz Lloria García
José Carlos López Martínez
José Manuel Ortega Lorente
Ángel Rodríguez
Iskander Segurola Alonso

Bilbao
Universidad de Deusto
2025

Consejo Asesor:

Carmen Adán del Río
Adela Asúa Batarrita
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
Ana Palacio de Begoña
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña
Iñaki Subijana Zunzunegui

Directora:

Itziar Casanueva Sanz

Secretaria:

María Soledad Gil Nobajas

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 — 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-1325-267-4

Índice

Abreviaturas	9
Nota aclaratoria: <i>XVIII Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón: «La protección de las personas más vulnerables y acceso al sistema judicial»</i> <i>Itziar Casanueva Sanz</i>	11
Presentación <i>Demelsa Benito Sánchez y Sara Mallen Basterra</i>	13
Interés a tutelar en el delito de <i>child grooming</i> y posibilidades concurales <i>Norberto de la Mata Barranco</i>	17
La violencia de género a través de las redes sociales <i>Ane Fadrique Blanco</i>	39
Ciberviolencia de género. Especial referencia a las ultrafalsificaciones o <i>deepfakes</i> <i>Paz Lloria García</i>	69
Honor, intimidad y propia imagen de los menores ante los riesgos de las nuevas tecnologías y de las redes sociales <i>José Manuel López Martínez</i>	95
Los delitos contra la intimidad cometidos a través de redes sociales. Especial referencia al art. 197 CP <i>José Manuel Ortega Lorente</i>	143

El «info-entretenimiento» judicial y las redes sociales: viejos problemas en un nuevo escenario <i>Ángel Rodríguez</i>	175
La investigación policial en redes sociales <i>Iskander Segurola Alonso</i>	201

Abreviaturas

ALOPMED	Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales
Art.	Artículo
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
IA	Inteligencia Artificial
LO	Ley Orgánica
OSINT	<i>Open Source Intelligence</i>
RRSS	redes sociales
SOCMIT	<i>Social Media Intelligence</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	tecnologías y de la información y la comunicación
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

**Nota aclaratoria:
XVIII Jornadas de Derecho Penal
en homenaje a José María Lidón:
«La protección de las personas más vulnerables
y acceso al sistema judicial»**

Itziar Casanueva Sanz

Directora de los Cuadernos Penales José María Lidón

Los días 9 y 10 de noviembre de 2023 tuvieron lugar en el Palacio de Justicia de Bilbao, las XVIII Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José María Lidón tituladas «La protección de las personas más vulnerables y acceso al sistema judicial». Las Jornadas fueron codirigidas por D.^a Ana García Orruño, Magistrada de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, y D.^a Enara Garro Carrera, profesora titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

La protección de las personas más vulnerables y su acceso al sistema judicial es un pilar fundamental del Estado de derecho. Menores, personas con algún tipo de discapacidad o colectivos marginados, entre otros, encuentran mayores barreras que la población general para ejercer sus derechos; garantizar su acceso efectivo a la justicia implica eliminar obstáculos económicos, sociales y culturales y promover un sistema judicial inclusivo, accesible y sensible a sus necesidades. El principio de igualdad ante la ley exige medidas específicas para garantizar que estas personas en situación de vulnerabilidad puedan ejercer plenamente sus derechos lo que incluye el derecho a una defensa efectiva, a intérpretes o apoyos adecuados, y a procedimientos judiciales adaptados a sus necesidades así como la necesidad de que todos los operadores jurídicos estén debidamente formados. Solo así se puede lograr una verdadera equidad ante la ley y una sociedad más justa e igualitaria.

Con el objetivo de reflexionar sobre estas cuestiones se organizaron las citadas Jornadas.

Ignacio J. Subijana Zunzunegui, Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, fue el encargado de realizar la presentación y la primera ponencia titulada «Salud mental, discapacidad y proceso pe-

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-267-4, núm. 19/2025, Bilbao, págs. 11-12

nal» corrió a cargo de D. Javier Hernández García, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Esta ponencia fue seguida de un breve coloquio, para dar paso a la mesa redonda titulada «Tratamiento de los menores vulnerables en el proceso penal» y dinamizada por D.^a Inés Soria Encarnación, Magistrada de instancia n.º 2 de Bilbao. En dicha mesa redonda participaron D.^a Yolanda Rueda Soriano, Magistrada del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Sevilla, D.^a Sara Mallén Bastera, Magistrada del Juzgado de Menores n.º 1 de Vitoria y D. Enrique Echeburúa, Catedrático Emérito de Psicología Clínica en la Universidad del País Vasco.

La siguiente mesa redonda que también fue seguida de un interesante coloquio, llevó por título «Discapacidad y diversidad funcional» y en ella intervinieron D.^a Patricia Arrizabalaga Iturmendi Magistrada de Primera Instancia n.º 14 de Bilbao, D. Juan Carlos Iturri Garate, Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y D. Rafael Armesto, Abogado de Futubide.

Al día siguiente, el viernes 10 de noviembre, tuvo lugar la última mesa redonda titulada «Protección a la vivienda. Vulnerabilidad y ocupación» en la que contamos con las exposiciones de D. Aitor Bedialauneta Arrate, Presidente de la Federación Vasca de Asociaciones de Personas Sordas, y las codirectoras, D.^a Ana García Orruño y Enara Garro Carrera. El coloquio posterior puso el punto final a las Jornadas.

Debido a dificultades sobrevenidas ajenas a las organizadoras de las Jornadas y a las responsables de los Cuadernos penales José María Lidón, las ponencias e intervenciones a las que hemos hecho referencia no han podido ser objeto de la publicación anual correspondiente. Por este motivo, no existe el n. 18 de los Cuadernos penales José María Lidón, pasando del n. 17 correspondiente a las XVII Jornadas, al actual n.º 19, en el que se recogen las aportaciones de la XIX Jornadas.

Presentación

Demelsa Benito Sánchez

Profesora de Derecho penal de la Universidad de Deusto

Sara Mallen Basterra

Magistrada del Juzgado de Menores de Vitoria-Gasteiz

El pasado mes de noviembre de 2024 se celebraron en Bilbao las XIX Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón, profesor de Derecho penal en la Universidad de Deusto y magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia hasta su asesinato el 7 de noviembre de 2001. El encuentro tuvo por título «Privacidad y redes sociales», y reunió a ponentes de diversos ámbitos (académico, judicial, policial y sanitario) que reflexionaron sobre los problemas que enfrenta el Derecho, y especialmente el Derecho penal, para dar respuesta a los ataques a la privacidad cometidos a través de las nuevas tecnologías y, especialmente, de las redes sociales.

En la inauguración de las Jornadas participaron Ignacio José Subijana Zunzunegui (Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), Inés Herreros Hernández (Vocal del Consejo General del Poder Judicial), Aitziber Irigoras Alberdi (Vicerrectora de la Universidad de Deusto) y María Jesús San José López (Consejera de Justicia y Derechos Humanos del País Vasco). La dirección de las Jornadas estuvo a cargo en esta ocasión de Sara Mallen Basterra (Magistrada del Juzgado de Menores de Vitoria-Gasteiz) y Demelsa Benito Sánchez (Profesora de Derecho penal de la Universidad de Deusto).

El primer día de las Jornadas comenzó con la conferencia de Rodrigo Oraá Gil, psiquiatra jefe del servicio sanitario de adicciones en la red de salud mental de Bizkaia, quien en su conferencia titulada «Salud mental y redes sociales» expuso los riesgos para la salud mental a los que se enfrentan las personas, y especialmente los menores, por el uso de estas nuevas tecnologías en las que es frecuente exponer parcelas de intimidad sin llegar a ser muy consciente de las repercusiones que eso puede tener.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-267-4, núm. 19/2025, Bilbao, págs. 13-15

La mesa redonda posterior, titulada «Los menores en las redes sociales», moderada por Sara Mallen Basterra, contó con la presencia de José Carlos López Martínez (Magistrado y letrado del gabinete técnico del Tribunal Supremo), Norberto de la Mata Barranco (Catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea) y Manuel Pedreira Cárdenas (Fiscal Delegado de Protección y Reforma de Menores de Álava). Desde sus diferentes perspectivas, abordaron los desafíos a los que se enfrenta el Derecho para dar una respuesta idónea a conductas en las que los menores pueden ser, bien víctimas, bien autores de delitos cometidos a través de las redes sociales. En el primer caso, las reflexiones de la mesa giraron en torno a los delitos de los que los menores pueden ser víctimas, como los de contenido sexual, caso del *child grooming* o incluso de la agresión sexual, una vez que el Tribunal Supremo ha admitido que se puede dar este delito en la distancia, perpetrando la intimidación a través de nuevas tecnologías. En el segundo caso, el debate giró en torno a los menores como posibles autores de delitos favorecidos por las nuevas tecnologías, por ejemplo, el ciberacoso (*ciberbullying*). En la misma mesa se trató la cuestión de la sobreexposición en redes sociales de imágenes o vídeos de personas menores de edad por parte de terceros o incluso sus progenitores.

La siguiente mesa redonda de las Jornadas, dedicada a «La investigación en las redes sociales», contó con la participación de Carlos Tulio Rodríguez-Madrideojos Murcia (Magistrado del Juzgado Social 3 de Donostia/San Sebastián), Ángel Rodríguez-Vergara Díaz (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga) e Iskander Seguro Alonso (Jefe de la Sección de Delitos en Tecnologías de la Información de la Unidad de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza), moderados por Itziar Casanueva Sanz (Profesora de Derecho penal de la Universidad de Deusto). En esta mesa se abordaron cuestiones tales como la utilización de las redes sociales para la vigilancia de los trabajadores y los problemas legales que ello plantea; la incidencia de las redes sociales en la difusión de la información relativa a asuntos *sub iudice* y los límites a los que se debe someter desde el Derecho constitucional; y el uso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la información que proporcionan las redes sociales para localizar a personas, por ejemplo, a un sospechoso de un delito o a una víctima.

El segundo día de las Jornadas comenzó con la conferencia impartida por José Manuel Ortega Lorente (Magistrado de la Audiencia Provincial de Valencia) titulada «Los delitos contra la intimidad cometidos

a través de redes sociales. Especial referencia al art. 197 CP» y moderada por Inés Soria Encarnación (Magistrada y asesora de Instituciones Penitenciarias del Departamento de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno Vasco). El ponente analizó los aspectos más controvertidos para la aplicación práctica de este delito contra la intimidad, especialmente, el apartado relativo a la difusión no consentida de imágenes íntimas que sí fueron obtenidas con consentimiento.

La última mesa redonda estuvo dedicada a «La violencia de género a través de las redes sociales». Las ponentes, Ane Fadrique Blanco (Magistrada del Juzgado 1.ª Instancia e Instrucción de Irún) y Paz Lloria García. (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Valencia), moderadas por Demelsa Benito Sánchez (Profesora de Derecho penal de la Universidad de Deusto), expusieron la fenomenología de los delitos relacionados con la violencia de género que se perpetran a través de las redes sociales y las respuestas que ofrece el Derecho penal, haciendo especial hincapié en los problemas de aplicación práctica.

En esta obra se recogen la mayoría de las ponencias referidas con el objetivo de dar a conocer a los operadores del Derecho, a la comunidad científica y al público en general los principales desafíos a los que se enfrenta el Derecho, especialmente el Derecho penal, en relación con los ataques a la intimidad que se perpetran a través de las redes sociales. Ante cualquier avance tecnológico el Derecho penal ha tenido que adaptarse para ofrecer respuestas idóneas que sirvan a la consecución de sus fines, y esa adaptación debe hacerse con la reflexión suficiente por parte del legislador. Las XIX Jornadas de Derecho penal en homenaje a José María Lidón han pretendido un año más contribuir al debate en este ámbito; demostrando así que el avance solo es posible a través de la reflexión, como hacía José María en su labor como profesor y magistrado.

Desde nuestra tarea como directoras de estas Jornadas nos gustaría agradecer a quienes han hecho posible una vez más este encuentro, que este año revestía un carácter especial pues se enmarcaba dentro del «Foro José María Lidón Corbi» creado en el año 2024 a través del convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno Vasco y la Universidad de Deusto; convenio que aspira a sumar voluntades a las actividades que se organicen para destacar la persona y los valores de José Mari. Nuestro agradecimiento más sincero para las tres instituciones, así como para los ponentes, moderadores y público asistente, que han contribuido al éxito de las Jornadas.

Muchas gracias / Eskerrik asko.

Interés a tutelar en el delito de *child grooming* y posibilidades concursales

Norberto J. de la Mata Barranco
Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU

Sumario: I. Consideraciones previas. II. La construcción típica del delito. III. El objeto de tutela. IV. La cláusula concursal. V. Necesidad de coherencia argumentativa. VI. Reflexiones finales. VII. Bibliografía.

Resumen: El denominado delito de *child grooming* parece tipificar un acto preparatorio de otro delito sexual. Sin embargo, también parece tener un contenido lesivo propio. Ello puede generar dificultades de interpretación de la relación concursal que se produce cuando se consuma el segundo delito contra la libertad sexual. En este trabajo se exponen las razones de ser del precepto, las distintas interpretaciones de su contenido lesivo y de su estructura típica y los argumentos que han de tenerse en cuenta a la hora de optar por la defensa de una relación concursal de normas o, por el contrario, de infracciones, en caso de consumarse la finalidad pretendida con el acercamiento tecnológico de contenido sexual a las personas menores de edad.

Palabras clave: *child grooming*, acoso de menores, libertad sexual, contactos tecnológicos con menores, acoso en redes.

I. Consideraciones previas

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo un nuevo delito¹. El entonces art. 183 bis preveía el contacto tecnológico con menores de trece años y la propuesta para concertar un encuentro a fin de cometer un delito sexual (de los entonces artículos 178 a 183 y 189 CP). Han sido varias las modificaciones que, variando algunos elementos circunstanciales, mantienen el sentido de la prohibición original. Así, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, desplazó esta prohibición al art. 183 ter CP, refirió la intención de cometer solo los delitos de los artículos 183 y 189 CP e incrementó la edad mínima de la víctima a los 16 años, conforme a los cambios introducidos en el Capítulo II bis. Asimismo, la más reciente Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, reubica la prohibición en el art. 183.1 CP y refiere la intención de comisión de delitos sexuales a los de los (ahora) artículos 181 y 189 CP.

El apartado XIII del Preámbulo de aquella Ley Orgánica 5/2010 recogía, entonces, un fundamento sobre el que sigue apoyándose la prohibición actual, tras las modificaciones señaladas. Y es que, en el ámbito de los delitos sexuales, concurre en los menores una característica de vulnerabilidad que incluso puede variar el sentido de la protección. Si, por lo general, en otros preceptos la vulnerabilidad apunta a circunstancias para la agravación dentro de un mismo sentido de tutela, considera el legislador que, tras esta vulnerabilidad en concreto, puede protegerse incluso otra dimensión distinta de la libertad o indemnidad sexual², «entendida como el derecho a no verse involucrado

¹ La presente ponencia se ubica en el marco de trabajo del Grupo Consolidado de Investigación en Ciencias Criminológicas del Gobierno Vasco (IT 1486-22) y se nutre de la contribución al libro colectivo *Personas vulnerables y tutela penal* (2023) realizada en colaboración con el Dr. Sergio Pérez González, Profesor de la Universidad de la Rioja.

² Aunque la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, suprime el concepto de indemnidad sexual del rótulo del Título VIII, que queda como «Delitos contra la libertad sexual», lo cierto es que el concepto persiste a lo largo del Código en distintas referencias (artículos 57, 74, 89, 90, 129bis, 132, 166, 188, 570bis y 573). Quizás persiste como residuo de la vieja nomenclatura; en cualquier caso, esta cuestión desborda los objetivos de esta contribución, de modo que a lo largo del trabajo aparecerán referencias a la indemnidad sexual, sin que ello implique desconocimiento de la normativa vigente.

en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado». Se trataría de la «formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor». Esta proyección de la vulnerabilidad del menor implica, por tanto, que no se trata solo de incrementar las penas previstas para el caso de víctimas menores de 16 años, sino que puede identificarse un ámbito de protección que tutele tal situación de vulnerabilidad especial castigando penalmente «las conductas que una persona adulta desarrolla a través de [Internet y las tecnologías de la información y la comunicación] para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual»³.

Con este fundamento, el actual art. 183.1 CP dispone la imposición de penas «de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses» y añade, a modo de cláusula concursal, «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos». Parece complicado, *a priori*, establecer una interpretación sustantiva que necesariamente redirija la expresión «sin perjuicio de» (que hay que entender como «sin perjuicio de la pena que proceda, si es que procede alguna»⁴) a una fórmula concursal determinada. Por esta razón, debemos atender entonces a otros elementos que sirvan para valorar el sentido de la expresión legal: es necesario detenernos, por tanto, en la configuración típica y valorar la delimitación del bien jurídico a proteger, así como la manera en que podría quedar afectado, porque de ello depende el sentido y alcance de este tipo penal.

II. La construcción típica del delito

El art. 183.1 CP es un tipo mixto acumulativo, ya que exige la realización de varias acciones; también se trata de un tipo mutilado, en tanto que recoge un elemento subjetivo específico tendente a la realización de un acto posterior que no debe materializarse para dar por

³ Incrementadas en los últimos tiempos de modo notable como explica el propio Preámbulo de la Ley. En la doctrina, por todos, FLORES PRADA, I. *Criminalidad informática*, pp. 238 y ss. Véase, con numerosas referencias judiciales, el completo trabajo de GUIASOLA LERMA, C. «Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter.1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», pp. 355 y ss. Recientemente, el completo trabajo de ABADÍAS SELMA, A. *El embaucamiento de menores en la era del Metaverso y la inteligencia artificial*.

⁴ Véase también GÓRRIZ ROYO, E. «*On-line child grooming* en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)», p. 36.

consumado el delito⁵. No hay entre la doctrina y la jurisprudencia mucha polémica en torno a esta caracterización elemental⁶.

La obligación contraída con la ratificación (mediante Instrumento publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, marca la necesidad de prever como primera acción del tipo cumulativo la de contactar con un menor. Resulta crucial, en relación con los postulados que se defienden *infra*, caracterizar como central en este delito el hecho tecnológico (derivado del uso de, en cláusula abierta, cualquier tecnología de información y comunicación⁷). En ello puede sustanciarse la «peligrosidad» de la conducta incriminada, que con este primer elemento permite ganarse o irse ganando la confianza del menor, que aún debe apuntalarse con otros elementos para ser disvaliosa⁸. No será ne-

⁵ Concurrencia de elementos muy criticada en la doctrina tanto por su amplitud como por su indeterminación (así, por todos, ROVIRA DEL CANTO, E. «Nuevas formas de ciberdelincuencia intrusiva: el hacking y el grooming», p. 44), aunque es difícil ser más concreto en la descripción típica; cuestión distinta es que se pudiera haber prescindido del primer elemento (entendiéndolo comprendido en el segundo) y que, aunque ampliando en exceso la punición, se hubiera podido prescindir del tercero.

⁶ Véase recientemente, sin embargo, el detenido trabajo de DOMINGO JARAMILLO, C. «Dificultades de la tipificación del delito de *child grooming* en España: análisis y delimitación de los distintos elementos que lo componen», pp. 1 y ss.

⁷ Como explica VALVERDE MEGÍAS, R. «*Child grooming*. Concepto y respuesta penal», p. 10, la referencia genérica a las TICs puede abarcar distintas modalidades de contacto, dando cabida el legislador a «cualesquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o una línea telefónica [...], como, por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet sin acceso a Internet, aplicaciones de comunicación social basada en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse». Véase también MUÑOZ CUESTA, F.J. «Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra tecnología de la información o la comunicación», p. 136.

⁸ Crítico, sin embargo, RAMOS VÁZQUEZ, J.A. «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», p. 222, destaca la paradójica desprotección que se produce cuando un profesor se gane la confianza de su alumno y, con fines sexuales, concierne con él en persona una cita presentándose a la misma, que no puede entenderse comete el delito de *grooming*, mientras que sí lo comete si el contacto se produce a través de la red. Véanse también MONGE FERNÁNDEZ, A. «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», p. 100, y VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», p. 683. Sin embargo, es el hecho tecnológico el que trata de afrontar el legislador, que entiende, con razón, que favorece, extiende y encubre una clase de conductas que considera necesitadas de respuesta, pero, lo que es más importante, va creando un tipo de relación entre desiguales no consensuada (porque por la edad del menor,

cesario, sin embargo, que concurra habitualidad⁹ (por lo que el término *ciberacoso* resulta poco apropiado), ni que exista contacto físico previo (o posterior)¹⁰. Resulta igualmente indiferente que la iniciativa provenga del sujeto pasivo, siempre que se establezca el contacto y sea el sujeto activo quien efectúe la posterior propuesta de encuentro¹¹. Por otra parte, si el mensaje no llega al destinatario, carece de peligrosidad (menos de lesividad) alguna porque no puede influir en la formación o toma de decisiones de quien lo desconoce¹².

Realizada la primera acción del tipo cumulativo, el sujeto activo ha de proponer un encuentro (con quien todavía debe tener menos de dieciséis años). Este requisito del tipo exige una proposición seria y concreta que confirme la voluntad del sujeto activo de llevar a cabo el encuentro¹³.

aunque quepa discrepar sobre dónde ha de ponerse el límite, no cabe consentimiento) y perturbadora, por la voluntad del autor, de un proceso de desarrollo sexual sin interferencias espurias.

⁹ Al respecto, véase VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, pp. 192-193.

¹⁰ Por todos, DOLZ LAGO, M.J. «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*: entre los delitos de pederastia», p. 7. En contra, sin embargo, VALVERDE MEGIAS, R. «El ciberacoso infantil con finalidad sexual», p. 16, defiende que ha de descartarse la aplicación del delito en los casos en los que la relación se desarrolle mediante contacto físico entre las partes aunque la misma se solape con un contacto simultáneo telefónico o a través de Internet, en cuanto la finalidad que se persiguió con la introducción del delito surge de la preocupación por el «uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores», que favorece el anonimato y la extensión potencial del número de víctimas. Es cierto. Pero el precepto simplemente exige contacto tecnológico. No impide, también, otro tipo de contacto, que habría que encuadrar en su caso, punible o no, en otra posible tipicidad concurrente.

¹¹ El «contacto derivado» al que alude NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2010 y 2013», p. 193, en contraposición a lo que él denomina «contacto inicial» cuando es el sujeto activo quien toma la iniciativa. Véase, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 199/2017, de 27 de marzo de 2017.

¹² Por todos, ORTS BERENGUER, E. «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código Penal y en el Proyecto de 2013», p. 12. Véanse también RAMOS VÁZQUEZ, J.A. «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», p. 6, o VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores», p. 682.

¹³ MENDOZA CALDERÓN, S. «El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español», p. 165, precisa, con razón, que no bastan sugerencias o insinuaciones, sino que este elemento exige la comprobación de la existencia de datos fehacientes encaminados a lograr dicho encuentro, como la fijación de un lugar para el encuentro, la hora, formas de identificarse, etc. Téngase en cuenta que en todo caso es necesario, además, en los términos que luego se explicará, el concreto acercamiento.

Y, aunque ello pueda generar lagunas de penalidad, es él quien tiene que realizar la proposición¹⁴.

Como tercera acción acumulada debe verificarse la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. Existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en la falta de exigencia de que se produzca el encuentro propuesto¹⁵. Sin embargo, puede suceder que este extremo tenga relevancia en el criterio de concreción de la pena¹⁶.

No especifica el legislador, sin embargo, cuáles pueden ser los actos hacia el acercamiento ni cómo han de llevarse a cabo, lo que ha suscitado numerosas críticas en buena parte de la doctrina que acostumbra a tachar de imprecisa la expresión¹⁷. Podría decirse que este tercer elemento acumulado en el delito pretende simplemente filtrar las situaciones de penalidad a supuestos en que se dota de credibilidad a la propuesta de contacto.

La proposición del encuentro ha de tener como finalidad la de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189 del Código. Las conductas finalísticamente pretendidas se limitan a las de esos artículos, lo que ha motivado no pocas críticas¹⁸.

¹⁴ Véase, por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores», p. 684.

¹⁵ Entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, H. «La tutela de los derechos fundamentales del menor ante el *ciberbullying* y el *grooming*», p. 13, ÁLVAREZ HERNANDO, J. «El cibercoso sexual infantil y su respuesta penal», p. 5, MENDOZA CALDERÓN, S. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*, p. 160 y ORTS BERENGUER, E. «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p.12.

¹⁶ Como se acepta en la Sentencia de Audiencia Provincial: SAP Barcelona, 676/2013 de 19 de julio.

¹⁷ Véanse, por ejemplo, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», p. 248, MONGE FERNÁNDEZ, A. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, p. 234, o VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming*, p. 208, si bien como con razón señala la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 97/2015, de 24 de febrero, «Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos».

¹⁸ Véanse, por ejemplo, la que formulan GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «El nuevo delito de acceso a niños», p. 250, MONGE FERNÁNDEZ, A. «De los abusos y agresiones sexuales a menores», p. 100, ORTS BERENGUER, E. «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p. 11 y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal», p. 16.

III. El objeto de tutela

El artículo 183 se encuentra recogido en el Capítulo II (De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años) del Título VIII, relativo a los delitos contra la libertad sexual (ya no contra la indemnidad). El apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala la «formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor» como dimensión protegible en relación con las víctimas menores de 16 años.

Desde estos presupuestos puede tomar cuerpo la tesis de los bienes jurídicos diferenciados, según la cual cabría distinguir entre la libertad (o indemnidad), de un lado, y el proceso de formación, por otro. Así, Pérez Ferrer defiende la doble protección de indemnidad y formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor en cuanto lo que se trata es de evitar que el menor sea sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual cuando alcance la edad para poder otorgar consentimiento, añadiendo la posibilidad de aparición de patologías clínicas¹⁹. Algún autor, minoritariamente, ha planteado como bien jurídico de los delitos sexuales contra menores, supraindividual, la infancia²⁰ o la seguridad de la infancia²¹, como un modo de evitar que la cláusula concursal a la que luego se hará referencia quiebre el *ne bis in idem*. En otra versión de la pluriofensividad, Monge defiende la plu-

¹⁹ PÉREZ FERRER, F. «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)», en *Diario La Ley*, n.º 7915, 2012, pp. 1 y ss.

²⁰ Así, DOLZ LAGO, M.J. «Los delitos de pederastia», p. 1, aunque reconoce que ello no se ha plasmado legislativamente y aceptando también la existencia de un bien jurídico individual en relación con el menor afectado por la conducta delictiva. Más específicamente, también, DOLZ LAGO, M.J. «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*», pp. 1 y 2. Véase igualmente NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso», p. 189.

²¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «El nuevo delito de acceso a niños», p. 241. Véase el completo trabajo criminológico de GARCÍA GUILBERT, N. *Victimización de menores por actos de ciberacoso continuado y actividades cotidianas en el ciberespacio*, pp. 23 y ss. sobre actividades cotidianas en el ciberespacio y victimización de menores, si bien en relación a ataques sin contenido sexual. Asimismo, las reflexiones de MIRÓ LLINARES, F. «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», pp. 4 y ss., sobre el significado de la cibercriminalidad como nueva forma de criminalidad. En relación con el riesgo para los menores en el uso de las tecnologías, en distintos ámbitos y con especial atención al sexual, al margen de las distintas aportaciones, véase en su conjunto el libro dirigido y coordinado, respectivamente, por CUERDA ARNAU, M.L. (dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.): *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*.

ralidad de bienes protegidos por darse amparo, además, dirá, no sólo a la indemnidad sexual y a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, sino incluso a su dignidad y a su vida²².

Sin embargo, en los Tribunales de justicia es doctrina absolutamente dominante mantener como único bien jurídico concreto del art. 183.1 la indemnidad sexual²³. En la doctrina, con independencia de cómo se defina el concepto de indemnidad sexual, es ésta la postura absolutamente mayoritaria a partir de criterios sistemáticos, teleológicos o incluso literales²⁴. Es cierto que el Preámbulo de la Ley Orgá-

²² MONGE FERNÁNDEZ, A. *De los abusos y agresiones sexuales a menores*, pp. 76 ss., en opinión que, siguiendo sus propuestas de *lege ferenda*, suscribe GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «Algunas consideraciones sobre el nuevo delito», p. 6, orientando el delito, no obstante, hacia la protección de la seguridad de los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías.

²³ Lo afirma específicamente, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 97/2015 indicando que «el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad», límite que «se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor [...] que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual». También la sentencia del Tribunal Supremo: STS 109/2017, de 22 de febrero, argumenta prolijamente la existencia de un solo bien jurídico para los delitos previstos en el art. 183, 183 ter y 189 CP, indicando que la norma concursal no puede determinar una disociación de bienes jurídicos. Véanse también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla 465/2013, de 3 de octubre, de la Audiencia Provincial de Barcelona 1055/2014, de 23 de junio, de la Audiencia Provincial de Tarragona 135/2015, de 8 de abril, de la Audiencia Provincial de Jaén 113/2015, de 11 de mayo y de la Audiencia Provincial de Albacete 221/2015, de 22 de septiembre. También ya la pionera Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense de 13 de mayo de 2013 (expediente 171/2012) señalando expresamente en su Fundamento de Derecho Primero que «el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de trece años ya que éste no puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales». Al respecto, DÍAZ CORTÉS, L.M. «Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013). Pronunciamientos sobre el delito denominado *child grooming*», pp. 351 ss. Véase también el comentario jurisprudencial de DOLZ LAGO, M.J. «Ciberacoso sexual a menores o *child grooming* del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015: en caso de abuso o agresión sexual posterior rige el concurso de normas quedando absorbido por éste», pp. 1 y ss.

²⁴ Por todos, GÓRRIZ ROYO, E. «On-line *child grooming*», pp. 12 ss. Véanse también, por ejemplo, y específicamente, ÁLVAREZ HERNANDO, «El ciberacoso sexual infantil», p. 5, ORTEGA BALANZA, M./RAMÍREZ ROMERO, L. «Amistades peligrosas: el delito de *child grooming*», p. 2, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. «El embaucamiento de menores», p. 9, o VALVERDE MEGÍAS, R. «El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático», p. 17. Sigue habiendo

nica 5/2010 alude tanto a la indemnidad sexual como a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, pero, como con razón explican varios autores, puede entenderse que éstas forman parte de aquélla²⁵.

El quid de la cuestión se traslada a otro punto. Si el bien jurídico protegido por el delito se ha señalado que es el correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor como parte de la indemnidad, debe dilucidarse entonces si, al realizar la conducta prohibida de *child grooming*, se pone en peligro o lesiona dicho bien jurídico. ¿El correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor sólo se lesiona cuando se produce el abuso, la agresión o el acto denominado de corrupción? ¿Hasta entonces, no?

Cabe compartir con Cugat Mauri que la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación facilitan unas relaciones con los menores que no sólo, como ella señala, pueden favorecer una situación de subyugación moral con el agresor de particular intensidad y gravedad suficiente para afirmar la ofensividad de la conducta²⁶, sino que al margen de dicha posible subyugación, que es cierto no requiere el precepto, altera un normal proceso de descubrimiento o desarrollo de la sexualidad que la hace (quizás) percibir como algo secreto, oscuro, turbio²⁷. Y eso no tiene que sustanciarse en un bien jurídico distinto a la indemnidad, pero sí en un modo autónomo de

posturas, minoritarias, como la de HERNÁNDEZ GUERRERO, F.J. «Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones», p. 522, que señala expresamente que el *grooming* constituye un atentado contra la libertad sexual del menor llevado a cabo a través de un acto preparatorio, considerándolo no un ataque a su indemnidad sexual sino a su libre determinación sexual, o la de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso», p. 212, que alude como bien jurídico protegido en el delito de *grooming* a la libertad sexual negativa estática. Estamos en todo caso ante la misma discusión que se plantea en relación con todo el Título VIII del Código Penal y específicamente con su hoy Capítulo II.

²⁵ Por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, pp. 155 y ss. Refiriéndose en general a los delitos de abuso y agresión sexual, BOIX REIG, J. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», p. 390.

²⁶ CUGAT MAURI, M. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 235.

²⁷ En este sentido, la Sentencia de Audiencia Provincial: SAP Barcelona, sección 8.ª, 407/2018 de 9 de julio, indica que el sujeto activo del delito previsto en el entonces art. 183 ter 1 CP «ha de ser un desconocido para la víctima que, amparado por el aparente anonimato de las técnicas informáticas de comunicación, contacta con un menor». Como si en esa posibilidad de acceso a entornos ajenos y —sin que mediase la tecnología— lejanos para el sujeto activo radicase un desvalor específico de este tipo penal.

lesionarla²⁸. No habría, en este sentido, pluriofensividad alguna, sino concreción de lo que significa la idea de indemnidad.

IV. La cláusula concursal

De estas elucubraciones anteriores, en las que ya se ha tomado partido, depende, en todo caso, el sentido y alcance de la aplicación de la cláusula concursal que indica que la pena prevista se impondrá «sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos», esto es, sin perjuicio de la pena por la comisión de los delitos previstos en los artículos 181 y 189; o de la de otros que también pudieran cometerse, hay que suponer.

Lo dicho hasta aquí sobre la estructura típica del delito que nos ocupa y la consideración por los momentos de afectación al bien jurídico protegido (o bienes jurídicos) debe ser el fundamento de la determinación del alcance concreto de la cláusula concursal²⁹. El juego de dependencias en su sentido y alcance puede exponerse, de manera esquemática, a partir de la afectación (delito o lesión) a uno o más bienes jurídicos, del siguiente modo:

Artículo 183.1	Delito de peligro	Delito de lesión
Delito uniofensivo	(1) No cabe concurso real, ya que el art.183.1 queda absorbido por los delitos de los arts. 181 o 189	(2) Cabe concurso real del art.183.1 con los delitos de los arts. 181 o 189, ya que se verifican dos lesiones de diferente entidad
Delito pluriofensivo	(3) Cabe concurso real del art 183.1 con los delitos de los arts. 181 o 189, aunque podría quedar absorbido, en su caso, por otros delitos de lesión distintos	(4) Cabe concurso real del art.183.1 con los delitos de los arts. 181 o 189, ya que se verifican dos lesiones diferentes sobre dos bienes jurídicos diferentes

²⁸ «[...] se hace necesario destacar que la auténtica antijuridicidad de las conductas de *grooming* se da en las fases de contacto y concierto con el menor» dirá JORGE BARREIRO, A. «La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (child grooming)» *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, p. 548.

²⁹ En esta misma línea parece posicionarse JORGE BARREIRO, A. «La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (*child grooming*)», pp. 540 y ss.

La hipótesis (1) es la única que implicaría una interpretación restrictiva y que conduciría, con ello, a la concurrencia de leyes. Atendiendo a la identidad del bien jurídico tutelado, muchos autores, sin unanimidad sobre la regla a aplicar³⁰, entienden que de conseguirse la finalidad pretendida habría que remitirse al artículo 8 y a su regulación del concurso de normas, pues en caso contrario se produciría una vulneración del principio *non bis in idem*³¹, tal y como también ha defendido el Tribunal Supremo en su Sentencia 109/2017 de 22 de febrero³².

El argumento principal es el de que no cabe la sanción de lo que es un acto preparatorio o intentado al mismo tiempo que la de lo que representa su consumación. Como bien explica Villacampa no es posible la aplicación de un precepto cuando concurre una calificación más grave del hecho por constituir un ataque más intenso o acabado del mismo bien jurídico. Y, como también ella señala, la presencia de la cláusula concursal, aunque perturbadora, no impide mantener esta postura ya que, según también aquí se mantiene, a lo que obliga la misma es simplemente a acudir a las reglas concursales que proceda, algo que no necesitaría recordar el legislador³³.

Se señala no obstante en la doctrina que sí cabe acudir al concurso de delitos cuando el peligro inherente a la conducta no directamente

³⁰ Así, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 731, aunque en supuestos de tentativa, opta por la alternatividad, TAMARIT SUMALLA, J.M. «Art. 183 bis», p. 1186, acude a la consunción, y VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores», p. 688, en general, a la subsidiariedad.

³¹ Véanse también, entre otros, GALLEGO SOLER, I. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 440, o LAMARCA PÉREZ, C. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 194. Y en estudio específico sobre la cuestión, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», pp. 387 ss.

³² Indica la Sentencia «que la conducta típica se extiende hasta alcanzar el umbral del inicio de la tentativa del delito-fin contra la indemnidad sexual. De tal forma que ese triple escalonamiento de conductas (contactar, concertar y acercarse), propio de un tipo penal mixto acumulativo, difícilmente se compagina con un bien jurídico supraindividual o colectivo, dada la proximidad y conexión que exige la norma entre el peligro generado por la conducta que describe y el bien jurídico indemnidad sexual. Hasta el punto de que puede generarse un espacio en el que el peligro hipotético del tipo penal del art. 183 bis acabe derivando hacia un peligro concreto, supuesto en el que habría ya que comenzar a hablar del peligro propio de la tentativa de los delitos-fin que contempla el precepto».

³³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming*, p. 195, proponiendo en su caso la inclusión de una cláusula expresa de subsidiariedad. Véase también, detenidamente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», pp. 395 ss.

lesiva del bien tutelado no se ha concretado completamente en lesión, poniendo el ejemplo de víctimas múltiples de *grooming* de entre las que sólo se abusa de algunas³⁴. Por supuesto, pero es que en este supuesto habría tantos delitos de acceso tecnológico como víctimas del mismo. La cuestión es la de si, existiendo una única víctima y, por tanto, un único delito, se podría mantener la misma conclusión.

La línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se compadece, en principio (solo en principio, como se verá), con la interpretación sobre la cláusula concursal expuesta en esta hipótesis (1). Así, en la Sentencia 97/2015, de 24 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo claramente opta por la consunción, teóricamente al menos en cuanto en el concreto supuesto de hecho no hubo realmente consumación de la conducta que se pretendía llevar a cabo a partir del contacto tecnológico³⁵.

En relación con la hipótesis (2), cabría argumentar que —y esta es la posición que se defiende aquí—, aun protegiendo un mismo bien jurídico, es reconocible una particular lesividad de la conducta y un mayor y distinto desvalor del resultado. Efectivamente, no se puede desoír el mandato constitucional de prohibición de *bis in idem* en supuestos de triple identidad, de sujeto, hecho y fundamento, lo que impide sancionar doblemente supuestos de mera progresión criminal (preparación o tentativa que conduce a consumación)³⁶. Lo que puede sostenerse en esta hipótesis (2) es que la supuesta materialización efectiva de los delitos de los arts. 181 y 189 pretendidos por el sujeto activo del delito del art. 183.1 no supone una mera progresión (y que, por tanto, no se trata de ni de un mismo hecho ni de un mismo fundamento).

Las hipótesis (3) y (4) pueden tratarse simultáneamente ya que, si el bien jurídico protegido por el art. 183.1 es, además de la indemnidad sexual, otro, no tendría relevancia ninguna a efectos concursales si lo hace

³⁴ Entre otros, la propia VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores», pp. 688 ss. Véanse también las consideraciones de ORTS BERENGUER «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores», p. 12, y de TAMARIT SUMALLA, J.M. «Art. 183 bis», p. 1186.

³⁵ En esos mismos fundamentos —según los cuales el delito del art. 183 bis (al que todavía se refiere) se encuentra en una relación de concurso de leyes con el de abuso sexual, a resolver a favor de éste, atendiendo al principio de consunción del art. 8.3— se enraízan las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla 465/2013, de 3 de octubre o de la Audiencia Provincial de Barcelona 1055/2015, de 23 de junio (Fundamentos de Derecho 2.º y 1.º, respectivamente), siguiendo básicamente los planteamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 97/2015, de 24 de febrero. Y, con mayor desarrollo, en la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 864/2015, de 10 de diciembre (Fundamento de Derecho 1.º) confirmatoria de la Sentencia de Audiencia Provincial: SAP Tarragona, 135/2015 de 8 de abril

³⁶ Véase, con razón, GÓRRIZ ROYO, E. «On-line child grooming», p. 35.

castigando su puesta en peligro o su lesión. En ambos casos sería necesario la aplicación del concurso de delitos para recoger el desvalor íntegramente.

En tal sentido, hay quienes mantienen como bien jurídico del precepto, como veíamos, la infancia o la seguridad de la infancia³⁷. También en los tribunales sentencias como la de 14 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 19 de julio de 2013 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de mayo de 2015 de la Audiencia Provincial de Jaén o de 22 de septiembre de 2015 de la Audiencia Provincial de Albacete acuden al concurso de delitos. Sin embargo, como señalábamos, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 109/2017, de 22 de febrero, es especialmente refractaria a tales «opciones hermenéuticas»³⁸.

V. Necesidad de coherencia argumentativa

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional sobre el tratamiento concursal del delito de *child grooming*, de 8 de noviembre de 2017, deja dicho que «entre el delito de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*) y los delitos de abusos sexuales y corrupción de menores (cabe la) posibilidad de conformar un concurso real cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual».

Cabe interpretar este Acuerdo, en relación con otras sentencias del Alto Tribunal, del siguiente modo: puede aplicarse el concurso real si, y solo si, el contacto con el menor genera, por sí, una lesión contra su identidad sexual. El legislador está advirtiendo que la pena del delito no necesariamente absorbe la de todos los delitos en su caso cometidos vinculados a la conducta de contacto tecnológico con intencionalidad sexual. Obviamente los tribunales de justicia no pueden eludir el principio de legalidad y si realmente la cláusula exigiera de modo inequívoco la aplicación acumulativa de penas del concurso real y ello entendieran que vulnera el principio *non bis in idem* (por identidad de bien jurídico,

³⁷ Así, DOLZ LAGO, M.J. «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*», p. 7, o GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «El nuevo delito de acceso a niños», p. 254.

³⁸ MOLINA MANSILLA, M.C. «Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de «*child grooming*»: aspectos más significativos de las reglas concursales», p. 10, señala que esta sentencia «pretendía zanjar la interpretación sobre las reglas del concurso que afectaban al delito de *child grooming*, situándolo en un concurso de normas»; sin embargo, como se deduce de lo que aquí hemos argumentado, esa parece una interpretación excesiva, ya que queda espacio conceptual tras esa sentencia para admitir el concurso real aun protegiéndose un solo bien jurídico.

en su caso, de los preceptos en concurso) deberían plantear una cuestión de inconstitucionalidad³⁹. Pero lo que sí pueden es interpretar un precepto (restrictivamente, además) que no tenga la precisión que reclama el principio de legalidad⁴⁰.

De esta manera, sería incoherente entender que la cláusula remite a un concurso real de infracciones y, como fundamento, reconocer que el artículo 183.1 es un acto preparatorio o un delito de peligro que se materializa en una lesión a la indemnidad cuando se verifica un delito ulterior de los artículos 183 o 189. Si se entiende que el delito en su caso cometido consume el desvalor de la inicial conducta de contacto y acercamiento al menor (ya sea entendiendo éste como acto preparatorio de aquéllos, ya como delito autónomo de peligro), debe aceptarse que el bien jurídico protegido es el mismo y que no se vulnera dos veces o en dos momentos, claramente diferenciables, distintos.

Pero no habría incoherencia en el caso de que se considere que el delito de *child grooming* defiende otro bien jurídico o, defendiendo la indemnidad, lo hace evitando una lesión distinta a la del abuso o corrupción. Téngase en cuenta que, al margen de las conductas *on line*, no toda tentativa de agresión sexual, por ejemplo, se consume cuando posteriormente se produce la perfección delictiva y ningún problema hay en aceptar un concurso (o continuidad delictiva, dependiendo del supuesto) entre tentativa y consumación de la agresión.

De este modo, el Acuerdo solo evidencia la posibilidad del concurso real, sin invalidar por ello lo contrario, de modo que no se deriva una fijación conceptual de la literalidad del precepto. Así, la opción por el concurso real no queda determinada por la similitud aparente de hechos, sino por la motivación teórica de la relación entre ellos, esto es, por la lógica esgrimida en la línea de afectación al bien jurídico: como se indicaba, la posición del Tribunal Supremo ha pasado por mantener la aplicación del concurso normativo en aquellos casos en los que el tri-

³⁹ Así ya, previamente, el propio HORTAL IBARRA, J.C. «El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?», p. 431.

⁴⁰ En el Auto 544/2018, de 22 de marzo, por el que se inadmite recurso de casación, el Tribunal Supremo señala que el «Tribunal de instancia afirmó en sentencia (FJ 1.º) que el delito de ciberacoso sexual infantil se encontraba en concurso de normas con el delito de abuso sexual con penetración prevenido en el artículo 183.1 y 3 del Código Penal, de conformidad con dispuesto en el artículo 8.3 del mismo cuerpo legal. Es decir, afirmó que, en el caso concreto, el delito de ciberacoso sexual infantil quedaba consumido por el delito de abuso sexual con penetración, motivo por lo que el acusado fue condenado, de forma exclusiva, a las penas previstas por este segundo delito. Por lo que la opción del Tribunal es más beneficiosa para el condenado que la que se derivaría de aplicar el Acuerdo de Pleno señalado».

bunal de instancia lo motivaba con coherencia. Sin embargo, y esto es lo relevante, también en sentencias recientes el Tribunal Supremo ha dado por buena la aplicación del concurso real cuando su motivación no incurría en incoherencias dogmáticas en instancia y, por tanto, aun tratándose de hechos similares, estos no quedaban conceptuados en relación de protección subsiguiente de un mismo bien jurídico⁴¹.

Más erráticas, sin embargo, parecen otras sentencias posteriores al Acuerdo, sentencias que evidencian una recepción irregular de las posibilidades de aplicación de la cláusula concursal. Así, la recepción del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29.^a, en la Sentencia 716/2018 de 12 de diciembre, parece asumir un sentido unívoco que, por lo que se está argumentando, no parece adecuado: «Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos [entonces] de los artículos 178 a 183 y 189. De perpetrarse alguno de estos otros actos se penará separadamente la realización de tal ilícito con respecto al analizado, siendo que ambas infracciones se presentarán en concurso (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017)». Por las mismas razones, no parece del todo apropiada la interpretación de la Audiencia Provincial de Málaga, que, en su Sentencia 5/2018 de 5 de abril de 2018, dice: «en el momento presente la solución adecuada es la del concurso real, según expresamente ha resuelto el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado con ocasión de la sentencia de 8 de noviembre de 2017». Más recientemente, la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, en la Sentencia 130/2020, de 1 octubre, considera en sus fundamentos jurídicos que el delito del (entonces) art. 183 ter es un delito de peligro y asume que, aun así, debido al Acuerdo, puede concursar realmente. Asimismo, la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, en la Sentencia 7/2020, de 27 de enero, dispone, por conformidad del acusado, el concurso real entre el abuso del art. 183.1 y el contacto previo del entonces art. 183 ter 1, sin salvar siquiera en el plano

⁴¹ Tras el Acuerdo, y ante unos hechos similares, la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 777/2017, de 30 de noviembre, mantiene la exigencia de coherencia y avala la decisión en instancia de la Audiencia Provincial de Bilbao, que aplica el concurso real. Y lo hace así aun desvelando errores en la motivación de la resolución; errores que, sin embargo, no interfieren en la solidez dogmática que habilita la aplicación del concurso real. Gutiérrez Azanza refiere en este itinerario del Alto Tribunal el abandono y la recuperación de distintas líneas jurisprudenciales que, sin embargo, podrían comprenderse, sobre todo, como consecuencias de las distintas interpretaciones dogmáticas de los tribunales de instancia (GUTIÉRREZ AZANZA, D.A. «Delito de “child grooming”, configuración jurisprudencial», pp. 5 y ss).

de la fundamentación un hipotético quebranto del *ne bis in idem*, que no debería darse ni aun con el beneplácito del acusado. Es igualmente desacertada la argumentación de la Sentencia 294/2022 de 27 de julio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que dice: «[...] la pretendida falta de afectación del bien jurídico protegido es falsa pues la situación de riesgo que es esencia del delito se materializó en el caso de Gloria, víctima posteriormente de un delito continuado de abuso sexual que, conforme al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 8 de noviembre de 2017, puede ser castigado de forma independiente porque “el delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter 1 del Código Penal puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189». Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recoge el riesgo como esencia del delito. Y suponemos que refiere el riesgo relacionado con el delito consumado posterior de abuso sexual, por lo que la fundamentación conculcaría el principio de *non bis in idem*.

Puede inferirse de lo anterior, por tanto, que el criterio crucial para el Tribunal Supremo en la aplicación de la cláusula concursal referida depende de la coherencia que guarde el juego teórico en torno al bien jurídico protegido y la secuencialidad de su afectación⁴². Sin embargo, no parece que la jurisprudencia esté observando con demasiado rigor esta exigencia.

VI. Reflexiones finales

El objetivo de esta contribución ha sido valorar cómo debe concurrir el delito de *child grooming* con otros delitos contra la libertad o indemnidad sexual, señaladamente a la luz de la cláusula concursal prevista en el art. 183.1: «[...] sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos».

Según lo referido por el apartado XII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, parece lógico pensar que el contacto

⁴² No parece que quepan argumentos de proporcionalidad en la aplicación de la consunción de delitos. En la Sentencia del Tribunal Supremo: STS 199/2017, de 27 de marzo (con un sujeto activo de 18 años y una menor de 13), el Tribunal Supremo argumenta, en atención a la juventud del sujeto activo, que la pena debería ser la mínima prevista, pero esto no asoma como argumento para la absorción del (entonces) art. 183 bis CP por el delito de abuso consumado (aunque esta pretensión tampoco se incluya en el recurso de casación).

tecnológico con fines sexuales implica para el legislador un contenido de injusto distinto que la preparación o tentativa del delito sexual que puede llegar a consumarse posteriormente, por el hecho tecnológico y la facilidad de acceso y anonimato que suelen acompañar estas conductas.

Es mayoritaria la doctrina que considera que el bien jurídico protegido por este precepto es la indemnidad sexual, sin perjuicio de que, tras la modificación del Título VIII del Código Penal deba comprenderse tal indemnidad como una dimensión de la libertad sexual. Hemos considerado las alternativas que abogan por la pluriofensividad del delito y, aunque apenas tienen predicamento entre la jurisprudencia, pueden condicionar la interpretación del sentido y alcance de la cláusula concursal.

De este modo, y atendiendo a una concepción elemental del principio *non bis in idem*, debería optarse por el concurso de normas si el desvalor de la conducta de quien utiliza las tecnologías de la información y la comunicación para contactar con el menor se capta íntegramente en la consecución de la finalidad pretendida. Pero, en nuestra opinión, ello no tendría por qué aceptarse en aquellos casos en que el desvalor de la conducta subsumible en el delito del art. 183.1 pueda independizarse claramente del que en su caso pueda tener lugar con la realización de otro tipo penal. Hay una única indemnidad sexual, pero la misma puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos. Puede quebrarse puntual y discontinuamente.

Esta tesis es compatible con el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 del Tribunal Supremo. El Acuerdo señala que «entre el delito de ciberacoso sexual infantil (*child grooming*) y los delitos de abusos sexuales y corrupción de menores (cabe la) posibilidad de conformar un concurso real cuando el contacto con el menor va seguido de una lesión efectiva de su identidad sexual». De este modo, el Tribunal Supremo se limita a posibilitar el concurso real, pero siempre que, tras la conducta del art. 183.1, se produzca otra lesión (distinta, hay que suponer). Se trata, por tanto, de desvelar cuándo el hecho tecnológico es algo más que un mero favorecimiento de la dinámica comisiva de la agresión subsiguiente (o delito del art. 189). Debe reconocerse, por tanto, en el hecho tecnológico una lesividad de suficiente entidad como para poderla valorar con independencia de lo que pueda suceder o no después. La cláusula concursal del art. 183.1 es efectivamente perturbadora porque solo dice lo que ya conocemos por el armazón dogmático de nuestro sistema penal. Por esta razón, debe ser el análisis de cada supuesto concreto a enjuiciar el que permita decidir qué sanción se necesita para abar-

car su total desvalor, respetando tanto la prohibición de *bis in idem* como el mandato del principio de legalidad. De este modo, no puede deducirse ni de los principios penales, ni de la letra de la ley, ni de las resoluciones del Tribunal Supremo un sentido unívoco de la cláusula concursal, que no aporta más información (aunque, evidentemente, condiciona las decisiones) que la que el sistema penal ya ofrece en su complejidad integral.

VII. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A. *El embaucamiento de menores en la era del Metaverso y la inteligencia artificial*, Tecnos, Madrid, 2024.
- ÁLVAREZ GARCÍA, H. «La tutela de los derechos fundamentales del menor ante el *ciberbullying* y el *grooming*», *extensión.uned.es/archivos_publicos/Webexactividades/5203/conferenciaiha.pdf*, pp. 1-25.
- ÁLVAREZ HERNANDO, J. «El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal», *icava.org/secciones/aaj/artículo3.pdf*, pp. 1-7.
- BOIX REIG, J. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años», en BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal: Parte especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal)*, Iustel, Madrid, 2.ª ed., 2016, pp. 389-398.
- CUERDA ARNAU, M.L. (dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.) *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CUGAT MAURI, M. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.
- CUGAT MAURI, M. «La tutela penal de los menores ante el online *child-grooming*: entre la necesidad y el exceso», *La Ley Penal*, marzo-abril, 2014.
- DÍAZ CORTÉS, L.M. «Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013). Pronunciamientos sobre el delito denominado *child grooming*», *Ars Iuris Salmanticensis*, n.º 1, 2014, pp. 351-354.
- DOLZ LAGO, M.J. «Los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, n.º 7534, 2010.
- DOLZ LAGO, M.J. «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*: entre los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, n.º 7575, 2011, pp. 1-7.
- DOLZ LAGO, M.J. «Ciberacoso sexual a menores o *child grooming* del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015: en caso de abuso o agresión sexual posterior rige el concurso de normas quedando absorbido por éste», *Diario La Ley*, n.º 8797, 2016.

- DOMINGO JARAMILLO, C. «Dificultades de la tipificación del delito de *child grooming* en España: análisis y delimitación de los distintos elementos que lo componen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-02, 2024, pp. 1-31.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- FLORES PRADA, I. *Criminalidad informática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GALLEGO SOLER, I. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 427-453.
- GARCÍA GUILABERT, N. *Victimización de menores por actos de ciberacoso continuado y actividades cotidianas en el ciberespacio*, Tesis Doctoral, Murcia, 2014.
- GÓMEZ TOMILLO, M. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Lex nova, Valladolid, 2011, pp. 707-774.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M.M. «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, pp. 207-258.
- GÓRRIZ ROYO, E. «On-line *child grooming*» en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter 1.º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2016, pp. 1-47.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. «Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 842, 2012, pp. 5-6.
- GUISASOLA LERMA, C. «Los delitos de *online child grooming* y *sexting* (art. 183 ter 1 y 2 CP) a la luz de la reciente jurisprudencia», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. y ESQUINAS VALVERDE, P. (dirs.): *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen: propuestas de reforma*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 355-389.
- GUTIÉRREZ AZANZA, D. A. «Delito de “*child grooming*”, configuración jurisprudencial», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 27, 2020, pp. 28-30.
- HERNÁNDEZ GUERRERO, F.J. «Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones», en RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (eds.): *Derecho y Redes Sociales*, Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 485-534.
- HORTAL IBARRA, J.C. «El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 425-448.
- JORGE BARREIRO, A. «La cláusula concursal del art. 183 ter del Código Penal (*child grooming*)», en CANCIO MELIÁ, M./MARAVÉ GÓMEZ, M./FAKHOURI GÓMEZ, Y./RODRÍGUEZ HORCAJO, D./BASSO, G.J./JORGE BARREIRO, A. (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, UAM, Madrid, vol. 1, 2019, pp. 529-551.

- LAMARCA PÉREZ, C. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.): *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Cóllex, Madrid, 2013, pp. 177-208.
- MENDOZA CALDERÓN, S. «El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español», en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a I. (dir.): *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 127-168.
- MENDOZA CALDERÓN, S. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- MIRÓ LLINARES, F. «La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13, 2011, pp. 1-55.
- MOLINA MANSILLA, M.C. «Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de «child grooming»: aspectos más significativos de las reglas concursales», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, N.º 136, 2019.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, n.º 15, 2010, pp. 85-103.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CUESTA, F.J. «Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra tecnología de la información o la comunicación», en AAVV: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 129-139.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2010 y 2013», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, pp. 179-224.
- ORTEGA BALANZA, M./RAMÍREZ ROMERO, L. «Amistades peligrosas: el delito de *child grooming*», *luris: Actualidad y práctica del derecho*, n.º 217-218, 2014, pp. 47-53.
- ORTS BERENQUER, E. «Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código Penal y en el Proyecto de 2013», *Estudios Jurídicos*, 2013, pp. 1-24.
- PÉREZ FERRER, F. «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)», *Diario La Ley*, n.º 7915, 2012.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», *Diario La Ley*, n.º 7746, 2011, pp. 1-17.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012, pp. 195-227.

- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 16, 2014, pp. 1-25.
- ROVIRA DEL CANTO, E. «Nuevas formas de ciberdelincuencia intrusiva: el *hacking* y el *grooming*», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, n.º 160, 2011, pp. 36-44.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 387-411.
- TAMARIT SUMALLA, J.M. «Art. 183 bis», en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (dir.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 6.ª ed., 2011, pp. 1179-1187.
- VALVERDE MEGÍAS, R. «El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático», *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, n.º 66, 2012, pp. 13-24.
- VALVERDE MEGÍAS, R. «Child grooming. Concepto y respuesta penal», *Estudios Jurídicos*, 2013, pp. 1-20.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, 2014, pp. 639-712.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

La violencia de género a través de las redes sociales

Ane Fadrique Blanco

Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Irún,
con competencia en materia de violencia sobre la mujer

Sumario: I. Introducción. II. Enfoque *iustfeminista* y desde la óptica de la interseccionalidad: la construcción de un Derecho antidiscriminatorio. III. La violencia de género a través de las redes sociales. 1. Contexto social: el auge de las redes sociales. 2. Factores. 3. *E-violence* y sus distintas manifestaciones. 4. Normalización de la violencia machista entre las y los jóvenes. 5. La invisibilización de la violencia de género *online*. IV. Estereotipos de género. V. Consecuencias y riesgos. VI. Breve referencia a la pornografía infantil. VII. Líneas de actuación y de mejora. VIII. Recapitulación y crítica personal. IX. Bibliografía.

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar la influencia de las redes sociales respecto a la violencia de género ejercida por los jóvenes y adolescentes, revisando su dimensión y fenómeno. En la actualidad, las nuevas tecnologías, y especialmente, las distintas redes sociales y aplicaciones se han convertido en una vía más para ejercer violencia de género y otros tipos de acoso. El anonimato que concede el universo *online* proporciona el caldo de cultivo perfecto para acosar, amenazar, insultar, o denigrar con total impunidad, especialmente haciendo uso del sexo y el género en sus diferentes vertientes. Con el auge de la tecnología y, en especial, de las redes sociales, la estructura patriarcal se asienta también en el ciberespacio, dando lugar a nuevos tipos de violencias de género que se (re)producen en los entornos virtuales. Ante ello, el presente artículo pretende estudiar y diseñar líneas estratégicas de acción para visibilizar, prevenir y erradicar este tipo de violencia, así como sus diferentes expresiones.

Palabras clave: violencia de género, redes sociales, control, *cyberbullying*, *e-violence*.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-267-4, núm. 19/2025, Bilbao, págs. 39-68

I. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la influencia de las redes sociales en el fenómeno de la violencia sobre la mujer, principalmente en lo que respecta a jóvenes y adolescentes. Resulta indiscutible que las nuevas tecnologías y, especialmente, las distintas redes sociales y aplicaciones, se han convertido en una vía habitual de comunicación entre las y los jóvenes; convirtiéndose, de esta manera, en un modo más para ejercer la violencia de género.

El anonimato que concede el ciberespacio facilita la impunidad para acosar, amenazar o injuriar a la víctima. Las distintas manifestaciones de la violencia de género se (re)producen en el entorno virtual y, con ello, los roles de género que colaboran a perpetuar el sistema sexo-género, de modo que el machismo encuentra nuevas fórmulas y métodos para alcanzar su mismo objetivo: denigrar a la mujer.

En tal contexto y, ante el auge imparable de la tecnología y de las redes sociales, resulta necesario revisar la dimensión de este fenómeno y proponer líneas estratégicas de actuación en aras a visibilizar, prevenir y erradicar este tipo de violencia entre las y los jóvenes.

II. Enfoque iusfeminista y desde la óptica de la interseccionalidad: la construcción de un derecho antidiscriminatorio

El estudio y análisis crítico de la temática propuesta se abordará desde el enfoque de la denominada línea *iusfeminista*, que busca contribuir al desarrollo de un Derecho antidiscriminatorio crítico, sustantivo y transformador, en sentido amplio. Es decir, se concibe éste no sólo como una rama específica del estudio jurídico, sino más bien como todo aquel Derecho que intenta luchar contra la discriminación, apostando por la defensa de los derechos de determinados grupos o colectivos discriminados en la sociedad, como resulta con las mujeres¹.

Así, pues, se trata de un feminismo que tiene como objetivo reivindicar un Derecho que tenga en cuenta las «experiencias femeninas» y el reconocimiento de una «cultura de la mujer»². Desde tal perspectiva,

¹ IRIGOIEN DOMÍNGUEZ, A. *Interseccionalidad y anti-estereotipación como recursos de un Derecho antidiscriminatorio crítico. Especial referencia al ámbito de la CAPV*. Instituto Vasco de la Administración Pública, 2024.

² MORONDO TARAMUNDI, D. *Il Dilemma della Differenza. Nella teoria femminista del Diritto*, Aras Edizioni, 2004; RUBIO CASTRO, A. «Igualdad y diferencia ¿dos principios jurídicos? Derechos y libertades» en *Revista de Filosofía del Derecho y los derechos humanos*, 2 (4), 2004, pp. 259-286.

se defiende que las diferencias de trato entre mujeres y hombres deben ser reconocidas no sólo en la construcción del Derecho, sino también en la interpretación y aplicación de las normas, porque sólo a través de un tratamiento jurídico diferenciado es posible revertir las desigualdades sexo-genéricas.

Por consiguiente, se aboga por una regulación jurídica que dé cuenta de las necesidades y experiencias de las mujeres; que puedan ser proyectadas en un universal de «mujer»³ y por un tratamiento jurídico diferenciado en determinados supuestos o circunstancias⁴.

Según diversos estudios⁵, el Derecho entendido como fenómeno legal consta de tres distintos factores: el político-cultural, el estructural y el formal-normativo. Los componentes se encuentran interrelacionados entre sí, en la medida que se influyen, limitan y/o definen constantemente entre ellos. Así las cosas, resulta indispensable tener en cuenta los tres elementos en su conjunto, así como las relaciones entre sí; dado que, en caso contrario, nos encontraríamos ante un análisis parcial, que plasmaría consecuencias incompletas a efectos de definir su alcance, efectos o beneficios.

Sentado lo anterior, el meritado enfoque *iustfeminista* abarca una visión global y transversal, en el que la igualdad material no se constituye como un mero presupuesto, sino como una verdadera meta. La discriminación no se concibe como ruptura de la igualdad formal, sino como ruptura de la igualdad sustantiva o material, basándose en fenómenos endémicos que estructuran la sociedad, como ocurre con el sexismo, pero también como otros como el racismo o el clasismo.

Desde dicha óptica, la protección de la igualdad se realiza bajo la premisa de la intervención sobre la sociedad, porque ésta no es de por sí o de manera natural igualitaria, sino que las estructuras de poder que la atraviesan crean situaciones de desigualdad sistémica que requieren de una reparación activa, con acciones que reequilibren situaciones en las que las mujeres nos situamos en condiciones de desventaja y/o desigualdad frente a los hombres. En definitiva, el citado *iustfeminismo* encuentra su razón de ser en las distintas ma-

³ BARTLETT, K.T. y RHODE, D.L. *Gender and Law, Theory, Doctrine, Commentary*. Aspen Publishers, 2006.

⁴ *Ibid.*

⁵ FACIO, A. «Metodologías para el análisis del género del fenómeno legal», en ÁVILA SANTAMARÍA, R.; SALGADO, J. y VALLADARES, L. (comps.): *El género en el Derecho. Ensayos Críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, 2009, pp. 81-224.

nifestaciones de las relaciones de poder⁶ y pretende hacer frente a ellas.

Por otro lado, como es sabido, en el ámbito del Derecho, para dar cuenta de las personas y grupos en situaciones de desigualdad —por encontrarse sus vidas atravesadas por ejes discriminatorios—, se ha extendido la propuesta de la «vulnerabilidad». No obstante, el marco conceptual relativo a la vulnerabilidad no acaba de captar, en mi opinión, las dimensiones de poder que sí puede aportar el concepto de la *interseccionalidad* o, en general, las propuestas que se fijan en los sistemas de poder y su funcionamiento, visión más global y conjunta que se trabajará en el presente estudio. Concretamente, para Sosa Mestre⁷, un verdadero enfoque *interseccional* —o estructural— puede mejorar el enfoque del denominado «grupo vulnerable» de tres formas.

En primer lugar, debido a que la intersección de las categorías sociales de diferencia es lo que convierte en este caso a las mujeres vulnerables a la violencia o a los límites en sus derechos; de ahí que la interseccionalidad desafíe las prácticas de cómo llega a existir tal vulnerabilidad y pueda sugerir medidas que aborden los factores subyacentes. En segundo lugar, porque la interseccionalidad exige el reconocimiento de la diversidad dentro de los distintos grupos, y no sólo entre ellos. De esta manera, al reconocer la diversidad interna, la interseccionalidad contribuye a contrarrestar los puntos de vista esencialistas y estereotipados. En tercer lugar, al afirmar que la relación y la importancia entre categorías no pueden determinarse *a priori*, la interseccionalidad desafía la suposición del género como principal fuente de discriminación que afecta a todas las mujeres por igual y exige un examen exhaustivo de los múltiples sistemas de opresión relevantes en cada caso y contexto.

En consecuencia, el citado autor señala que, a pesar de que el enfoque de la vulnerabilidad haya podido suponer un avance en cuanto éste ha reconocido en mayor medida la diversidad dentro del grupo «mujeres», sigue siendo insuficiente y limitador al simplificar a dichos grupos, sin acentuar el contexto social, institucional, económico y demás que crea tal vulnerabilidad y porque, además, puede suscitar estigma, promover estereotipos y animar a adoptar medidas, en ocasiones, demasiado paternalistas.

⁶ AMOROS, C. y DE MIGUEL, A. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Minerva Ediciones, 2005.

⁷ SOSA, L. & MESTRE, R. «Intersectionality and the Istanbul Convention», en DE VIDO, S. y M. FRULLI, M. (eds.): *Istanbul Convention. A commentary*. Edward Elgar Publishing, 2022.

Asimismo, el autor destaca que los enfoques que se centran en los grupos vulnerables a menudo utilizan un lenguaje victimista que ignora la desigualdad estructural. Esto es, no se trata de personas ni grupos vulnerables (en sí mismos), sino que son precisamente los sistemas de poder —construidos sobre esos ejes de subordinación— los que los hacen vulnerables; por lo que, en el mejor de los casos, resultaría más acertado, a su juicio —opinión que comparto—, decir que son *vulnerabilizados*.

Pues bien, partiendo de las consideraciones anteriores y, sin obviar su punto de partida, el presente trabajo pretende reflexionar sobre cómo las nuevas formas de comunicación que constituyen las redes sociales mantienen la hegemonía de las estructuras socio-culturales establecidas desde el androcentrismo y la heteronormatividad legitimada, en línea al citado *iustfeminismo* y el enfoque de la *interseccionalidad*.

Para ello, se hará especial mención a las manifestaciones de la violencia de género que emergen de las concepciones culturales relacionadas con la perpetuación de la desigualdad y los estereotipos de género, naturalizados mediante el uso de la imagen en redes sociales y sus comentarios en entorno virtual.

III. La violencia de género a través de las redes sociales

1. Contexto social: el auge de las redes sociales

Fijado lo anterior y, entrando ya en el examen de fondo sobre la temática propuesta, resulta innegable afirmar que, en la actualidad, las redes sociales abarcan distintos ámbitos de nuestra vida, interfiriendo tanto en nuestra vida privada como en la pública; de modo que ocupan gran espacio en nuestras relaciones personales como en las profesionales.

Es decir, el espacio virtual ha rediseñado las relaciones sociales, ha diluido las fronteras físicas, culturales y sociales, y constituye en sí mismo un nuevo medio de comunicación, que permite interactuar de forma instantánea.

Por lo que respecta a las y los jóvenes, la presencia de las redes sociales es su vida diaria es aún más notoria y palpable; las tecnologías no son un mero instrumento de trabajo ni un modo más de comunicación, sino que su uso está totalmente insertado en su vida cotidiana, en la manera que tienen de interactuar y relacionarse. Por ello, el estudio del fenómeno de la violencia sobre la mujer cometida

a través de los medios tecnológicos y de la información adquiere especial relevancia.

Precisamente, el anonimato que ofrece el entorno virtual, entre otros factores que examinaremos más adelante, propicia actitudes nocivas e hirientes, como son el *ciberbullyng* o el acoso. Los datos demuestran que la violencia de pareja *online* se encuentra en auge entre las y los adolescentes⁸, toda vez que los comportamientos de control, desvalorización y consiguiente aislamiento de la mujer se (re)producen en el universo *online*⁹.

En la mayoría de las ocasiones, dicha violencia es reflejo de un tipo de violencia que se desarrolla en el espacio *offline* y que, como consecuencia de la normalización de las redes sociales, encuentra la manera de materializarse en el entorno virtual, reproduciendo estereotipos de géneros y formas de relacionarse que se han interiorizado desde la infancia¹⁰. Además, en muchos casos —como se analizará—, la violencia en las parejas adolescentes a través de la tecnología se considera la antesala de la violencia física en sus posteriores relaciones afectivas. Desde tal premisa, cabe afirmar, pues, que existe una retroalimentación entre el espacio *online/offline*.

Siguiendo tal hilo conductor, el objetivo principal de presente artículo es, de un lado, identificar los factores de riesgo que entrañan las redes sociales, en la medida que favorecen la perpetuación de los roles tradicionales de género. En este sentido, se pretende distinguir y analizar las nuevas manifestaciones de la violencia de género surgidas en el entorno virtual, para examinar cómo actúan y cómo se desarrollan. Esto es, se estudiarán distintos tipos de violencia machista surgidas en el espacio *online* (entre otras, la pornografía), de acuerdo con el concepto de la interseccionalidad, desde el enfoque *iوسفeminista* al que se ha aludido en la introducción, y se hará mención a los riesgos que entrañan las redes sociales en relación a la violencia de género *online*.

De otro lado, se pretende comprobar cómo a través de las redes sociales se incrementan conductas como los mecanismos de control hacia la pareja, conductas que se aceptan como pruebas de amor ro-

⁸ LÓPEZ BERLANGA, M.C y SÁNCHEZ ROMERO, C. «La interacción y convivencia digital de los estudiantes en las redes sociales». *Revista de Educación Inclusiva*, vol. 12(2), 2019, pp. 114-130.

⁹ MUÑIZ-RIVAS, M.; CALLEJAS-JERÓNIMO, J.E. y POVEDANO DÍAZ, A. «La Dependencia a las Redes Sociales Virtuales y el Clima Escolar en la Violencia de Pareja en la Adolescencia», *International Journal of Sociology of Education*, vol. 9(2), 2020, p. 88.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 213-233.

mántico, con especial mención a los celos y las consecuencias que éstos provocan en las redes.

Finalmente, se propondrán diversas líneas de actuación y de mejora, tanto en el ámbito preventivo como en el de la intervención y erradicación; y se concluirá con una breve recapitulación y análisis personal en base a las conclusiones alcanzadas.

2. Factores

Como punto de partida, se analizarán con carácter genérico las causas o los factores que favorecen la perpetuación de las desigualdades de género entre las y los adolescentes y, en particular, la (re)producción de las distintas manifestaciones de la violencia machista en el entorno virtual.

En primer lugar, debe destacarse la plena vigencia, aún a día de hoy, del discurso del *amor romántico* entre las y los jóvenes¹¹. La idealización del amor romántico sigue constituyendo un papel fundamental en el mantenimiento y perpetuación de la subordinación social de la mujer; resultando, también, un componente crucial respecto a la producción de las distintas formas y manifestaciones de la violencia sobre las mujeres¹².

En segundo lugar, en lo que respecta a las redes sociales y a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en lo sucesivo, TIC's), no debemos olvidar las imágenes sexistas que se lanzan a través de ellas, su repercusión social y acceso global. Se trata de mensajes e imágenes que llevan aparejados estereotipos tales como la hipersexualización de las niñas desde la infancia o la hiperproductividad de la mujer en su adultez. Además, se apunta a la gran dependencia a las redes sociales por parte de los y las más jóvenes. Sobre tal particular, diversos estudios demuestran que existe una clara asociación entre los comportamientos violentos y la dependencia a las redes sociales en adolescentes, a la vista de su contenido y de su naturaleza¹³.

¹¹ BLANCO RUIZ, M.A. «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes». *Comunicación y Medios*, vol. 30, pp. 124-141.

¹² ESTEBAN, M. L.; MEDINA, R. y TÁVORA, A. «¿Por qué analizar el amor? Nuevas posibilidades para el estudio de las desigualdades de género», en DíEZ, RC. y GREGORIO, C. (coords.): *Cambios culturales y desigualdades de género en el marco local-global actual*, Fundación el Monte, 2005, pp. 1-16.

¹³ MUÑIZ-RIVAS, M.; CALLEJAS-JERÓNIMO, J.E. y POVEDANO DÍAZ, A. «La Dependencia a las Redes Sociales Virtuales y el Clima Escolar en la Violencia de Pareja en la Adolescencia», *International Journal of Sociology of Education*, vol. 9(2), 2020, pp. 213-233

En tercer lugar, en el caso de la violencia de género ejercida en el espacio *online*, debemos tener en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, afecta a jóvenes y adolescentes. Así, pues, su edad y consiguiente vulnerabilidad dificulta tanto la interposición de denuncia —por el temor a la reacción de su entorno, sometimiento por parte del (presunto) agresor, etc.— como la detección. Se trata, en esencia, de jóvenes adolescentes —o incluso menores de edad— altamente influenciados por parte de sus agresores, que se encuentran en una etapa vital crucial para el desarrollo de su identidad y rasgos personales.

En cuarto lugar, no debemos olvidar que a lo anterior se suma el carácter cíclico genérico de esta lacra social, la fase de luna de miel posterior a la denuncia —en su caso— y, en consecuencia, la presión emocional y psíquica que se ejerce sobre la víctima por parte del (presunto) agresor, con el correlato de dependencia emocional y la falta de una verdadera libre voluntad de la víctima.

En quinto lugar, entre los factores o riesgos *individuales*, alguno/as autores apuntan a la exposición a la violencia desde la niñez, a la justificación de la violencia y a la aceptación y naturalización de ésta como resolución de conflictos¹⁴, entre otras muchas, sin que sean riesgos concluyentes.

En sexto lugar, en lo tocante a los riesgos comunitarios, tradicionalmente se ha puesto el foco en factores que vinculan la violencia de género con la pobreza, el alto porcentaje de familias disruptivas y la baja participación de estas personas en la comunidad. Ello, no obstante, diversos estudios demuestran que cualquier mujer podemos ser víctima de la violencia machista, independientemente de nuestra condición, clase social, situación económica, cultural o racial —tal y como me demuestra mi trayectoria como titular de un Juzgado con competencia en esta materia—. De este modo, tales estudios señalan que la violencia contra las mujeres tiene una presencia *transversal* en la sociedad¹⁵, además que se presenta como un tipo de violencia *dinámica*, que se encuentra en constante evolución y adaptación al cambio, sustentada socioculturalmente por medio de la desigualdad de género¹⁶.

¹⁴ GÓMEZ, M. C. S., VICARIO, B. P., y GARCÍA, A. V. «Indicadores de violencia de género en las relaciones amorosas. Estudio de caso en adolescentes chilenos». *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, vol. 26, 2015, pp. 85-109.

¹⁵ PEÑA AXT, J.C. «Los celos como norma emocional en las dinámicas de violencia de género en redes sociales en las relaciones de pareja de estudiantes», *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, Vol. 8, Núm. 2, 2019, pp. 180-203.

¹⁶ PERUSSET, M. «Las redes sociales interpersonales y la violencia de género». *Tareas*, núm. 163, 2019, pp. 85-101.

En conclusión, son muchos los factores que explican el incremento de las diversas manifestaciones de la violencia de género en las redes sociales. En cualquier caso, de acuerdo con diverso/as autores —entre ellos Hernando Gómez¹⁷— y en línea con lo anteriormente expuesto, no debemos obviar en ningún caso que se trata de un problema *multi-dimensional*, condicionado por diversos elementos que afectan tanto al maltratador como a la víctima, que se desarrollan en diversos ámbitos y contextos, interrelacionados entre sí.

3. E-violence y sus distintas manifestaciones

En este contexto, cabe conceptuar la violencia tecnológica, también denominada *e-violence*, como toda «violencia psicológica ejercida sobre la mujer, por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad, aún sin convivencia, ejercida a través de cualquier medio tecnológico o electrónico».

Se trata, pues, de una delimitación conceptual que aúna la violencia y la tecnología y que engloba diversas manifestaciones de la violencia machista, siendo elemento común de todas ellas el hecho de que la violencia sea ejercida a través de las redes sociales, aplicaciones o distintos instrumentos de la tecnología o de la información¹⁸.

La práctica demuestra que lo más frecuente es que la violencia, en el plano virtual, se ejerza mediante amenazas, humillaciones o vejaciones; se exija obediencia o sumisión y se traduzca en algún tipo de coerción, aislamiento o limitaciones del ámbito de libertad de la mujer víctima. Entre otras clasificaciones, este tipo de desvalorizaciones se categorizan en tres subtipos, a saber: *sexting*, *stalking* y *cyberbullying*.

En primer lugar, en lo que respecta al *sexting*, según el autor Mc Laughlin, es un fenómeno que comprende las conductas de producción o consentimiento de la producción de imágenes o videos propios, en actitud sexual —desnuda o semidesnuda—, así como su envío a terceras personas— ya sea mediante el teléfono móvil, correo electrónico o mediante su puesta a disposición de terceros en el entorno virtual—.

¹⁷ HERNANDO GÓMEZ, Á. «La prevención de la violencia de género en adolescentes. Una experiencia en el ámbito educativo». *Apuntes de psicología*, vol. 25(3), 2007, pp. 325-340.

¹⁸ BUENO DE MATA, F. *Análisis procesal de la violencia de género ejercida a través de internet. Violencia de género e igualdad: una cuestión de derechos humanos*. Editorial Comares. 2013, pp. 11-21

En segundo lugar, se conceptúa el delito de *stalking* como la persecución ininterrumpida e intrusiva a una persona con el que se pretende establecer un contacto personal contra su voluntad, sirviéndose para ello de cualquier instrumento tecnológico.

En tercer lugar, se denomina *cyberbullying* el uso de la información y comunicación a través de la tecnología, que un individuo o grupo utiliza deliberadamente y de manera repetida para el acoso o amenaza hacia otro individuo o grupo, mediante el envío o publicación de un texto vejatorio y/o gráfico a través de los medios tecnológicos. De esta manera, el *cyberbullying* responde a un tipo de acoso verbal y/o escrito, que se desarrolla en el espacio *online*.

En el ámbito de la pareja el *cyberbullying* se materializa mediante conductas hostiles y acosadoras hacia la mujer por parte de su pareja o ex pareja sentimental, ataques a su fama o reputación, daños a la intimidad a través de la publicación o divulgación de comentarios hirientes o vídeos que atentan contra su imagen o intimidad, la creación de perfiles falsos, la suplantación de su persona, el etiquetaje de fotos, o el constante acoso con insultos y/o amenazas, entre otras muchas. Las redes y demás TIC's se convierten casi de manera automática en el instrumento de violencia o acoso en el seno de dichas relaciones¹⁹.

Concretamente, la confianza en la pareja y el convencimiento en que se mantendrá la confidencialidad sobre los datos íntimos facilitados constituyen una nueva forma de «vulnerabilidad». La práctica diaria demuestra que los agresores se valen de dicha información y/o imágenes en el momento que va a producirse la ruptura sentimental, amenazando a su pareja con su divulgación, ejerciendo un acto de dominio, control y represalia hacia sus parejas²⁰.

La experiencia que me brinda mi trayectoria profesional como titular de un Juzgado con competencia en materia de violencia sobre la mujer me permite afirmar que existe un indiscutible auge en tales conductas y comportamientos. A título de ejemplo, cabe destacar relaciones de pareja en las que es frecuente que el hombre controle con quién sale su esposa o pareja en su tiempo de ocio, exigiéndole que le comparta su ubicación/localización de manera ininterrumpida, que le mande fotografías o vídeos de manera constante o que le realice un seguimiento exhaustivo de las publicaciones que comparte.

¹⁹ MARTÍN MONTILLA, A. y otros. «Una modalidad actual de violencia de género en parejas de jóvenes: las redes sociales», *Revista Educación XXI*, vol. 19, núm. 2, UNED, 2016, pp. 405-429.

²⁰ PRENSKY, M. *Digital Natives, Digital Immigrants*. On the Horizon, MCB University Press, vol. 9, núm. 5, 2001.

Dicho de otro modo, el propio formato *non-stop* o *imparable* de las redes sociales hace que el agresor no cese en su conducta y no permita que su víctima tenga un *respiro*, semejante a la violencia que se ejerce con el *cyberbullying* en la etapa escolar, perpetuándose incluso en las horas en las que las y los menores no están en las aulas²¹.

Además de la clasificación anteriormente mencionada, se identifican otras siete categorías de violencia verbal y escrita que, actualmente, se ejercen a través de las nuevas tecnologías, que se concretan en las siguientes:

1. *Flaming*: envío de mensajes vulgares o que muestran enfado sobre una persona, a un grupo online o a esa persona en particular.
2. *Acoso online*: envío repetido y constante de mensajes ofensivos o hirientes.
3. *Cyberstalking*: acoso *online* que incluye amenazas de daño o intimidación.
4. *Denigración*: envíos perjudiciales, falsas y crueles afirmaciones sobre una persona a otras o comentarios en lugares *online*.
5. *Suplantación de la persona*: hacerse pasar por la víctima y enviar o colgar archivos de texto, video o imagen que perjudiquen su reputación.
6. *Outing*: envío o publicación de material sobre una persona que contenga información sensible, privada o embarazosa, incluido respuestas de mensajes privados o imágenes.
7. *Exclusión*: cruel expulsión de alguien o de un grupo *online*, incluidas publicaciones de textos, material audiovisual, etc.

Tales comportamientos tienen en común una serie de características que facilitan el mantenimiento del fenómeno, concretamente: la amplitud de la potencial audiencia, la invisibilidad o anonimato, el tiempo y el espacio en que se produce —que traspasa los límites temporales y físicos—, lo imperecedero del contenido digital —que se almacena en los sistemas electrónicos—, la rapidez y la comodidad de las TIC's, entre otros.

En particular, en relación a la violencia ejercida por parte o hacia los adolescentes, como se decía *ut supra*, la adolescencia es una etapa vital decisiva en la que se produce la construcción de una identidad propia y diferenciada y en la que, además, la construcción de la identidad de género tiene un papel fundamental.

²¹ TARRIÑO CONCEJERO, L. *Adolescentes y violencia de género en las redes sociales*. Universidad de Sevilla. 2014.

En esta etapa, las y los adolescentes tienen la capacidad de modificar —o no— los modelos y expectativas asociados a la construcción social tradicional de género. Por tal motivo, es imprescindible ahondar y reflexionar sobre los distintos mecanismos y formas —explícitas e implícitas— mediante las cuales se reproduce la violencia o la dominación de género, en especial, a través de las redes sociales²².

Justamente, partiendo del contexto tecnológico en el que se desarrollan las relaciones de pareja en la actualidad y las conductas que se producen, varios experto/as han acuñado el término Violencia en el Noviazgo (VN) o *Dating violence* —en términos anglosajones—, para referirse a los actos de violencia física, psicológica y sexual que ocurren entre parejas de adolescentes y jóvenes adulto/as. Los autores apuntan a la importancia de poner el foco en tales relaciones virtuales que, pese a no existir una convivencia y desarrollarse en el espacio virtual, en muchas ocasiones suponen la antesala de una relación violenta posterior, que lleva aparejada agresiones físicas o, al menos, indicios de una relación que sienta sus bases sobre una relación de dominio y control hacia la mujer²³.

En otros términos, las actitudes violentas se incrementan de manera «natural» en la medida en que la relación avanza. Y, pese a ello, los datos demuestran que los adolescentes perciben el fenómeno de la violencia de género como una cuestión ajena, como si se tratara de una problemática que únicamente afecta a mujeres adultas o casadas, sin que sean capaces de reconocer su propia realidad²⁴. Más concretamente, sostienen que sí existe presencia y repetición de patrones y modelos machistas. Ello, no obstante, reproducen ellos mismos algunos de tales comportamientos, por tratarse de acciones y/o actitudes absolutamente normalizadas.

En cuanto a las acciones delictivas entre los jóvenes, los estudios señalan que en el inicio de las relaciones existe mayor presencia de *maltrato psicológico*, en el cual los valores de poder, dominio y fuerza son inherentes a la masculinidad y se defienden o se ejercen a través de la violencia. Por su parte, a la mujer se le vincula con la necesidad de pro-

²² GUTIERREZ, H. «Las necesidades adolescentes y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», *Revista de estudios de juventud*. Núm. 92, 2011, pp. 87-110.

²³ ESTÉBANEZ, I. «Del amor al control a golpe de click: la violencia de género en las redes sociales», *IV Jornada de Sensibilización sobre la Violencia de Género*. Lanzarote, 2012. Recuperado de <http://goo.gl/c53TDo>

²⁴ HERNANDO-GÓMEZ, Á. «La prevención de la violencia de género en adolescentes. Una experiencia en el ámbito educativo». *Apuntes de Psicología*, 25(3), 2007, pp. 325-340.

tección, debilidad y control; patrones que, a día de hoy, desgraciadamente, se reproducen en la construcción de la identidad femenina²⁵.

Con todo ello, lo cierto es que son muchos los mitos que aún perviven en las relaciones de pareja de jóvenes y adolescentes. A modo de ejemplo, diversos estudios subrayan la idea de que «el amor en la cultura patriarcal está unido a la idea de posesión y a paradigmas de dominación y sometimiento por los que se asume que una persona da amor y la otra lo recibe»²⁶.

Sobre tal particular, en la práctica diaria del Juzgado se observa que una de las situaciones más repetidas y, por consiguiente, causante de los escenarios descritos son expresiones y frases como las que se describen a continuación: «Siempre te amaré». «Si me lees, ¿por qué no me contestas?». «Cariño, estoy hablando contigo, suelta el móvil». «¿Por qué te conectaste ayer a las 03:00 h de la mañana?» «¿Con quién hablaste ayer por la noche?».

Por todo ello, resultan especialmente preocupantes los mitos que se asocian con distintos episodios de violencia de género, unido a la inmediatez de las redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*. Se trata de aplicaciones que muestran al listado de contactos la última hora a la que te has conectado en la aplicación, si te encuentras «en línea», «escribiendo» o incluso estados que visualizan imágenes o texto —o ambas— durante 24 horas, con el acoso o control que todo ello puede suponer.

Así las cosas, las situaciones de violencia más detectadas en los Juzgados con competencia en materia de Violencia sobre la Mujer son las siguientes:

- Acoso a través de las redes sociales y *WhatsApp*.
- Amenazas con revelación de datos, videos o fotografías.
- Control de las amistades en las redes sociales.
- Darse de baja en las redes sociales.
- Obligar a una persona a realizar el envío de fotografías o videos.
- Usurpar la contraseña de la red social de pareja.

Véase que un 85 % de las y los jóvenes reconocen que el intercambio de contraseñas es muy habitual²⁷. Los justifican por entender

²⁵ GARCÍA, L. A. «Sexismo en adolescentes y su implicación en la violencia de género». *Boletín criminológico*, (144), 1, 2013.

²⁶ BUTLER, J. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (M.^a Antonia Muñoz, Trad.). Paidós Ibérica, S.A., 2007.

²⁷ MARTÍN MONTILLA, A. y otros. «Una modalidad actual de violencia de género en parejas de jóvenes: las redes sociales», *Revista Educación XXI*, vol. 19, núm. 2, UNED, 2016, pp. 405-429

que es un acto de confianza y amor, aduciendo que «si tu pareja no tiene nada que esconder, ¿por qué no intercambiarla?». Únicamente el 25 % restante de las y los adolescentes se muestra en desacuerdo, por entender que el uso de claves y contraseñas es un dato íntimo que corresponde a la privacidad de la persona y, por lo tanto, se debe respetar.

En conclusión, en el día a día de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se observa cómo el espacio *online* se ha convertido en una de las fuentes principales de conflicto entre las parejas, en especial, de los jóvenes. Se aprecian situaciones en las que el *double check* o los dos tics de color verde al lado del mensaje se convierten en prueba fehaciente de amor o fidelidad²⁸; por lo que resulta de especial preocupación la dificultad de mucho/as jóvenes en identificar tales conductas como violentas y/o vejatorias, al justificarlas como normales y/o frecuentes²⁹.

4. Normalización de la violencia machista entre las y los jóvenes

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el alto grado de normalización de la violencia machista existente en la etapa de la adolescencia y juventud requiere una mención aparte. Como se apunta, diversos estudios coinciden en que se está normalizando y ocultando la habitualidad del comportamiento de acoso o de violencia psicológica que se ejerce a través de las redes sociales³⁰. Las y los jóvenes son capaces de detectar situaciones de violencia de género que se materializan en agresiones físicas o sexuales, mientras que normalizan determinados comportamientos como los celos, el control social, la prohibición de hacer uso de las redes, etc. como parte del amor.

En este punto, me gustaría hacer especial hincapié en el cóctel explosivo que representan el control y los celos en el entorno virtual. Se recoge que prácticamente la mitad de las y los jóvenes con pareja han mantenido alguna discusión por el contenido de sus publicaciones en

²⁸ PÓO, A. M., y VIZCARRA, M. B. «Violencia de pareja en jóvenes universitarios». *Terapia psicológica*, 26(1), 2008, pp. 81-88.

²⁹ MARTÍN MONTILLA, A. y otros. «Una modalidad actual de violencia de género en parejas de jóvenes: las redes sociales», *Revista Educación XXI*, vol. 19, núm. 2, UNED, 2016, pp. 405-429.

³⁰ BLANCO RUIZ, M.A. «Implicaciones del Uso de las Redes Sociales en el Aumento de la Violencia de Género en Adolescentes». *Comunicación y Medios*, vol. 30, pp. 124-141.

las redes sociales, siendo habitual que estén implicadas terceras personas que no son de la confianza o del agrado del otro miembro de la pareja³¹.

Así, pues, resulta que los celos constituyen una de las principales fuentes de conflictos y discusiones entre las parejas adolescentes. En lo que respecta a mi experiencia profesional, concluyo que los celos van en aumento conforme la relación avanza y se extienden a las redes sociales, tomando terreno del espacio *offline* al *online*.

De un lado, en lo tocante al entorno *offline*, los celos siguen siendo una de las principales causas por la que se producen las manifestaciones de la violencia. Aún a día de hoy las y los jóvenes muestran cariño, afecto o amor por el otro/a mediante los celos. Y, desgraciadamente, partiendo de esta equivocada premisa, se extiende la creencia de que la no manifestación o la ausencia de celos implica que el otro/a no es de interés o no se está correspondiendo de manera adecuada el amor del otro/a³², con los graves riesgos y peligrosas consecuencias que ello conlleva.

De otro lado, por lo que respecta al espacio *online*, diversos estudios demuestran que los celos en las redes sociales se manifiestan en tres momentos de la relación de pareja, identificados como: la prueba de amor, el control propiamente dicho y la salida de la red o del espacio *online*³³.

En lo relativo a la primera etapa, se denomina como *prueba de amor* y está compuesto por dos distintas fases. La primera de ellas corresponde a un acto de amor y de confianza que consiste en compartir con la pareja las claves de inicio de sesión de diversas redes sociales, dispositivo móvil o correo electrónico. Se trata, según la falsa creencia de las y los jóvenes, de un acto basado en la confianza hacia el otro/a y que, en este sentido, no hay nada que ocultar. Es decir, consiste en mostrar conversaciones anteriores de *Whatsapp* —principalmente, de anteriores parejas, amistades, etc.—, compartir las claves de redes sociales como *TicToc*, *Instagram*, de correos electrónicos u otras distintas TIC.

De esta manera, lo que resulta realmente llamativo y especialmente preocupante es que tal comportamiento y/o acto de confianza no se

³¹ *Ibid.*

³² BITTAR, D. B., y NAKANO, A. M. S. «Symbolic violence among adolescents in affective dating relationships». *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, 51, 2017.

³³ PEÑA AXT, J.C. «Los celos como norma emocional en las dinámicas de violencia de género en redes sociales en las relaciones de pareja de estudiantes», *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, Vol. 8, núm. 2, 2019, pp. 180-203.

conciba como negativo, sino todo lo contrario. Las y los jóvenes basan la calidad y valía de su relación inicial en la transparencia, confundiendo valores éticos como la confianza, la lealtad o la bondad con actitudes en las que imperan el control y la dominación.

En cuanto a la segunda de las etapas anteriormente meritadas, se califica como la fase del *control*, la cual consiste en eliminar amistades y bloquear cuentas de personas que para el otro no son adecuados para la sana relación en construcción, por concebir a esa persona como fuente de peligro. En otros términos, esta etapa estriba en eliminar por redes sociales, por parte de la mujer, a personas que el agresor —su pareja— considera que no deben ser amigo/as de ella.

De este modo, en esta fase predomina el *control* y guarda estrecha vinculación con el poder o dominio que los hombres ejercen sobre las mujeres, colocando a éstas en una situación de sumisión y, por consiguiente, de inferioridad. El hombre ocupa, así, un espacio que le compete a la mujer, en detrimento de ésta.

Para concluir, el último momento o fase a la que se ha aludido está vinculado con la eliminación de las propias cuentas en redes sociales o, en su caso, de una serie de publicaciones o imágenes, amenazada o condicionada por la pareja o ex pareja.

La práctica forense demuestra que son actos realizados principalmente por mujeres, afirmando que con ello buscan encontrar tranquilidad y evitar discusiones y conflictos con su pareja. Sin embargo, no debemos obviar que se trata de comportamientos muy extremos y radicales, como consecuencia de las cuales las mujeres desaparecen de las redes sociales, mientras están sometidas a un aislamiento por parte de sus parejas o ex parejas. Dicho de otro modo, se trata de decisiones que son consecuencia de unos celos extremos por parte de su agresor y, en la mayoría de las ocasiones, tras sufrir episodios de maltrato psicológico; adoptando una decisión que únicamente busca «agradar» y «tranquilizar» a la pareja o ex pareja, dejando a un lado sus propios deseos y voluntades.

5. *La invisibilización de la violencia de género online*

No obstante todo lo anterior, lo cierto es que existe cierta invisibilización de la hasta ahora denominada ciberviolencia de género o *e-violence*, que se encuentra intrínsecamente relacionada con la dificultad de identificar qué es violencia por parte de las y los jóvenes.

En concreto, la normalización, justificación y la minimización de comportamientos violentos hace prácticamente imposible la detección

de este tipo de violencia por parte de los y las adolescentes y, desde luego, hasta el momento, no existen líneas de actuación que trabajen de manera específica la detección precoz, prevención y posteriores actuaciones de la *e-violence*.

Deteniéndonos en los factores a los que obedece la normalización de la violencia de género *online* por parte de la juventud usuaria de las redes sociales, cabe hacer mención, entre otras, a la propia invisibilización por parte de las instituciones y los poderes públicos³⁴ —cuestión que se estudiará más adelante—, así como a la perpetuación de conductas violentas y de estereotipos de género en el entorno *offline*, que paso a examinar a continuación.

IV. Estereotipos de género

En efecto, resulta innegable afirmar que los estereotipos tradicionales basados en las relaciones sexo-genéricas siguen existiendo en la actualidad. Situándonos en el marco donde las tecnologías y las redes sociales son actores y no simples instrumentos en la socialización de género, debemos de prestarles especial atención, en tanto en cuanto también sirven para construir y perpetuar los discursos del sistema sexo-género³⁵, tal y como venimos reiterando.

Con carácter introductorio, no debemos olvidar que los estereotipos provienen de nuestros códigos morales, filosofías sociales y orientaciones políticas que indican nuestra posición en la sociedad. Por ello, en ningún caso son neutrales y constituyen la fortaleza de nuestras tradiciones³⁶.

Los estereotipos son «resultado de las dinámicas de poder, no la dinámica en sí misma». Muy recientemente las juristas femeninas Ghidoni y Morondo se han pronunciado en el sentido de apuntalar que los estereotipos como mecanismos cognitivos no tienen como objetivo la obtención de información y que su función no es neutra. Consideran que la función de los estereotipos es justificar las jerarquías de poder y, en este sentido, se fijan en elementos sistémicos

³⁴ DEL PRETE, A y REDÓN-PANTOJA, S. «The Invisibility of Gender-Based Violence in the Social Network». *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, vol. 11(2), 2022, pp. 124-143.

³⁵ BLANCO RUIZ, M.A. «Implicaciones del Uso de las Redes Sociales en el Aumento de la Violencia de Género en Adolescentes». *Comunicación y Medios*, vol. 30, pp. 124-141.

³⁶ COLMAN, A.M. *A dictionary of Psychology*. Oxford University Press, 2008.

clave como la serialización, la heterodesignación y la interseccionalidad³⁷.

En este contexto, el enfoque *iusfeminista* adoptado en el presente trabajo y, más concretamente, el modelo sustantivista defendido promueve la adopción de medidas de acción afirmativa, en la medida que son concebidas como instrumento para garantizar la igualdad material y combatir la situación de subordinación de un grupo históricamente excluido³⁸, incluyendo la necesidad de revertir los efectos que ocasionan en el contexto social los estereotipos de género. Esto es, la igualdad material y sustantiva del art. 9.2 de la Constitución Española debe conjugarse con elementos relativos a ésta como «el contexto social, los efectos sociales y de todo orden de las normas jurídicas, los presupuestos estructurales que existen tras las normas o los estereotipos que siguen siendo utilizados para justificar el trato diferenciado³⁹.

Sobre tal extremo, cabe destacar que la recepción del *Derecho antidiscriminatorio* en España ha ido íntimamente ligada a dos elementos influyentes, a saber:

De un lado, a la normativa europea, con la trasposición de diferentes Directivas en materia de igualdad de trato y no discriminación, y a la jurisprudencia europea, emanada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

De otro lado, al ámbito de la Convención Europea de Derecho Humanos (en lo sucesivo, CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

Con ello, cabe recordar que la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas define la «violencia de género» como «todo acto de violencia basada en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad».

³⁷ GHIDONI, E. y MORONDO TARAMUNDI, D.: «Análisis contextual, interseccionalidad y función justificativa de los estereotipos en el derecho: una réplica». *Revista Discusiones*, vol. 28 (1), 2022, pp. 109-118.

³⁸ CASTRO CRUZATT, K. *Bases teóricas del derecho a no ser discriminado en los Estados Unidos de América*. Tesis Doctoral. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2021.

³⁹ AÑON ROIG, M.J. «Grupos sociales vulnerables y Derechos Humanos. Una perspectiva desde el Derecho antidiscriminatorio», en PECES-BARBA, G. y FERNÁNDEZ, E. (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Cultura de paz y grupos vulnerables*. Dykinson, 2013, pp. 609-671.

Por su parte, la Asamblea General de la ONU aprobó en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (conocida como CEDAW), la cual entró en vigor en el año 1981.

Por lo que respecta a la acción positiva meritada en el plano europeo —que encuentra reconocimiento normativo en la Directiva 76/207/CEE—, tanto su concepción como su dimensión ha sido perfilada por la jurisprudencia del TJUE, que ha acuñado el concepto de la igualdad de oportunidades tanto para justificar la acción positiva como para rechazarla⁴⁰.

En cualquier caso, la citada CEDAW no sólo constata, sino que a través de sus artículos 5 a) y 2 f) establece lo que se conoce como la «obligación jurídica de eliminar o combatir los estereotipos de género», obligando a los Estados contratantes a adoptar medidas efectivas para ello. Como consecuencia de ello, la eliminación de los roles y estereotipos en función del género debe erigirse como uno de los principios generales de las legislaciones más modernas en materia de igualdad de mujeres y hombres.

En relación a las novedades legislativas recientes, desde mi punto de vista, se observa una mayor preocupación por parte del legislador —y añado: legisladora— hacia los estereotipos de género y su efecto negativo en los derechos de las mujeres durante los últimos años. Un ejemplo de ello es la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (en adelante, LO 10/2022), en especial, en los que respecta a los estereotipos de las mujeres relativos a la libertad sexual, que deriva de la incorporación a la óptica interseccional estudiada en este trabajo.

De este modo, se reconoce en la Exposición de Motivos la importancia de abordar los estereotipos desde los poderes públicos en aras a promover la igualdad material y efectiva. De manera más contundente, se recoge que «la perspectiva de género e interseccionalidad» son el prisma «desde el que garantizar las acciones judiciales, medidas de protección, apoyo y servicios a las víctimas».

En definitiva, la meritada LO 10/2022 establece como principio rector de los poderes públicos el *enfoque de género*, entendido como aquel que se fundamenta en «la comprensión de los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y sus consecuencias en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones de la LO».

⁴⁰ BARRÈRE UNZUETA, M.A. «La acción positiva, un análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, vol. 9, 2003, pp. 1-29.

Por todo ello, desde mi punto de vista, la LO 10/2022 constituye una novedad en lo tocante al énfasis que realiza sobre la necesidad de trabajar en los estereotipos de género, poniendo especial énfasis en la atención a la situación y necesidades de las víctimas de discriminación interseccional (véase el Título III).

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca que la identificación y referencia expresa a los estereotipos de género se produce principalmente en el ámbito del Derecho Penal y, más concretamente, en delitos relativos a la violencia de género.

Por todo ello, el estudio sobre «la evolución de la adolescencia sobre la igualdad y la prevención de la violencia de género» demuestra que, a pesar del desarrollo social, técnico y tecnológico, los estereotipos y las desigualdades entre ambos sexos siguen existiendo y continúan produciendo un gran impacto en la juventud⁴¹, lo que urge la necesidad de impulsar y poner en marcha Planes y Protocolos de actuación que aborden la materia.

En cualquier caso, a nivel autonómico, debe destacarse, de un lado, el Protocolo presentado el pasado 1 de octubre de 2024 por el ARARTEKO en materia de violencia machista y, de otro lado, el presentado por EMAKUNDE el 8 de octubre de este mismo año. En lo que respecta a este último, EMAKUNDE anunció la elaboración de un Plan en el que fijaba como prioridad desmontar falsos mitos vigentes entre las y los jóvenes, con especial mención a los hombres que se sienten falsamente desprotegidos por la legislación y actuación de los poderes públicos. En este mismo sentido, comunicaba la puesta en marcha de diversos proyectos.

V. Consecuencias y riesgos

Una vez estudiado el fenómeno de la violencia de género ejercida a través de las redes sociales, sus factores y alcance, así como realizado un enfoque a través del concepto de la *interseccionalidad* y los estereotipos de género, procedemos a continuación a analizar las perniciosas consecuencias y los graves riesgos que trae consigo, en especial, para las y los jóvenes.

Como punto de partida, debemos tener en cuenta los mensajes misóginos y de odio contra las mujeres que se lanzan en muchas oca-

⁴¹ DÍAZ-AGUADO, M., MARTÍNEZ, R., y MARTÍN, J. *La evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y la prevención de la Violencia de género*. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2013.

siones en el entorno virtual. Se trata de discursos que obedecen a una serie de patrones específicos pertenecientes al androcentrismo y a la misoginia, imperantes de la cultura patriarcal que aún impera. A su vez, no cabe ignorar la imagen que las redes sociales trasladan de las niñas y mujeres jóvenes: menores hipersexualizadas y la divulgación de imágenes poco realistas del físico de las mujeres. Sobre tal particular, la autora latinoamericana Esther Pineda acuñó por primera vez en el año 2012 el concepto de la *violencia estética* que apunta, justamente, a visibilizar las distintas narrativas, acciones o prácticas sociales que obligan a las mujeres a responder del ideal y de los cánones de belleza, fundamentado a través de cuatro grandes premisas: el sexismo, el racismo, la gordofobia y la gerontofobia.

Resulta sorprendente que, pese a los avances sociales en materia de igualdad, sigan reproduciéndose ciertos contenidos e imágenes en redes sociales que repiten estereotipos que debían estar ya vencidos. Por ello, al igual que en los medios de información y en el ámbito de la publicidad, deben fomentarse campañas de actuación y prevención también en redes sociales.

Dejando al margen lo anterior y, centrándonos ya en las consecuencias más graves de la violencia machista ejercida a través de las redes sociales y las TIC's, cabe destacar, entre otras: el riesgo de entablar relación con personas desconocidas, los riesgos que conlleva la sobreexposición en redes, el acceso a contenidos inadecuados por parte de menores altamente influenciables y vulnerables, así como la propia vulneración de la privacidad y el derecho a la intimidad, etc.

A lo anterior debe adicionarse que la violencia ejercida a través del espacio virtual afecta no sólo a la esfera personal y bienestar mental de la mujer agredida, sino también a su vida pública, toda vez que el acoso o humillación puede haberse realizado de forma pública, a través de plataformas de acceso público. Por ejemplo, son frecuentes los casos en el que el agresor sube o publica un vídeo o imagen que afecta gravemente a la reputación o imagen pública de su pareja o ex pareja, así como imágenes o comentarios denigrantes que le repercutan directamente. Del mismo modo, tales consecuencias pueden trasladarse al ámbito profesional de la víctima, ocasionando grave sufrimiento también en la esfera laboral.

Es decir, si bien todas las manifestaciones de la violencia machista resultan altamente dañinas, debemos ser conscientes que la ciberviolencia de género no sólo ocasiona daños y perjuicios en el ámbito privado de la mujer, sino también en su vida pública y/o profesional, pudiendo llegar a generar grandes estragos, afectando hondamente en su salud mental y bienestar emocional.

Por consiguiente, nos encontramos ante medios de gran alcance y repercusión, con las consecuencias inherentes que llevan consigo. Si bien *a priori* la violencia de género *online* pudiera parecer más inofensiva por el simple hecho de no caracterizarse por ser una violencia física o visible, sino más bien de afectación psicológica; lo cierto es que los estudios demuestran que puede tratarse uno de los tipos de violencia más dañina debido a sus graves consecuencias sociales y culturales, afectando gravemente a la salud mental de la víctima⁴².

VI. Breve referencia a la pornografía infantil

Tratándose de una cuestión íntimamente ligada con la materia aquí estudiada, me gustaría hacer una breve mención a la pornografía infantil y su difusión y/o divulgación a través de las redes sociales y entorno virtual.

Con carácter introductorio, me gustaría incidir en el término que se emplea para denominar tal conducta ilícita o ilícito penal. Más concretamente, no concibo que se conceptúe como *pornografía infantil* cuando en realidad se trata de *vídeos de agresiones sexuales a menores*. Nos encontramos ante un término o concepción más larga, pero es innegable la importancia del lenguaje, máxime en cuestiones tan transcendentales que delimitan las bases y principios éticos de una sociedad y que afectan a menores de edad.

Como se recogía anteriormente, es irrefutable que vivimos en una sociedad «hipersexualizada», en la que se traslada a través de páginas web —de acceso público y gratuito— imágenes y vídeos de menores absolutamente hipersexualizados, lejos de una imagen normalizada. Pero no sólo ello, sino que la pornografía se convierte en verdadero caldo de cultivo para que los menores terminen empleando la violencia y actitudes machistas en sus relaciones sexuales. Pese a ello y, la gravedad que trae consigo, la sociedad sigue mirando hacia otro lado; adoptando, a mi juicio, una cierta actitud permisiva, al menos, de manera tácita.

Nos hallamos ante un escenario en el que se ha liberalizado el deseo, que ahora constituye otro producto más de ley de la oferta y de la demanda, de modo que resulta difícil salir indemne de la «epidemia» de la pornografía.

⁴² VERGÉS BOSCH, N. y GIL-JUÁREZ, A. «Un acercamiento situado a las violencias machistas online y a las formas de contrarrestarlas». *Revista Estudios Feministas, Florianópolis*, vol. 29 (3), 2021, pp. 1-16.

Como consecuencia de todo ello, resulta apremiante acometer el problema en su integridad, de manera transversal, realizando un estudio que fije los focos del problema, así como las líneas de actuación, prevención, lucha y castigo. En esta misma línea, es imprescindible dedicar tiempo y esfuerzo a la educación sexual y los hábitos de los menores y, en especial, a los *porno nativos*, que es como se denomina a las niñas y niños que nacieron con el libre acceso al porno⁴³.

Finalmente, se deben reivindicar y estudiar otras perspectivas de la pornografía, como actualmente se denominan el *pornofeminismo* y el *pornoético*, como verdaderas líneas de actuación y erradicación de las conductas actualmente existentes. A modo de ejemplo, por un lado, el *pornofeminismo* responde a un término acuñado a finales de los años setenta en EEUU que engloba las críticas a la industria pornográfica con perspectiva de género. Por otro lado, el *pornoético* —empleado por primera vez por la directora de cine Tristan Taormino— tiene como finalidad desenmascarar las prácticas habituales en la pornografía *mainstream*, con el objetivo de reivindicar que las actrices y los actores del porno deben ser tratados en igualdad de condiciones, con los mismos derechos y obligaciones.

VII. Líneas de actuación y de mejora

A partir de todo lo expuesto, y tras observar cuáles son los factores clave en la bibliografía revisada, propongo a continuación una serie de líneas estratégicas de acción tendentes a una adecuada prevención y erradicación de la violencia machista *online*. Tales pautas o líneas de actuación se encuentran enfocadas principalmente al público adolescente, al ser el sector más afectado y que ha sido objeto de especial análisis en el presente trabajo.

De un lado, por lo que respecta al *ámbito preventivo*, son cinco las cuestiones a destacar:

En primer lugar, se debe colocar el foco en la educación desde la niñez, basada en la deconstrucción de los mitos del amor «romántico»; de modo que los mandatos de género no perpetúen en la juventud y en la etapa adulta la violencia de género a través de las redes sociales.

⁴³ Sobre esta materia, recordemos que se deben cumplir los mandatos y deberes que impone el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

En segundo lugar, considero que las estrategias de prevención tienen que estar centradas en aumentar la empatía de la juventud, además de la propia capacidad de auto-reflexionar sobre nuestras acciones y comportamientos. Es fundamental que como sociedad sepamos identificar qué es violencia y qué tipo de comportamientos y/o actitudes se encuentran normalizadas, mientras realmente enmascaran manifestaciones de la violencia machista.

En tercer lugar, estimo necesario sensibilizar y concienciar a la juventud sobre la importancia de denunciar cualquier tipo de conductas violentas que presencien en el entorno *online*, sin olvidar que la interposición de la denuncia, en caso de sufrir cualquier acto ilícito, es un derecho de la propia víctima.

En cuarto lugar, es recomendable promover un uso de las tecnologías en términos constructivos y éticos en convivencia con una gestión de los riesgos responsable y adecuada, desde el punto de vista de la bioética y la dignidad humana.

En quinto lugar y, en relación con lo anterior, debemos hacer especial hincapié en la formación sobre el correcto uso de las TIC's y de las redes sociales, de manera que se trate de una asignatura obligatoria en los centros escolares y prologada en el tiempo, impartida en distintos cursos escolares, en la que se incluya la perspectiva de género.

Por otro lado, en cuanto a la *intervención y erradicación*, destaco las siguientes propuestas:

Debemos partir de la premisa de que todo tipo de violencia de género, sea *online* u *offline*, debe ser castigada y merece de reproche penal. Ello conlleva, a su vez, la necesidad de que todos los agentes que intervenimos en el sistema policial y judicial recibamos formación continuada en esta materia, con la finalidad de detectar, intervenir y actuar de manera rápida y efectiva frente a este tipo de violencia y sus diversas manifestaciones.

Por lo que respecta a las y los jóvenes, es prioritario concienciar a éstos respecto de un buen uso de las redes sociales, impulsar campañas de sensibilización de la realidad de la violencia de género ejercida a través de las TIC's y promover mecanismos de identificación de dichas situaciones. Es decir, debemos apelar a las medidas vinculadas al ámbito educativo, de modo que se conciencie a los jóvenes sobre la realidad y las consecuencias de sus conductas.

En lo que se refiere a Internet y las grandes plataformas digitales, deberían asumir la responsabilidad que les compete —o, en su caso, exigírsela por parte de los poderes públicos—, de modo que utilicen tales espacios virtuales de gran alcance en la sociedad para transmitir y fomentar valores de igualdad. En este sentido, deberían sancionarse

aquellos contenidos audiovisuales que perpetúan los estereotipos de género y (re)producen violencias machistas. Del mismo modo, es recomendable seguir implementando sanciones en contra de la publicidad sexista anunciada en redes y demás plataformas.

Por último, una vez producida la violencia, es primordial insistir en líneas de atención, apoyo, escucha, acompañamiento y asistencia a la víctima con el fin de acompañar a ésta de manera integral, mediante servicios financiados y gestionados por los poderes públicos, que cuentan con asesoramiento legal gratuito, atención psicológica 24 horas, puntos de información, etc.

A su vez, resulta acuciante que tales planes estratégicos implementen medidas de acción afirmativa, adoptando una actitud proactiva y colectiva que tenga como finalidad la eliminación de estas manifestaciones de la violencia. Debemos recalcar que, pese a la alta presencia y gravedad de las violencias machistas en redes sociales y el entorno virtual, la acción por parte de gobiernos, instituciones y grandes plataformas digitales es manifiestamente escasa y, por consiguiente, insuficiente. En consecuencia, la solución debe pasar inexcusablemente por abordar tal fenómeno de manera conjunta y global, mediante un plan conjunto de las instituciones y poderes públicos, incluyendo a las plataformas digitales.

La finalidad de este tipo de proyectos orientados a la acción compartida y común de la sociedad sería, precisamente, conjugar en relación a la violencia de género la responsabilidad individual junto a la conjunta con el objetivo de aunar los esfuerzos colectivos y comunales, alejados de los enfoques que o bien culpan a la víctima o se centran en los agresores sin tener en cuenta los contextos sociales, culturales y circunstanciales anteriormente mencionados. En efecto, desde una perspectiva comunitaria, la violencia sobre la mujer no se debe concebir como un problema solo de la mujer ni un tema de castigo al (presunto) agresor, sino se debe construir como una cuestión que concierne a toda la sociedad, como ciudadano/as insertos en el colectivo social.

Sobre todo lo meritado, cabe destacar la reciente Directiva aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo⁴⁴. La Directiva tiene como objetivo combatir eficazmente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en toda la UE. Para ello, se recogen medidas en los siguientes ámbitos: la tipificación penal de los delitos pertinentes y su

⁴⁴ Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

sanción; la protección de las víctimas y el acceso a la justicia; el apoyo a las víctimas; la prevención; la coordinación y la cooperación.

Se insiste en tipificar comportamiento que son manifestaciones de la violencia hacia la mujer, como la mutilación genital femenina o la ciberviolencia. Precisamente, se incluye entre la ciberviolencia el intercambio no consensuado de imágenes íntimas, el ciberacecho, el ciberracoso y la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos, cuestiones que hemos tratado en el presente estudio.

VIII. **Recapitulación y crítica personal**

Llegados a este punto, es innegable que contrarrestar las violencias patriarcales en las plataformas digitales no es tarea fácil; dado que, entre otros factores analizados, existe gran invisibilización y pasividad en su abordaje.

Como se ha estudiado, tales actuaciones responden, en muchas ocasiones, a comportamientos absolutamente normalizados como consecuencia de una sociedad que basa sus cimientos sobre estereotipos de género asimétricos, relaciones sexo-afectivas basadas en los mitos del amor romántico y la heteronormatividad, los cánones de belleza preestablecidos y otras cuestiones que interaccionan íntimamente con el género; colocando a la mujer en una posición de inferioridad y de subordinación respecto al hombre.

Vivimos en una sociedad patriarcal basada fundamentalmente en el principio de que la mujer es un ser inferior. Inferior en capacidad; inferior en inteligencia; en inventiva. Este mensaje se traslada a través de Internet y de las redes sociales, en el que se proyecta el cuerpo de la mujer como lugar a colonizar y a violentar. Por consiguiente, es utópico pensar que el entorno virtual es un espacio donde las relaciones de poder de la sociedad patriarcal no existen, ni tampoco las asimetrías entre géneros.

Así las cosas, las redes sociales y las plataformas digitales perpetúan las desigualdades y las diversas manifestaciones de la violencia machista en la sociedad actual, con el riesgo añadido de que ello se realiza de manera casi imperceptible para la juventud. Esto es, si bien las redes sociales son un medio de interacción social que no causan la violencia de género por sí mismas, sí constituyen una vía o herramienta para ejercer tal poder patriarcal y, en definitiva, llevar a cabo manifestaciones de la violencia de género frente a la mujer.

De este modo, se emplean las redes sociales y distintas plataformas *online* como vehículo o vía para ejercer la violencia machista tra-

dicional, convirtiéndose en e-violencia. Nos hallamos ante el mismo trasfondo u objetivo: intimidar, acosar, amenazar y cohibir a la víctima, pero con las características de amplitud de audiencia, anonimato e imperecedad. Dicho de otro modo, el machismo encuentra nuevas herramientas o métodos para alcanzar su mismo objetivo.

En cuanto a las consecuencias analizadas, la naturaleza de estas acciones conlleva múltiples riesgos y efectos perniciosos en la salud psicofísica y bienestar mental de las mujeres víctimas. Entre otras, nos encontramos ante jóvenes víctimas que sufren de ansiedad, depresión, baja autoestima, pobres resultados académicos, desajustes emocionales, desórdenes alimenticios u hormonales, enfermedades crónicas, abandono familiar y, en algunos supuestos, incluso comportamientos violentos y/o autolíticos.

Por todo ello, se observa la necesidad de arrojar luz sobre los tipos de violencias patriarcales que operan en el universo *online*; aplicando, para ello, una perspectiva feminista en el uso de Internet y de las distintas TIC's.

A su vez, es imprescindible, a mi juicio, que las grandes plataformas digitales tomen responsabilidad a la hora de difundir contenido que ayude a visibilizar este tipo de violencia, sin que queden al margen de los distintos Protocolos y Planes de actuación, en especial en los casos de las y los menores de edad. Es más, atendiendo al enorme poder de difusión y alcance de las nuevas tecnologías y de las redes sociales —en particular, a la hora de transmitir y propagar ideas y valores—, considero que pueden llegar a convertirse en una herramienta especialmente valiosa para actuar en favor de la igualdad, promoviendo un adecuado y responsable uso de las mismas, que contribuya a favorecer la transmisión de valores igualitarios y no discriminatorios.

En resumen, urge adoptar medidas que favorezcan la prevención y minimización de riesgos en las prácticas *online* y educar en la detección de comportamientos machistas en las redes sociales, mediante políticas públicas de prevención, atención, apoyo y educación en esta materia.

Para finalizar, es un reto imprescindible e igualmente apremiante atender a las necesidades de las víctimas, lo que exige instruir y juzgar con *perspectiva de género*. La justicia en términos punitivos busca obtener una sentencia condenatoria; sin embargo, las víctimas tienen otras necesidades a las que no se ofrece respuesta en muchas ocasiones. Ante tal escenario, la pregunta es la siguiente: ¿cómo podemos transitar hacia una justicia que tenga en cuenta las necesidades de las víctimas?

Desde mi punto de vista, ello exige aplicar el enfoque *interseccional* estudiado; de manera que no sólo se traslade a la legislación —tanto

a la autonómica como a la estatal—; sino que también se aplique por parte de las juezas y jueces, valiéndose del Derecho antidiscriminatorio, con el objetivo de hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación (de acuerdo a los arts. 14 y 9.2 de la Constitución Española).

En suma, se deben reconceptualizar los estereotipos hasta ahora empleados, cambiar el foco y entenderlos como mecanismos de establecimiento de jerarquías e instrumentos de discriminación. Avanzar, así, hacia una igualdad jurídica transformadora; humanizando a la víctima.

Del mismo modo, no podemos olvidar la importancia de la denominada *justicia procedimental*. Las estadísticas demuestran que las mujeres víctimas de la violencia de género obtienen un mayor grado de satisfacción no en función de la respuesta favorable o desfavorable que obtengan de los órganos judiciales, sino cuando son debidamente atendidas y escuchadas por los actores que intervenimos en ellas.

Por ello, resulta de gran relevancia seguir impulsando planes de atención, apoyo, acompañamiento y escucha durante todo el *iter* procesal; así como políticas públicas gratuitas que realicen un seguimiento de su bienestar físico y mental por parte de los servicios sanitarios, ofreciendo herramientas para continuar con su vida incluso una vez terminado el juicio, recordando que detrás se esconde la necesidad de reconstruir una persona arrasada.

IX. Bibliografía

- AMOROS, C. y DE MIGUEL, A. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Minerva Ediciones, 2005.
- AÑON ROIG, M.J. «Grupos sociales vulnerables y Derechos Humanos. Una perspectiva desde el Derecho antidiscriminatorio», en PECES-BARBA, G. y FERNÁNDEZ, E. (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX. Cultura de paz y grupos vulnerables*. Dykinson, 2013, pp. 609-671.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. «La acción positiva, un análisis del concepto y propuestas de revisión», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, vol. 9, 2003, pp.1-29.
- BARTLETT, K.T. y RHODE, D.L. *Gender and Law, Theory, Doctrine, Commentary*. Aspen Publishers, 2006.
- BITTAR, D. B., y NAKANO, A. M. S. «Symbolic violence among adolescents in affective dating relationships». *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, 51, 2017.
- BLANCO RUIZ, M.A. «Implicaciones del uso de las redes sociales en el aumento de la violencia de género en adolescentes». *Comunicación y Medios*, vol. 30, pp. 124-141.

- BUENO DE MATA, F. *Análisis procesal de la violencia de género ejercida a través de internet. Violencia de género e igualdad: una cuestión de derechos humanos*. Editorial Comares, 2013, pp. 11-21.
- BUTLER, J. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (M.^a Antonia Muñoz, Trad.). Paidós Ibérica, S.A., 2007.
- CASTRO CRUZATT, K. *Bases teóricas del derecho a no ser discriminado en los Estados Unidos de América*. Tesis Doctoral. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 2021.
- COLMAN, A.M. *A dictionary of Psychology*. Oxford University Press, 2008.
- DEL PRETE, A. y REDÓN-PANTOJA, S. «The Invisibility of Gender-Based Violence in the Social Network». *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, vol. 11(2), 2022, pp. 124-143.
- DÍAZ-AGUADO, M., MARTÍNEZ, R., y MARTÍN, J. *La evolución de la adolescencia española sobre la igualdad y la prevención de la violencia de género*. Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2013.
- ESTÁBANEZ, I. «Del amor al control a golpe de click: la violencia de género en las redes sociales», *IV Jornada de Sensibilización sobre la Violencia de Género*. Lanzarote, 2012. Recuperado de <http://goo.gl/c53TDo>.
- ESTEBAN, M. L.; MEDINA, R. y TÁVORA, A. «¿Por qué analizar el amor? Nuevas posibilidades para el estudio de las desigualdades de género», en DÍEZ, RC. y GREGORIO, C. (coords.): *Cambios culturales y desigualdades de género en el marco local-global actual*, Fundación el Monte, 2005, pp. 1-16.
- FACIO, A. «Metodologías para el análisis del género del fenómeno legal», en ÁVILA SANTAMARÍA, R.; SALGADO, J. y VALLADARES, L. (comps.): *El género en el Derecho. Ensayos Críticos*. Serie Justicia y Derechos Humanos, neoconstitucionalismo y sociedad, 2009, pp. 81-224.
- GARCÍA, L. A. «Sexismo en adolescentes y su implicación en la violencia de género». *Boletín criminológico*, (144), 1, 2013.
- GHIDONI, E. y MORONDO TARAMUNDI, D. «Análisis contextual, interseccionalidad y función justificativa de los estereotipos en el derecho: una réplica». *Revista Discusiones*, vol. 28 (1), 2022, pp. 109-118.
- GÓMEZ, M. C. S., VICARIO, B. P., y GARCÍA, A. V. «Indicadores de violencia de género en las relaciones amorosas. Estudio de caso en adolescentes chilenos». *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, vol. 26, 2015, pp. 85-109.
- GUTIERREZ, H. «Las necesidades adolescentes y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación», *Revista de estudios de juventud*. Núm. 92, 2011, pp. 87-110.
- HERNANDO GÓMEZ, Á. «La prevención de la violencia de género en adolescentes. Una experiencia en el ámbito educativo». *Apuntes de psicología*, vol. 25(3), 2007, pp. 325-340.
- IRIGOIEN DOMÍNGUEZ, A. *Interseccionalidad y anti-estereotipación como recursos de un Derecho antidiscriminatorio crítico. Especial referencia al ámbito de la CAPV*. Instituto Vasco de la Administración Pública, 2024.
- LÓPEZ BERLANGA, M.C y SÁNCHEZ ROMERO, C. «La interacción y convivencia digital de los estudiantes en las redes sociales». *Revista de Educación Inclusiva*, vol. 12(2), 2019, pp. 114-130.

- MARTÍN MONTILLA, A. y otros. «Una modalidad actual de violencia de género en parejas de jóvenes: las redes sociales», *Revista Educación XXI*, vol. 19, núm. 2, UNED, 2016, pp. 405-429.
- MORONDO TARAMUNDI, D. *Il Dilemma della Differenza. Nella teoria femminista del Diritto*. Aras Edizioni, 2004.
- MUÑIZ-RIVAS, M.; CALLEJAS-JERÓNIMO, J.E. y POVEDANO DÍAZ, A. «La Dependencia a las Redes Sociales Virtuales y el Clima Escolar en la Violencia de Pareja en la Adolescencia», *International Journal of Sociology of Education*, vol. 9(2), 2020.
- PEÑA AXT, J.C. «Los celos como norma emocional en las dinámicas de violencia de género en redes sociales en las relaciones de pareja de estudiantes», *Multidisciplinary Journal of Gender Studies*, Vol. 8, Núm. 2, 2019, pp. 180-203.
- PERUSSET, M. «Las redes sociales interpersonales y la violencia de género». *Tareas*, núm. 163, 2019, pp. 85-101.
- PÓO, A. M., & VIZCARRA, M. B. «Violencia de pareja en jóvenes universitarios». *Terapia psicológica*, 26(1), 2008, pp. 81-88.
- PRENSKY, M. «Digital Natives, Digital Immigrants». *On the Horizon*, MCB University Press, vol.9, núm. 5, 2001.
- RUBIO CASTRO, A.: «Igualdad y diferencia ¿dos principios jurídicos? Derechos y libertades» en *Revista de Filosofía del Derecho y los derechos humanos*, 2 (4), 2004, 259-286.
- SOSA, L. y MESTRE, R. «Intersectionality and the Istanbul Convention», en S. DE VIDO, S. y FRULLI, M. (eds.). *Istanbul Convention. A commentary*. Edward Elgar Publishing, 2022.
- TARRIÑO CONCEJERO, L. *Adolescentes y violencia de género en las redes sociales*. Universidad de Sevilla. 2014.
- VERGÉS BOSCH, N. y GIL-JUÁREZ, A. «Un acercamiento situado a las violencias machistas online y a las formas de contrarrestarlas». *Revista Estudios Feministas, Florianópolis*, vol. 29 (3), 2021, pp. 1-16.

Ciberviolencia de género. Especial referencia a las ultrafalsificaciones o *deepfakes*

Paz Lloria García

Catedrática de Derecho penal de la Universitat de València

Sumario: I. Introducción. II. La violencia digital como violencia de género. 1. Evolución. 2. Concepto y características. 3. Clases de violencia digital según la normativa nacional y europea. III. La IA generativa y las *deepfakes* pornográficas. 1. Concepto y necesidad de castigo. 2. Propuestas de tipificación. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Resumen: La transición de la sociedad analógica a la digital es un hecho afianzado en los últimos años. En ese contexto, los atentados de control y dominación contra las mujeres en el mundo analógico se reproducen, e incluso se multiplican, en el mundo virtual. El nuevo espacio no favorece la construcción de una sociedad sin la discriminación estructural que ya conocemos. Por el contrario, favorece situaciones de polarización de las ideas y de control de las mujeres, reproduciendo roles y estereotipos propios de la violencia de género analógica pero con las características de la violencia digital (mayor lesividad y dificultad en la persecución), lo que en la machosfera se manifiesta con especial virulencia. La normativa europea en la materia incide en la necesidad de regular penalmente estas acciones de entre las que interesan los contenidos lesivos generados por IA, conocidas como *deepfakes*, ultrafalsificaciones o ultrasuplantaciones.

Palabras clave violencia digital, machosfera, ciberespacio, delitos tecnológicos, *deepfakes*.

I. Introducción¹

Hablar de cibercrimen y género resulta ya habitual y razonable si atendemos al importante aumento de delitos que se cometen en el ciberespacio², y a que en este lugar, a pesar de lo que se podía pensar en un primer momento^{3,4}, se reproducen los roles y estereotipos de género del mundo analógico⁵, de manera tal que no resulta erróneo convenir que los sesgos de género se ven incrementados⁶. Si esto es así,

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del grupo de investigación IUSPEN (GIUV2023-576) y en el marco de los proyectos de investigación *I+D+i, Fakepenal, PID2021-125730OB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER. Una manera de hacer Europa* y Proyecto de Grupos de Investigación de Excelencia, 2023, CIPROM 2022/33, financiado por la Generalitat Valenciana, *Análisis fenomenológico y victimológico y respuesta jurídica a las conductas problemáticas en las nuevas comunidades digitales en torno a los videojuegos (GamerVictim)*.

² Así se recoge en el Informe sobre la Cibercriminalidad en España de 2022 del Ministerio del Interior, donde se advierte que desde 2018 hasta 2022 se constata el aumento de los delitos informáticos de un 22.7 %, y es previsible que estas cifras vayan en aumento. Según el Consejo de Europa «[L]os ciberataques y la cibercriminalidad están aumentando en toda Europa, y cada vez son más sofisticados. Esta tendencia seguirá agravándose en el futuro, ya que se espera que 41000 millones de dispositivos en todo el mundo estén conectados a la internet de las cosas de aquí a 2025». Vid., MUNIESA TOMAS, P. et al., *Informe sobre la Cibercriminalidad en España de 2022*, Ministerio del Interior, disponible en: <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/Informe-Cibercriminalidad-2022.pdf>. (fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024). También, *Ciberseguridad: cómo combate la UE las amenazas cibernéticas*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cybersecurity/> Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

³ Resulta muy interesante acudir, aunque sea solo como referencia, al *Manifiesto Ciborg*, de Donna Haraway (1984) y la ideación del sujeto ciborg como un ser fluido imposible de ser sometido y dominado en el espacio virtual por medios tecnológicos, dada la descentralización del poder.

⁴ Esta primera idea es desarrollada por PIÑEIRO-OTERO, T. y MARTÍNEZ-ROLÁN, X. «Say it to my face: Analysing hate speech against women on Twitter», en *Profesional de la información*, v. 30, n. 5, 2021, pp. 1 y ss. Internet ha proporcionado una herramienta donde poder practicar el ciberactivismo e incluso el *hackfeminismo*, como arma de defensa frente a los ataques misóginos *online*. Una interesante evolución del ciberfeminismo se puede encontrar en ROVIRA SANCHO, G. «Los feminismos en red: ciberactivismo, hackfeminismo, hashtags y política prefigurativa», *Gender on Digital. Journal of Digital feminism*, Vol. 1. *Sociedade dixital e nesgos de xénero*, Cátedra de Feminismos 4.0, Vigo, 2023, pp. 69 y ss.

⁵ QUERALT JIMÉNEZ, A. «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», en *I•CON*, 2024, p. 2, disponible en <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2024/03/06/moad0941.pdf>. Fecha de recuperación 26 de mayo de 2024.

⁶ Sobre esta cuestión, en relación con la IA se puede ver ALONSO BETANZOS, A. «Artificial intelligenece and gender bias», en *Gender on Digital. Journal of Digital feminism*, Vol. 1. *Sociedade dixital e nesgos de xénero*, Cátedra de Feminismos 4.0, Vigo, 2023, pp. 12 y ss.

no cabe duda tampoco de que la violencia de género no se circunscribe solo al ámbito de las relaciones de pareja, como se desprende de la LO 1/2004, sino que va más allá y se reproduce en el entorno virtual de una manera especialmente virulenta para las mujeres con proyección digital, por el mero hecho de ser mujeres, pero también de una manera más visible, dada la capacidad de difusión que presentan las acciones en el ciberespacio.

La evolución de la tecnología nos presenta también importantes cambios en los modos de cometer delitos y especialmente, en aquellos que no son neutros desde el punto de vista del género. Un análisis de los ataques más comunes demuestra que las primeras manifestaciones de violencia digital contra las mujeres se dirigían a la lesión de bienes jurídicos como el honor, la intimidad y la propia imagen, caracterizadas como actuaciones de control o de disciplina a las que se suman amenazas o coacciones, acciones constitutivas en su conjunto de delitos de acoso, sin olvidar los delitos de odio que desde círculos digitales misóginos se proyectan sobre las mujeres. En definitiva, se producen un sinnúmero de acciones facilitadas por la tecnología, que tienen como objetivo fundamental controlar a las víctimas, donde la Inteligencia Artificial Generativa (GAN), de reciente generalización, juega un papel destacado⁷.

Sin embargo, estas actividades delictivas dirigidas al sometimiento y control de las mujeres por razón de su género no han sido aun tomadas en cuenta, o no con la intensidad que requiere, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, lo que ha hecho necesario un pronunciamiento europeo que, finalmente se ha producido con la aprobación de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que tiene como especial objetivo sancionar y prevenir la violencia de género en el ciberespacio. La necesidad es palmaria si atendemos también a la jurisprudencia del TEDH, que, aunque se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre los delitos cometidos tecnológicamente, no es hasta el año 2020, y en lo que a mi alcanza solo en una sentencia, que se ha ocupado de vincular la violencia digital con la violencia de género (STEDH Buturugă vs. Rumanía), y en el ámbito estrictamente de los delitos contra la intimidad, donde el tribunal no termina de relacionar tampoco la violencia tecnológica con la violencia de género y el componente de discriminación que implica.

⁷ SIMÓ SOLER, E. «Retos jurídicos derivados de la inteligencia artificial generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», *InDret*, 2.2023, p. 500.

Todo ello pone de manifiesto la falta de conocimiento general que se tiene en relación con los delitos tecnológicos y la necesidad de concienciar, de una manera mucho más efectiva, sobre la problemática de la violencia sobre las mujeres que en Europa sigue imbuida en una gran confusión, pues ni siquiera el Convenio de Estambul ha sido capaz de diferenciar claramente entre violencia doméstica y violencia de género.

Por lo demás, tampoco el Convenio de Budapest, normativa que regula los delitos tecnológicos, hace alusión a la idea de violencia digital de género como tal, por lo que hay que tomar como marco de referencia la reciente Directiva (UE) 2024/1385 ya citada, en la que por primera vez encontramos una clara mención a la misma, aunque sin definición, y con un mandato expreso a los Estados de la Unión para que legislen de manera que se proteja a las mujeres frente a estos ataques, lo que obliga a contextualizar el hecho de tal violencia y delimitarla.

II. La violencia digital como violencia de género

1. Evolución

La violencia de género, como violencia sobre la mujer no siempre ha sido aceptada como una categoría que responde a unas causas distintas a otras violencias, lo que la vincula a una interpretación desde la perspectiva de los derechos humanos, en la medida en que se trata de actuaciones de subdiscriminación por género⁸. Después de unos años de avances en la lucha contra estas acciones, el negacionismo se abre paso en nuestra sociedad fruto del renacer de la extrema derecha y su identificación con conceptos tales como la familia tradicional como espina dorsal de la sociedad y la recuperación de valores morales vinculados a principios religiosos que fomentan mitos relacionados con la sexualidad femenina y la necesidad del reparto de roles según criterios ancestrales.

De hecho, se intenta recuperar aquella primera idea de que estos delitos deben ser considerados acciones que se producen exclusiva-

⁸ Concepto que tiene que ver con la idea de la ruptura de la igualdad desde el punto de vista del ejercicio del poder y control, en este caso, cuando se produce la discriminación en el sentido indicado por razones de género. Sobre la evolución del concepto se puede ver, por todos, BARRÈRE UNZUETA, M.A. y MORONDO TARAMUNDI, D. «Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 15-42.

mente en el ámbito de la familia. En la legislación anterior a 1989 se entendía que no se debía intervenir en los casos de maltrato familiar, salvo que el hecho fuera absolutamente intolerable a los ojos de una sociedad eminentemente patriarcal. Ciertamente, no parece ser este el caso, pero sí se niega que en las acciones que producen los varones sobre las mujeres por el hecho de su condición femenina, obedezca a causas o razones diferentes a las que provocan otras clases de violencias familiares, lo que dificulta la prevención y solución de la problemática.

Ante este panorama conviene recordar que la inclusión de la vulneración de derechos de las mujeres entre la categoría de la lesión de Derechos humanos no es tan lejana en el tiempo, pues Naciones Unidas realiza este reconocimiento formal en 1945. Desde entonces se han multiplicado los textos que aluden a ellos culminando con el reciente Convenio de Estambul que se centra, fundamentalmente, en la violencia que sufren las mujeres a manos de los hombres⁹. Violencia que no deja de crecer con carácter general, y que preocupa, especialmente, en el caso de las parejas más jóvenes¹⁰.

El Convenio tiene por objeto, por un lado, establecer medidas de prevención para evitar la violencia sobre la mujer y la violencia familiar, dando por supuesto que en todo caso se trata de lesiones de derechos humanos y tomando como punto de partida la mayor incidencia de la violencia de género por razones de desigualdad¹¹. Por otro, acabar con cualquier tipo de discriminación por razón de género, para lo que elabora varios conceptos: violencia familiar, violencia doméstica y violencia sobre la mujer, y en el que, todavía, no se encuentra ninguna referencia a la violencia digital o ciberviolencia de género, lo que resulta razonable pues

⁹ *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, de 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014, y disponible en <https://rm.coe.int/1680462543>.

¹⁰ Aunque parece que se ha producido un descenso notable en la misma desde 2013 hasta 2020, según el estudio realizado por el Ministerio de igualdad *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, disponible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Estudio_ViolenciaEnAdolescencia.pdf. (Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024). Sin embargo, el *Barómetro Juventud y Género 2023*, elaborado por el Centro Reina Sofía de FAD Juventud, pone de manifiesto como «un 23,1% de chicos entre 15 y 29 años están de acuerdo con que «a violencia de género no existe, es un invento ideológico», cuando en 2019 esta afirmación era secundada por un 12% de los chicos. En el caso de las chicas, lo afirma en la actualidad un 13,2%». (SANMARTÍN, A., GÓMEZ, A., KURIC, S. y RODRÍGUEZ, E. *Barómetro Juventud y Género 2023*, Centro Reina Sofía de Fad Juventud, Madrid, 2023, disponible en <https://www.centroreinasofia.org/publicacion/barometro-juventud-genero-2023/>. Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

¹¹ Así se puede leer en el Preámbulo del Convenio.

en el momento en que se firma, la delincuencia tecnológica no ocupa el centro de atención de los trabajos normativos europeos ni nacionales¹², aunque es posible incluirla dado el concepto amplio que se contiene en el art. 2, que se refiere a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluido el acoso (art. 34) y otras formas de violencia digital¹³.

En todo caso, la Resolución 68/181, de 18 de diciembre de 2013, de la Asamblea de la ONU, *ya expresa su preocupación por*

«las violaciones y los abusos de los derechos de las mujeres, la discriminación y la violencia contra ellas, incluidas las defensoras de los derechos humanos, que guardan relación con las tecnologías de la información, como el acoso en línea, el hostigamiento cibernético, la violación de la intimidad, la censura y el acceso ilícito a cuentas de correo electrónico, teléfonos móviles y otros dispositivos electrónicos con el fin de desacreditar a la mujer o incitar a otras violaciones y abusos contra sus derechos, son una preocupación cada vez mayor y pueden constituir una manifestación de la discriminación sistémica por razón de género, que exige respuestas eficaces y acordes con los derechos humanos».

Pero no será hasta 2017 cuando se empiece a manifestar, específicamente, la existencia de una violencia digital no neutra desde el punto de vista del género en el ámbito europeo.

¹² Siendo la norma un gran adelanto, no quiero dejar de recordar como ya he hecho en otras ocasiones, que el Convenio podía haber sido más claro a la hora de diferenciar entre violencia de género y violencia doméstica. La idea de vincular la violencia de género con una subclase de violencia familiar que subyace a las definiciones, puede llevar a equívocos. Entre otras razones, porque al igual que ocurría en nuestro ordenamiento jurídico en los años noventa, se confunde la violencia doméstica con la violencia de género y esto induce a error sobre quiénes pueden ser sujetos activos de esta violencia o a equiparar la violencia de género con la familiar o doméstica, lo que debería estar superado en este momento histórico-social. En este sentido *cfr.*, VENTURA SANZ, A. «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», en *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 97, septiembre-diciembre 2016, pp. 203 a 205.

¹³ De este modo lo aclara Van der Wilk cuando afirma que, a pesar de que no se contiene una referencia explícita a la dimensión digital de la violencia contra las mujeres, el ámbito de aplicación se extiende a la violencia cometida en el ciberespacio, y se pueden incluir las situaciones de acoso previstas en los artículos 34 y 40 del Convenio, tal y como se recoge en el informe explicativo del mismo, ya que estas formas de violencia pueden ser encuadradas en la violencia psicológica (artículo 33) (VAN DER WILK, A. *Proteger a las mujeres y niñas de la violencia en la era digital. La relevancia del convenio de Estambul y del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia para luchar contra la violencia contra las mujeres en línea y facilitada por la tecnología*, Consejo de Europa, 2021, disponible en <https://rm.coe.int/study-istanbul-convention-and-budapest-convention-/1680a62700>. Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

En este sentido cabe mencionar la Recomendación General n.º 35 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) respecto de la violencia de género contra las mujeres, donde se afirma que la violencia sobre las mujeres se manifiesta de diferentes formas, incluida la que se produce en entornos digitales¹⁴, aunque el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EYGE) realizó un informe en ese mismo año, advirtiendo de la falta de datos sobre este fenómeno y de su incidencia sobre mujeres y niñas especialmente y sobre la necesidad de realizar estudios que sitúen el problema en la dimensión adecuada¹⁵. Este escenario lleva a la conveniencia de explicar qué se entiende por violencia de género digital o ciberviolencia de género o violencia de género sobre la mujer en el entorno digital.

2. Concepto y características

A diferencia de lo que ocurre con la idea de violencia de género, donde se ha alcanzado más o menos un acuerdo en el entorno normativo y doctrinal¹⁶, no parece existir tal concordia en lo que al entendimiento de la violencia digital de género se refiere, por la propia diversidad de normas, informes y recomendaciones que hacen alusión a la misma, y la naturaleza descriptiva que se puede encontrar en las mismas. Ello es consecuencia de la complejidad de la definición y de los problemas de delimitación que implica acotar las distintas acciones en ordenamientos jurídicos muy diferentes, lo que requiere de un esfuerzo por parte de los Estados para intentar unificar criterios¹⁷.

Lo más habitual es que la referencia sea a situaciones de acoso en línea, a través de actos de violencia de control, que tienen que ver con

¹⁴ Disponible en <https://www.refworld.org/es/leg/general/cedaw/2017/es/127243> (Fecha de recuperación, 26 de diciembre de 2024).

¹⁵ Disponible en <https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/cyber-violence-against-women-and-girls> (Fecha de recuperación, 26 de diciembre de 2024).

¹⁶ Tras la definición que proporciona el Convenio de Estambul y las leyes nacionales en la materia, se considera que es aquella que sufren las mujeres por los varones, por el hecho de ser mujeres y por razones de discriminación, aunque se siga circunscribiendo al ámbito de las relaciones de pareja, cuando en realidad no debería ser así.

¹⁷ En este sentido la *Conferencia regional sobre ciberviolencia y pruebas electrónicas. América Latina y el Caribe*, organizada por la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (IAWJ) y el Consejo de Europa, en el marco de los Proyectos OCTOPUS y GLACY+, 26-27 de noviembre de 2021, disponible en <https://rm.coe.int/2542-37-re-gconf-cyberviolence-26-27-nov-2021-summary-report-es/1680a57a13> (Fecha de recuperación, 26 de diciembre de 2024).

vulneración del derecho a la intimidad, la integridad moral, la dignidad, el honor, la imagen, la libertad y la seguridad, incluso la libertad sexual.

Así, es común encontrar referencias donde se entremezcla el medio (instrumento tecnológico de comisión de los ilícitos, que puede dar lugar a delitos que se cometen en el entorno analógico) con el lugar de comisión (redes sociales, ciberespacio, mundo virtual) con acciones que son calificadas como de acoso cibernético pero que integran otro tipo de ilícitos (por ejemplo cuando se alude al *doxing*, al *online gender-based hate speech*, al *Flaming*, al *cyberstalking*, o a la violencia sexual digital, entre otras).

Todo ello dificulta enormemente el análisis estadístico de la incidencia de estos delitos y sobre quiénes los padecen y en qué proporción. Ya la propia denominación es variable y ello hace que el objeto de análisis sea diferente según el contenido que se proporciona al mismo¹⁸.

También en relación con este concepto se produce la duda sobre si la ciberviolencia de género ha de limitarse al ámbito de la pareja¹⁹. En todo caso, sobre lo que no cabe duda es que la violencia que sufren las mujeres en el entorno virtual, o en el entorno analógico por el uso de la herramienta tecnológica, tiene que ver con las situaciones de desigualdad estructural que existen en el mundo *offline* y que se trasladan al mundo *online*, con las consecuencias que se derivan para todos los delitos tecnológicos en relación con el incremento de lesión de los bienes jurídicos comprometidos, la mayor dificultad en la persecución de dichos ilícitos y la mayor facilidad para su comisión²⁰.

En la normativa nacional tampoco es sencillo encontrar alguna referencia, pues desde luego que la Ley Orgánica 1/2004 no habla de este tipo de actuaciones, ni tampoco el Código penal recoge esta definición. Es más, la mayoría de los delitos que podríamos tildar de tecnológicos no tienen naturaleza género-específica, lo que hace que pasen desapercibidos, pues no se contempla la idea de que nuestro sistema

¹⁸ Entre otros, IGAREDA GONZÁLEZ, N. «Las ciberviolencias de género» en Heim, D. (compiladora), *Injusticias de género. Crueldades extremas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Didot, 2023, pp. 241-262 y GARCIA COLLANTES, A., y GARRIDO ANTÓN, M.J. *Violencia y Ciberviolencia de género*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 32-34.

¹⁹ Así, por ejemplo, es común que las chicas sufran ataques de jugadores desconocidos en el entorno *gamer* solo por ser chicas, ya que se considera que no son rivales dignas por su sexo.

²⁰ En este sentido, me he pronunciado en otras ocasiones. LLORIA GARCÍA, P., «Cibercrimen y confinamiento», en SANTANA, D.M., FERNÁNDEZ, S., CARDENAL, S., CARPIO, D., CASTELLVI, C. (dirs.): *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2022, pp.597-607.

posee un sistema mixto de protección de las mujeres: a través de los delitos género-específicos (que no tienen que ser tecnológicos) y mediante la tutela de los delitos neutros pero con la aplicación de la agravante de género prevista en el art. 22.4 de nuestro CP.

Por lo demás, no hay que olvidar que la causa común de la violencia contra las mujeres, sea analógica o sea digital, es la desigualdad estructural, de la que deriva el deseo de sometimiento y control de los hombres sobre las mujeres. Es decir, se trata de una clase de violencia de control en la que se aprovechan todas las facilidades que proporcionan las herramientas tecnológicas y que hacen, por la propia naturaleza de los delitos tecnológicos, que la misma sea más incisiva, numerosa y difícil de prevenir, evitar y castigar y no debe ceñirse exclusivamente a la que se produce en el seno de la pareja, constante o terminada²¹. Así también lo afirma la Directiva (UE) 2024/1385, cuando en su Considerando 17 alude a que el efecto de la ciberviolencia de género tiene el efecto de impedir o entorpecer la participación de las mujeres en la sociedad, y que afecta especialmente,

«a las mujeres políticas, periodistas y defensoras de los derechos humanos. Los defensores de los derechos humanos son personas, grupos u organizaciones que promueven y protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos. La ciberviolencia puede tener el efecto de silenciar a las mujeres y obstaculizar su participación social en pie de igualdad con los hombres. La ciberviolencia afecta también de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas en los entornos educativos, como escuelas y universidades, con consecuencias perjudiciales para la continuación de su educación y para su salud mental, causa exclusión social, ansiedad y tendencia a la autolesión y, en casos extremos, puede llevar al suicidio».

Este tipo de actuaciones se inscriben en el ámbito de la denominada *manosfera* (traducción del inglés *manosphere*²²) o *machosfera*²³

²¹ Sobre esta cuestión me pronuncié ya en *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI: Violencia de control y nuevas tecnologías: habitualidad, sexting y stalking*, IUSTEL, 2020, *passim*.

²² Vid. GARCÍA-MINGO, E. y DÍAZ FERNÁNDEZ, E. Jóvenes en la Manosfera. *Influencia de la misoginia digital en la percepción que tienen los hombres jóvenes de la violencia sexual*. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud. Fundación Fad Juventud, noviembre, 2022, disponible en <https://www.centroreinasofia.org/publicacion/jovenes-en-la-manosfera/>. (Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

²³ IGAREDA GONZÁLEZ, N. «El derecho a la igualdad versus la libertad de expresión en la machosfera», en *Derecho y género*, n.1, 2024, *passim*, disponible en <https://derechogenero.uab.es> (Fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

términos que refieren al conjunto de actividades que se producen en el espacio virtual por grupos o comunidades que interactúan mediante discursos, contenidos y acciones sexistas o misóginas, esto es, comportamientos, mensajes, imágenes y contenidos en general que tienden a diferenciar a las buenas mujeres de las malas²⁴, lo que implica situaciones de lesión de bienes jurídicos esenciales, que en ocasiones se pueden enmarcar entre los denominados delitos de incitación al odio, que cobran especial relevancia en el mundo digital.

No se trata de casos aislados, sino que existe un conjunto de comunidades e *influencers* sin una organización formal, pero materialmente relacionadas, que ejercen activismo frente a los avances feministas, que pretenden devolver «las cosas a su sitio» y que se encuentran íntimamente vinculados a las esferas de poder integradas por la ultraderecha²⁵.

El incremento de actuaciones en esta línea y su límite con acciones lesivas de bienes jurídicos necesitados de protección penal debería formar parte del alcance de estas acciones.

3. Clases de violencias digitales según la normativa nacional y europea

A pesar de no existir una definición común, en la normativa española se pueden encontrar referencias a la violencia digital en dos normas: la LO 8/2021, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde aparece por primera vez la idea de violencia digital y en la LO 10/2022, de protección integral de la libertad sexual, donde también se habla de violencia digital sexual. En ambas, reproduciendo la naturaleza ejemplificadora que suelen adoptar los textos europeos e internacionales, se describe una relación de acciones que pueden integrar el concepto, sin llegar a definirlo.

²⁴ IGAREDA GONZÁLEZ, N. «El derecho a la igualdad *versus*...», *cit.*, pp. 57 y 58.

²⁵ Hay multitud de ejemplos de sujetos que actúan en el ciberespacio buscando desprestigiar el feminismo, a las mujeres feministas, a las personas que luchan por los derechos humanos, que intentan transmitir contenidos vinculando la seducción a criterios de masculinidades trasnochadas y machistas y estableciendo mitos sobre mujeres «válidas» para el matrimonio y las que no. En este sentido son representativos los denominados INCELS (célibes involuntarios), los MGTOW (hombres que siguen su propio camino), los ADH (activistas por los derechos de los hombres, o las comunidades como Forocoches o Hispasexy). Se trata de crear espacios de victimización que articulan discursos antifeministas que llevan a la polarización del debate público, generando hostilidad hacia las mujeres en el ciberespacio con la finalidad de expulsarlas del debate y negar su proyección digital.

Así, por ejemplo, el art. 1.2 de LO 8/2021 establece:

«[A] los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital.

En cualquier caso, se entenderá por violencia el maltrato físico, psicológico o emocional, los castigos físicos, humillantes o denigrantes, el descuido o trato negligente, las amenazas, injurias y calumnias, la explotación, incluyendo la violencia sexual, la corrupción, la pornografía infantil, la prostitución, el acoso escolar, el acoso sexual, el ciberacoso, la violencia de género, la mutilación genital, la trata de seres humanos con cualquier fin, el matrimonio forzado, el matrimonio infantil, el acceso no solicitado a pornografía, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados así como la presencia de cualquier comportamiento violento en su ámbito familiar».

Por su parte, la LO 10/2022, en su art. 3 dispone:

«En todo caso se consideran violencias sexuales los delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Se prestará especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

Como se puede observar, nada se extrae con relación al concepto, aunque sí se puede valorar la existencia de delitos específicos, tales como el ciberacoso, la extorsión sexual, la difusión pública de datos privados o la llamada violencia digital sexual, que se cumplimentaría con acciones relativas a la difusión de actos de violencia sexual, difusión de pornografía no consentida, pornografía infantil y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos.

Junto a ello, la Directiva (UE) 2024/1385, que alude continuamente a la ciberviolencia de género en sus considerandos, tampoco entra a definirla en el articulado²⁶ aunque, a semejanza del Convenio de Es-

²⁶ El texto finalmente aprobado no contiene la definición que se recogía en la propuesta de Directiva, que en su art. 4 establecía como ciberviolencia, *todo acto de violencia regulado por la presente Directiva cometido, asistido o agravado en parte o en su totalidad mediante el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones*. En la redacción definitiva las definiciones pasan al artículo 2 y desaparece la mención indicada.

tambul, cuando determina qué se considera violencia sobre las mujeres en el artículo 2, lo hace con una descripción genérica que abarca todo tipo de situaciones y, por lo tanto, aunque no la incluye expresamente, tampoco excluye la violencia digital. Eso sí, de nuevo nos da una pista sobre las clases de violencia que considera necesitadas de tutela cuando dice que:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) «violencia contra las mujeres»: todo acto de violencia de género dirigido contra una mujer o una niña por el hecho de ser mujer o niña, o que afecten de manera desproporcionada a mujeres o niñas, que causen o sea probable que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

Si se continúa con la lectura del articulado fácilmente se deduce que el objetivo primordial, en relación con la esfera que nos ocupa, es garantizar la sanción penal de aquellas acciones que se consideran atentatorias contra la intimidad y/o la integridad moral (difusión no consentida de material íntimo, incluidas las ultrafalsificaciones o *deepfakes* de contenido sexual —artículo 5—) la libertad y la sensación de seguridad (mediante el ciberacecho —artículo 6— y el ciberacoso —artículo 7—), y el honor y la dignidad (a través de conductas de incitación al odio y la violencia como el ciberodio —artículo 8—).

Con un análisis detenido de los preceptos señalados se puede alcanzar la conclusión de que, efectivamente, se recoge de alguna manera la idea de la producción de ciberviolencia sexual en la difusión de material íntimo real o creado a través de Inteligencia Artificial generativa. En el artículo 5 se refiere expresamente a que:

«Los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito las siguientes conductas intencionadas:

a) hacer accesible al público, mediante tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), imágenes, vídeos o materiales similares que representen actividades sexualmente explícitas o las partes íntimas de una persona sin su consentimiento, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona;

b) producir, manipular o alterar y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona;

c) amenazar con cometer las conductas mencionadas en las letras a) o b) con el fin de coaccionar a una persona para que realice o acceda a que se realice determinado acto o se abstenga de realizarlo».

Mas allá de la dificultad que encuentra el penalista para calificar estos actos como «violentos»²⁷, lo cierto es que se puede extraer una primera conclusión: el legislador español y el europeo, cuando se refieren a la violencia digital toman en consideración actuaciones que afectan a bienes jurídicos inmateriales como el honor, la integridad moral, la libertad o la intimidad y curiosamente, tildan de violencia sexual, acciones que no afectan al bien jurídico libertad sexual entendido tradicionalmente, puesto que el medio tecnológico precisamente lo que impide es el contacto físico entre autor y víctima. En esta tesitura resulta muy difícil hablar de violencia digital cuando las exigencias típicas obligan a un encuentro en el mundo analógico. La referencia a esta clase de violencias sexuales digitales, tiene que ver, por lo tanto, no con los bienes jurídicos que se ven lesionados con la acción, sino con la esfera a la que atacan (la intimidad sexual, en este caso) de bienes jurídicos tales como la dignidad, la intimidad, el honor, etc.

Eso sí, estas consideraciones no son trasladables al ámbito de las personas menores de edad, pues en ellas sí se entiende —con ciertas dudas doctrinales— que la generación de pornografía infantil, aunque sea virtual, puede lesionar la libertad sexual de los menores, en sentido amplio. Y, además, sí se puede producir la ciberviolencia sexual sin necesidad de contacto físico, pues el mero hecho de intimidar a una persona menor a practicar un autocontacto sexual para hacerlo accesible al acosador, constituye un delito de agresión sexual —artículo 181 del CP—, además de los concursos que se puedan producir con los delitos de acoso sexual a menores —artículo 183 del CP— o pornografía infantil —artículo 189 del CP—. Si las niñas han de ser consideradas como mujeres, a efectos de la violencia de género, indudablemente a ellas sí que se las está protegiendo frente a la ciberviolencia sexual con estas conductas.

Resulta interesante en este apartado la STS 447/2021, de 26 de mayo. En el asunto del que se ocupa esta resolución, un adulto se hace pasar por una niña menor de edad para contactar con otra y así conse-

²⁷ Sobre la idea de violencia en el derecho penal se puede ver, entre otros, DE LA CUESTA AGUADO, P., «El concepto jurídico-penal de violencia» y RUIZ RODRIGUEZ, L.R. «El concepto elástico de violencia bajo el punitivismo actual», ambos en RUIZ RODRIGUEZ, L.R y GONZÁLEZ AGUDELO, G. (coords.). *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*. Editorial Jurídica Continental, 2019, Costa Rica, pp.71 a 94 y 47 a 70, respectivamente.

guir que le envíe material de contenido íntimo, con la amenaza de denunciarla a ella y a sus padres por delitos de pornografía si no lo hace.

Descubierta la situación por la familia se produce la denuncia y la condena por corrupción de menores. Sin embargo, el Ministerio Fiscal sostiene que se está en presencia de un auténtico delito de agresión sexual, pues entiende que se dan todos los requisitos típicos de la misma, a pesar de no existir un contacto físico entre el autor y la víctima, puesto que la niña es menor de edad. El ponente sostiene que, aunque algunos autores entienden que la ciberviolencia sexual no puede ser equiparada a la que se produce de manera presencial, en el ámbito de la intimidación no se puede trazar esta distinción. Por el contrario, se dice, acogiendo la idea expuesta de que los ciberdelitos pueden generar un mayor contenido de injusto que los delitos que no usan del medio tecnológico, que «la dimensión social de las TIC (...) puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico»²⁸.

En este sentido se puede afirmar que la ciberintimidación puede dar lugar a un delito que afecte a la libertad sexual sin encuentro fí-

²⁸ Al analizar el recurso del Ministerio Fiscal, en el punto 1.4 de la resolución, se afirma por el ponente que:

«[E]s cierto, como se ha mantenido por algún sector doctrinal, que la ciberviolencia sexual puede ser, prima facie, considerada, respecto a la que se desarrolla en los escenarios relacionales físicos, menos intrusiva y aflictiva de la intimidación sexual al no producirse el contacto físico directo con el agresor sin que concurra, tampoco, el riesgo del empleo de la violencia física o de que la amenaza de violencia pueda tornarse en un ataque directo a la integridad física. Además, se afirma, el entorno digital ofrece mayores posibilidades situacionales de activar mecanismos eficaces de protección. Elementos diferenciales que impedirían la subsunción de los supuestos de ciberviolencia sexual en los tipos de agresión sexual tal como están en la actualidad regulados. La ciberviolencia no alcanzaría, para los que defienden esta posición, la tasa de idoneidad y lesividad exigible a la violencia típica empleada en los delitos de agresión sexual. Por ello, extender la protección que estos tipos dispensan a las conductas de ciberviolencia sexual resultaría excesiva por desproporcionada».

Y continúa en el 1.5 diciendo que:

«Los elementos diferenciales entre la ciberviolencia o la ciberintimidación respecto a la violencia o a la intimidación ejercida sobre la víctima en un escenario ofensivo de continuidad o proximidad física, no son suficientes para generar categorías normativas de intimidación distintas que impidan la subsunción de tales conductas en los tipos de agresión sexual. El escenario digital no altera los elementos esenciales de la conducta típica. Es más, la dimensión social de las TIC, y como desarrollaremos más adelante, al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico. No debe perderse de vista que las TIC han aumentado los modos de accesibilidad a los niños y niñas por parte de personas que buscan, como único objetivo, su abuso y explotación sexual».

sico, en el caso de menores de edad. Pero, hilando fino, la ciberintimidación definida como hace el Tribunal Supremo, nos puede llevar a la comisión de un delito de agresión sexual sobre mujeres adultas si, para conseguir el encuentro físico, se usa de amenazas digitales con fines sexuales. Por lo que, quizá, habrá que empezar a repensar estas situaciones para incardinarlas en el ámbito de los delitos de agresión sexual.

Para concluir, parece que cuando se habla de violencia digital sobre las mujeres (y las niñas), se está pensando en una clase de violencia psicológica (por atender a la definición del Convenio de Estambul) que se lleva a cabo mediante ataques a la intimidad (difusión de imágenes o notas de voz de contenido sexual), a la libertad de movimientos analógicos y digitales (vigilancia y rastreo digital), la libertad en la toma de decisiones o en la ejecución de las ya adoptadas (amenazas y coacciones por sextorsión) la integridad moral (difusión de material íntimo generado o modificado con tecnología de modo que parezca real) y la dignidad y la seguridad (ciber-incitación al odio y la violencia), por lo que engloba la violencia de género entendida en sentido clásico (como violencia en el ámbito de las relaciones de pareja) y la que se dirige hacia las mujeres por el hecho de serlo, sin que exista una relación entre las personas implicadas (incluso pueden no conocerse), que es la que se produce en la llamada *manosfera* o *machosfera*.

III. La IA generativa y las *deepfakes* pornográficas o humillantes

1. *Concepto y necesidad de castigo*

Como se ha ido exponiendo, la violencia de control digital puede ser cometida por múltiples medios y, en los últimos tiempos, se está dotando de gran relevancia a la que se conoce como violencia digital sexual. Ya he dicho más arriba que en ese concepto se incluyen situaciones de contenido sexual, pero que no necesariamente lesionan la libertad sexual como bien jurídico primario y que deben incardinarse en la órbita de protección de otros derechos. También he adelantado que la Directiva europea, recientemente aprobada, hace referencia a lo que se conoce como *deepfakes* pornográficas o de contenido erótico.

La aparición de la IA y en concreto la inteligencia artificial generativa, nos adentra en una nueva dimensión donde la manipulación de imágenes, textos, audios y videos de manera realista produce resultados tan perfectos que, en ocasiones, resulta imposible a simple vista distinguir entre lo real y lo ficticio. Si estas manipulaciones se producen

de manera ilegítima se está en presencia de de las llamadas *deepfakes*, ultrafalsificaciones o ultrasurpaciones²⁹.

Estas consisten en alterar, manipular o crear imágenes o voces mediante técnicas de aprendizaje profundo no supervisado que usan de los algoritmos y de bases de datos que acumulan imágenes y voces con las que van realizando pruebas hasta alcanzar una perfección tal que lleva a la confusión entre la realidad y lo creado.

El caso de Almendralejo³⁰ fue el que dio la voz de alarma mediática en nuestro país aunque, desde luego no es el único, ni el primero. Personas conocidas como Tylor Swift³¹ o Scarlett Johansson³², y más recientemente Greta Thunberg³³ han sufrido manipulaciones de su imagen vinculándolas a contenidos pornográficos, o en su voz para generar desinformación, en una manifestación de las actuaciones de la mansfera que se nutre de la ingente cantidad de información que hay

²⁹ Como alternativa al uso del anglicismo «*deepfake*», FundeuRae propone el término «ultrafalso», que es el que, en un principio, se está utilizando con carácter general (<https://www.fundeu.es/recomendacion/ultrafalso-alternativa-a-deep-fake/>. Fecha de recuperación 27 de diciembre de 2024). Sin embargo, el Informe del CGPJ al texto del Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, texto en el que se introduce una propuesta de tipificación de estas conductas, se advierte de la posibilidad de utilizar también el término «ultrasuplantación» en la medida en que se adecúa al que se ha empleado en la traducción del reglamento de IA, término que viene definido en el art. 3.60 del reglamento y que quizá sería más adecuado por la remisión normativa tácita que supone. A mi modo de ver, resulta indiferente, puesto que la definición que proporciona el reglamento de la IA en definitiva alude a supuestos de falsedad personal, ya que se refiere a ellos como «un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos».

Si, además, entendemos que de lo que se trata es de presentar como verdadero lo que no lo es, y que el derecho penal es autónomo en el establecimiento de sus conceptos, nada obsta al uso del término elegido por el pre-legislador. (*Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales*, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-para-la-proteccion-de-las-personas-menores-de-edad-en-los-entornos-digitales>. Fecha de recuperación 27 de diciembre de 2024).

³⁰ <https://elpais.com/sociedad/2023-10-03/el-caso-de-los-desnudos-con-ia-de-almendralejo-se-dispara-26-menores-implicados-y-21-ninas-afectadas.html>.

³¹ <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20240202/9511093/taylor-swift-guerra-deepfake.html>

³² <https://www.xataka.com/otros-dispositivos/scarlett-johansson-se-rinde-deep-fakes-pornograficos-basicamente-cause-perdida>

³³ <https://www.ecoticias.com/medio-ambiente/facke-news-sobre-la-activista-ecologista-greta-thunberg>

en la red para poder alimentar a las aplicaciones de IA y conseguir así los resultados más perfectos.

De hecho, y a pesar de que estas mujeres famosas tienen acceso a instrumentos que permiten manifestar la inveracidad de estos contenidos, la lesión de su integridad moral y de su proyección digital es evidente; aun así, las mujeres que ocupan puestos de relevancia en la esfera pública son las víctimas más habituales de estos ataques, al menos por el momento, por lo que hablamos de una violencia por razones de género que va más allá de la que se produce en el ámbito de las relaciones de pareja y que forma parte de la llamada violencia digital de género.

Se trata de comportamientos que forman parte del *gendertrolling*, que consiste en el troleo de género, de clara naturaleza misógina y vinculada a masculinidades tóxicas³⁴. Las manifestaciones de estos ataques a las mujeres son muchas: desde contenidos pornográficos hasta imágenes machistas, deformadas o no, que implícitamente suponen amenazas o coacciones que pueden llevar a situaciones de acoso. Se trata de ataques muy agresivos, pues favorecen lo que creo se puede denominar autoría expansiva, ya que se caracterizan por la participación, en ocasiones previamente pactada, de numerosas personas o perfiles —*bot*—, y también por usar un lenguaje muy violento mediante el que se emiten amenazas atroces y creíbles y de gran intensidad, lo que unido a la permanencia y el anonimato que caracterizan a los delitos que se producen en el ciberespacio incrementan la lesión de los bienes jurídicos implicados en el proceso.

Como relata Simó Soler³⁵, el núcleo de estos productos es el engaño, que se presenta como una forma de manipulación incardinable en los supuestos de violencia psicológica, que puede afectar al honor, a la intimidad, a la dignidad o la integridad moral.

Además, si nos fijamos en las imágenes falsas de contenido sexual, no son neutras desde el punto de vista del género³⁶ pues como relata la misma autora, el 96% de las imágenes sexuales falsas sin consentimiento corresponden a mujeres³⁷. Evidentemente ello se debe a que

³⁴ BARRIENTOS-BÁEZ, A.; PIÑEIRO, T., PORTO, D. «Imágenes falsas, efectos reales. Deepfakes como manifestaciones de la violencia política de género», *Revista Latina de Comunicación Social*, 82, 01-29, pp. 2 y 3.

³⁵ SIMÓ SOLER, E. «Retos jurídicos derivados de la inteligencia artificial generativa», *InDret*, n. 2, 2023, pp. 499-500.

³⁶ DEVIS MATAMOROS, A. «Algunas claves del castigo penal del *deepfake* de naturaleza sexual», *IberiCONnect*, julio-2023.

³⁷ SIMÓ SOLER, E. «Retos jurídicos derivados...», *op. cit.*, p. 497.

se utilizan como un instrumento de control sobre la mujer, ya que los cuerpos femeninos siguen siendo considerados como objeto de consumo y, en la era de la posverdad, no importa que se trate del cuerpo real o ficticio: lo que cuenta es que esa cara y ese cuerpo (desnudo, en actitud erótica o directamente sexual) se instrumentaliza para amenazar, acosar, aislar y, en definitiva, someter a las víctimas, incluso a través de violencia por poderes (estrategia del silencio)³⁸.

No cabe duda que esta tecnología supone la aparición de nuevos riesgos, que acompañados de una importante falta de formación en valores y el analfabetismo en género y en cuestiones tecnológicas, incrementan las lesiones de una manera exponencial.

Quizá por ello, la propia Comisión Europea en el informe *Tackling deepfakes in European policy*³⁹, recomienda que la IA generativa que permite este tipo de manipulaciones sea considerada de alto riesgo y solicita una ampliación de los delitos que permitan perseguir y castigar estos hechos.

Con carácter general, desde el cumplimiento del principio de economía legislativa y el de vigencia, lo razonable es intentar incluir este tipo de actos en los delitos de injurias o contra la integridad moral (difícil incluir en atentados contra la intimidad, por ejemplo, a pesar de la propuesta presentada por el grupo parlamentario Plural en su enmienda a la LO 4/2023⁴⁰). Sin olvidar la posibilidad de comisión de un delito de pornografía infantil en el caso de que las imágenes se correspondan con niños, niñas o adolescentes, con todos los problemas que ello entraña en relación con el cumplimiento de este precepto con los principios limitadores del *ius puniendi*, cuando se trata de imágenes «realistas» o «virtuales».

En mi opinión, dado que las imágenes hiperrealistas son susceptibles de generar una sensación de realidad absoluta, y en atención a la característica de permanencia que adorna a los ciberdelitos que, como ya empieza a ser común advertir, generan lesiones más graves a los bienes jurídicos que cuando las acciones se producen en el ámbito analógico, parece razonable establecer una tipificación expresa de estas conductas que, por lo demás, no siempre van a poder encajar en los

³⁸ Cfr., VERDÚ SOLER, A.D. «El sufrimiento de la mujer objeto. Consecuencias de la cosificación sexual de las mujeres en los medios de comunicación», *Feminismols*, 31, 2018, pp. 167-186.

³⁹ *Tackling deepfakes in European policy*, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2021\)690039](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2021)690039), fecha de recuperación 27 de diciembre de 2024.

⁴⁰ DEVIS MATAMOROS, A. «Algunas claves...», *op. cit.*

atentados contra el honor. Así se recoge la propuesta presentada en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales⁴¹ en el nuevo art. 173 bis, que castiga las *Deepfakes* entre los delitos contra la integridad moral y que paso a exponer.

2. Propuestas de tipificación

Los sistemas de inteligencia artificial (IA, en adelante) tienen una gran capacidad para incidir positivamente en la sociedad y en la economía, ya que permiten, entre otras muchas cosas, mejorar los procesos de producción, facilitan la innovación y ayudan a la realización de tareas rutinarias. Sin embargo, y como también es sabido, de su uso se pueden derivar riesgos para los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es esto lo que motiva que, dentro de la estrategia de la España digital 2026 y bajo el paraguas de lo establecido en la Carta de derechos digitales, el Estado pretenda establecer un marco ético en el que se regulen los riesgos que se puedan derivar del uso de esta tecnología⁴².

El reglamento de la UE 2024/1689, conocido como Ley de IA y el RD 817/23, de 8 de noviembre, definen los sistemas de inteligencia artificial generativa en el art. 3.3 del RD y el art. 3.1) del Reglamento, aunque considera que forman parte de instrumentos de riesgo limitado, lo que no puede estar más alejado de la realidad⁴³.

No hay que olvidar que las normas citadas no tienen como finalidad el establecimiento de medidas de prevención frente a usos individuales y/o particulares, sino que su objetivo es establecer medidas de prevención en relación con el empleo de estos sistemas en el ámbito institucional o empresarial, y de este modo sí que establecen niveles de

⁴¹ Disponible en <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORGÁNICA%20PARA%20LA%20PROTECCIÓN%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>. (Fecha de recuperación 28 de diciembre de 2024).

⁴² Vid. Texto Original del Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

⁴³ La dificultad de definir qué es la inteligencia y cómo se puede conceptualizar la IA no es objeto de este trabajo, pues excede con mucho las pretensiones del mismo. Una aproximación al problema se puede ver en DE LA CUESTA AGUADO, P., «Inteligencia artificial y responsabilidad penal», *Revista penal*, México, núm. 16-17, marzo de 2019-febrero de 2020, pp. 52 y ss.

riesgo en relación, por ejemplo, con los sistemas predictivos de peligrosidad o reincidencia, pero no habla de los usos delictivos de aplicaciones de la tecnología que nacen con fines lícitos.

Por eso, precisamente, el texto punitivo ha de tomar en consideración los riesgos aun no previstos e intentar ponerles coto. La necesidad de regular las conductas que generan las ultrafalsificaciones con finalidad lesiva ya ha sido puesta de manifiesto anteriormente, y ha habido diferentes intentos en los últimos años. En 2023, por vía de enmiendas el Grupo Parlamentario Plural intentó introducir el castigo de estas actuaciones en el título dedicado a los delitos contra la intimidad, quizá siguiendo las líneas trazadas por la Ley Olimpia de Méjico, donde se castiga la difusión no consentida de imágenes, tanto reales como realistas, en la categoría de delitos de violencia digital sexual, idea que también propone la Directiva (UE) 2024/1385, en su art.5, cuando indica que los Estados deberán castigar conductas relacionadas con la difusión de material íntimo o manipulado, en concreto, su letra b) dice que se sancionará,

«producir, manipular o alterar y, posteriormente, hacer accesible al público, mediante TIC, imágenes, vídeos o materiales similares, haciendo que parezca que una persona está practicando actividades sexualmente explícitas, sin el consentimiento de dicha persona, cuando sea probable que tal conducta cause graves daños a esa persona».

No parece que la vinculación de estas conductas con la difusión no consentida de imágenes íntimas contenidas en el art. 197 de nuestro CP sea la más adecuada, fundamentalmente porque no se trata de actos íntimos reales, ni siquiera de cuerpos reales, sino que las imágenes, vídeos, mensajes de voz, etc., son falsos, pero parecen reales; esto es, son realistas, lo que elimina cualquier vulneración de la intimidad como bien jurídico protegido⁴⁴.

La idea es, pues, determinar cuál es el lugar sistemáticamente más adecuado para ubicar estas nuevas figuras, para lo que corresponde analizar cuál es el bien jurídico a tutelar con estos actos.

Los autores, por el momento, se ciñen a la esfera sexual, dado que son las ultrafalsificaciones sexuales las que mayor incidencia han te-

⁴⁴ En esta línea, JAREÑO LEAL, A., «El derecho a la imagen íntima y el Código penal La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», *RECPC* n. 26-9, 2024, p. 15. Esta autora señala, con acierto, que en el caso de que se utilicen las imágenes reales del rostro de las personas, que es lo que las hace identificables, de momento se podría acudir a la reclamación por vía civil a través de la LO 1/1982, de protección de la imagen (art. Séptimo párrafo 5.º).

nido en los últimos tiempos. Quizá por ello entiende Jareño Leal que es el honor el bien jurídico a proteger, apoyándose también en la Proposición de Ley que impulsó el Grupo Parlamentario Sumar⁴⁵, pudiendo acudir al concurso de delitos en los casos que de dichos comportamientos se deriven afecciones a otros bienes jurídicos como pueden ser las amenazas, las lesiones psíquicas, el acoso u otros, con dudas razonables sobre la posibilidad de vincular estos delitos con los de pornografía infantil⁴⁶. También ha sido esta la opción de alguna resolución judicial a la hora de intentar cubrir el vacío normativo (así, por ejemplo, la SAP Sevilla 102/2012, 23 de febrero).

La propuesta del Grupo Parlamentario Sumar, hoy decaída, por lo que hace a la modificación penal planteaba la introducción de un nuevo art. 208 bis para castigar las ultrafalsificaciones entre los delitos de injuria, modificando a su vez el art. 211 para considerar estas injurias hechas con publicidad si se difundían a través de las redes sociales⁴⁷.

Sin entrar en la valoración crítica que pueda merecer la redacción propuesta, dada la naturaleza de este trabajo, no parece que los delitos contra el honor sean el lugar adecuado para regularlas, por varias razones.

⁴⁵ Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial. Presentada por el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR, BOCG, Congreso de los Diputados, XV Legislatura, de 13 de octubre de 2023.

⁴⁶ JAREÑO LEAL, A., «El derecho a la imagen íntima...», *cit.*, p. 15.

⁴⁷ El artículo 3 decía así:

«Artículo 3. Penal. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El Código Penal queda modificado como sigue:

Uno. Se crea un nuevo artículo 208 bis, dentro del capítulo III del título XII del Código Penal, nuevo precepto penal que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 208 bis.

Igualmente tendrá la consideración de injuria la acción que, sin autorización y con ánimo de menoscabar el honor, fama, dignidad o la propia estimación de una persona, recrease mediante sistemas automatizados, software, algoritmos o inteligencia artificial para la pública difusión su imagen corporal o audio de voz.».

Dos. Se modifica el artículo 211 del Código Penal, añadiendo un párrafo segundo, quedado redactado el artículo de la siguiente forma:

«Artículo 211.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Salvo previa autorización expresa de la persona o personas afectadas, las simulaciones de imágenes, vídeos o audios de voz de estas generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial que fueran difundidos a través de redes sociales serán consideradas como injurias hechas con publicidad.».

En primer lugar, porque las ultrafalsificaciones no afectan solo al ámbito de las relaciones sexuales o los comportamientos eróticos, —dejando de lado las que puedan realizarse dentro de los límites de la libertad de expresión o la creación artística⁴⁸— sino que nos podemos encontrar con manifestaciones de este tipo que tengan que ver con otras situaciones, como pueden ser la simulación de palizas o cualquier otro trato humillante o degradante, sin tomar en consideración, de nuevo, las que se utilizan, por ejemplo, para crear noticias falsas (*Fake news*). Sin negar lesiones del derecho al honor, es necesario tomar en consideración la posibilidad de afectar a la integridad moral, sobre todo si tomamos en cuenta que muchas de estas acciones van más allá de la lesión de la dignidad por menoscabo de su fama o estimación, pues en ocasiones se trata, de conductas vejatorias gravemente humillantes, con el importante contenido cosificador que se desprende de las representaciones que implican.

En mi opinión, el uso de *deepfakes*, sobre todo sexuales, deriva en la afectación de la reputación digital/análogica y también en situaciones que podrían entrar en la idea de usurpación de personalidad (como falsedad personal) incluso como medio para cometer otros delitos pero, al final, lo que queda lesionado es la dignidad en sentido amplio, generando situaciones de envilecimiento, angustia y temor que no tienen que ser catalogados entre los delitos de amenazas o coacciones (ya que no deben ir acompañadas necesariamente de la imposición de una condición o la obligación de hacer o no hacer, sino que pueden ser la pura manifestación del deseo de causar daño) por lo que el lugar más adecuado entiendo que es la integridad moral.

Siendo cierto que los tratos degradantes exigen un menoscabo grave de la dignidad y que ello genera cierta incerteza jurídica, no lo es menos que el Tribunal Supremo acude a la jurisprudencia del TEDH para concretar el elemento valorativo. En esta línea, la STS núm. 325/2013, de 2 de abril, ha establecido como elementos para determinar la gravedad de la incidencia de la acción en el bien jurídico, su duración, intensidad, efectos físicos y mentales y condiciones de la víctima (sexo, edad y estado de salud). Criterios que en el caso de las ultrafalsificaciones de contenido sexual o vejatorias justifican la gravedad exigible para enervar el principio de insignificancia y de intervención mínima.

⁴⁸ Es común el empleo de estas técnicas en publicidad o en programas de humor, como por ejemplo el anuncio de Cruzcampo que «resucitó» a Lola Flores o los miles de memes que se generan con Donald Trump como protagonista.

Es por ello que, desde mi punto de vista, el lugar más adecuado para regular estas conductas estaría entre los delitos que afectan a la integridad moral.

Y esta es la línea que ha seguido el pre-legislador en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, norma que si bien se refiere solo a este colectivo de ciudadanos, no impide la modificación del Código penal en relación también con los adultos.

El precepto propuesto en el Anteproyecto, y que se encuentra en fase de informes establece:

«Art. 173 bis:

Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias.

Se aplicará la pena en su mitad superior si dicho material ultrafalificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual».

Con esta redacción se pretende, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto, favorecer que en virtud del principio de consunción se puedan incluir en ella tanto los atentados contra la integridad moral como los que afectan al honor «pues ha de tomarse en cuenta no solo la afectación a la autoestima y la heteroestima, sino también la cosificación e instrumentalización que se produce sobre el sujeto pasivo, generalmente mujeres y niñas, niños y jóvenes que son tratados como objetos de consumo». Junto a ello recuerda «que la motivación para llevar a cabo estas acciones no siempre se identifica con el *animus iniuriandi*, pues el hecho puede deberse a otras razones como el ánimo de lucro, si dichas imágenes se utilizan en páginas o aplicaciones de contenido pornográfico» lo que también había sido puesto de manifiesto por Devís Matamoros⁴⁹.

Por otro lado, la mayor lesión para el bien jurídico que se deriva de la difusión por medios tecnológicos de estos materiales implica un incremento de lesión del bien jurídico, tanto por la permanencia como

⁴⁹ En este sentido DEVÍS MATAMOROS, A.: «Algunas claves...», *cit.*

por la dificultad en la persecución y los problemas para diferenciar los contenidos reales de los ficticios.

En todo caso, y aunque la conducta recoge los objetos materiales a los que alude la Directiva, queda todavía lejana su aprobación por el Parlamento y habrá que esperar al cumplimiento de los diferentes trámites para ver si sufre modificaciones, aunque, sin duda, parece que va por el camino más adecuado.

IV. Conclusiones

La violencia digital sobre las mujeres o la ciberviolencia de género es un hecho real, palpable y cierto que, desde luego, merece de un análisis detallado y en ello está el legislador europeo. España, como viene siendo habitual, ya dispone de una normativa avanzada en esta materia, pues la mayoría de indicaciones que se derivan del texto europeo se encuentran incorporadas al Código penal o lo serán próximamente, por lo que debemos felicitarlos por ello. Sin embargo, esta constatación no obsta para poner de manifiesto la necesidad de reformular algunas ideas o conceptos sociales o criminológicos (como la de violencia digital sexual) que no se acomodan a la normativa y a los principios limitadores del poder de castigar del Estado, así como algunos preceptos (como el art. 197.7 o el 172 ter) que no destacan por su buena técnica legislativa y su facilidad de aplicación, por lo que deberían ser revisados.

Junto a ello, no deja de preocupar la insistencia europea en la punición, cuando, quizá, y sin dejar de lado el castigo, resulta más interesante el hecho de establecer medidas de prevención y formación en valores constitucionales, que sería lo que mejor ayudaría a controlar las acciones que se producen en el ciberespacio, lugar que, por el momento, y por muchos esfuerzos normativos que se realicen, resulta difícilmente acotable y protegible, por las propias características de su arquitectura.

V. Bibliografía

AAVV, *Ciberseguridad: cómo combate la UE las amenazas cibernéticas*, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policias/cybersecurity/>.

AAVV, *La situación de la violencia contra las mujeres en la adolescencia en España*, Ministerio de igualdad, disponible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/Estudio_ViolenciaEnAdolescencia.pdf.

- ALONSO BETANZOS, A., «Artificial intelligenece and gender bias», en *Gender on Digital. Journal of Digital feminism*, Vol. 1. *Sociedade dixital e nesgos de xénero*, Cátedra de Feminismos 4.0, Vigo, 2023.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. y MORONDO TARAMUND, D. «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011.
- CARRETERO SAN JUAN, A., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la violencia contra la mujer», *Anales del Derecho. AdDespecial: El TEDH en su sesenta aniversario*, Universidad de Murcia, disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/452691/294151>.
- DE LA CUESTA AGUADO, P., «El concepto jurídico-penal de violencia», en RUIZ, L.R. y GONZÁLEZ, G. (coords.), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2019.
- DE LA CUESTA AGUADO, P., «Inteligencia artificial y responsabilidad penal», *Revista penal*, México, núm. 16-17, marzo de 2019-febrero de 2020.
- DEVIS MATAMOROS, A. «Algunas claves del castigo penal del *deepfake* de naturaleza sexual», *IberiCONNECT*, julio-2023.
- GARCIA COLLANTES, A., y GARRIDO ANTÓN, M.J., *Violencia y Ciberviolencia de género*, Tirant lo Blanch, 2021.
- GARCÍA-MINGO, E. y DÍAZ FERNÁNDEZ, E., *Jóvenes en la Manosfera. Influencia de la misoginia digital en la percepción que tienen los hombres jóvenes de la violencia sexual*. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud. Fundación Fad Juventud, noviembre, 2022.
- HARAWAY, D., *Manifiesto Ciborg. El sueño irónico de un lenguaje común para las mujeres en el circuito integrado*, 1984, disponible en https://xenero.webs.uvigo.es/profesorado/beatriz_suarez/ciborg.pdf.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., «El derecho a la igualdad versus la libertad de expresión en la machosfera», *Derecho y género*, n.1, 2024, *passim*, disponible en <https://derechoygenero.uab.es>.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., «Las ciberviolencias de género» en HEIM, D. (comp.): *Injusticias de género. Crueldades extremas*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones Didot, 2023.
- JAREÑO LEAL, A., «El derecho a la imagen íntima y el Código penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual», *RECPC* n. 26-9, 2024.
- LLORIA GARCÍA, P., «Ciberdelito y confinamiento», en SANTANA, D.M., FERNÁNDEZ, S., CARDENAL, S., CARPIO, D., CASTELLVI, C. (dirs.): *Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, Atelier, Barcelona, 2022.
- MUNIESA TOMAS, P. et al., *Informe sobre la Cibercriminalidad en España de 2022*, Ministerio del Interior, disponible en <https://www.interior.gob.es/opencms/export/sites/default/.galleries/galeria-de-prensa/documentos-y-multimedia/balances-e-informes/2022/Informe-Cibercriminalidad-2022.pdf>. (fecha de recuperación 26 de diciembre de 2024).

- PIÑEIRO-OTERO, T. y MARTÍNEZ-ROLÁN, X., «Say it to my face: Analysing hate speech against women on Twitter», en *Profesional de la información*, v. 30, n. 5, 2021.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», en *I•CON*, 2024, p. 2, disponible en <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2024/03/06/moad0941.pdf>.
- ROVIRA SANCHO, G., «Los feminismos en red: ciberactivismo, hackfeminismo, hashtags y política prefigurativa», *Gender on Digital. Journal of Digital feminism*, vol. 1, *Sociedade dixital e nesgos de xénero*, Cátedra de Feminismos 4.0, Vigo, 2023.
- RUIZ RODRIGUEZ, L.R., «El concepto elástico de violencia bajo el punitivismo actual», en RUIZ, L.R. y GONZÁLEZ, G (coords.), *Transiciones de la política penal ante la violencia. Realidades y respuestas específicas para Iberoamérica*. Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2019.
- SANMARTÍN, A., GÓMEZ, A., KURIC, S. y RODRÍGUEZ, E., *Barómetro Juventud y Género 2023*, Centro Reina Sofía de Fad Juventud, Madrid, 2023, disponible en <https://www.centroreinasofia.org/publicacion/barometro-juventud-genero-2023/>.
- SIMÓ SOLER, E., «Retos jurídicos derivados de la inteligencia artificial generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho», *InDret*, n.2, 2023.
- VAN DER WILK, A., *Proteger a las mujeres y niñas de la violencia en la era digital. La relevancia del convenio de Estambul y del Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia para luchar contra la violencia contra las mujeres en línea y facilitada por la tecnología*, Consejo de Europa, 2021, disponible en <https://rm.coe.int/study-istanbul-convention-and-budapest-convention-/1680a62700>.
- VENTURA SANZ, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 97, septiembre-diciembre 2016.
- VERDÚ SOLER, A.D. «El sufrimiento de la mujer objeto. Consecuencias de la cosificación sexual de las mujeres en los medios de comunicación», *Feminismos*, 31, 2018.

Honor, intimidad y propia imagen de los menores ante los riesgos de las nuevas tecnologías y de las redes sociales

José Carlos López Martínez

Magistrado. Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, área civil

Sumario: I. Introducción. El menor en el entorno digital: riesgos para los derechos fundamentales del art. 18.1 CE. 1. Los riesgos para los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores en el entorno digital. 2. La respuesta del Derecho a estos nuevos retos. II. Protección reforzada del menor de edad ante eventuales intromisiones ilegítimas en tales derechos. 1. Titularidad de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE. 2. Protección reforzada o sobreprotección del menor de edad ante posibles intromisiones ilegítimas en los derechos del art. 18.1 CE. a. El interés superior del menor como «límite infranqueable». b. Falta de eficacia legitimadora del consentimiento. c. El papel garante y fiscalizador del Ministerio Fiscal. III. Análisis en particular de la intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE de los menores por los propios padres: *sharenting*. 1. El derecho a la propia imagen del menor. 2. La publicación de la imagen del menor en RRSS por sus progenitores. El fenómeno de las *instamamis* o los *instapapis*. IV. Perspectiva civil de las ultrafalsificaciones mediante el uso de la IA generativa. 1. IA y *deepfakes* (ultrafalsificaciones o ultrasuplantaciones). 2. Análisis del fenómeno de los *deepfakes* desde la perspectiva de la tutela civil de los derechos de la personalidad del menor de edad. V. Bibliografía.

Resumen: Este trabajo pretende incidir en algunas de las reflexiones más recientes de la comunidad jurídica sobre los riesgos que entrañan las nuevas tecnologías y formas de comunicación virtual (TIC) para los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores de edad, partiendo de la especial protección que el ordenamiento les dispensa. En particular, desde la

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-267-4, núm. 19/2025, Bilbao, págs. 95-141

perspectiva de la tutela civil de tales derechos cuando sus titulares son menores de edad, ante eventuales intromisiones ilegítimas protagonizadas por terceros, incluyendo los progenitores, se analizarán algunos de los riesgos derivados del uso de redes sociales (en adelante RRSS) como el *sharenting*, y del uso de herramientas de Inteligencia Artificial (IA) generativa, como los *deepfakes*.

Palabras clave: Menor de edad, interés superior del menor, honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, entorno digital, redes sociales, TIC, IA, *sharenting*, *deepfakes*.

I. Introducción. El menor en el entorno digital: riesgos para los derechos fundamentales del art. 18.1 CE

1. *Los riesgos para los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores en el entorno digital*

Como he analizado en un trabajo reciente, en los últimos tiempos la protección jurídica de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que proclama el art. 18.1 de la Constitución (en adelante CE) se enfrenta con cada vez más frecuencia a los problemas (hasta ahora desconocidos o con una escasa repercusión social) derivados del acceso generalizado de los ciudadanos a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), desde edades muy tempranas, además. Especialmente, por el uso de dispositivos personales conectados a Internet¹ (como móviles y tabletas), que nos han permitido, desde familiarizarnos con innovadoras formas de comunicación virtual (p.ej. mensajería instantánea como *Whatsapp* o *Telegram*, o redes sociales accesibles multidispositivo como *X*, *Facebook*, *Instagram* o *Tik Tok*), alejadas de los tradicionales e institucionalizados medios de comunicación, a ser usuarios —y potenciales víctimas— de herramientas que utilizan la llamada Inteligencia Artificial (IA) generativa.

Se trata de una problemática especialmente relevante para cualquier jurista porque, admitiendo que hoy el acceso a Internet se con-

¹ En palabras de OROZCO GONZÁLEZ, que alude a Internet y a las RRSS englobándolas dentro del concepto de «servicios de la sociedad de la información, en sentido general, o SSI», «vivimos, por tanto, en una conexión a Internet permanente y nos hemos acostumbrado a exponer y compartir nuestra información y aspectos de nuestra vida casi sin control a través de la Red».

cibe como un derecho, es evidente que el acceso —habitual y masivo— a las TIC y las propias características la comunicación digital (inmediatez en la difusión de contenidos, dificultad de establecer controles previos, redifusión incontrolada por terceros, incluso de forma anónima o mecánica —*bots*—, etc.) incrementa exponencialmente las posibilidades de que se produzcan injerencias ilegítimas en el ámbito constitucionalmente protegido de dichos derechos fundamentales. Podríamos decir que el catálogo o elenco de posibilidades de ofender tiene actualmente el único límite de la imaginación. Por eso, el usuario de estas TIC debe ser plenamente consciente de los beneficios, pero también de los riesgos que entrañan.

En el mundo analógico, una persona, aunque se tratara de un político o un famoso, con una proyección pública por su profesión o por su relación con asuntos de interés general, podía sentirte ofendida en su honor por una noticia inveraz, por una opinión afrentosa, innecesariamente vejatoria, comunicada de palabra en la prensa, o verbalmente en radio o televisión. También por la difusión oral o escrita de datos que afectaran a su esfera íntima y privada, o por la divulgación de su imagen en prensa o TV. Por las características de la comunicación a través de esos medios tradicionales era normalmente posible identificar al responsable o, p.ej., conocer con relativa precisión la difusión del acto ofensivo (tirada del periódico, audiencia del programa de radio o TV).

Hoy en día, sin embargo, p.ej. cualquier persona puede captar/tomar con su móvil la imagen de terceros, sin su consentimiento (haciéndole una foto *robada*, o usando sin su permiso una foto publicada en una red social), y difundirla también sin dicho consentimiento en el universo digital, con el peligro que entraña que tanto el que la divulga como el ofendido —titular del derecho afectado— pierdan toda capacidad de control sobre ella. De igual modo, cualquier persona tiene a su disposición su cuenta en una red social para ejercer sus libertades de expresión y/o información (en la Red, cualquier usuario puede subir contenido informativo y, si tiene miles o millones de seguidores, conseguir que esa información tenga más difusión que la facilitada por los medios de comunicación tradicionales), y con su ejercicio puede vulnerar los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de terceros con juicios de valor que entrañen imputaciones de conductas ilícitas sin base fáctica suficiente, con informaciones no veraces que menoscaben la reputación ajena, revelando datos privados, o en fin, publicando la imagen de otro sin su consentimiento. Todo ello, con la particularidad de poder hacerlo desde el anonimato y de que esos contenidos queden almacenados, sean accesibles a terceros y puedan difundirse ilimitadamente y sin control por terceros. Y qué decir de la potencialidad lesiva

de una tecnología, en concreto las herramientas de IA generativa, que permite falsear la imagen, los rasgos físicos, incluso la voz de una persona, haciéndola pasar por real cuando no lo es.

La singularidad de Internet como medio de comunicación, y el mayor riesgo que representa frente a los medios de comunicación tradicionales, ha sido destacada por la jurisprudencia del TC. En este sentido, p.ej. la STC 83/2023, de 4 de julio (ECLI:ES:TC:2023:83), se manifiesta en los siguientes términos:

«[...] como recordó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «Internet es una herramienta de información y comunicación particularmente distinta de los medios impresos, especialmente en lo que se refiere a la capacidad de almacenar y transmitir información [...] El riesgo de perjuicio que suponen los contenidos y las comunicaciones en internet para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades, en particular el derecho al respeto de la vida privada, es ciertamente mayor que el que plantea la prensa [escrita]» (STEDH de 5 de mayo de 2011, asunto Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania, § 63). En definitiva, las específicas características del uso de internet y redes sociales, así como del modo y difusión que alcanza el mensaje objeto de controversia, deben ser tenidas en cuenta en orden a concretar las reglas de delimitación entre derechos, para garantizar su promoción, pero también su debida protección.

»Por ello mismo, hemos afirmado que «la transformación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera [...] los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor» de tal manera que «si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella» (STC 93/2021, de 10 de mayo, FJ 2).

»A lo expuesto se han de añadir y destacar adicionales dificultades de control y reacción, ante el contenido de los mensajes difundidos en internet, que derivan de algunas de las características estructurales de la comunicación digital (STC 8/2022, de 27 de enero). En efecto, la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia —y difícilmente controlable— multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red. Tales características favorecen una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información. Las características

apuntadas, como ya hemos destacado, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros. Otro elemento característico, acentuado por la falta de regulación general, dimana de la posibilidad de difundir contenidos de forma anónima o, mecánicamente, a través de invasivas aplicaciones informáticas, por lo que la posibilidad de exigir responsabilidades a sus autores viene dificultada en extremo. Estos rasgos de la comunicación digital han de ser tomados en consideración al evaluar el impacto que las expresiones o informaciones publicadas en páginas web o redes sociales han podido tener en los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de datos de todos».

Al respecto de estas nuevas posibilidades de lesionar la dignidad humana que ofrece el entorno digital, procede recordar que la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado —con relación al derecho al honor (sentencia 593/2019, de 7 de noviembre²) pero entiendo que con argumentos que cabe extrapolar a la intimidad y a la propia imagen—, que la conducta susceptible de lesionar la dignidad no se circunscribe a una manifestación oral o escrita, de forma que, según esta jurisprudencia, dentro de esa concepción amplia de lo que puede constituir una intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE tendrían cabida, sin duda, las interacciones a través de RRSS, en tanto que estas plataformas, de amplio seguimiento y repercusión, hacen posible una nueva forma de comunicación virtual a través de la cual, como he dicho, los usuarios, además de destinatarios de múltiples contenidos ajenos, también podamos opinar, incluso convertirnos en informadores, y sin duda, mediante esa comunicación virtual,

² «4.– Como acertadamente pone de manifiesto el recurso de casación, la Audiencia Provincial restringe incorrectamente las conductas que pueden constituir una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor. El art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 no se limita a considerar como intromisiones ilegítimas en el honor las manifestaciones orales o escritas, esto es, las «expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación», sino que extiende su ámbito a las «acciones» que provoquen esa lesión de la dignidad, menoscabo de su fama o atentado de su propia estimación.

»5.– Esta concepción amplia de lo que puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor ha llevado a que esta sala haya considerado como tal intromisión ilegítima actuaciones en las que no ha existido una manifestación oral o escrita del demandado, sino una acción que conllevaba la denigración del demandante. Así sucedió en la sentencia 799/2013, de 17 de diciembre, que consideró que la publicidad que incluía la imagen de una persona en un contexto que inducía a relacionarla con la prostitución constituía una intromisión ilegítima en su honor. Y la sentencia 588/2011, de 20 de julio, consideró constitutiva de una intromisión ilegítima en el honor la publicación de una composición fotográfica en la que se incluía el rostro de una persona, plenamente identificable por sus facciones, y el cuerpo semidesnudo de otra mujer».

lesionar el honor, la intimidad o la propia imagen ajenos, en particular, de menores de edad, y no solo con lo que escribimos, sino con «acciones» como retuitear una frase ofensiva o darle un *like* a un comentario ajeno —si se entiende que retuitear implica aprobación, adhesión al comentario ofensivo³, como sostienen DEL ÁGUILA BARBERO o TOMEO FERNANDO—, o incluso mediante el uso de pictogramas (signos gráficos que expresan un concepto) como los emojis.

En esta línea de enfatizar los riesgos que derivan del uso inconsciente y sin control de estas tecnologías y formas de comunicación, ya la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) dejaba constancia de que la informática y las modernas técnicas de comunicación permiten superar las tradicionales salvaguardas representadas por el tiempo y el espacio en el sentido de que, si bien en la comunicación analógica previa a Internet no era posible conocer hechos de terceros realizados fuera del lugar donde nos encontrábamos, ambos límites —espacio/tiempo— desaparecen en el mundo virtual, ya que los datos que compartimos en Internet (las RRSS se alimentan de datos, los usuarios hemos pasado de ser ciudadanos a ser generadores de datos) se almacenan en el universo digital y se ponen a disposición de cualquier tercero, usuario de esas mismas RRSS, por distante que sea el lugar donde ocurrieron los hechos o por remotos que fueran dichos hechos. Como al respecto apunta BARATA MIR, los intermediarios de contenidos⁴ (caso de plataformas de RRSS como X o de compartición de videos como Youtube) «se han convertido en actores principales en el proceso de difusión y distribución de todo tipo de contenidos».

Para dimensionar el fenómeno al que nos referimos basta echar mano a algunas cifras.

En cuanto a Internet y las RRSS, según TORAL LARA, que cita un estudio de 2020 publicado por *We Are Social* —agencia creativa espe-

³ Al respecto de la trascendencia de los «me gusta» y los *retuiteos*, PRESNO LINERA señala («La libertad de expresión en las redes sociales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y europea») que el TEDH ha concluido en sentencia de 15 de junio de 2021, asunto *Melike c. Turquía*, que constituyen un medio para ejercer la libertad de expresión y que no tienen el mismo peso que compartir un mensaje, «en la medida que un “me gusta” expresa simplemente interés, o incluso, simpatía por una publicación y no un deseo activo de difundirla».

⁴ La noción de intermediarios de contenidos, según explica el propio BARATA MIR, «hace referencia a una amplia gama de proveedores de servicios en línea tales como el almacenamiento, la distribución y el intercambio de contenidos, las redes sociales, las plataformas de colaboración y los videojuegos o los motores de búsqueda».

cializada en social media—, y *Hootsuite* —plataforma de gestión de redes sociales—, casi la mitad de la población mundial —es decir, unos 3.800 millones de personas— utiliza alguna red social, y por lo que respecta a España, 29 millones de personas son usuarias activas de estas plataformas, permaneciendo conectados a ellas una media de 1 hora y 51 minutos al día⁵. Según un estudio de redes sociales de IAB Spain, publicado en mayo de 2021 y del que se hace eco GUTIÉRREZ MAYO, en España el 93% de la población entre los 16 y los 70 años son internautas y el 85% usuarios de redes sociales, porcentaje que en el caso de adolescentes aumenta al 97%.

Por lo que hace a la implantación social de herramientas que usan la IA generativa, según un estudio publicado en 2023 por Ditrencia (Informe IA-Inteligencia Artificial en España y en el mundo 2023), se espera que el número de usuarios en el mundo de herramientas IA pase de los 255 millones en 2023 a los 729 millones en 2030, y en particular, herramientas como ChatGPT se ha convertido en la aplicación de consumo de más rápido crecimiento en la historia, alcanzando el millón de usuarios una semana después de su lanzamiento y los cien millones de usuarios activos mensuales dos meses después.

Los niños y adolescentes —no en vano se les conoce como nativos digitales— son sin duda los que hacen un uso más intenso de Internet y de las RRSS (SSI). Si los riesgos que entrañan las nuevas tecnologías y la comunicación digital son importantes para los adultos, no cabe duda alguna que más aun lo son para los menores de edad, por ser menos conscientes de ellos⁶.

Al respecto, MORALEJO IMBERNÓN enfatiza que las RRSS de ocio o generalistas, a las que tiene acceso los niños y adolescentes, son si cabe las que mayores riesgos generan para los usuarios, en tanto que en ellas no solo se exponen datos profesionales sino «cuestiones más reservadas como sus vivencias, gustos, ideologías y experiencias». Esta autora pone de manifiesto algunos de los principales riesgos que entraña el acceso de los menores de edad a las RRSS: pri-

⁵ <https://wearesocial.com/es/blog/2020/02/digital-2020-en-espana/>

⁶ Dice OROZCO GONZÁLEZ, en su libro «Daños a la privacidad de los menores», pág. 47, que, a este respecto, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) aboga por una tutela diferenciada o protección específica de los derechos del menor como persona «menos consciente de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales».

mero, por el propio funcionamiento de estas plataformas, el menor se relaciona con un gran número de personas a las que no conoce (un adolescente de 15 o 16 años suele tener entre 500 y 1000 seguidores en RRSS); segundo, se expone a comentarios y opiniones que pueden dañar su autoestima en una persona que está aún en formación (riesgo de exclusión o falta de aceptación social); tercero, se somete a la falsa creencia de que las vidas (y los cuerpos) de los demás son perfectos o mejores, lo puede generar la sensación de fracaso e incluso afectar a la salud mental; cuarto, les expone a compartir contenidos no apropiados para su edad y tratamiento de su información personal, datos de los que se sirve la plataforma para sugerirles contenidos o publicidad personalizados y hacerles adictos, dependientes, generando problemas de adicción; y quinto, les expone a la desinformación, a las *fake news*, lo que, en personas en formación, sin un criterio fundado por falta de conocimientos o experiencia vital, puede convertirles en personas manipulables.

En esta línea se han manifestado también los tribunales. La SAP Lugo, sección 1.ª, 57/2017, de 15 de febrero (ECLI:ES:APLU:2017:98), señaló al respecto lo siguiente:

«En relación con este tema, Gil Antón recuerda que si bien es verdad que inicialmente los contactos de una red social estarían compuestos únicamente por aquellas personas con las que ya se dispone de una relación off line, ello no es óbice para que esta red de contactos se vaya progresivamente ampliando. Resulta incuestionable que las redes sociales cuentan con pocas restricciones preestablecidas, con la finalidad de fomentar un libre acceso a los perfiles que se van incrementando progresivamente con el aumento del número de contactos de cada usuario, de tal manera que se permite que los usuarios accedan no sólo a la lista de contactos amigos, sino también a aquellas de los amigos, y de los amigos de éstos, prefiriendo los adolescentes y los jóvenes la red social que les permite estar en contacto con mucha gente y saber qué pasa, por ejemplo, con las fotos que se van colgando y compartiendo.

»Además, los perfiles de las redes sociales pueden ser archivados, lo que facilita la creación de bases de datos de personas con fines ilícitos. Todo ello obliga a repensar y reforzar la normativa europea e internacional sobre datos personales, por lo que no puede, por menos, que existir iniciativas de tutela de esa intimidad y propia imagen, no sólo a nivel general de los usuarios, sino también pensando en el colectivo de los menores, por cuanto no cabe duda de que los usuarios de redes sociales tienen la consideración de afectados o interesados al ser las personas titulares de los datos que son objeto de tratamiento, pudiendo incluir los datos de terceras personas».

2. *La respuesta del Derecho a estos nuevos retos*

En este contexto, la principal duda que nos acecha a algunos juristas, al menos desde la perspectiva de la tutela judicial civil de tales derechos, es si la parca regulación actual (representada fundamentalmente por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (en adelante LO 1/1982), cuyas bondades son incuestionables pero que lógicamente es fruto de unos valores y de un desarrollo tecnológico muy diferentes a los actuales, es un instrumento adecuado para responder a los nuevos retos, o si, por el contrario, es necesario contar con nuevos instrumentos normativos o, como mínimo, revisar los criterios y los límites o contornos clásicos fijados por la jurisprudencia. Entre estos retos destaca por su trascendencia constitucional (la protección de la infancia y la adolescencia es un valor superior del ordenamiento jurídico) la necesidad de salvaguardar la dignidad de los menores de edad ante conductas nada recomendables o, cuanto menos, poco responsables, no solo de los propios menores sino incluso de sus representantes legales.

Desde que se generalizó el acceso de los menores a estas tecnologías el legislador ha sido consciente de este problema.

Buena prueba de ello es que ya la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDPGDD), en su disposición adicional decimovena, encomendase al Gobierno la elaboración, en el plazo de un año, de un proyecto de ley dirigido específicamente a garantizar los derechos de los menores ante el impacto de Internet, con el fin de proteger su seguridad y luchar contra la discriminación y la violencia que sobre los mismos es ejercida mediante las nuevas tecnologías.

Cumpliendo este mandato y en línea con iniciativas impulsadas desde el ámbito europeo enmarcadas en la Estrategia para los Derechos de la Infancia 2021-2024, el pasado mes de junio del presente año el Gobierno aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (en adelante, Anteproyecto).⁷ En su Exposición de Motivos se reconoce que, si bien los entornos digitales permiten a los menores el ejercicio de sus libertades de expresión e información, junto a estos beneficios también entrañan riesgos y perjuicios como verse expuestos a mensajes y contenidos de es-

⁷ <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/Documents/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>

tereotipos de género, discriminatorios, violentos, y a información no veraz o sobre hábitos de conducta o consumo poco saludables, ilegales o dañinos. A grandes rasgos, el objetivo de la norma es garantizar, «desde una perspectiva amplia y multidisciplinar», la protección integral de los menores en el ámbito digital, especialmente sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, para lo que contempla medidas dirigidas a que los menores y sus familiares conozcan mejor los riesgos del entorno digital, así como medidas dirigidas a las empresas (p.ej. que los dispositivos digitales cuenten con sistemas de control parental activados por defecto) e *influencers* (se les impone el deber de avisar que el contenido que están difundiendo es potencialmente perjudicial para el desarrollo físico, mental o moral de los menores de edad).

En cualquier caso, el enfoque de esta problemática ha de partir de una máxima repetida por la jurisprudencia más reciente: las nuevas tecnologías y formas de comunicación, en particular las redes sociales (en adelante RRSS), no alteran la plena disponibilidad de la persona sobre sus derechos del art. 18.1 CE, en concreto, el derecho a disponer de su imagen. Su uso generalizado ha de comportar que se adopten medidas de protección y que se amplíen las cautelas, pero no implica que el titular pierda su derecho fundamental o vea mermada su protección, ya que el contenido de tales derechos «sigue siendo el mismo que en la era analógica». En este sentido p.ej. STC 27/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:27), citada por la STS 1366/2023, de 4 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4077), que su vez menciona la de pleno STS 593/2022, de 28 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3212).⁸

⁸ «Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destaca que la libertad de comunicar o recibir información (art. 10.1 CEDH), abarca no sólo la esencia de las ideas y la información expresada, sino también la forma en que se transmiten (STEDH de 24 de febrero de 1997, caso De Haes y Gijssels c. Belgium, § 48); protección que 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 [STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Times Newspapers LTD (núm. 1 y 2) c. Reino Unido, § 27], en el mismo sentido la STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 7.

»No obstante, el Tribunal Europeo ha subrayado, con respecto a estos nuevos métodos y técnicas de obtención de la información, que es necesaria una vigilancia reforzada de la protección de la vida privada frente a las nuevas tecnologías, que posibilitan el almacenamiento y la reproducción de datos de carácter personal, así como, en particular, la toma sistemática de fotos específicas y su difusión al público (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 70).

»Este escenario constituye un nuevo campo de colisión de los derechos fundamentales de las personas, que no cabe ignorar, toda vez que el art. 2.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, señala que la protección civil de tales derechos quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservada para sí misma o su familia».

Esta sentencia de pleno extrae de la STC 27/2020 la siguiente doctrina constitucional:

«(i) Los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido sigue siendo el mismo que en la era analógica.

»(ii) El hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE.

»(iii) El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE, conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen.

»(iv) Salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe, necesariamente, estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla.

»(v) El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera, debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada».

Y también ha de partir de la necesidad de concienciar sobre estos riesgos a los Poderes Públicos, a los menores y a sus representantes legales. En el caso de los primeros⁹, por mor del mandato constitucional (art. 39 CE) que les obliga a procurar la protección integral de los menores y garantizar la efectividad de los derechos que les reconocen los Tratados, entre ellos, los del art. 18.1 CE a los que nos estamos re-

⁹ El Anteproyecto dedica todo el Título IV a las medidas preventivas y educativas del sector público.

firiendo¹⁰. En el caso de los padres, porque el mismo precepto constitucional (art. 39.3 CE) les impone el deber de procurar una asistencia y protección integral a sus hijos, lo que en este concreto ámbito pasa, por una parte, por la necesidad de educar, desde edades muy tempranas, en competencias digitales, con el fin de concienciar sobre los referidos riesgos, y por otra parte, por la necesidad de supervisar el uso que sus hijos hacen de estas tecnologías, estar alerta y evitar posibles prácticas perniciosas de sus hijos, y obviamente, evitar protagonizar ellos mismos esas prácticas (p.ej., publicando fotos y videos de sus hijos menores en RRSS que puedan menoscabar la dignidad de los menores o perjudicar de cual modo sus intereses).

II. Protección reforzada del menor de edad ante eventuales intromisiones ilegítimas en tales derechos

1. Titularidad de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE

De la interpretación conjunta de los arts. 3 y 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) resulta incuestionable que los menores son titulares de los derechos fundamentales reconocidos por la CE y los Tratados Internacionales, entre los cuales, con la consideración de derechos públicos subjetivos, se encuentran expresamente (art. 4.1 LOPJM) los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, si bien, por tratarse de personas en formación, mucho más vulnerables, su protección se encuentra reforzada

¹⁰ En este sentido, el art. 45 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, se refiere al uso seguro de Internet, imponiendo el mandato expreso a las Administraciones Públicas (i) de desarrollar campañas de educación de menores, familias, educadores y demás profesionales que trabajen con los menores «sobre el uso seguro y responsable de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación, así como sobre los riesgos derivados de un uso inadecuado que puedan generar fenómenos de violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes como el ciberbullying, el grooming, la ciberviolencia de género o el sexting, así como el acceso y consumo de pornografía entre la población menor de edad»; (ii) de fomentar medidas de acompañamiento a las familias, en concreto, de refuerzo y apoyo a los progenitores para la mejora de sus habilidades en orden a cumplir con sus obligaciones, «en particular, las establecidas en el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales»; (iii) de ofrecer asesoramiento en el uso seguro y responsable de Internet; y (iv) de implementar medidas que incentiven la responsabilidad social de las empresas que operan en este ámbito.

Como recalca TORAL LARA, este reconocimiento expreso no es más que consecuencia lógica y directa de que los derechos de la personalidad son independientes de la capacidad de obrar y una emanación de la propia dignidad de la persona, no sujeta o condicionada por la edad que tenga.

La doctrina científica y la jurisprudencia apuntan que el reconocimiento que resulta de la normativa interna española trae causa de los tratados y convenios internacionales de los que España es parte, pues no en vano el citado art. 3.1 LOPJM dispone que «Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte [...]». En este sentido han de tomarse en cuenta: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 12 reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra las injerencias o ataques a su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, honra o reputación; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, que reconoce a toda persona (y por tanto, también a los menores) el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, y a no recibir ataques en su honra o reputación; la Convención de los Derechos del Niño de 1989, cuyo art. 19 expresamente reconoce ese mismo derecho; y a nivel europeo, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, art. 8.1, que también se refiere a «toda persona»; la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, que atribuye a los menores de edad la titularidad de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen como potestades independientes entre sí (autonomía, en cuanto derechos autónomos, con un contenido propio y específico, que viene siendo tradicionalmente reconocida por la jurisprudencia, sin perjuicio de que un mismo acto pueda lesionar más de uno de esos derechos fundamentales); y la Carta de Derechos de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, vinculante a partir del Tratado de Lisboa de 2007, cuyo art. 7 reconoce a «toda persona» el derecho al respeto a su vida privada y familiar, su domicilio y sus comunicaciones.

2. *Protección reforzada o sobreprotección del menor de edad ante posibles intromisiones ilegítimas en los derechos del art. 18.1 CE*

Como he anticipado, al tratarse de una persona en formación, *a priori* más vulnerable y menos consciente de los riesgos de los dispositivos y medios digitales, la protección de los derechos del art. 18.1 CE cuando su titular es una persona menor de edad se encuentra reforzada en la ley y en la jurisprudencia.

A continuación, vamos a analizar las manifestaciones más evidentes de esa protección reforzada, *sobreprotección* o *súper protección* (términos indistintamente utilizados por la doctrina más autorizada) consistentes en la necesidad de priorizar el interés superior del menor, la falta de valor legitimador del consentimiento y el papel de fiscalización y control del Ministerio Fiscal.

a. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO «LÍMITE INFRANQUEABLE»

Es de sobra conocido (por existir jurisprudencia sobradamente conocida al respecto que hace innecesaria la cita de sentencias concretas) que puesto que ningún derecho fundamental es absoluto, tampoco los del art. 18.1 CE, cuando estos derechos de la personalidad entran en conflicto con los derechos también fundamentales a la libertad de expresión e información (art. 20.1 a) y d) CE), —de especial relevancia constitucional por su dimensión institucional, como garantía para la formación y existencia de una opinión pública libre y plural, y por ende, para el correcto funcionamiento de un sistema democrático—, la delimitación del contorno de los derechos en conflicto, esto es, la determinación de cuál de los derechos ha de considerarse prevalente (si el honor, la intimidad o la propia imagen, o las libertades de información y/o expresión) ha de resultar de un juicio de ponderación realizado por el órgano judicial en función de las concretas circunstancias concurrentes, y conforme a unos criterios generales que a continuación resumiremos.

En efecto, en caso de conflicto entre la libertad de expresión y/o de información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, más allá de la delimitación del núcleo o contenido propio de cada derecho¹¹, es pacífica la jurisprudencia que afirma, en sínte-

¹¹ El derecho al honor, cuyo contenido es «lábil y fluido, cambiante» según los valores del momento (STC 170/1994, de 7 de junio, ECLI:ES:TC:1994:170), protege frente a atentados a la reputación personal (dimensión objetiva, como idea que los demás tienen de uno, más allá de la autoestima o idea que uno tiene de sí mismo), incluyendo el prestigio profesional. El derecho a la intimidad otorga a cada persona la facultad de mantener un ámbito propio y reservado a resguardo del conocimiento ajeno, vedando la invasión o el acceso no autorizado de terceros a dicha esfera íntima, cuya dimensión, por lo demás, viene delimitada por las propias pautas de comportamiento del titular del derecho, en función de lo que, con sus propios actos, mantenga reservado para sí misma y su familia. El derecho a la propia imagen, que no cabe confundir con una de las manifestaciones del honor en sentido objetivo (imagen pública), permite a cada individuo controlar la captación, reproducción, publicación y, en definitiva, utilización por terceros de los rasgos o atributos físicos identificativos de su persona e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, de forma que en su vertiente positiva otorga al titular la plena disponibilidad de su imagen (incluidas el nombre y la voz), y la

sis, que si bien aquellas son preeminentes, por la referida dimensión institucional, para que dicha preeminencia de la que gozan en abstracto no se revierta en función de las circunstancias del caso concreto es necesario que concurran dos presupuestos o requisitos comunes a las libertades de expresión e información (interés general o relevancia pública, sea por razón de la materia o de las personas, de la opinión o información comunicada, y proporcionalidad, en el sentido de que no se hayan empleado expresiones, términos o frases inequívocamente injuriosas, innecesarias para comunicar la idea o la información de que se trate), y un tercer requisito (veracidad), que solo se exige cuando se ejerce la libertad de información, del cual se viene diciendo además que no es determinante para apreciar la ilegitimidad cuando el derecho ofendido es la intimidad (pues una información veraz también puede lesionar la intimidad), que en el caso del derecho a la propia imagen «es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica» (p.ej. sentencias 634/2017, de 23 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:4093, y 625/2012, de 24 de julio, ECLI:ES:TS:2012:5798), y que no cabe equiparar con la verdad material, sino que debe entenderse como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador a la hora de contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, basándose en fuentes objetivas, fiables, identificadas y susceptibles de contraste.

Pues bien, cuando el titular del derecho afectado por la intromisión ilegítima es una persona menor de edad, la jurisprudencia (p.ej. STC 158/2009, de 29 de junio, ECLI:ES:TC:2009:158, y SSTS 123/2009, de 25 de febrero, ECLI:ES:TS:2009:1270, 583/2011, de 6 de septiembre, ECLI:ES:TS:2011:6239, 21/2014, de 27 de enero, ECLI:ES:TS:2014:234, 121/2022, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2022:575, 759/2022, de 7 de noviembre, ECLI:ES:TS:2022:4063, y 249/2023, de 14 de febrero, ECLI:ES:TS:2023:467) ha matizado que si se trata de actos (como el uso de la imagen del menor) que entrañen un menoscabo para su dignidad, honra o reputación, la relevancia pública de lo publicado (opinión o información), junto con la concurrencia de los otros presupuestos, por lo general, legitimadores (proporcionalidad y veracidad cuando se trata de información), no son «razón suficiente para fran-

facultad de controlar qué información gráfica generada por sus rasgos identificativos puede ser divulgada, y en su vertiente negativa, otorga el poder de impedir la obtención, reproducción o publicación de su imagen por un tercero sin su consentimiento expreso, cualquiera que sea la finalidad perseguida.

quear el límite que el interés del menor impone en este tipo de casos» (sentencia 583/2011¹²).

En esta línea, de considerar el interés del menor como un «límite infranqueable», también se ha declarado que la notoriedad pública de los padres, o el que hayan adoptado pautas de comportamiento que respecto de ellos son susceptibles de valoración conforme al art. 2.2 LO 1/1982, no se traduce en una desprotección de sus hijos menores de edad. Así, ya la citada sentencia 583/2011, con ocasión de la difusión de unas fotos de una menor de edad en toples, nieta de una famosa cantante, otorgó mayor peso relativo a los derechos de la menor frente a la libertad de información, entre otras razones, porque la relevancia pública derivada de ser nieta de quien era no tenía el peso en el juicio de ponderación que podría tener si el ofendido fuera un mayor de edad. La sentencia 249/2023¹³, dictada en un caso de dos re-

¹² «(V) En los casos en los que los intereses de los menores están afectados, la normativa tanto interna (artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece que constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses), como la internacional (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966; artículo 6 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1.950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1.985 —Reglas de Beijing—; y artículo 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1.989) otorgan una especial protección al interés del menor. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

»Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Así, la STC 158/2009 de 29 de junio establece que en «la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta... que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». También ha señalado que «ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor “viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz”» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo ; y 127/2003, de 30 de junio)».

¹³ «2. La notoriedad de los padres no permite sin más transferir a sus hijos menores el factor modulador de la notoriedad pública en la tutela de los derechos a la intimidad y propia imagen (sentencias de esta sala 792/2004, de 12 de julio, 123/2009, de 25 de febrero, 456/2009, de 17 de junio, 777/2021, de 11 de noviembre, entre otras). Sin embargo, como bien advierte la fiscal ante esta sala, para realizar el debido juicio de ponderación sobre los derechos en conflicto hay que tener en cuenta los hechos concretos que se tienen por acreditados en la sentencia recurrida, el contexto y las circunstancias en que tienen lugar».

portajes que publicaron la imagen de una menor sin pixelar, si bien descarta la existencia de intromisión ilegítima en el honor de la menor por haber existido consentimiento materno y no ser las imágenes contrarias a los intereses de la menor, destaca, en lo que ahora interesa, que la notoriedad de los padres no permite sin más transferir a sus hijos menores de edad el factor modulador de la notoriedad pública en la tutela de los derechos a la intimidad y propia imagen, sin perjuicio de ponderar el contexto y circunstancias en que tuvo lugar la publicación. Más recientemente, la sentencia 293/2024, de 4 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1434), con relación a una información ofrecida en programas televisivos de crónica social y en la web de la cadena televisiva sobre una menor de edad, perteneciente a una conocida saga familiar, aunque descarta la existencia de intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la menor por ser la información de interés general, referirse fundamentalmente a su padre y no revelar datos perjudiciales para la menor, reitera que la notoriedad pública de su progenitor no era óbice para la protección reforzada de su hija, siendo lo verdaderamente relevante en el juicio de ponderación «los hechos concretos que se tienen por acreditados en la sentencia recurrida, el contexto y las circunstancias en que tienen lugar; y, por otro lado, que, si la afectación de la intimidad del menor ha sido liviana y la información difundida no es contraria a sus intereses ni le causa algún perjuicio, debe prevalecer la libertad de información del medio de comunicación».

Lo anteriormente expuesto tiene una especial relevancia al analizar el fenómeno (al que luego me referiré más detenidamente) de las *instamamis* o los *instapapis*, progenitores con cuentas en RRSS (Instagram entre ellas, de ahí el término) que divulgan la imagen de sus hijos menores de edad, pues la notoriedad o trascendencia social de los padres por la repercusión de los contenidos que crean y divulgan, o el hecho de que por su labor adopten pautas de comportamiento que denotan que los contornos de su intimidad y de su propia imagen son menos intensos que los de las personas que no hacen esa exposición pública y voluntaria de las más variadas facetas de su vida, no se extiende automáticamente a sus hijos, ni priva a los menores de la sobreprotección que merecen en esta materia.

b. FALTA DE EFICACIA LEGITIMADORA DEL CONSENTIMIENTO

Con carácter general, tal y como resulta del art. 2.2 LO 1/1982, el consentimiento de su titular es un elemento legitimador de la intromisión en los derechos del art. 18.1 CE. Dicho art. 2.2 preceptúa

que «No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso». Por tanto, como reseña TORAL LARA, para legitimar la intromisión es preciso que el consentimiento sea expreso, inequívoco, específico (para una determinada intromisión, pues no se admiten consentimientos generalizados para todo tipo de intromisiones o para cualquier persona destinataria) y temporalmente limitado, en el sentido de no indefinido en el tiempo, además de que el consentimiento puede ser revocable en cualquier momento. En suma, el consentimiento del mayor de edad afectado impide apreciar la existencia de intromisión ilegítima.

Esta doctrina general sobre la relevancia legitimadora del consentimiento de los mayores de edad ha sido analizada por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con intromisiones cometidas a través de Internet, en particular en el derecho a la propia imagen, por un uso no consentido por parte de su titular. Según esta doctrina (contenida p.ej. en las sentencias 746/2016, de 21 de diciembre, ECLI:ES:TS:2016:5527, 91/2017, de 15 de febrero, ECLI:ES:TS:2017:363, 220/2021, de 21 de abril, ECLI:ES:TS:2021:1413, y en citada 593/2022), en los casos en que se utiliza (por particulares o por medios de comunicación) la imagen de una persona obtenida, p.ej., de una red social, no cabe apreciar la excepción del art. 8.2 a) LO 1/1982 para excluir la ilegitimidad de la intromisión por el mero hecho de que la imagen fuera accesible al público en general, pues una red social no es lugar abierto al público a los efectos de dicho precepto, ya que el hecho de que pueda accederse libremente por terceros a dichas imágenes (en el caso de que el usuario no haya hecho uso de las opciones de privacidad que ofrece la red social) no presupone el consentimiento expreso de su titular, a lo que se suma que la finalidad de una cuenta en una red social es comunicarse el titular con terceros, pero no que cualquier persona o medio pueda usar las imágenes del titular de la cuenta para un uso para el que no ha dado su consentimiento expreso. Dicha jurisprudencia recuerda que según la STC 27/2020:

«El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión. De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tenga la misma o diversa finalidad que la primigenia. Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destina-

tarios. En definitiva, hay que entender que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada».

Por tanto, hay intromisión en el derecho a la propia imagen si la imagen se usa sin el consentimiento del titular («si no es razonable concluir que la publicación previa de la fotografía fue hecha con el consentimiento de su titular», como dice la sentencia 551/2020, de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:4522), o tras haber sido revocado, o para uso distinto del autorizado.

Obviamente, esta jurisprudencia que descarta que por el hecho de subir una foto a una red social o a Internet se esté consintiendo expresamente a que terceros puedan hacer uso de dicha imagen es aplicable con independencia de que la víctima sea mayor o menor de edad, pues la publicación en el entorno digital de la imagen de un menor, por el propio menor si tiene madurez suficiente y por tanto capacidad para consentir por sí en esta materia, o por sus progenitores o representantes legales, si el menor carece de aquella, no equivale a un consentimiento válido para que dicha imagen pueda usarse por terceros.

Ahora bien, si el afectado en los derechos del art. 18.1 CE es un menor de edad, el consentimiento (prestado por el propio menor, si tiene madurez, o por sus representantes legales, en caso de no tenerla) no elimina la ilegitimidad de la intromisión siempre que se le haya causado un menoscabo a su dignidad o reputación, o un perjuicio para sus intereses.

La LO 1/1982, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su art. 3, en cuanto a los menores de edad, que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, debiendo resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

Las previsiones del art. 3 LO 1/1982 respecto a la relevancia del consentimiento de los menores se complementan con lo dispuesto en el art. 4 LOPJM, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» (art. 4.3).

Según la jurisprudencia constitucional (p.ej. la citada STC 158/2009) y de la Sala Primera del Tribunal Supremo (p.ej. las citadas sentencias 249/2023 y 293/2024), de la interpretación conjunta de ambos preceptos resulta la ineficacia legitimadora del consentimiento previo y expreso, del menor (si tuviere la suficiente madurez para prestarlo) o de sus progenitores o representantes legales, si el acto autorizado puede implicar menoscabo de la honra o reputación del menor o ser contraria a sus intereses. En particular, la captación, reproducción o publicación (por fotografía o video, sea real o resultado de una edición o manipulación, siempre que permita identificar los rasgos del menor) de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación (incluyendo obviamente los SSI) tendrá la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen del menor (art. 7.5 LO 1/1982), aunque haya precedido el consentimiento expreso del propio menor maduro o de sus padres o representantes legales, si la utilización de dicha imagen del menor —en la que este sea reconocible, pues la falta de reconocibilidad excluye la existencia de intromisión¹⁴— menoscaba su dignidad o perjudica sus intereses.

— Menor con madurez suficiente.

En principio, el menor de edad, en cuanto titular de los derechos del art. 18.1 CE (art. 4.1 LOPJM), si tiene suficiente madurez, puede ejercitar por sí mismo sus derechos y prestar el consentimiento expreso a que se refiere la ley sin necesidad de actuar a través de sus representantes legales (art. 3.1 LO 1/1982). Así lo señala la jurisprudencia constitucional y de la Sala Primera del Tribunal Supremo a la que acabo de hacer mención. La atribución de capacidad de obrar en este ámbito al menor maduro es coherente con los límites a la función representativa de los padres cuando están en juego los derechos de la personalidad del hijo. En este sentido, el art. 162 CC dispone que se exceptúan de la función representativa de los progenitores titulares de la patria potestad «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo». Eso sí, el legislador ha mantenido en estos casos la facultad de intervención de los responsables parentales «en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia».

¹⁴ En este sentido la sentencia 551/2024, de 24 de abril, respecto de unas imágenes de un menor sin pixelar, pero que no permitían identificar sus rasgos físicos, y la 293/2024, respecto de una información gráfica en la «que se preservaba el rostro de la menor».

Lógicamente, la apreciación de suficiente madurez va a depender de las circunstancias del caso¹⁵, coincidiendo la doctrina más autorizada en que en este concreto ámbito de los derechos del art. 18.1 CE no estamos vinculados por el criterio del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDPGDD), que reconoce autonomía al menor mayor de catorce años¹⁶ para consentir el tratamiento de sus datos personales, pues este límite de los catorce años opera únicamente para acceder a la red social y para alojar contenido en ella (p.ej. fotos), siendo el criterio de la madurez suficiente en función de las circunstancias el que determine la validez del consentimiento prestado por el menor a los efectos del art. 3.1 LO 1/1982.

OROZCO GONZÁLEZ abunda en esta idea argumentando que, el establecimiento de un límite de edad por encima del cual el menor podría prestar consentimiento, cualquier que fuera su madurez o estado, iría en contra del concepto mismo de capacidad de obrar entendido como «capacidad jurídica de la persona que determina —conforme a su estado— la eficacia jurídica del acto» (DE CASTRO), y también en contra de lo establecido en la propia LOPJM, en la LO 1/1982 (que otorga capacidad para consentir al menor, con independencia de su edad, «si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil») y en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que, en palabras de dicha autora, «pone el énfasis en la madurez como criterio determinante».

En cualquier caso, como veremos a continuación, que un menor tenga capacidad para consentir por sí no implica que lo haga con plena conciencia de los riesgos que asume y sus consecuencias, lo que hace preciso que se le dispense protección.

— Menor sin madurez suficiente: consentimiento de sus progenitores o representantes legales del menor (art. 3.2 LO 1/1982).

Estos casos ya se ha dicho que el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, debiendo resolver el Juez si en el plazo de

¹⁵ TORAL LARA, citando a GARCÍA GARNICA y a SANTOS MORÓN, afirma que en el ámbito de los derechos de la personalidad, debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico, aunque sea contrario a la seguridad jurídica.

¹⁶ La d. final quinta del referido Anteproyecto lo eleva a los dieciséis años.

ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere. Una vez alcanzada la mayoría de edad el menor podría revocar el consentimiento prestado por sus padres o representantes legales.

Por lo que respecta al consentimiento de los progenitores, lo primero que ha de dirimirse es la cuestión de si el consentimiento ha de prestarse por ambos conjuntamente o si basta el consentimiento de uno de ellos, por ejemplo, el custodio.

Al respecto conviene recordar que los progenitores, como titulares de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad no emancipados (art. 154 CC), tienen el derecho-deber (art. 39 CE y art. 156 CC) de velar por ellos, garantizando su cuidado de forma integral —prestándoles todo tipo de asistencia que necesiten— y de representarlos. Sobre esta función representativa ya he dicho que no comprende «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo», sin perjuicio de que los padres conserven la facultad de intervenir en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

Como regla general, dicha función representativa se ejerce por ambos progenitores conjuntamente (art. 156.1 CC), tanto si conviven como si viven separados, siendo por tanto excepción los casos en que el ejercicio de la función representativa incumbe a uno solo de los progenitores.

Este parece ser el criterio de los países de nuestro entorno (según TORAL LARA) y el criterio mayoritario en la jurisprudencia menor¹⁷: las intromisiones en el honor, la intimidad y sobre todo, la propia imagen del menor, por su trascendencia, por el riesgo potencial que puede suponer que la imagen de un menor circule sin control por Internet, precisan del consentimiento de ambos padres, por afectar a la patria potestad, quienes en caso de desacuerdo¹⁸ pueden recabar el auxilio judicial (art. 158 CC)¹⁹.

¹⁷ P.ej. SAP Madrid, sección 22.ª, 510/2020, de 29 de junio (ECLI:ES:APM:2020:12812); SAP Navarra, sección 3.ª, 116/2020, de 26 de febrero (ECLI:ES:APNA:2020:250), y SAP Barcelona, sección 18.ª, 360/2017, de 25 de abril (ECLI:ES:APB:2017:3677).

¹⁸ La vía judicial debería ser la última ratio, otorgándose carácter preferente al acuerdo extrajudicial. En este sentido, son cada vez más frecuentes los convenios reguladores en los que se establece cómo actuar en esta materia.

¹⁹ Si algún progenitor no concede su consentimiento o lo retira es necesario acudir a la vía judicial (art. 156 CC). Este precepto dispone en su párrafo tercero: «En caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, cualquiera de los dos podrá acudir a la autoridad judicial, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir a uno de los dos progenitores. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra

No obstante, también se viene defendiendo el criterio de que, conforme al propio art. 156 CC, párrafo primero («Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad»), los actos conformes al uso social permiten que el consentimiento se preste por uno solo de los progenitores, normalmente el custodio, siendo lo determinante analizar la potencialidad lesiva del acto en cuestión (porque p.ej., no comporta el mismo riesgo para la dignidad del menor una imagen en la que aparezca desnudo, o que revela aspectos íntimos y reservados como el padecimiento de una enfermedad, que la imagen, mucho más inocua²⁰, de un menor en bicicleta, soplando las velas de su cumpleaños, jugando al fútbol con otros niños o recibiendo un premio por un trabajo manual presentado en el colegio). En esta línea se encuentra la referida sentencia 249/2023, que descartó la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de una menor al considerar suficiente el consentimiento prestado por la madre para divulgar la imagen de su hija durante el periodo de confinamiento por el Covid-19, dado que en esta época las grabaciones de la vida cotidiana se extendieron y generalizaron notablemente como uso social y que de esa concreta difusión de la imagen de la menor no se atisbaba perjuicio alguno para la niña. También la SAP Madrid, sección 12.ª, 266/2017, de 6 de julio (ECLI:ES:APM:2017:10210), que descartó que la publicación de fotos de un menor en el perfil de Facebook del padre y de la abuela paterna, sin el consentimiento de la madre, constituyera una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, por tratarse de imágenes que le mostraban divirtiéndose en familia, en momentos agradables y lúdicos de su vida privada²¹. O la SAP Cádiz, sección 8.ª, 242/2022, de 27 de septiembre (ECLI:ES:APCA:2022:2193), en un caso de publicación de la imagen de una menor con la falta del consenti-

causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirla total o parcialmente a uno de los progenitores o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años. En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro».

²⁰ Si es que una imagen de un menor puede ser considerada «inocua», teniendo en cuenta que cuando se difunde en Internet se pierde el control sobre ella y resulta imposible evitar un uso, no ya no autorizado sino incluso delictivo de la misma.

²¹ «Por tanto, y partiendo siempre que la publicación no proviene de un extraño ni con ausencia total de consentimiento de ambos progenitores, sino con la falta del de uno de ellos, lo que ha de dilucidarse es si la publicación en las condiciones expuestas, de unas fotografías, puede «implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses», lo que decididamente merece una respuesta negativa».

miento de uno de los progenitores, pero en que la publicación de las fotografías no implicaba menoscabo de su honra o reputación ni era contraria a sus intereses. TORAL LARA dice que este criterio está justificado cuando se restringe el ámbito de publicación a familiares y amigos, pero no en todos los casos, dado el riesgo de redifusión incontrolada (si alguien de ese círculo difunde la imagen fuera del mismo).

En todo caso, debe quedar muy claro que cuando los progenitores ejercen esa función representativa en el ámbito de los derechos de la personalidad de sus hijos menores no maduros, deben actuar siempre atendiendo al superior interés de estos, que prima por encima del suyo propio. El interés superior del menor es un principio informador del ordenamiento jurídico, al que se refieren diversos textos normativos (art. 39 CE, arts. 92, 154 y 170 CC, art. 2 LOPJM) y que aparece consagrado en la jurisprudencia. En concreto el art. 2 LOPJM dispone que «En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Como he anticipado, debido la protección reforzada que se dispensa al menor de edad por su mayor vulnerabilidad, ni el consentimiento del menor maduro ni el prestado por sus representantes tiene en todo caso la eficacia legitimadora que se otorga en esta materia al consentimiento expreso de los mayores de edad.

En efecto, tal y como resulta del propio tenor legal (art. 4.3 LOPJM) y ha interpretado la jurisprudencia, el consentimiento (del menor maduro o de sus representantes en caso de menor no maduro) no es *per se* suficiente para legitimar la intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor cuando la utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación puede implicar un menoscabo para su honra o reputación o ser contraria a sus intereses. Mientras que el consentimiento expreso, inequívoco, específico y limitado en el tiempo prestado por un mayor de edad tiene eficacia legitimadora de la intromisión en sus derechos de la personalidad, sin embargo, cuando el titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen es un menor, su consentimiento (en caso de tener suficiente madurez) o el consentimiento de sus progenitores o representantes legales (de no tener suficiente madurez) no es bastante para legitimar la intromisión que ocasiona un perjuicio al menor.

Ello se debe a que el interés superior del menor ha de ser protegido, incluso, ante sus propias decisiones perjudiciales en este ámbito. Cuestión nada pacífica, por cuanto que se produce un conflicto entre el respeto a la autonomía de voluntad del menor maduro (princi-

pio inspirador de la legislación de los últimos años que, superando el tradicional paternalismo, aboga por ampliar su capacidad de autogobierno y porque no se prescinda de su opinión, debiéndosele escuchar siempre y respetar sus decisiones si tiene suficiente madurez), y el deber que se impone a los padres de velar por los hijos menores y de actuar en su interés.

Si ha sido el propio menor maduro el que ha consentido una intromisión que comporta un menoscabo para su honra o reputación, o que perjudica sus intereses, el ordenamiento dispone de mecanismos para lograr la protección del menor. Es decir, el hecho de que el menor maduro pueda decidir por sí en esta materia y prestar válidamente consentimiento no implica que con ello esté renunciando a ser protegido. Así, el art. 158.6.º CC, según redacción vigente, dada por la disposición final segunda, 3 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, posibilita que el juez, de oficio o a instancia del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, adopte las medidas oportunas para su protección, habiéndose ampliado esta protección tras la reforma del art. 162.1 CC por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en la medida que ahora se faculta a los representantes parentales para intervenir en las decisiones relativas a los derechos de la personalidad tomadas por un menor maduro.

El deber/facultad de intervención de los padres se fundamenta en que, como titulares de la patria potestad, les incumbe la protección integral de sus hijos (física y moral), la obligación de velar por ellos en el más amplio sentido de la expresión (para protegerles de cualquier peligro) y educarlos (art. 154 CC). Además, no podemos olvidar la responsabilidad civil que asumen por los hechos de los hijos bajo su guarda conforme al art. 1903 CC, lo que justifica que los progenitores puedan controlar los actos de sus hijos en el entorno digital.

Es importante destacar que la protección del menor por sus padres ante una decisión de aquel perjudicial para sus derechos del art. 18.1 CE puede exigir que los progenitores invadan la intimidad del menor, accediendo a sus contraseñas, claves, etc., para supervisar los contenidos que el hijo menor aloja en sus cuentas en RRSS. Hay un sector de la doctrina que se muestra muy crítico con esta posibilidad y que defiende que es un contrasentido regular en pro de la mayor autonomía del menor maduro y a su vez permitir que sus decisiones sean supervisadas por terceros, aunque se trate de sus padres, sobre todo cuando esta labor de supervisión o control implica violar su intimidad.

Mi opinión se alinea con los que defienden que la autodeterminación del menor no es incompatible con su protección, de modo que tal

injerencia, si se hace en beneficio del interés superior del menor²², ha de considerarse una actuación proporcionada (en el sentido de cumplir la exigencia constitucional de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para poder justificar la injerencia en un derecho fundamental), pues como ha tenido ocasión de señalar la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, p.ej., en STS 864/2015, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5809)²³, sería un contrasentido que el ordenamiento jurídico imponga a los padres la obligación de velar por sus hijos y que paralelamente se les desposeyese de cualquier herramienta para llegar a cabo esa labor. De hecho, tomando como base esta jurisprudencia la Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, señala que «el ejercicio de la patria potestad por los padres les confiere también a estos una facultad de control sobre la intimidad de sus hijos menores que puede traducirse en el acceso y registro legítimo de sus datos íntimos, pudiendo llegar a generar prueba valorable por un Tribunal, no obstante su obtención al margen de la previsión legal (STS n.º 864/2015, de 10 de diciembre)». Últimamente han salido noticias que muestran que incluso las propias empresas, conscientes de estos riesgos y de la necesidad de control, parecen dispuestas a establecer mecanismos que garanticen la privacidad de los datos de los menores de edad, así como la supervisión de los padres²⁴.

En casos de consentimiento por representación, la especial protección del menor se traduce en que no cabe que los padres ejerzan esa función representativa en perjuicio de los intereses del menor, ya que

²² Por tratarse de una limitación a la capacidad de autodeterminación del menor, se suele defender que cualquier actuación de sus padres en esta línea —control, supervisión, de las decisiones de los menores en el entorno digital— debe interpretarse restrictivamente y estar plenamente justificada por el interés superior del menor y no meramente por los gustos personales o intereses particulares de los padres (en palabras de TORAL LARA, no cuando el acceso «sea caprichoso o no le aporte ningún beneficio». Una justificación suficiente, en mi opinión, es que la injerencia sea necesaria para la educación o formación del menor (p.ej. porque el menor esté accediendo a páginas de contenido pornográfico que pueden distorsionar su educación sexual).

²³ «Además estamos hablando de la madre —y no cualquier otro particular—. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil».

²⁴ https://elpais.com/tecnologia/2024-09-17/instagram-anuncia-que-las-cuentas-de-los-menores-de-18-anos-seran-privadas-por-defecto.html?ssm=TW_CC

la facultad que tienen los padres, como representantes del menor, para consentir en nombre de este cualquier injerencia de terceros en el honor, la intimidad o la propia imagen de su hijo tiene como límite infranqueable que la injerencia no entrañe un menoscabo para la honra o reputación del menor o sea de cualquier forma contraria a sus intereses. Más allá de que los padres deben consentir por escrito y de que la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria para que dicho consentimiento surta efecto (art. 3.2 LO 1/1982), si los progenitores autorizan un acto o conducta perjudicial, el consentimiento de los padres no excluye la ilegitimidad de la intromisión, y puede dar lugar al ejercicio de las correspondientes acciones dirigidas a tutelar el derecho vulnerado, bien por el Ministerio Fiscal, durante su minoría de edad, o por el propio interesado una vez alcanzada la mayoría de edad.

Podemos aventurar ya la relevancia que tiene esta singularidad cuando se trata del fenómeno conocido como *sharenting* (compartir en Internet la imagen del hijo menor de edad), al que me referiré con mayor detenimiento más adelante en este trabajo, en la medida que veda el uso de la imagen del menor por sus padres cuando estos ostentan su representación legal si de ese uso resulta algún menoscabo o perjuicio para la dignidad del menor.

C. EL PAPEL GARANTE Y FISCALIZADOR DEL MINISTERIO FISCAL

Otra manifestación de la especial protección de la que goza el menor ante posibles intromisiones en los derechos del art. 18.1 CE es el papel garante (en cuanto a su deber de velar por los intereses del menor, incluso con suficiente madurez) y fiscalizador del Ministerio Fiscal (respecto a las decisiones tomadas por los representantes legales del menor sin madurez suficiente).

En este sentido, partiendo de que su Estatuto Orgánico (arts. 1 y 3) le obliga a promover la protección y defensa de los menores de edad, en cuanto que el interés del menor es un principio informador del ordenamiento jurídico tutelado por la ley, es relevante que el art. 4 LOPJM, apdo. 2, disponga que «La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados», y que el apdo. 4 disponga que «Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejerci-

cio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública».

En resumen, aunque el consentimiento lo haya prestado un menor con suficiente madurez, ante una intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE el Ministerio Fiscal está obligado a intervenir, de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, para promover las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitar las indemnizaciones correspondientes a fin de reparar el daño moral causado al menor. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los representantes legales del menor.

Además, el art. 3.2 LO 1/1982 dispone que en los casos en que, por no tener la menor suficiente madurez, ha de prestarse el consentimiento por escrito por su representante legal, este estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, de modo que, si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez. Se ha dicho a este respecto que la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria para que el consentimiento paterno surta efecto, de forma que la omisión del trámite determinaría la ineficacia del consentimiento y la antijuridicidad de la intromisión. Pero al mismo tiempo se viene admitiendo que el papel del Ministerio Fiscal como garante de los derechos de la personalidad de los menores presenta dificultades en la práctica, y en este sentido, la propia Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores (epíg. 3.3.) ha constatado que estadísticamente son escasos los supuestos en que los padres comunican a la Fiscalía el consentimiento, además de que los fiscales tienen orden de abstenerse por falta de cumplimiento de este requisito si los actos o negocios son respetuosos o no perjudican el interés del menor. GUTIÉRREZ MAYO sostiene que, aunque ha de asumirse, dada la falta de medios de la Fiscalía, la imposibilidad de un control *a priori*, sí sería al menos deseable un control *a posteriori* de cuentas en RRSS de padres o madres muy conocidas en la comunidad virtual y de gran trascendencia pública.

III. Análisis en particular de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor imputable a los propios padres: *sharenting*

1. El derecho a la propia imagen del menor

El derecho a la propia imagen, que goza también de autonomía o sustantividad propia, por más que se venga admitiendo su estrecha re-

lación con los otros derechos de la personalidad, en particular con el derecho a la intimidad, permite a cada individuo controlar la captación, reproducción, publicación y, en definitiva, utilización por terceros de los rasgos o atributos identificativos de su persona (incluyendo la voz y el nombre) e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, cualquiera que sea la finalidad perseguida por quien los capta o difunde, salvo en aquellos casos permitidos por la ley. El derecho a la propia imagen atribuye a su titular un poder exclusivo sobre esos rasgos o atributos identificativos, de tal forma que solo el titular puede determinar la información generada por ellos que puede tener difusión pública.

La imagen, en el entorno digital, es también un dato. Pero en este punto debo remitirme a lo antes dicho sobre que la normativa sobre protección de datos, en particular, en cuanto al consentimiento (que pueden prestar por sí los menores mayores de catorce años, y por debajo de esta edad, sus representantes), opera exclusivamente a los efectos del tratamiento de los datos personales (la imagen en este caso) pero no excluye la apreciación de una intromisión ilegítima en dicho derecho fundamental si el uso de la imagen (incluyendo el nombre) del menor en ese entorno digital causa un menoscabo para su honra o reputación o va en contra de sus intereses. Todo ello porque ya he dicho con reiteración que en el ámbito de la LO 1/1982 y su jurisprudencia, el consentimiento del menor con suficiente madurez, o el de sus progenitores o representantes, cuando carezca de ella, solo legítima la intromisión en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del menor afectado siempre y cuando esa intromisión no comporte un perjuicio para el menor. De ser perjudicial, la intromisión será ilegítima, no obstante haberse consentido el uso de la imagen.

2. *La publicación de la imagen del menor en RRSS por sus progenitores. El fenómeno de las instamamis o los instapapis*

Al principio de este trabajo he apelado a la responsabilidad de los progenitores, no solo educando a los menores en competencias digitales, a fin de concienciarles de los riesgos que comporta alojar imágenes suyas en Internet²⁵ (sobre todo si además son imágenes que pue-

²⁵ El art. 12 del Anteproyecto, bajo la rúbrica, Estrategia Nacional sobre la protección de la infancia y la adolescencia en el entorno digital, dispone fomentar «b) La difusión de información a las madres, padres o tutores legales, equipo docente y sanitario, sobre la utilización adecuada de los dispositivos digitales y su incidencia en el desarrollo de niños y niñas [...]».

den comprometer su intimidad, como acontece con las imágenes de contenido sexual, divulgadas normalmente entre adolescentes en una práctica conocida como *sexting*, pero que en manos de delincuentes, acosadores, pederastas, pueden ser gravemente perjudiciales para el menor y dar lugar a fenómenos como el *grooming* —engaño online a menores—, sino también realizando una labor de supervisión, de control de la actividad del menor, a fin de apartarle de esos riesgos, pues, reitero, ni siquiera el consentimiento del menor maduro es impedimento para que, quienes tienen el deber de velar por ellos, desde sus progenitores al Ministerio Fiscal, adopten o procuren la adopción de las medidas necesarias para su protección.

Por eso, llama poderosamente la atención que muchas veces sean los propios progenitores, los encargados de educar al menor, de velar por él, de su protección integral, quienes llevan a cabo conductas que exponen al menor innecesaria o gratuitamente a esos riesgos del mundo virtual.

Así acontece con la práctica conocida como *sharenting*²⁶, consistente en que los padres son los que suben datos personales sobre sus hijos menores a RRSS (sobre todo imágenes), susceptibles de poder causarles un perjuicio, sea a corto, medio o a largo plazo (teniendo en cuenta que el desarrollo tecnológico, en particular, de herramientas de IA a las que seguidamente me referiré, nos presenta un futuro incierto, por la imposibilidad de que hoy en día podamos advertir con certidumbre qué es lo que puede pasar con esos datos —huella digital²⁷—, qué usos —sobre todo ilícitos— pueden llegar a tener y en qué medida esos usos nos van a comprometer o condicionar en nuestro quehacer diario).

En principio, por razón de su función representativa del menor no maduro, los progenitores, actuando ambos conjuntamente como cotitulares de la patria potestad, o uno solo de ellos conforme al uso social (art. 156 CC) si son imágenes sin potencialidad lesiva, pueden subir o alojar imágenes de sus hijos en Internet, en concreto en RRSS como Facebook o Instagram. Pero teniendo siempre en cuenta que el interés superior del menor prevalece sobre el interés de los progenitores.

²⁶ Según FLORIT FERNÁNDEZ, el término *sharenting* se usa para definir el fenómeno frecuente por el que los progenitores comparten en las redes sociales todo tipo de información personal, especialmente fotografías, de sus hijos, y proviene de la unión de dos palabras inglesas, «share», compartir y «parenting», paternidad. Cuando además esta actividad supone una sobreexposición excesiva podemos hablar de *oversharenting*.

²⁷ Huella digital puede definirse como el conjunto de información personal vertida o creada a través de la actividad en la Red.

La normativa obliga además a comunicar esta conducta al Ministerio Fiscal, por ser este trámite un requisito de eficacia del consentimiento paterno, cuya omisión determina sin más la ilegitimidad de la intromisión. No obstante, ya he dicho que la insuficiencia de medios materiales y personales de la Fiscalía imposibilita un control *a priori*, sin perjuicio de que, como defiende GUTIÉRREZ MAYO, sea deseable un control *a posteriori*, sobre todo, de las cuentas «notoriamente conocidas en la comunidad virtual y de gran trascendencia pública». Si la imagen subida por los padres no es perjudicial para el menor, lo normal es que la Fiscalía se abstenga de impugnar dicho acto por el mero incumplimiento de un trámite formal.

En todo caso, el consentimiento paterno, incluso prestado por ambos progenitores, no excluye la ilegitimidad de la intromisión si la divulgación de la imagen del menor o su nombre en Internet puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 LOPJM). Esta situación determinará la intervención de la autoridad competente, sea el juez ex art. 158 CC (de oficio, a instancia del propio menor, de un familiar o del Ministerio Fiscal), o el Ministerio Fiscal ex art. 4.2 LOPJM, a fin de adoptar las medidas de protección que se consideren oportunas (arts. 158.6.º CC, 4.2 LOPJM y 84.2 LOPD-GDD).

Especialmente alarmante es el uso de la imagen del menor por sus padres de forma habitual y con fines publicitarios, fenómeno que se viene tildando como el de las *instamamis* o los *instapapis*.

Todos sabemos que, por la capacidad que tienen algunas personas con miles de seguidores en RRSS de crear/generar tendencias, hábitos de consumo, líneas de opinión, etc., la mayoría de estos *influencers* hacen uso de su imagen y de los contenidos que crean o comparten con fines comerciales, y por tanto, con un evidente ánimo lucrativo. El problema que nos atañe aquí es cuando el *influencer* es un progenitor que aloja en su red social datos personales de sus hijos menores de edad, incluso especialmente sensibles por afectar a su intimidad (p.ej. relacionados con patologías), en particular imágenes de sus hijos menores de edad, muchas veces, llegando a ser esta información el objeto o finalidad principal de la cuenta.

En Internet (en concreto en RRSS como Instagram, Youtube, Tik Tok) es fácil encontrar ejemplos de este fenómeno. Son los casos de Verdelliss, FamiliaCoquetes o Familia Carameluchi. La primera es una mujer con 2 millones de seguidores en Youtube y 1,4 millones en Instagram, que se define en su perfil en esta red como «Madre, lifestyle, runner», cuya cuenta de Youtube se ha hecho singularmente popular por alojar videos de sus partos, alguno con la impresionante cifra de

más de 4,1 millones de visualizaciones. La segunda la gestiona una madre que alcanzó la fama con un blog de moda, y que en la actualidad difunde diariamente su vida familiar, sus hábitos y rutinas. Familia Carameluchi es una cuenta con 1,9 millones de seguidores en Youtube, y con casi 0,7 millones en Instagram, a cargo de una pareja que también divulga su vida familiar, en su caso, a caballo entre España y Estados Unidos. Todas estas cuentas tienen el común denominador de que sus contenidos giran en torno a la vida diaria de los integrantes de una familia, con una sobreexposición evidente de los hijos desde su nacimiento.

A este fenómeno ha dedicado especial atención la fiscal GUTIÉRREZ MAYO, que define a los *instamamis* o *instapapis* como progenitores *influencers*, que sin ser personajes públicos (entiendo que la autora se refiere al concepto tradicional, que la jurisprudencia ha venido asociando con el hecho de ostentar un cargo público o desempeñar una profesión de relevancia o proyección pública, pues es evidente que, bajo los parámetros actuales, los *influencers* tienen, por definición, una innegable proyección pública) son titulares de cuentas con un perfil público en RRSS, fundamentalmente Facebook, Instagram y Youtube, en las que publican diariamente múltiples imágenes y/o vídeos de sus hijos menores de edad sometiéndoles a una cuestionable sobreexposición (*oversharenting*).

FLORIT FERNÁNDEZ opina que quizá detrás de esta conducta se encuentre la idea de la crianza en la tribu, en el sentido de que, al haberse abandonado aquella en favor de la crianza en soledad, se ha despertado en los progenitores (fundamentalmente en las madres) la necesidad de ver cómo otros resuelven los problemas, y de compartir sus experiencias. A lo que cabe añadir que las personas somos curiosas por naturaleza (de ahí el éxito de la «prensa rosa» y de los programas o espacios dedicados a la crónica social) y «ávidos consumidores de intimidad ajena, aunque ésta sea inventada».

Este fenómeno plantea problemas éticos y también jurídicos de diverso calado, de entre los cuales MORALEJO IMBERNÓN²⁸ destaca la posible infracción del art. 6 del Estatuto de los Trabajadores, que prohíbe trabajar a los menores de dieciséis años, y la infracción de los arts. 31 y 32.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que le reconocen el derecho al descanso y al esparcimiento, y a ser protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier

²⁸ Citando a C. FLORIT FERNÁNDEZ en «Exposición de menores en Internet e incumplimiento de los deberes de patria potestad».

trabajo que pueda ser peligroso o nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. GUTIÉRREZ MAYO alude también a «desafíos» en «materia de publicidad encubierta o en materia retributiva» que exceden de este trabajo.

Como dije, partiendo de la base de que el contenido que se difunde en estas cuentas afecta a menores de edad que carecen de madurez suficiente (pues si la tuvieran solo a ellos competiría autorizar o prestar su consentimiento), son los padres, conforme al art. 3.2 LO 1/1982, los que han de consentir, actuando ambos conjuntamente en ejercicio de su patria potestad por la repercusión que tienen estas publicaciones y el componente de ánimo de lucro al que me he referido. Pero deberán recabar la autorización del Ministerio Fiscal, si bien ya he dicho que la insuficiencia de medios de la Fiscalía hace imposible su control *a priori*. Si la información que se sube a Internet, en particular la gráfica (imágenes/videos), no es perjudicial para los menores, lo más habitual es que la Fiscalía no intervenga por el mero incumplimiento de ese trámite formal. Pero obviamente deberá hacerlo en caso de constatar, aunque sea *a posteriori* —a resultas de la publicación— un perjuicio para el menor (art. 4.2. LOPJM), todo ello, en línea con lo que vengo repitiendo de la especial protección que se dispensa a los menores en este ámbito, la insuficiencia legitimadora del consentimiento de los progenitores si la divulgación de la imagen del menor o su nombre en Internet puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 LOPJM) y la función de control que se atribuye al Ministerio Fiscal.

Aquí es aplicable la jurisprudencia ya mencionada que reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad, y que afirma que esta especial protección legislativa y jurisprudencial supone que ha de otorgarse preeminencia al interés superior del menor frente a otros intereses tradicionalmente considerados preponderantes en caso de conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos del art. 18.1 CE, como el interés público o la relevancia pública del contenido publicado (p.ej. de la imagen o del vídeo en el que aparece el menor), normalmente derivada de la proyección pública de los progenitores, o las pautas de comportamiento como criterio delimitador de la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 2.2 LO 1/1982), toda vez que el hecho de que los progenitores *influencers* adopten en estas cuentas pautas de comportamiento que revelan una mayor exposición pública y, por consiguiente, que consintieron el público conocimiento de aspectos

privados, incluso muy íntimos (se me ocurren pocas cosas más íntimas o reservadas que el acto del alumbramiento), no supone automáticamente que sus hijos menores también consintieron el acceso de terceros a esa esfera personal.

GUTIÉRREZ MAYO y TORAL LARA se hacen eco de la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya de 1 de octubre de 2018 (ECLI:NL:RBDHA:2018:13105) que condenó a una *influencer* a retirar, de forma permanente, todos los contenidos de sus RRSS en los que aparecieran sus hijos menores de edad (de 2 y 4 años), con la prohibición de volver a publicar esa clase de contenido en el futuro. El tribunal justificó su decisión en haber actuado uno solo de los padres sin el consentimiento del otro, y en el carácter perjudicial de lo publicado, si bien autorizó a que la madre siguiera publicando contenido en redes privadas con menos de 250 seguidores.

Esta fiscal apunta, con acierto, que deben aplicarse en esta materia criterios específicos para preservar el bien jurídico «interés superior del menor», afectado por los contenidos que sobre su persona suban sus padres a Internet, entre los cuales, destaco (para dar idea de la repercusión de los contenidos y de la gravedad de la intromisión, p.ej. por la afectación de más de un derecho fundamental) el número de seguidores de la cuenta, la periodicidad de sus publicaciones, si son solo imágenes o también vídeos, las facetas de la vida de los menores que aparecen expuestas, si se revelan datos especialmente sensibles como enfermedades, los comentarios o las interacciones que reciben esos contenidos (que pueden ser muy ofensivos) y la remuneración que reciben los titulares de esas cuentas.

Si a resultas de la publicación se produce una intromisión ilegítima en uno o varios de los derechos fundamentales del menor, la mera existencia de esa intromisión ilegítima determina la existencia de un daño moral para el menor de edad (art. 9.3 LO 1/1982), que como presunción *iuris et de iure*, no admite prueba en contrario (p.ej. SSTS 1364/2023, de 4 de octubre, ECLI:ES:TS:2023:3975; 1037/2023, de 27 de junio, ECLI:ES:TS:2023:2894; y 1008/2023, de 21 de junio, ECLI:ES:TS:2023:2894), y que deberá ser resarcido por el causante, el progenitor o los progenitores (si son los dos, ambos solidariamente) que difundieron dicho contenido perjudicial, sin perjuicio de que puedan adoptarse otras medidas resarcitorias legalmente previstas (art. 9.2 LO 1/1982). El menor está legitimado para reclamar dicha indemnización en procedimiento para la tutela judicial civil de sus derechos del art. 18.1 CE conforme a lo previsto en la LO 1/1982, durante su minoría de edad, actuando en juicio a través de su represen-

tante legal²⁹ o del Ministerio Fiscal, y una vez alcanzada la mayoría de edad, por sí mismo.

Para cuantificar el daño moral deben seguirse las bases o criterios legales (art. 9.3 LO 1/1982), uno de los cuales, el de la gravedad de la lesión, requiere tomar en cuenta la difusión o audiencia del medio. Aspecto singularmente relevante tratándose de lesiones que se cometen a través de Internet y de RRSS con un masivo seguimiento y repercusión, algunas de las cuales, como X, que además permiten retuitear, es decir, la redifusión de los contenidos por terceros distintos del titular de la cuenta, incrementando sin control el número de accesos. En este sentido, también se ponderará si la publicación afecta a más de un derecho, pues una imagen que revela además aspectos íntimos (p.ej. la imagen de un niño desnudo) o que es denigrante (p.ej. la imagen de un niño editada, con filtros que pueden afearle, hacer escarnio gratuito de su persona, etc.) es susceptible de causar un daño de mayor gravedad al resultar afectados tanto el derecho a la propia imagen como los derechos a la intimidad y al honor. Y la duración de la publicación, pues no es lo mismo que se alojen contenidos en redes como Youtube, donde lo publicado permanece archivado, a que se trate de publicaciones temporalmente más limitadas, como acontece con las *stories* de Instagram o la foto de perfil temporal en Whatsapp.

El criterio del beneficio económico estaba en la redacción anterior a la reforma de 2010³⁰ por lo que actualmente no es relevante. Como apunta al respecto OROZCO GONZÁLEZ, para apreciar el daño moral basta la constatación de la intromisión ilegítima, no siendo por lo tanto preciso que la difusión de la imagen o del dato afectante al menor de edad genere un lucro o beneficio económico al progenitor o los progenitores.

En cuanto a las demás medidas, MORALEJO IMBERNÓN enfatiza que la consistente en la publicación de la sentencia, total o parcial,

²⁹ Como señala la STS 74/2008, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2008:323), una cosa es la capacidad para ser parte del menor, como titular del derecho afectado, y otra que mientras dure su minoría de edad carezca de capacidad procesal. En este mismo sentido la STS 583/2009, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2009:5378), en un caso en que la demanda fue interpuesta por el padre de un menor, pero en su propio nombre y no en representación del hijo, razón por la que apreció su falta de legitimación activa, recuerda que «El artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 1.º reconoce la capacidad para ser parte a las personas físicas y el artículo 7.2 añade que si no están en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que es el caso del menor de edad, habrá de comparecer mediante su representación legal, lo que no ocurre en el presente caso, en que el demandante en ningún caso ha formulado la demanda en representación de su hijo menor».

³⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

se viene considerando no idónea cuando el ofendido es un menor de edad, precisamente con el fin de evitarle un perjuicio mayor. Esta apreciación encaja con que la jurisprudencia venga sosteniendo que le corresponde al órgano judicial valorar, en función de las circunstancias del caso, si la medida es proporcional al daño causado, pues es obvio que la publicación de la sentencia puede contribuir a difundir aún más los hechos constitutivos de la intromisión y, por ende, incrementar el daño derivado de aquella.

IV. Perspectiva civil de las ultrafalsificaciones con la IA generativa

1. IA y Deepfakes (*ultrafalsificaciones o ultrasuplantaciones*)

La IA generativa es, a grandes rasgos, una herramienta informática, un *software*. Como señala DELGADO MARTÍN, se fundamenta en complejos modelos de lo que se conoce como *machine learning* (*Deep learning*), algoritmos que simulan los procesos de aprendizaje y toma de decisiones del cerebro humano. De esta forma, a partir del tratamiento de los millones de datos que tiene a su disposición, la IA es capaz de identificar patrones y modelos de conducta y dar respuesta a las peticiones de los usuarios de crear contenidos originales, sea texto, imágenes, vídeo, audio o código de software.

En los últimos tiempos los medios se han hecho eco de noticias acerca del uso de aplicaciones o webs de IA generativa, no solo de texto sino de imágenes y voz, incluso con implicación (como creadores o víctimas) de menores de edad (como el conocido caso de los menores de Almendralejo)³¹. En efecto, el avance tecnológico permite hacer realidad lo que hasta ahora pertenecía al terreno de la ciencia ficción, como acontece con el fenómeno de los *deepfakes*³², conocidos en castellano con el término «ultrafalsificaciones». Se trata, en síntesis, del uso de la IA generativa para, a partir de uno datos de entrada, crear imágenes, audios o vídeos falsos que simulan la imagen y la voz de una

³¹ https://www.eldiario.es/sociedad/deepfakes-sexuales-caso-menores-almendralejo-consolida-nueva-forma-violencia-machista_1_10527153.html

³² Según la Wikipedia, *Deepfake* es un acrónimo del inglés formado por las palabras *fake*, falsificación, y *deep learning*, aprendizaje profundo. Es una técnica de inteligencia artificial que permite editar vídeos falsos de personas que aparentemente son reales, utilizando para ello algoritmos de aprendizaje no supervisados, conocidos en español como RGA (Red generativa antagónica), y vídeos o imágenes ya existentes. El resultado final de dicha técnica es un vídeo muy realista.

persona aparentando que pertenecen a una persona real, pudiendo inducir a cualquier destinatario de ese resultado creado por IA a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos.

Esta técnica se popularizó al usarse para crear contenido pornográfico falsificado a partir de la imagen de un famoso, al que se hacía aparecer en un vídeo pornográfico realizando actos sexuales como si verdaderamente los hubiera protagonizado³³. En esta modalidad de vídeos falsos se combina un vídeo pornográfico real (utilizado como referente para el algoritmo) con otro vídeo o imagen del actor o personaje, y todo ello procesado por la IA con técnicas *deepfake* da como resultado crear el efecto, lo más realista posible, de que algo así ha ocurrido. Últimamente estos vídeos *deepfake* se están usando para falsificar noticias, para crear bulos malintencionados, o para hacer chanza de personalidades de la política.

Obviamente, el riesgo de que, mediante estas técnicas, se pueda imputar públicamente a cualquier persona (famosa o no) la realización de actos o comportamientos que no ha realizado, más allá de la evidente utilización no consentida de su imagen, abre la puerta a un futuro inquietante para los derechos de la personalidad, en especial para el derecho al honor y a la propia imagen. Sobre todo, porque esta tecnología ha ido evolucionando hasta un punto en el que es muy difícil detectar su uso, y que el resultado que arroja no se corresponde con la realidad. Debemos ser conscientes —y concienciar a nuestros hijos— de que, p.ej., al usar habitualmente las Apps de nuestros dispositivos, las cuales se nos ofertan como gratuitas, el precio que pagamos por ello es proporcionar a grandes corporaciones privadas nuestros datos, en particular, nuestra imagen, contribuyendo a alimentar el Big Data de La Red sin pleno control sobre esos contenidos. Y que este habitual comportamiento nos hace vulnerables, al no poder impedir el uso indebido de esos contenidos por terceros, p.ej., para crear estas *ultrafalsificaciones* susceptibles de lesionar nuestros derechos³⁴.

En esta línea de advertir de los riesgos que entraña esta tecnología para los derechos del art. 18.1 CE, BONACHO CABALLERO señala el riesgo de intromisión ilegítima en el honor, por trasladar al destina-

³³ La compañía de investigación Sensity AI estimó que entre el 90 y el 95 por ciento de todas las *Deepfakes* pueden ser calificadas de pornografía.

³⁴ En 2021 el Parlamento Europeo emitió un informe exhaustivo (*Tackling deepfakes in European policy. European Parliamentary Research Device*, julio 2021) enumerando las diferentes categorías de riesgos asociadas a esta técnica, incluyendo la difamación, la intimidación, el fraude, la manipulación mediática y electoral, el robo de identidad y los daños reputacionales, entre muchas otras.

rio, a través de creaciones ficticias, la idea de que la persona afectada ha participado o se ha visto involucrado en «situaciones denigrantes y peyorativas que, con independencia de que aludan a una celebridad, pueden resultar a todas luces conculcadoras de tales derechos»³⁵ y con perfecto encaje en el art. 7.7 LO 1/1982 que considera intromisión ilegítima en el ámbito de protección de dicho derecho fundamental delimitado por el art. 2 «La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación». Y también alude este autor al riesgo para la propia imagen, pues en la vertiente negativa del derecho, el titular es el único que puede autorizar o impedir la reproducción de su imagen, no siendo posible el uso de la imagen de otro por terceros sin consentimiento expreso de su titular para ese concreto uso. Desde esta perspectiva, los *deepfakes* pueden atacar contra el derecho fundamental a la propia imagen por usarse por un tercero sin el previo consentimiento expreso de su titular para el fin para el que se emplea y aunque la imagen inicial utilizada provenga de una fuente de acceso público, toda vez que, como se ha comentado, publicarla en Internet o en el perfil de una red social no entraña una autorización general para cualquier persona y para un uso distinto de aquel que autorizó el titular.

Es un tema de plena actualidad que ha llevado a que se esté trabajando a nivel europeo y español en una regulación específica que ataje sus riesgos.

En el ámbito europeo, ya el Libro Blanco de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial, publicado el 19 de febrero de 2020, propuso desarrollar un marco jurídico que hiciera compatibles los valores y derechos que se constituyen como principios esenciales de la Unión Europea y el desarrollo de innovación científica.

Desde agosto del presente año contamos con el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (AIA, por *Artificial Intelligence Act*³⁶, en adelante, el Reglamento), cuyo objeto, en resumen, consiste en fijar las

³⁵ El autor cita como ejemplo el caso de la conocida presentadora Susanna Griso, que se vio obligada a desmentir públicamente que hubiera sido detenida tras la difusión de diversos *deepfakes* que protagonizaba a los que dieron credibilidad incluso personas de su círculo más cercano.

³⁶ 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 inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2024-81079>

reglas para poner en marcha o mercado sistemas de IA en la Unión Europea, prohibir diversas prácticas de inteligencia artificial, imponer requisitos a sistemas de IA de alto riesgo y obligaciones a los operadores relacionados con ese sistema, imponer reglas de transparencia para ciertos sistemas de IA, establecer reglas para la monitorización y la vigilancia de mercado, e introducir medidas para la innovación.

En su art. 3.1) se contiene la siguiente definición de IA:

«“sistema de IA”: un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

Sobre los *deepfakes*, el art. 3.60) contiene la siguiente definición:

«“ultrasuplantación”: un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos»³⁷.

En sus considerandos (48), señala que la magnitud de las consecuencias adversas de un sistema de IA para los derechos fundamentales protegidos por la Carta (entre los que, según enumera, se incluyen el derecho a la dignidad humana, el derecho al respeto a la vida privada y familiar —intimidad—, las libertades de expresión e información, y los derechos fundamentales de los menores) es un factor especialmente importante a la hora de clasificar un sistema de IA como de alto riesgo, y que en particular es un factor determinante para ello que el daño recaiga en los derechos de los menores, a los que el ordenamiento dispensa una especial protección y asistencia por su vulnerabilidad.

Y sobre las «ultrasuplantaciones» (133), señala que, ante el riesgo de que los sistemas de IA puedan generar grandes cantidades de contenidos sintéticos, susceptibles de «importantes repercusiones en la integridad del ecosistema de la información y en la confianza

³⁷ En la versión del Parlamento Europeo de junio de 2024, el art. 3.1.44 del Reglamento contenía la siguiente definición de deepfake (traducido en castellano por «Ultrafalsificación»): «un contenido de sonido, imagen o vídeo manipulado o sintético que puede inducir erróneamente a pensar que es auténtico o verídico, y que muestra representaciones de personas que parecen decir o hacer cosas que no han dicho ni hecho, producido utilizando técnicas de IA, incluido el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo».

en este, haciendo surgir nuevos riesgos de desinformación y manipulación a escala, fraude, suplantación de identidad y engaño a los consumidores», se hace necesario «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».

En particular es relevante lo siguiente (134):

«Además de las soluciones técnicas utilizadas por los proveedores del sistema de IA, los responsables del despliegue que utilicen un sistema de IA para generar o manipular un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeje notablemente a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos (ultrasuplantaciones) deben también hacer público, de manera clara y distinguible, que este contenido ha sido creado o manipulado de manera artificial etiquetando los resultados de salida generados por la IA en consecuencia e indicando su origen artificial. El cumplimiento de esta obligación de transparencia no debe interpretarse como un indicador de que la utilización del sistema de IA o de sus resultados de salida obstaculiza el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de las artes y de las ciencias, garantizados por la Carta, en particular cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, con sujeción a unas garantías adecuadas para los derechos y libertades de terceros. En tales casos, la obligación de transparencia en relación con las ultrasuplantaciones establecida en el presente Reglamento se limita a revelar la existencia de tales contenidos generados o manipulados de una manera adecuada que no obstaculice la presentación y el disfrute de la obra, también su explotación y uso normales, al tiempo que se conservan la utilidad y la calidad de la obra. Además, también conviene prever una obligación de divulgación similar en relación con el texto generado o manipulado por una IA en la medida en que se publique con el fin de informar al público sobre asuntos de interés público, a menos que el contenido generado por la IA haya sido sometido a un proceso de revisión humana o de control editorial y que una persona física o jurídica ejerza la responsabilidad editorial de la publicación del contenido».

En suma, el Reglamento no prohíbe esta tecnología, pero exige a los proveedores del sistema una obligación de transparencia, consistente en etiquetar o marcar esos contenidos, entendiendo que hacerlo no entraña menoscabo alguno para la libertad de expresión.

En España también se han proyectado nuevos instrumentos normativos. Se puede desatacar la Proposición de Ley Orgánica de regulación de las simulaciones de imágenes y voces de personas generadas por medio de la inteligencia artificial, presentada por el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR en octubre de 2023, aunque retirada en marzo de este año³⁸. En su exposición de motivos se contenía la siguiente definición de *deepfakes*:

«[...] piezas visuales, auditivas o audiovisuales que simulan la realidad y que consiguen generar falsas imágenes y/o voces de personas. Es una tecnología que se basa en la inteligencia artificial y el *Machine Learning* que logra, con una apariencia hiperrealista, simular acciones realizadas por parte de dichas personas. El resultado de estos avances técnicos difumina la barrera entre lo que es verdadero y lo que es falso; entre lo que son acciones realmente realizadas por una persona y lo que son simulaciones generadas por terceros de manera totalmente artificial».

La proposición propugnaba modificar el art. 7 LO 1/1982 para introducir un apdo. 9 del siguiente tenor:

«9. La difusión y utilización de imágenes y vídeos de personas o audios de voz generados a través de sistemas automatizados, software, algoritmos o mecanismos de inteligencia artificial sin la previa autorización o consentimiento expreso de la persona o personas afectadas, excepto que incluyan de forma clara y sobresaliente una advertencia de su condición de imagen o audio de voz generado artificialmente por inteligencia artificial. La advertencia deberá figurar sobreimpresa y legible en la propia imagen. Para el caso de los audios de voz deberá realizarse una advertencia audible antes y después de su difusión».

Por tanto, proponía excluir la ilegitimidad de los *deepfakes* si se puede advertir que lo son. Más adelante me referiré a este aspecto.

Aunque excede de este trabajo, también se han impulsado reformas que afectan al orden jurisdiccional penal. Así, el referido Anteproyecto modifica el CP con la introducción de un nuevo art. 173 bis que castiga como delito con pena de prisión de uno a dos años «a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias».

³⁸ https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15-B-23-2.PDF

2. *Análisis del fenómeno de los deepfakes desde la perspectiva de la tutela civil de los derechos de la personalidad del menor de edad*

Como admite la propia proposición legislativa a la que acabo de referirme, el uso de IA está amparado bajo la libertad de expresión recogida en el artículo 20.1 de la Constitución española, cuando reconoce el derecho a la producción y la creación artística, así como el de «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante (...) cualquier otro medio de reproducción».

En efecto, la creación de imágenes o vídeos mediante IA, incluso si su finalidad no es artística sino expresar una opinión crítica (por más que sea desabrida, que pueda molestar), recurriendo a «caricaturizar» al personaje, como ocurre con los *memes* o con estos *deepfakes* satíricos que inundan las RRSS, tiene en principio cabida en el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión³⁹, por ser este un derecho fundamental que, por su dimensión institucional, goza de preeminencia frente los derechos fundamentales del art. 18.1 CE, en particular frente al honor y la propia imagen, pero siempre, eso sí, que la crítica tenga interés general o relevancia pública y exista proporcionalidad en su exteriorización.

En este sentido procede recordar que la libertad de expresión goza de un campo de acción más amplio que la de información porque ampara la manifestación de ideas, pensamientos, valoraciones, opiniones o juicios subjetivos, que no exigen demostración fáctica, y que en ejercicio de la libertad de expresión tiene cabida la crítica más agria, dura o desabrida, porque este derecho fundamental no ampara solo ideas que se reciben favorablemente por el afectado, o que se consideran inocuas, inofensivas o indiferentes, sino también las que ofenden, hieren, importunan o molestan, pues así lo exige el pluralismo, la tolerancia, en suma, la mentalidad amplia propia de una sociedad democrática. La jurisprudencia viene reiterando al respecto que el único límite a la libertad de expresión, cuando se refiere a asuntos de interés general, es el insulto gratuito, la descalificación desproporcionada, el uso de expresiones inequívocamente injurio-

³⁹ No así en el ámbito de la libertad de información, pues esta solo goza de la protección constitucional si es veraz, y por definición, una información gráfica creada por IA, que aparenta realidad sin serlo, no puede considerarse veraz. Recordemos que, para la jurisprudencia, en caso de conflicto entre libertad de información y derecho a la propia imagen se considera que la veracidad «es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica» (p.ej. sentencias 634/2017, de 23 de noviembre, y 625/2012, de 24 de julio), que es precisamente lo que acontece con los *deepfakes*.

sas o vejatorias que no guarden relación o proporcionalidad con la crítica que se expresa. Todo ello, partiendo siempre de que las palabras, frases o expresiones no deben ponderarse aisladamente sino en el concreto contexto en el que se profieren, en particular, el tono humorístico, satírico o burlón empleado. En los últimos tiempos ha matizado además, que aunque la libertad de expresión no está sujeta al requisito de la veracidad, sí es exigible una base fáctica suficiente que sustente la opinión siempre que esta suponga un descrédito para el afectado, lo que significa que la libertad de expresión «no ampara la descalificación de una persona atribuyéndole hechos o conductas socialmente reprochables que puedan desacreditarla, lo que implica exigencia de veracidad respecto de los hechos cuando puedan desacreditar a la persona criticada» (STS 776/2023, de 22 de mayo, ECLI:ES:TS:2023:2198, y las que en ella se citan).

Por tanto, cuando se hace uso de la imagen de una persona sin su consentimiento para una creación mediante IA puede surgir un conflicto entre la libertad de expresión del creador y los derechos del art. 18.1 CE del afectado (fundamentalmente su imagen, pero no solo) que deberá resolverse con los criterios jurisprudenciales de ponderación antes apuntados.

Aunque el fenómeno de la IA es novedoso, la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el uso de la imagen editada de una persona para expresar una opinión amparada en la libertad de expresión, fijando unos criterios que, en mi opinión, serían perfectamente extrapolables al enjuiciamiento de los *deepfakes*.

Según el art. 8.2 LO 1/1982, apdo. b), el derecho a la propia imagen no impide «la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social». De su propio tenor literal resulta que esta exclusión exige que la caricatura se refiera a las personas a las que alude el apdo. a) (es decir, personas con notoriedad pública por su cargo público, profesión o relación social) y además que el uso caricaturesco de su imagen sea conforme con el uso social (requisito que concreta en el ámbito del derecho a la propia imagen el principio general del art. 2.1 LO 1/1982 según el cual el ámbito de protección civil de todos los derechos de la personalidad depende de los usos sociales).

La necesidad de interpretar dicha norma conforme a la realidad social llevó a la sentencia 185/2006, de 7 de marzo (ECLI:ES:TS:2006:1026) a declarar que el término caricatura debía exceder de su primera acepción gramatical («Dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien») y comprender las com-

posiciones o montajes fotográficos⁴⁰, Con posterioridad, la sentencia 498/2015, de 15 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:3803) declaró con rotundidad que «la jurisprudencia ha incardinado en el concepto de caricatura el montaje irónico elaborado a partir de una fotografía del rostro de una persona superpuesto sobre un cuerpo ajeno (STS de 20 de julio de 2011, rec. n.º 1745/2009, “manipulación de la imagen calificable como caricatura”)».

Esta interpretación extensiva creo que disipa cualquier duda a la hora de incluir también en dicho concepto los *deepfakes* cuanto menos los montajes que se usan con esa finalidad irónica, burlona, como forma de expresar una opinión crítica, aunque en verdad todos podemos representarnos creaciones mediante IA que no siempre tengan esa finalidad humorística, sino que únicamente persigan crear una apariencia de realidad susceptible de ser utilizada para los fines más diversos, eso sí, por lo general, todos ilícitos (el chantaje, la extorsión, la estafa, etc.).

La caricatura es una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que coadyuvan a la formación y existencia de una opinión pública libre (STC 23/2010, de 27 de abril, ECLI:ES:TC:2010:23). Por tanto, la caricatura, incluyendo la que resulta de manipular la imagen ajena, también mediante IA, puede quedar amparada por la libertad de expresión si se usa con ese fin de exteriorizar una crítica artística, social, de cualquier tipo, acudiendo a la exageración y distorsión de la realidad para provocar y agitar (STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 enero de 2007, § 33), en la medida que dicha caricatura contribuya al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, como «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático» (STC 77/2009, de 23 de marzo, ECLI:ES:TC:2009:77). Por el contrario, precisamente porque la legitimidad de la caricatura depende de su adecuación al uso social, no se estarán amparados por la libertad de expresión los montajes que no buscan otro propósito que la ridiculización del personaje afectando a su honorabilidad, pues el Tribunal Constitucional aprecia intromisión ilegítima en un texto, historieta o cómic, pese a su tono jocoso o burlón, cuando el lla-

⁴⁰ «puede resultar un tanto estrecha, a los efectos de aplicación de la Ley Orgánica 1/82 de acuerdo con la realidad social, si por limitarla a los dibujos se excluyen las composiciones o montajes fotográficos, pues la acelerada expansión de la fotografía digital y de los programas informáticos de tratamiento de la imagen, hasta llegar a su actual divulgación al alcance del gran público, es un factor determinante de que, en el ámbito jurídico, no sean en absoluto descartables las caricaturas mediante composiciones fotográficas».

mado animus iocandi o intención de bromear se utiliza «precisamente como instrumento del escarnio» (STC 176/1995, de 11 de diciembre, ECLI:ES:TC:1995:176). En este sentido la STS 682/2020, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4217), respecto de la divulgación, exclusivamente con fines publicitarios o comerciales, de la imagen de un conocido matador de toros usada en un fotomontaje que solo perseguía ridiculizarlo.

En suma, la caricaturización de un personaje público (por su cargo, profesión o relación social) mediante IA para expresar una crítica no constituiría una intromisión ilegítima en el ámbito de sus derechos al honor y a la propia imagen, siempre que concurrieran los presupuestos del interés general de la crítica, que en este caso vendría dado por razón de la persona (de notoriedad o proyección pública) y de la proporcionalidad, en el sentido de que no sirva únicamente para hacer escarnio gratuito y excesivo.

No alcanzo a comprender la bondad de la propuesta contenida en la proposición legislativa retirada consistente en excluir la existencia de intromisión ilegítima siempre que pueda saberse que la imagen ha sido manipulada. Más allá de que sea necesario exigir a las empresas que actúen con responsabilidad en este campo (aspecto en lo que incide el Reglamento), y de que, desde la perspectiva de la libertad de información, también sea obvio que no se puede considerar veraz una información gráfica fruto de la manipulación digital con técnicas de IA, no obstante, el mero hecho de que el destinatario de la creación por IA (el televidente, el internauta) pueda saber que se trata de una imagen creada artificialmente (por venir «etiquetada») creo que no es impedimento para que dicha creación tenga un potencial lesivo para los derechos del art. 18.1 CE. Así, basta fijarse en los ejemplos a los que me he referido, sobre la recreación por IA de escenas sexuales, pues por más que el destinatario pueda ser advertido de que la persona o persona que salen representadas en dichos actos no son las personas reales, tal advertencia no implica excluir siempre y en todo caso la existencia de un menoscabo en los derechos de la personalidad de la persona cuya imagen ha sido utilizada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el grado de difusión alcanzada, la entidad del agravio, etc.

Si hablamos de menores de edad, los anteriores parámetros generales deben ponerse en relación con la singular protección que se les dispensa y con el criterio jurisprudencial de que la notoriedad pública de sus progenitores no se traslada automáticamente a su persona, razón por la que el uso de su imagen, para caricaturizarla mediante *deepfake*, adolecería de la ausencia del requisito del art. 8.2 b) LO 1/1982 de que sean personas de notoriedad pública, salvo, entiendo, que su

notoriedad sea propia y no derive de la proyección social de sus progenitores (lo que acontecerá si el menor es el protagonista de la cuenta, de sus contenidos, de forma que se ha hecho conocido por sí mismo, aunque la cuenta la gestionen los padres).

Obviamente, con arreglo a los criterios analizados y a la expresada interpretación del art. 4.3 LOPJM, constituirá una intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE del menor de edad cualquier uso de su imagen por un sistema de IA que menoscabe su honra o reputación o resulte perjudicial para sus intereses, incluso aunque haya mediado consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La especial protección del menor de edad se manifiesta igualmente en este ámbito en la necesidad de establecer cautelas, tanto por parte de las empresas como por parte de la Administración y de todos aquellos que tienen la obligación de proteger el interés superior del menor, y en el control *a posteriori* de sus actos, a fin de evitarles cualquier perjuicio o de reparar el daño moral ocasionado por la intromisión, para lo que está legitimado el Ministerio Fiscal (art. 4.2 LOPJM) y la autoridad judicial, sea de oficio, o a instancia del menor, de un pariente, o del propio Ministerio Fiscal (art. 158.6.º CC).

V. Bibliografía

- AZUAJE PIRELA, M. «Deepfakes, distorsión de la realidad y desafíos jurídicos». *Telos Cuadernos de Comunicación e innovación*. N.º 122, junio 2023, pp. 126-129.
- BONACHO CABALLERO, M. «El uso de «deepfakes» puede vulnerar el derecho al honor y a la propia imagen». *Economist & Jurist*, mayo 2023.
- DEL ÁGUILA BARBERO, P. (2019). «Cuidado: un «like» puede traer consecuencias legales». https://elpais.com/economia/2019/10/11/actualidad/1570792235_849723.html
- DELGADO MARTÍN, J. «Notas sobre el uso de la IA generativa por profesionales del sistema de justicia». *Diario La Ley*, N.º 10568, 16 de septiembre de 2024.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, V. «Protección jurídica de las personas menores de edad en entornos digitales. Oportunidades, riesgos y protección». En VERÓNICA DE PRIEGO FERNÁNDEZ (Coord.): *Protección jurídica de las personas menores de edad: un estudio multidisciplinar*. Dykinson, 2022.
- FLORIT FERNÁNDEZ, C. «Instamamis y oversharenting: exposición y explotación en la red de las vidas de los niños por parte de sus progenitores». En *Los derechos humanos en la Inteligencia Artificial: su integración en los ODS de la Agenda 2030*. Thompson-Reuters Aranzadi. 1.ª ed, junio 2022.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª C. «Los menores de edad en los entornos digitales: las funciones de los padres y los tutores». En JUDITH SOLÉ RESINA, VINICIUS ALMADA MOZETIC (Coord.): *Derechos fundamentales de los me-*

- nores: *(desarrollo de la personalidad de la infancia y adolescencia)*. Dykinson, 2018.
- GUTIÉRREZ MAYO, E. «Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers».
- GUTIÉRREZ MAYO, E. (2016), «Instamamis»: la exposición de menores en redes sociales por sus progenitores. Análisis civil». *www.notariosyregistradores.com*
- GUTIÉRREZ MAYO, E. (2019), «Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales». Lefebvre/ El Derecho.
- LOPEZ MARTÍNEZ, J.C.. «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte I». *Actualidad Civil*, N.º 2, febrero 2024. Editorial LA LEY.
- LOPEZ MARTÍNEZ, J.C.. «La tutela judicial civil de los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: criterios consolidados y retos presentes y futuros. Parte II». *Actualidad Civil*, N.º 3, marzo 2024. Editorial LA LEY.
- MONASTERIO ASTOBIZA, A. (2024). «Deepfakes, desinformación, discursos de odio y democracia en la era de la IA». *Cuadernos del Consejo Audiovisual de Andalucía*, (12), pp. 177-190. <https://dx.doi.org/10.62269/cavcaa.20>
- MORALEJO IMBERNÓN, N. «Los derechos de los menores y las redes sociales». Tirant Lo Blanch, 2023.
- OROZCO GONZÁLEZ, M. «Daños a la privacidad de los menores». Editorial Reus, 2022.
- PRESNO LINERA, M.A. «La libertad de expresión en las redes sociales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y europea». *Libertad de expresión y redes sociales. Formación Continua, CGPJ*, septiembre 2024.
- TOMELO F. (2021) «Efectos jurídicos de emojis y likes». <https://www.lanacion.com.ar/opinion/efectos-juridicos-de-emojis-y-likes-nid18032021/>
- TORAL LARA, E. (2020) «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía». *Derecho Privado y Constitución*, 36, pp. 179-218.

Los delitos contra la intimidad cometidos a través de redes sociales. Especial referencia al art. 197 CP

José Manuel Ortega Lorente

Magistrado

Sumario: I. Concepto de red social. II. Contenido del derecho a la intimidad. III. Riesgos para el derecho a la intimidad derivados del uso de las redes sociales. IV. Otros bienes jurídicos afectados por el uso de las redes sociales y que tienen sanción penal. 1. Derecho al honor. 2. Integridad moral. 3. Derecho a la propia imagen. 4. La vida, la integridad física y la libertad sexual de menores de edad. V. Delitos cometidos a través de las redes sociales: delitos cometidos a través de la difusión no consentida de imágenes y grabaciones con contenidos que lesionan la intimidad. Evolución legislativa y novedades. VI. El art. 197.1 CP y las lagunas de protección. 1. Conductas típicas. 2. La afectación del derecho a la intimidad a través de la captación no consentida de imágenes con la finalidad de vulnerar la intimidad. a. Requisitos de la acción. b. Expectativa razonable de protección. 3. La revelación de la intimidad compartida. VII. El art. 197.7 del Código Penal. 1. Bien jurídico. 2. Sujeto activo. 3. Conducta típica: cesión, difusión o revelación a terceros. 4. Objeto típico: imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con anuencia de la persona afectada en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros. 5. Las circunstancias típicas de la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales. 6. Desvalor de resultado: provocación de menoscabo grave de la intimidad personal. VIII. El delito leve de difusión no consentida de imágenes íntimas. IX. Las *deepfake*, el derecho a la intimidad y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. 1. Las *deepfake* y el derecho a la intimidad. 2. El tratamiento de las *deepfake* en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, como delito contra la integridad moral. X. Bibliografía.

Resumen: Las redes sociales multiplican los riesgos de controlar el conocimiento y difusión de lo que se quería mantener en el ámbito de lo reservado. A través de las redes sociales se pueden cometer todas aquellas infracciones en las que la comunicación intersubjetiva interviene, bien como requisito de la acción típica, bien como instrumento para su ejecución o bien como factor que dota de significado antijurídico específico a la conducta. Las TIC y las redes sociales facilitan tanto el acceso no consentido a los espacios de privacidad, como la difusión de imágenes y grabaciones de escenas íntimas. A su vez, progresivas innovaciones tecnológicas van incrementando los riesgos para la intimidad y bienes jurídicos relacionados. Este trabajo analiza los preceptos que ya se han incorporado y alguno que se pretende añadir al Código Penal para sancionar la captación y difusión no consentida de imágenes, tanto reales como simuladas —las *deepfake*—.

Palabras clave: redes sociales, intimidad, pornovenganza, *deepfake*.

I. Concepto de red social

Una red social se define como un servicio que permite a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado, articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión y ver y recorrer su lista de las conexiones y de las realizadas por otros dentro del sistema¹.

Su uso se ha popularizado y generalizado. YouTube, WhatsApp, Facebook, Instagram, X (antes Twitter), son nombres propios que forman ya parte del vocabulario colectivo que identifican espacios virtuales donde millones de personas comparten imágenes, historias autobiográficas, opiniones, creaciones literarias, etcétera. Constituyen la ventana a través de la que muchas personas interactúan, se comunican, se informan, se entretienen, trabajan, compran y venden...

Vinculado al crecimiento de la sociedad digital y de las redes sociales como nuevos medios de comunicación, han surgido nuevas formas de criminalidad adaptadas a este nuevo espacio de interacción denominado ciberespacio. Estas formas de criminalidad pueden ser nuevas tipologías delictivas que únicamente tienen cabida en el ciberespacio o formas tradicionales que se han dado en el espacio físico

¹ BARRIENTOS PERALBO, L. y otros autores. «El uso de redes sociales y el peligro que estas conllevan». *La Razón Histórica. Revista Hispa Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas*. Número 51, 2021, p. 140.

y se han trasladado al virtual por las nuevas características que ofrece este espacio como son el anonimato, la ausencia de fronteras, la diversidad de víctimas a las que se puede llegar y la facilidad de la ejecución².

Las redes sociales son utilizadas para múltiples objetivos y actividades, pero también como espacio para el insulto, el envío de imágenes comprometidas, el reenvío de éstas, para la expresión de opiniones o exabruptos machistas, racistas, estigmatizadores u ofensivos para grupos vulnerables, etcétera.

El anonimato genera una percepción de seguridad e impunidad que facilita la desinhibición de los mecanismos de autocontrol; dichas conductas y las expresiones de las mismas acceden al conocimiento de muchas personas que, a su vez, amparadas en la expectativa de impunidad que ofrece el medio, se ven impulsadas a imitar tales conductas. La normalización de comportamientos que atentan contra bienes jurídicos y la falta de contacto personal con la persona o el grupo que padece sus consecuencias, son factores que intervienen en la banalización del daño que puede provocarse. La red social actúa, así, como inhibidor de la empatía.

Dichos factores condimentan el incremento de conductas gravemente dañinas de bienes jurídicos cuya protección no encontraba apoyo en los tipos penales clásicos. Y así aparece toda una regulación específicamente destinada a sancionar nuevas conductas, facilitadas o promovidas por la generalización del uso de las redes sociales y que resultan lesivas para bienes jurídicos como el honor, la integridad moral, la libertad de autodeterminación, la intimidad, la libertad sexual, el patrimonio, entre otros.

II. Contenido del derecho a la intimidad

La intimidad es un bien jurídico dotado de protección constitucional a través del art. 18 de la Constitución española de 1978. Constituye un derecho cuyo contenido viene determinado por nociones y conceptos culturales. El continente del derecho no ofrece dudas: el reconocimiento del derecho a la intimidad garantiza la existencia de un espacio reservado al poder jurídico de disposición exclusivo de cada persona. El contenido, lo que queda protegido por ese espacio reservado, libre de incidencia, resistente a la acción del poder público y de la

² *Vid.* nota anterior, p. 141.

sociedad, es variable según culturas y momentos históricos. El Tribunal Constitucional dijo en su sentencia 143/1994 de 9 de mayo

«que el derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana».

La idea originaria de la proclamación constitucional de dicho derecho es declarar el respeto a la vida privada, lo que ya aparece en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia que son algunas de esas libertades tradicionales tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. El avance de la tecnología y el desarrollo de los medios de comunicación de masas obligó a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia que era o solía ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De ahí surgió la necesidad del reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarcara nuevos tipos de intromisiones que pudieran realizarse por vías y medios diferentes, facilitados por la meteórica incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito de la información y la comunicación. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad (STC 110/1984, de 26 de noviembre).

Dentro del dominio o contenido del derecho a la intimidad hay que incluir la intimidad corporal, la propia imagen, el domicilio, las comunicaciones (a través de su protección se ampara la esfera de relaciones libremente entabladas por el ciudadano de cuya existencia y contenido excluye a terceros), y también la intimidad informática, el secreto profesional, el secreto documental, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad genética. Así mismo, el desarrollo de la informática, el control y manipulación de datos relativos a la identidad y personalidad del individuo, la capacidad que dichas actividades pueden tener para controlar información privada, íntima, de los ciudadanos, ha dado lugar a que la protección de la intimidad, para garantizar el derecho a la misma de forma real y eficiente, deba extenderse más allá de la clásica concepción —protección contra intromisiones ilegítimas de terceros o derecho al respeto a la vida privada y derecho de reserva—, a lo que se conoce como derecho de autodeterminación informativa o capacidad

de control de la persona sobre su esfera íntima. El propio TC en su sentencia 254/1993, argumenta que «la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona».

La jurisprudencia del TS (v.g. STS 199/2023 de 21 de marzo) conceptúa el derecho a la intimidad como un espacio propio y reservado del que dispone toda persona frente a la acción y el conocimiento de los demás para mantener, como afirma el Tribunal Constitucional, una calidad mínima de vida humana (*vid.* SSTC 70/2009, 173/2011). Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (*vid.* STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5).

Por su parte, la STS 842/2022 de 26 de octubre señala que

«la intimidad es un término equívoco cuyas distintas acepciones vienen a coincidir la existencia del ámbito de privacidad que cabe considerar como secreto en el sentido de aparecer enmarcado en un ámbito de dominio de su titular para excluir lo de intromisiones de terceros. El ámbito del secreto quizás sea más extenso y se refiere al ámbito de lo que el titular quiere evitar sea conocido por terceras personas no autorizadas por él. En este sentido el Tribunal Constitucional en sentencia 73/1982 y 57/ 1994 señaló que la idea de secreto resulta conceptualmente indisoluble de la intimidad: ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás».

III. Riesgos para el derecho a la intimidad derivados del uso de las redes sociales

Las redes sociales multiplican tanto las posibilidades de que lo comunicado sea conocido, cuanto las de acceder a lo comunicado por otros, como el riesgo de que acceda al público conocimiento sin posibilidad de controlar su difusión, aquello que se quería mantener en el ámbito de lo reservado o de un conocimiento limitado.

Como señala la STC 83/2022 de 4 de julio

«la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia —y difícilmente controlable— multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red. (...) Otro elemento característico, acentuado por la falta de regulación general, dimana de la posi-

bilidad de difundir contenidos de forma anónima o, mecánicamente, a través de invasivas aplicaciones informáticas, por lo que la posibilidad de exigir responsabilidades a sus autores viene dificultada en extremo. Estos rasgos de la comunicación digital han de ser tomados en consideración al evaluar el impacto que las expresiones o informaciones publicadas en páginas web o redes sociales han podido tener en los derechos al honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de datos de todos».

Por su parte, la STC 8/2022 de 27 de enero añade que esas características suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros que se mitiga o acrecienta en función de elementos tales como la cantidad de seguidores de un determinado perfil, el que este corresponda a un personaje público o privado, el hecho de que medios de comunicación clásicos o perfiles sumamente influyentes puedan llegar a generar un efecto multiplicador del mensaje y la rapidez efectiva con que se propaga el mensaje.

IV. Otros bienes jurídicos afectados por el uso de las redes sociales y que tienen sanción penal

Las redes sociales, al igual que las nuevas tecnologías, generan espacios de intercomunicación personal en el que quienes intervienen o participan del acto comunicativo (como generadores de contenido, como partícipes voluntarios o involuntarios de los contenidos compartidos, como meros destinatarios, receptores o espectadores de los mismos, como difusores o redifusores de ellos) pueden lesionar bienes jurídicos protegidos. Y la entidad de la lesión puede venir vinculada, tanto a la afectación del derecho por el acto lesivo, cuanto a la difusión que del mismo haya permitido la red social (agravación de la lesión por la difusión o comisión de la infracción por el hecho de la difusión).

Cuando hablamos de delitos contra la intimidad cometidos a través del uso de las redes sociales estamos pensando en la red social como herramienta de puesta en conocimiento de terceros de aquello que una persona tenía derecho a mantener en el ámbito de lo reservado, incluso de lo secreto, por integrar el ámbito de lo protegido por el derecho a la intimidad (vida doméstica, relaciones sexuales, ejercicio de la libertad de expresión en ámbitos reservados, ejercicio de la libertad de autodeterminación en ámbitos protegidos de la mirada o el conocimiento de terceros, datos reveladores de información personal sensible (económica, médica, genética, ideológica...)).

Las características de las redes sociales a las que hemos hecho referencia multiplican la potencialidad lesiva de las infracciones del derecho a la intimidad.

Conviene identificar correctamente el ámbito objetivo de cada derecho y, para poder deslindar supuestos en los que pueda dudarse de si el bien jurídico afectado es la intimidad o pueden serlo el honor, la propia imagen o la integridad moral; así, llegado el momento de analizar el ámbito de la protección penal del derecho a la intimidad contaremos con herramientas conceptuales, dogmáticas, que nos permitan deslindar, al analizar los tipos penales y, en concreto, por lo que afecta a esta ponencia, el art. 197, los delitos cometidos contra la intimidad a través de redes sociales, de supuestos en los que se cometen otros delitos (v.g. injurias, acoso, contra la integridad moral).

Dice la STC 92/2023 de 11 de septiembre que

«es necesario recordar que, conforme a consolidada doctrina constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el art. 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación entre sí, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico cada uno de ellos. Se trata, dicho de otro modo, de derechos autónomos, de modo que, al tener cada uno de ellos su propia sustantividad, la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (entre otras, SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3, y 14/2003, de 28 de enero, FJ 4)».

Esa correcta identificación del derecho afectado por la conducta lesiva permitirá discriminar, en su caso, las figuras penales de aplicación en aquéllos supuestos dudosos, sin perjuicio de que en supuestos donde una misma conducta lesiva pueda atentar al tiempo contra varios bienes jurídicos, entrarán en juego las reglas concursales (concurso de delitos y concurso de normas) de los arts. 8, 74 y 77 del Código Penal.

1. *Derecho al honor*

El derecho al honor viene identificado en el art.7.7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo en términos negativos; no dice qué contenido tiene, cuáles son los elementos integrantes del derecho al honor declarado por el art. 18.1 CE, pero sí qué conductas lo lesionan:

«La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la

dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Los delitos de injurias y calumnias sancionan las conductas que más gravemente lesionan dicho derecho que, no en vano, son los tipificados en el título XI del libro II del Código Penal: Delitos contra el honor³.

2. *Integridad moral*

Por su parte, el derecho a la integridad moral supone el reconocimiento de la facultad de toda persona a reaccionar u obtener protección o, al menos, reparación, frente a cualquier ataque que implique negarle tal condición, que revela que se la trata como si no lo fuera, que suponga una cosificación del individuo. Como señala la STS 489/2003, de 2 de abril, no constituyen ataque a la integridad moral aquellas conductas dirigidas a doblegar la voluntad de una persona, pues su acomodo típico se encuentra recogido en los delitos contra la libertad cuya característica es la de dirigir la acción precisamente a eliminar la capacidad de decidir libremente mediante actos de compulsión integrados en los delitos de amenazas y coacciones. Sí lesionarían la integridad moral, en cambio, las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral».

Los delitos contra la integridad moral están específicamente regulados en el Título VII del Libro II del Código Penal⁴. Delitos graves contra la integridad moral pueden ser constitutivos de delitos de terrorismo si concurren los requisitos del art. 573 CP.

³ No todos los delitos que lesionan dicho derecho están tipificados en dicho título. Así, v.gr. las vejaciones e injurias leves a personas que mantienen con el autor algún tipo de vínculo de los contemplados en el art. 173.2, recogidas entre los delitos contra la integridad moral —art. 173.5 CP—. También encontramos en otros títulos delitos contra el honor de instituciones—calumnias e injurias a la Corona (art. 491.1 CP), injurias al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, a los Tribunales Constitucionales, Supremo y Superiores de Justicia (art. 504.1 CP) o a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 504.2 CP). En relación a éste, se ha admitido recientemente (ATC 85/2024 de 23 de septiembre) un recurso de amparo que, como señala el Auto del TC, que va a dar la oportunidad de reflexionar y precisar los criterios constitucionales que dilucidan los conflictos entre la libertad de expresión y la afectación al honor personal y al prestigio de las instituciones y símbolos del Estado —el recurso se formula contra una condena en firme que condena por delito de injurias graves a las FCSE a un periodista que publicó en la red social Twitter que la policía había asesinado a un mantero.

⁴ «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral».

3. *Derecho a la propia imagen*

El derecho a la propia imagen abarca la facultad de impedir la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos —art. 7.º5 de la LO 1/1982— salvo cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando se trate de la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social y cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria con ocasión de la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público (art. 8.º2 LO 1/1982).

La STC 33/2023 señala que el derecho a la propia imagen es una concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, donde se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana, dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada, fuera cual fuese su finalidad (informativa, comercial, científica, cultural, etc.) (STC 27/2020, de 24 de febrero). A estas dos facultades debe añadirse una tercera de carácter reactivo: la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona (por todas, STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 5). El aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 17 octubre de 2006, asunto Gurgenedze c. Georgia; de 11 de enero de 2005, asunto Sciacca c. Italia, o de 24 de junio de 2004, asunto Von Hannover c. Alemania,) para quien el primer elemento para lograr la protección de este derecho fundamental es el consentimiento inequívoco de la persona, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Por tanto, el derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho, aunque existen circunstancias que pueden conllevar que la regla enunciada ceda, lo que ocurrirá en los casos en que

exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitarlas.

Encontramos en el Código Penal delitos que castigan:

- a) El uso no consentido de la imagen en términos aptos para lesionar otros bienes jurídicos (honor, integridad moral), como es del art. 172 ter 5⁵.
- b) La obtención de imágenes pornográficas de menores facilitadas por éstos mediante engaño: el conocido como «sexting» del art. 183.2 CP⁶.
- c) La captación de menores de edad o personas discapacitadas precisadas de especial protección para elaborar material pornográfico (art. 189 CP).
- d) La revelación de secretos o vulneración de la intimidad mediante la utilización de artificios técnicos de transmisión, grabación o reproducción de la imagen (art. 197.1 CP).
- e) La difusión no consentida de imágenes o grabaciones obtenidas en un espacio de intimidad compartida, mediando consentimiento, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de la persona afectada (art. 197.7, primer supuesto CP).
- f) La difusión de las imágenes obtenidas concurriendo los requisitos anteriores, por parte de quien no participó en su obtención (art. 197.7 CP, segundo supuesto).
- g) Uso de la imagen de miembros de la familia real para dañar el prestigio de la corona (art. 491.2 CP).
- h) La utilización por autoridad o funcionario público, mediando causa por delito, de artificios técnicos de transmisión, grabación o reproducción de la imagen, con violación de las garantías constitucionales o legales (art. 536 CP).

⁵ El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. Si la víctima del delito es un menor o una persona con discapacidad, se aplicará la mitad superior de la condena.

⁶ El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

4. *La vida, la integridad física y la libertad sexual de menores de edad*

La LO 8/2021 de 4 de junio, por su parte, introdujo nuevos tipos delictivos para evitar, según su Exposición de Motivos, la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que produjeran graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social. Se pretendió con dicha reforma introducir tipos penales para castigar a quienes, a través de estos medios, promovieran el suicidio (art. 143 bis), la autolesión (art. 156 ter) o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad (art. 361 bis), así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas (189 bis).

5. *Ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas*

El art. 510.1 contiene una diversidad de conductas que, dada la redacción de los diversos tipos penales que incluye, no resultan de fácil identificación. Se tipifican los actos que promuevan, fomenten, inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o una persona por razón de su pertenencia a aquél, si los motivos de dichos actos están vinculados al desprecio a la minoría o grupo vulnerable. También se tipifica la producción de materiales y su distribución, cuando sirvan a esos fines y la trivialización o el enaltecimiento del genocidio y los delitos de lesa humanidad.

También se tipifican (art. 510.2) los actos de humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos protegidos o de las personas por su pertenencia a ellos o el enaltecimiento o justificación en medios de comunicación o de difusión pública, de los delitos cometidos con esos grupos o contra personas por su pertenencia a ellos.

El apartado 3 del art. 510 agrava las penas si los hechos de los apartados 1 y 2, se hubieren llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que se hicieran accesible a un elevado número de personas.

V. Delitos cometidos a través de las redes sociales: delitos cometidos a través de la difusión no consentida de imágenes y grabaciones con contenidos que lesionan la intimidad. Evolución legislativa y novedades

A través de las redes sociales se pueden cometer todas aquellas infracciones en las que la comunicación intersubjetiva interviene de al-

gún modo en la comisión del delito, bien porque el acto comunicativo es requisito de la acción típica (delitos de injurias, calumnias, violencia psíquica, amenazas...), bien porque es instrumento para su ejecución (para provocar en el destinatario del mensaje el error que provoca el engaño en la estafa, para facilitar la difusión del mensaje engañoso...), bien porque la utilización de una o varias redes sociales sea el instrumento que provoca que el uso no consentido de la imagen de una persona pueda generar el daño pretendido (acoso, hostigamiento, humillación, provocación al suicidio, promoción de autolesiones o del trastorno alimentario), como en el caso de los delitos de los arts. 143 bis, 156 ter, 172.5 y 361 bis del Código Penal.

Como dice la STS 547/2022, la

«experiencia más reciente enseña que las redes sociales no son sólo el instrumento para la comisión de algunos delitos de muy distinta naturaleza. Pueden ser también el escenario en el que el delito se comete, ya sea durante todo su desarrollo, ya en la ejecución de sólo algunos de los elementos del tipo».

Las TIC permiten el acceso inmediato a múltiples fuentes de información y multiplicar de manera virtual los contactos intersubjetivos de forma exponencial. Permiten transmitir textos, imágenes, grabaciones de voz y audiovisuales. Constituyen, por tanto, una herramienta con una alta potencialidad lesiva para derechos subjetivos y para intereses colectivos.

Dicha potencialidad lesiva y la universalización en el acceso a las TIC, ha provocado la aparición de fenómenos que hasta hace dos décadas resultaban desconocidos. La difusión de imágenes o grabaciones audiovisuales de escenas desarrolladas en ámbitos de privacidad, en particular de naturaleza o carácter sexual, se ha revelado objetivamente apto para lesionar gravemente la honorabilidad, el buen nombre, la fama, la dignidad de las personas afectadas.

El tipo penal con el que el legislador de 1995 quiso dar respuesta a aquellas conductas que consideraba más gravemente lesivas del derecho a la intimidad, contemplaba los supuestos de acceso no consentido a los espacios que conformaban la intimidad como espacio sobre el que cada persona tiene o debe tener la posibilidad de mantener en secreto o respecto del que debe tener la posibilidad de decidir quién accede. La LO 1/2015 de 30 de enero, tras detectar que había supuestos que se consideraron gravemente lesivos del derecho a preservar la intimidad que el Código Penal no sancionaba, introdujo el apartado 7. Pretendía incluir como delito aquellos supuestos en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtuvieran con su consenti-

miento, pero fueran luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se hubiera producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesionara gravemente su intimidad. Esta es la justificación del nuevo tipo penal que recoge la Exposición de Motivos de la LO 1/2015. Veremos al analizar el tipo penal que dichas pretensiones no se acompañan con la defectuosa redacción elegida.

Posteriormente se comprobó que el tipo penal introducido en 2015 no permitía sancionar aquéllos supuestos en los que quien, sin haber participado en la obtención de las imágenes en un espacio de intimidad compartida, las recibía y, seguidamente, las difundía. La LO 10/2022 de 6 de septiembre, añadió esa conducta en el art. 197.7, segundo párrafo.

Con posterioridad se ha detectado que nuevas herramientas tecnológicas permiten la creación de imágenes simuladas que, de ser reales, estarían amparadas por el derecho a la intimidad; imágenes generadas por inteligencia artificial que pueden tomar imágenes fieles que mezclan con otras recreadas o generadas a través de herramientas tecnológicas (IA); la difusión de las mismas puede lesionar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos y con una intensidad cercana a la que puede provocar la difusión no consentida de imágenes reales. El Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales (ALOPMED) aborda, según su Exposición de Motivos, el tratamiento penal de las denominadas ultra falsificaciones, esto es, imágenes o voces manipuladas tecnológicamente y extremadamente realistas (las conocidas como *deepfakes*).

VI. El art. 197.1 CP y las lagunas de protección

Las TIC han facilitado el común acceso a herramientas de captación de imágenes y grabación audiovisual y de inmediata (o mediata) difusión. El art. 197.1 del Código Penal tipifica, entre otras conductas, interceptar telecomunicaciones o utilizar artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento.

Castiga, por lo tanto, la captación no consentida de imágenes siempre y cuando las mismas, por su contenido y por las circunstancias espaciales o de localización de quienes en ellas aparecen, vulneren el derecho a la intimidad.

1. *Conductas típicas*

El tipo penal contiene y sanciona otras conductas. Como señala la STS 597/2022 de 15 de junio, el art. 197.1 CP contiene en realidad dos tipos básicos, definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación.

Señala dicha STS que lo relevante es que se trata de un delito que, en cualquiera de sus versiones, no precisa para su consumación del efectivo descubrimiento del secreto o de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación de la imagen (elemento objetivo) con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo); el tipo básico se consume por el solo hecho de la captación de las imágenes de la víctima, con la finalidad de vulnerar la intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional, de resultado cortado, cuyo agotamiento tendría lugar si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros (supuesto agravado previsto en el art. 197.3, primer párrafo).

La cesión, revelación o difusión de las imágenes captadas para revelar secretos o vulnerar la intimidad personal, implicará la aplicación del subtipo agravado del art. 197.3 CP.

2. *La afectación del derecho a la intimidad a través de la captación no consentida de imágenes con la finalidad de vulnerar la intimidad*

Nos centramos en este trabajo en las lesiones del derecho a la intimidad tipificadas en el art. 197.1 que se cometen mediante el acceso no consentido a imágenes, mediante artificios técnicos de grabación, cuando las mismas, por su contenido y por las circunstancias de su captación, están amparadas por el derecho exclusión de acceso propio del derecho a la intimidad. La razón de focalizar la atención en la captación ilícita de imágenes está en que las TIC han incidido de manera muy relevante en facilitar la obtención no consentida de imágenes y las redes sociales han facilitado su difusión y el incremento del daño que ello puede provocar.

a) REQUISITOS DE LA ACCIÓN

Como señala Jareño Leal⁷,

«no toda intrusión en los derechos a la intimidad y la imagen debe conducirnos al art. 197.1 CP, sino sólo aquella que se consigue después de franquear las barreras defensivas puestas por su titular, ya que este precepto castiga la intromisión cuando el autor utiliza medios subrepticios para el conocimiento del contenido de dichos derechos (lo que se denomina medios insidiosos, o ruptura de la reserva, o quebrantamiento de barreras defensivas). Esta es la conclusión que se extrae de los términos utilizados por el precepto, como «interceptar» o «utilizar artificios técnicos». De tal forma que el conocimiento de la imagen íntima que tiene lugar de forma natural (la aprehensión visual) no es suficiente para hacer entrar en juego la reforzada protección penal. Como señala la doctrina, el uso de artificios técnicos «dificulta la percepción de la víctima de la invasión de su privacidad y facilita, en consecuencia, la intrusión en la esfera de la intimidad».

Sigue diciendo dicha autora que

«quedan fuera del tipo los accesos a aspectos de la intimidad sin el empleo de estos medios (por ejemplo, escuchando a través de una puerta, mirando desde la calle al interior de una casa a través de la ventana, etc.)». Desde luego, la captación visual de la imagen íntima de un tercero que se hace de forma natural por el ojo humano, aún en el contexto más fuerte de este derecho, carece de injusto penal, ya que solo se trata de «mirar». El llamado «apoderamiento visual» de la intimidad (leer un mensaje de correo electrónico abierto en la pantalla del ordenador, una carta abierta, o mirar fotografías íntimas que se encuentran sobre la mesa) carece de desvalor de acción, y no puede equipararse al apoderamiento al que se refiere el art. 197.1 CP, al no existir una ruptura de la reserva, ni quebrantamiento de barrera defensiva alguna, ni uso de medios insidiosos».

b) EXPECTATIVA RAZONABLE DE PROTECCIÓN

La necesidad típica de acudir a artificios de grabación para acceder de manera no consentida a espacios de privacidad suscita situaciones de incertidumbre aplicativa cuando la escena captada, por su contenido, integra sin género de dudas aquéllas que están ampa-

⁷ JAREÑO LEAL, A. «El derecho a la imagen íntima y el Código Penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del deepfake sexual», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 26, 2024, p. 7.

radas por el derecho a la intimidad personal y, sin embargo, se desarrollaron en espacios o circunstancias perceptibles por el ojo humano.

La STS 597/2022 de 15 de junio recoge lo que ha reiterado el TC al identificar el contenido del derecho a la intimidad personal como derivación de la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución española) que implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STCS núm. 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (STCS núm. 142/1993 y 143/1994).

La cuestión planteada es si la captación de determinados actos en circunstancias en las que no existe una expectativa razonable de privacidad puede integrar o no la conducta típica del art. 197.1.

Para que tales conductas puedan quedar integradas en el delito del art. 197.1 será preciso que el contenido de lo captado pueda incardinarse en el ámbito de lo privado, de lo íntimo; será preciso, obviamente, que la captación se realice mediante la utilización de un artificio de captación o grabación sin el cual, no se hubiera podido acceder a tales imágenes y, por último, se exigirá que lo captado se produzca en circunstancias contextuales que permitieran al o a los captados, actuar en la legítima expectativa de no ser observados.

La STC 7/2014 considera que la publicación en una revista de unas fotografías de dos personas, una de ellas personaje con notoriedad pública, besándose y abrazándose, constituyó una vulneración de su derecho a la intimidad (entre otros parámetros, como el interés público y si cabía apreciar en la conducta previa de la persona conocida alguna previa cesión de datos como los que eran objeto de lo fotografiado). Resultó determinante el carácter subrepticio de la obtención, puesto que las fotos fueron obtenidas clandestinamente por un paparazzi.

En todo caso, la protección penal debe quedar reservada para aquéllos supuestos en los que al desvalor de la acción —uso de artificios técnicos de grabación— vinculada con la necesidad de que el actor necesite para captar las imágenes herramientas tecnológicas sin las que la escena habría quedado protegida (lo que es indicativo de que se desarrollaba en circunstancias que permitían sostener una expectativa razonable de privacidad), se le sume el desvalor del resultado (vulneración del derecho a la intimidad).

3. *La revelación de la intimidad compartida*

El uso de las TIC y las redes sociales facilitó la aparición de nuevos fenómenos lesivos contra el derecho a la intimidad. La aparición de la interacción de carácter sexual a través de las TIC (teléfonos móviles, tabletas, ordenadores), la grabación de las imágenes intercambiadas en dichos contactos o el intercambio de imágenes con esos contenidos, generó una situación de riesgo para quienes exponían de ese modo su intimidad, al poner en manos de su interlocutor imágenes que, de ser difundidas de manera no consentida, podían lesionar el derecho del afectado a mantener tales imágenes en el ámbito de lo reservado, en el limitado ámbito de conocimiento que había admitido al aceptar la captación de la imagen o al compartirla.

El caso «Olvido Hormigos»⁸ permitió que dichas prácticas y sus riesgos alcanzaran un conocimiento público, por el interés que suscitó en los medios de comunicación. Puso de manifiesto la aparente insuficiencia del art. 197.1 CP para castigar conductas con una gran potencialidad lesiva para el derecho a la intimidad, el derecho al honor o a la propia imagen e, incluso, a la integridad moral.

Dicha insuficiencia estribaba en que el art. 197.1 exigía que la captación o grabación de las imágenes se hubiera producido sin el consentimiento de la persona afectada; sin embargo, en los casos de *sexting*, se partía de que la captación o facilitación de imágenes se producía en un contexto de intimidad en el que la persona fotografiada o grabada aceptaba compartir la escena de carácter sexual con otra persona. Era el acto posterior, en el que el receptor de la imagen o que la había obtenido de manera consentida, la difundía (v.gr. en los llamados supuestos de *revenge porn* o pornovenganza) sin el consentimiento del afectado, cuando se producía una conducta que podía resultar gravemente lesiva y no encontraba respuesta penal.

VII. **El art. 197.7 del Código Penal**

La LO 1/2015 de 30 de marzo incorporó al Código Penal el precepto que pretendía dar respuesta a esas conductas. En su Exposición de Motivos se afirma que el art. 197.7 responde a la necesidad de incluir como delito aquellos supuestos en los que las imágenes o gra-

⁸ La mujer envió un video de carácter erótico a su pareja sentimental que, tiempo después, cuando la relación ya había finalizado, lo difundió a través de redes sociales.

baciones de otra persona se obtuvieran con su consentimiento, pero fueran luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se hubiera producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesionara gravemente su intimidad. Como señalamos anteriormente, dichas pretensiones no se acompañan con la defectuosa redacción elegida.

El texto que entró en vigor el 1 de julio de 2015 tenía la siguiente redacción: «Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa».

1. *Bien jurídico*

Agustina Sanllehí⁹ considera que estamos ante un delito de deslealtad que castiga la defraudación de expectativas basadas en la confianza mutua. Se quebranta el deber de mantener en secreto determinada información que se intercambiaba o se permitió captar atendiendo a la confianza mutua existente entre el afectado por la posterior difusión de imágenes o grabaciones y quien las obtuvo.

2. *Sujeto activo*

La finalidad pretendida por el legislador (atendiendo a los antecedentes que provocaron la introducción del precepto y a la Exposición de Motivos de la LO 1/2015) era sancionar la conducta de aquél que habiendo accedido por la vía que fuera, en un espacio de intimidad

⁹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. «La reforma del tipo penal de revelación de imágenes íntimas (artículo 197.7 del Código Penal): una necesidad inaplazable», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, n.º 11, 2024, p. 18.

compartida o confidencialidad, a imágenes de escenas desarrolladas en dicho ámbito, procediera a cederlas, difundirlas o revelarlas sin el consentimiento de quien aparecía en ellas.

Y, con los matices que veremos al analizar la conducta típica, el delito se configura como especial propio; es decir, sólo puede ser autor aquél que obtiene las imágenes (bien porque las capta o graba, bien porque las recibe de quien ha captado o grabado secuencias de su vida íntima). Lo previsible es que la posición de autor se alcance por la preexistencia de una relación de confianza, aunque podrían darse supuestos de acceso consentido sin la previa existencia de dicha relación, dado que lo exigido por el tipo es, exclusivamente, que el acceso a las imágenes haya sido mediando consentimiento de quien o quienes aparecen en ellas.

Sin embargo, la STS 70/2020 de 24 de febrero considera que

«es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal».

Como luego veremos, posteriormente, la LO 10/2022 vino a completar la regulación incriminando la difusión por parte de esos ajenos al círculo de confianza.

Dentro del ámbito típico del art. 197.7 CP se pueden integrar conductas propias del delito de *sexting* (art. 183.2 CP¹⁰) y del de captación de menores para la elaboración de material pornográfico (art. 189 CP). De hecho, el art. 197.7, apartado tercero, contempla como supuesto agravado aquél en el que la víctima es menor de edad. La Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado considera que la solución sería la aplicación de la figura del concurso ideal, aunque quizás pudiéramos encontrarnos ante un concurso de normas a resolver conforme a las reglas del art. 8 CP.

3. Conducta típica: cesión, difusión o revelación a terceros

Difundir (según la tercera acepción del DRAE), consiste en propagar o divulgar conocimientos o noticias; revelar (primera acepción del

¹⁰ Vid. nota 6.

DRAE) consiste en descubrir o manifestar lo ignorado o secreto; ceder (primera acepción del DRAE) es dar, transferir o traspasar a alguien una cosa.

Como señala Tejada de la Fuente¹¹, la acción típica viene redactada en términos tales que equipara penalmente todas las conductas de puesta en conocimiento de terceros, con independencia de la mayor o menor publicitación de la información que se pretende proteger. Así, la consumación del delito se produce tanto si lo que debía permanecer secreto o en el restringido ámbito de conocimiento consentido por el afectado es puesto en conocimiento de una sola persona ajena al marco de intimidad compartida, cuanto si se divulga de forma indiscriminada.

Resulta razonable la objeción doctrinal¹² sobre la cuestionable uniformidad de tratamiento penal para conductas de muy distinta capacidad lesiva u ofensiva. La cesión o revelación, aun cuando resulta apta para provocar o facilitar la posterior difusión, supone permitir que la imagen o grabación sea conocida por un número limitado de personas, mientras que la difusión implica la liberación de la información para su acceso indiscriminado. Una eventual reforma que recogiera un tipo básico (cesión, revelación) y otro agravado (difusión) sería congruente con el principio de proporcionalidad en la respuesta, marcado por la necesidad de congruencia de la sanción con la entidad de la infracción¹³.

El que el tipo penal hable de cesión, revelación o difusión a terceros no implica que la cesión o revelación no se dé si sólo se cede o revela a una persona. La cuestión fue analizada por la STS 70/2020:

«Así como el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. Tiene razón el Fiscal al recordar que el requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso

¹¹ Comentario del art. 197.7. Comentarios al Código Penal. Tirant lo Blanch, 2023; tomo I, pg. 1345.

¹² AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. *op. cit.*; p. 30.

¹³ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R. *op. cit.*, p. 38 propone una nueva redacción del art. 197.7 que contempla penalidades distintas atendiendo al perjuicio causado.

generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes».

Igualmente, el TS en su sentencia 767/2023 de 3 de octubre, argumentó que el delito podía cometerse con la mera cesión, revelación o difusión de una sola imagen. Dice el TS que

«...una sola fotografía satisface el tipo, y que no puede mantenerse la doctrina resultante de la sentencia recurrida, todo vez que muchos tipos penales están redactados en plural, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 389 del Código Penal (sellos de correos o efectos timbrados), 399 bis (tarjetas de crédito o débito), 368 del Código Penal (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y resulta meridiano que la falsificación de un sello, el clonado, creación, producción o manipulación de una sola tarjeta de crédito, o la difusión a terceros de una única dosis de sustancia estupefaciente satisface la exigencias del tipo».

4. *Objeto típico: imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con ausencia de la persona afectada en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*

La poco afortunada redacción del art. 197.7 encuentra en el objeto típico un claro ejemplo. Al incluir imágenes y grabaciones audiovisuales, la literalidad del precepto permite plantear si cabe la comisión del delito si lo difundido, cedido o revelado es un archivo videográfico sin sonido o si un archivo de audio —sin imagen— puede integrar, concurriendo el resto de requisitos, las exigencias del tipo.

La Circular 3/2017 de la FGE afirma que

«por imágenes y grabaciones audiovisuales hay que entender tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El Legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión no consentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado».

Parece obvio que, si una sola imagen puede ser la herramienta para difundir contenidos amparados por el derecho a la intimidad personal, la sucesión de imágenes que contiene una grabación visual sin audio, también. Pero, por el contrario, lo que no se desprende necesariamente de la redacción típica es que un mero archivo de voz pueda

constituir herramienta típica para la comisión del delito. Sostiene Agustina Sanhelli¹⁴ que

«parece razonable, en virtud de los principios penales de lesividad y ultima ratio, que solo sean punibles aquellas revelaciones de la intimidad que comparten dos o más personas cuando esta se plasma en imágenes. Lo visual goza de una potencialidad lesiva mucho mayor frente a lo escrito o lo hablado entre amigos, confidentes o compañeros momentáneos que deciden abrir su intimidad de forma recíproca».

5. *Las circunstancias típicas de la obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales*

El art. 197.7, apartándose de la más genérica identificación de los fines justificadores de la norma recogidos en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, que incluía la divulgación de imágenes o grabaciones obtenidas con el consentimiento del afectado por la posterior difusión, optó por una redacción manifiestamente mejorable.

Una interpretación literal del precepto exigiría que las imágenes o grabaciones hubieran sido captadas o grabadas por el autor del delito, en el interior de un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de terceros. Ello dejaría fuera del ámbito típico supuestos en los que la grabación o captación se hubiera efectuado sin intervención del autor de la posterior difusión o cesión. Supuestos como el que parecía provocar la tipificación del nuevo delito (el llamado caso Hormigos), quedarían, paradójicamente, fuera del ámbito de la descripción literal.

La cuestión ha sido tratada y resuelta en tres sentencias del TS (70/2020, 699/2022 y 767/2023). Dice la STS 70/2020:

«La obtención de las imágenes o grabaciones audiovisuales que, en todo caso, ha de producirse con la aquiescencia de la persona afectada, puede tener muy distintos orígenes. Obtiene la imagen, desde luego, quien fotografía o graba el vídeo en el que se exhibe algún aspecto de la intimidad de la víctima. Pero también obtiene la imagen quien la recibe cuando es remitida voluntariamente por la víctima, valiéndose para ello de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas. Es cierto que el art. 197.7 exige que estas imágenes hayan sido obtenidas «...en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros». Pero esta frase no añade

¹⁴ *Ibid.*, pp. 22 y 23.

una exigencia locativa al momento de la obtención por el autor. Lo que busca el legislador es subrayar y reforzar el valor excluyente de la intimidad con una expresión que, en línea con la deficiente técnica que inspira la redacción del precepto, puede oscurecer su cabal comprensión, sobre todo, si nos aferramos a una interpretación micro literal de sus vocablos. El domicilio, por ejemplo, es un concepto que si se entiende en su significado genuinamente jurídico (cfr. art. 40 del Código Civil), restringiría de forma injustificable el ámbito del tipo. Imágenes obtenidas, por ejemplo, en un hotel o en cualquier otro lugar ajeno a la sede jurídica de una persona, carecerían de protección jurídico-penal, por más que fueran expresión de una inequívoca manifestación de la intimidad. Y la exigencia de que la obtención se verifique «...fuera del alcance de la mirada de terceros», conduciría a excluir aquellos supuestos —imaginables sin dificultad— en que la imagen captada reproduzca una escena con más de un protagonista.

No podemos aferrarnos, en consecuencia, a una interpretación ajustada a una defectuosa literalidad que prescinda de otros cánones hermenéuticos a nuestro alcance. El núcleo de la acción típica consiste, no en obtener sino en difundir las imágenes —obtenidas con la aquiescencia de la víctima— y que afecten gravemente a su intimidad».

Esta tesis, reproducida en la SSTS 699/2022 y 767/2023, fue contestada en los votos particulares emitidos por los Magistrados Antonio del Moral y Javier Hernández que cuestionan, con argumentos de calado, la interpretación extensiva efectuada por la STS 70/2020.

Dice el voto particular a la STS 699/2022:

«el núcleo de la conducta típica no es solo difundir las imágenes —obtenidas con aquiescencia de la víctima— y que afecten gravemente a su intimidad.

Dicho núcleo también se integra por las exigencias típicas de que las imágenes difundidas hayan sido obtenidas en las condiciones precisadas en la norma.

Se desvincula, a nuestro parecer injustificadamente, la acción obtener, del contexto en el que el tipo precisa que deben obtenerse las imágenes o las grabaciones audiovisuales.

Contexto típico que determina, también, la intervención del sujeto activo en la obtención —será castigado (...) el (...) que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros».

Así, en dicho voto se pone de manifiesto que la tesis mayoritaria casa mal con las exigencias de certeza y taxatividad características del principio de legalidad penal, en tanto que garantía de los ciudada-

nos frente al poder del Estado. Y recuerda cómo el TEDH y el Tribunal Constitucional

«exigen (...): primero, la evitación de toda analogía creadora de la norma; segundo, la coherencia del resultado interpretativo con el núcleo de la prohibición; tercero, su razonable previsibilidad; cuarto, el respeto a pautas valorativas conformes con los principios constitucionales; quinto, la utilización de un modelo de argumentación comparado, no extravagante».

Añade el voto particular que

«la norma del artículo 197.7 CP no plantea ninguna dificultad significativa para comprender e identificar el espacio de prohibición en los términos literales utilizados por el legislador. Consideramos que no hace falta prescindir de la literalidad para obtener la cabal comprensión de la regla.

Y ello sin perjuicio de que se considere que el producto resultante adolece de irracionalidad pragmática por no responder a los fines de protección político-criminales a los que debería responder. Pero, a nuestro parecer, esa discrepancia entre producto legislado y fines pragmáticos no nos permite a los jueces modificar, ampliándolo, el mandato textual de prohibición contenido en la norma. Para ello disponemos de la vía proposicional del artículo 4 CP».

El voto particular a la STS 767/2023 declara como

«no puede confundirse la necesidad, cuando se trata de interpretar el alcance de los elementos del tipo, de acudir a otros cánones interpretativos que más allá de la mera fórmula gramatical permitan obtener enunciados claros y previsibles, con la posibilidad de prescindir de los propios enunciados gramaticales construyendo una nueva norma con un renovado espacio de prohibición».

En este voto particular, dictado cuando la LO 10/2022 había introducido un nuevo tipo penal (la difusión de las imágenes o grabaciones por el ajeno a la relación de confianza en la que se produjo la primera cesión, revelación o difusión), se pone de manifiesto la aportación interpretativa del párrafo añadido¹⁵ al contenido del art. 197.7, primer párrafo.

Dice el voto en cuestión:

«La distinción entre el tipo básico (197.7. 1.º CP) y el novedoso tipo atenuado (197.7.2.º) que debuta ahora en la agenda de este Tribu-

¹⁵ Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

nal, no radica en los verbos rectores (difundir, revelar, ceder sin consentimiento del afectado). Tampoco en el objeto material: imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas en algún lugar reservado con la anuencia del afectado idóneas para afectar gravemente a la intimidad.

El elemento diferencial estriba en que en un caso es el sujeto activo quien ha obtenido las imágenes o grabaciones; y en el otro, de penalidad rebajada, no las ha obtenido; las ha recibido.

No encontramos herramienta gramatical o léxica alguna para considerar que quien recibe del afectado, obtiene; y, sin embargo, quien recibe de otra persona, no obtiene, sino que sencillamente recibe. La única manera racional de coordinar ambos preceptos es considerar que obtener significa captar directamente; y recibir abarca todas las conductas en que el sujeto activo no ha intervenido en la captación o grabación de las imágenes o secuencia visual. El verbo recibir evoca una actitud pasiva del sujeto (tomar lo que le envían); obtener alberga un componente activo (conseguir lo que se pretende)».

La aportación de los votos particulares pone de manifiesto los riesgos derivados de aportaciones voluntaristas que, desde la jurisprudencia, pretendan completar los tipos penales mediante enmiendas significativas alejadas de cualquier metodología admisible, en términos compatibles con el contenido del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE).

6. *Desvalor de resultado: provocación de menoscabo grave de la intimidad personal*

Aunque el art. 197.7 tenga su origen en la revelación o difusión no consentida y con quebranto de la intimidad compartida de escenas gravemente lesivas por su contenido sexual, el resultado típico que el precepto contempla es el grave menoscabo de la intimidad personal.

Como antes hemos visto, el tipo se consuma con la revelación o cesión de una sola imagen, a una sola persona ajena al espacio de confianza en el que la captación, conocimiento, tenencia de la imagen, era consentido. Y se puede, también, cumplir con cualquier quebranto del derecho a la intimidad personal que pueda considerarse gravemente lesivo.

La doctrina¹⁶ admite que, si bien lo más habitual será que imágenes aptas para provocar un menoscabo de esa entidad serán de contenido sexual, no cabe excluir que las imágenes o grabaciones audiovisuales puedan tener otros contenidos que pudieran, también, afectar

¹⁶ Vid. un resumen de opiniones al respecto en GONZÁLEZ URIEL, D.; «El delito leve de difusión no consentida de imágenes de carácter íntimo del art. 197.7 CP». *La Ley Penal*, n.º 167. Marzo de 2024. Ed. La Ley; pp. 6 y 7.

al núcleo duro de las vivencias susceptibles de ser captadas en imágenes y que son integrables en el ámbito de exclusión que el derecho a la intimidad ampara. Hay quienes añaden¹⁷ que atendiendo al bien jurídico protegido —la intimidad compartida—, a que la protección lo es de imágenes o videograbaciones de conductas amparadas por la facultad de exclusión y de imágenes cuyo conocimiento fuera del espacio de confianza pueda provocar un grave daño, debiera exigirse que las imágenes afectaran a intimidad sexual.

En todo caso, la STS no ampara esa visión restrictiva. En la STS 70/2020 de 24 de febrero sostiene:

«si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El art. 197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única».

La redacción del tipo obligará a jueces y tribunales a identificar las razones por las que, concurriendo los restantes requisitos típicos, cabrá considerar que concurre el desvalor de resultado que exige el art. 197.7. La doctrina ofrece criterios de interpretación de la gravedad del menoscabo a la intimidad: el lugar donde se desarrollaron las escenas cuyas imágenes se captaron o grabaron; la expectativa razonable de privacidad que ofrecía dicho lugar; el contenido de las escenas íntimas o el alcance de la difusión¹⁸.

Resulta criticable, en cualquier caso, que el tipo penal recoja conductas de aptitud lesiva tan diversa en un mismo precepto y que para todas ellas prevea las mismas penas.

VIII. El delito leve de difusión no consentida de imágenes íntimas

Pronto se advirtió que el art. 197.7 no abarcaba comportamientos que, de nuevo tras un caso que atrajo la atención mediática¹⁹, se consideraron necesitados de reproche penal.

¹⁷ AGUSTINA SANLLEHÍ, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ JUANATEY DORADO, C. «Revelación no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento (art. 197.7 CP)», *Diario La Ley*, 10366, 11 de octubre de 2023, p. 4.

¹⁹ <https://www.publico.es/sociedad/mujer-suicida-despues-companeros-difundieran-video-sexual-cinco-anos.html>

La STS 70/2020 declaró expresamente excluidos del ámbito típico a los terceros extraños al círculo de confianza en el que se hubiera generado el material gráfico o audiovisual y que obtuvieran esas imágenes sin conexión personal con la víctima. Señaló que la difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, quedaba extramuros del derecho penal.

La respuesta del legislador fue la de tipificar la cesión, revelación o difusión de las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que hace referencia el art. 197.7, primer párrafo, cuando quienes efectúan dicha acción no son quienes obtuvieron las imágenes en el espacio de intimidad compartida. La LO 10/2022 de 6 de septiembre introdujo un segundo párrafo en el art. 197.7, con el siguiente contenido:

«Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada».

La doctrina ha cuestionado la oportunidad y necesidad de esta nueva figura penal, por considerar que actos de dicha naturaleza podrían encontrar la respuesta sancionadora adecuada en vía civil o en vía administrativa²⁰. Además, se ha puesto de relieve la dificultad que puede ofrecer la persecución de los casos más graves, en los que la cadena de difusión implica a un número muy elevado de personas y que exige, para su tipicidad, el conocimiento por parte del difusor de que la víctima no consintió la primera revelación o difusión²¹.

Por último, resulta de nuevo llamativo que conductas con una aptitud ofensiva tan distinta (cesión, revelación, difusión), tengan la misma cualificación criminal (delito leve) y las mismas penas (multa de uno a tres meses).

IX. Las *deepfake*, el derecho a la intimidad y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales

1. Las *deepfake* y el derecho a la intimidad

El uso de herramientas de inteligencia artificial para generar imágenes que simulen escenarios protegidos por la intimidad personal y

²⁰ GONZÁLEZ URIEL, D., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

²¹ AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., *op. cit.*, p. 32.

la difusión de las mismas a través de redes sociales, constituye un fenómeno novedoso pero que ya ha sido objeto de atención mediática²².

Las llamadas *deepfake* son técnicas de elaboración de imágenes que pueden confundirse con las reales; en el *deepfake* sexual, se suele utilizar el rostro de una persona, extraído de imágenes que circulan por las redes sociales u otros medios audiovisuales y se intercambia con el de otras que aparecen en escenas sexuales o pornográficas²³. También cabe generar escenas totalmente simuladas en las que a los personajes se les dota de los rostros o características fisiológicas de personas reales. En estos casos se utiliza la imagen de una persona sin su consentimiento, con infracción de los derechos protegidos por la LO 1/1982, pero no se lesiona su derecho a la intimidad porque dichas imágenes no se corresponden con secuencias de la vida de una persona que tenga derecho a mantener en privado. Si las imágenes son totalmente generadas por mecanismos tecnológicos y permiten reconocer a una persona, reproduciendo sus rasgos físicos de manera que un tercero pueda identificarla con facilidad, se lesiona su derecho a la propia imagen²⁴, sin perjuicio de que, en función de su significado o contenido, puedan lesionar otros derechos (honor, integridad moral...) y en atención a su intensidad lesiva, puedan constituir determinados delitos (injurias, delitos contra la integridad moral...).

Supuestos de *deepfake* pueden encontrar sanción penal en el art. 172.5 del Código Penal, que tiene el siguiente contenido:

«El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses».

²² <https://elpais.com/tecnologia/2023-09-18/de-rosalia-al-instituto-la-inteligencia-artificial-generaliza-la-creacion-de-imagenes-pornograficas-no-consentidas.html>

²³ JAREÑO LEAL, A., *op. cit.*, p. 14.

²⁴ El art. séptimo, 5 de la LO 1/1982, considera intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho a la propia imagen la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos

2. *El tratamiento de las deepfake en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales, como delito contra la integridad moral*

La Exposición de Motivos del Anteproyecto dice lo siguiente:

«se aborda específicamente el tratamiento penal de las denominadas ultrafalsificaciones, esto es imágenes o voces manipuladas tecnológicamente y extremadamente realistas. A tal fin se incorpora un nuevo artículo 173 bis que sanciona a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias.

Además de que las ultrafalsificaciones generalmente se difunden en el ciberespacio, con la potencialidad de permanencia que ello implica, como se ha advertido respecto de los delitos tecnológicos de contenido, se produce un aumento de la lesividad en relación con otras modalidades de ataque por la enorme dificultad de distinguir entre el contenido falso y el real debido a la precisión de las nuevas tecnologías y por el mayor grado de veracidad que mantenemos respecto de materiales audiovisuales sobre materiales escritos.

Técnicamente, se opta por la sanción la difusión de las ultrafalsificaciones de contenido sexual (las llamadas *deepfakes* pornográficas) o especialmente vejatorio en sede de delitos contra la integridad moral porque, en virtud del principio de consunción, se abarcarían los supuestos de lesión de la integridad moral y también los ataques contra el honor, pues ha de tomarse en cuenta no solo la afectación a la autoestima y la heteroestima, sino también la cosificación e instrumentalización que se produce sobre el sujeto pasivo, generalmente mujeres y niñas, niños y jóvenes que son tratados como objetos de consumo. También hay que recordar que la motivación para llevar a cabo estas acciones no siempre se identifica con el *animus iniuriandi*, pues el hecho puede deberse a otras razones como el ánimo de lucro, si dichas imágenes se utilizan en páginas o aplicaciones de contenido pornográfico».

El art. 173 bis que el Anteproyecto prevé tiene el siguiente contenido:

«Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años a quienes, sin autorización de la persona afectada y con ánimo de menoscabar su integridad moral, difundan, exhiban o cedan su imagen corporal o audio de voz generada, modificada o recreada mediante sistemas automatizados, software, algoritmos, inteligencia artificial o cualquier

otra tecnología, de modo que parezca real, simulando situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias.

Se aplicará la pena en su mitad superior si dicho material ultrafalsificado se difunde a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías, de modo que aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas en el espacio virtual».

La propuesta tipifica como delito las recreaciones en imágenes de situaciones de contenido sexual o gravemente vejatorias generadas por técnicas automatizadas que permitan la emulación la imagen corporal de una persona, sin su consentimiento, siempre y cuando dichas imágenes sean difundidas, exhibidas o cedidas y, además, al hacerlo se pretenda menoscabar la integridad moral del afectado²⁵. Se agrava la penalidad para los casos en los que la difusión se realiza a través de medios que permiten que las imágenes lleguen a un número elevado de personas.

X. Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. «La reforma del tipo penal de revelación de imágenes íntimas (artículo 197.7 del Código Penal): una necesidad inaplazable»; *Cuadernos Digitales de Formación*. n.º 11, CGPJ, 2024.
- ALAPONT LEÓN, J. «Comentarios a la proyectada reforma del Código Penal prevista en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales», *Diario La Ley*, 11 de septiembre de 2024.
- BARROIENTOS PERALBO, L y otros autores; «El uso de redes sociales y el peligro que estas conllevan», *La Razón Histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, n.º 51. 2021.
- CUERDA ARNAU, M.ª L. y otros autores; *Comentarios al Código Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2023.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 3/2017 de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos*.
- GONZÁLEZ CURSSAC y otros; *Derecho Penal, Parte Especial*. 8.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- GONZÁLEZ URIEL, D. «El delito leve de difusión no consentida de imágenes de carácter íntimo del art. 197.7 CP», *La Ley Penal*, n.º 167, Marzo de 2024.

²⁵ Lesionan la integridad moral las conductas susceptibles de producir en las víctimas «sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral».

- JAREÑO LEAL, A. «El derecho a la imagen íntima y el Código Penal. La calificación de los casos de elaboración y difusión del *deepfake* sexual». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 26, 2024.
- JUANATEY DORADO, C. «Revelación no consentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento (art. 197.7 CP)», *Diario La Ley*, 10366, 11 de octubre de 2023.

El «info-entretenimiento» judicial y las redes sociales: viejos problemas en un nuevo escenario

Ángel Rodríguez

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

Sumario: I. Introducción. II. El «info-entretenimiento» judicial. 1. Opinión pública y administración de justicia. 2. Redes sociales y asuntos *sub iudice*. III. Una aproximación crítica a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión en relación con la administración de justicia. 1. La posición preferente de la libertad de expresión sobre asuntos *sub iudice*. 2. La tensión entre tres disposiciones constitucionales con distinta finalidad. 3. La «mutación funcional» del principio de publicidad procesal. IV. El «info-entretenimiento» judicial como expresión de «menor valor» constitucional. 1. El *show* judicial. 2. Su menor valor constitucional. V. Bibliografía.

Resumen: En este trabajo se defiende que, a pesar de que la libertad de expresión sobre asuntos relacionados con la administración de justicia suele gozar en nuestro ordenamiento de una posición preferente, es posible limitarla con restricciones más severas en casos, como el «info-entretenimiento» judicial, en los que su contribución a la opinión pública libre es nula o muy escasa. Para ello, se describe la incidencia del auge de las redes sociales en la banalización informativa y la desinformación sobre asuntos *sub iudice*, se critican algunas consecuencias de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión a estos mensajes y se defiende su «menor valor» constitucional.

Palabras clave: libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva, publicidad procesal, «info-entretenimiento» judicial.

I. Introducción

En ningún Estado de Derecho las relaciones entre la administración de justicia y la opinión pública han estado exentas de problemas¹: aquella debe supeditar su actuación a la exigencia de juicios justos mientras que esta se nutre de las libres expresiones de los ciudadanos. Su complicada convivencia viene planteando problemas prácticamente desde la aparición de la prensa libre y las primeras sociedades democráticas, y puede explicarse como una consecuencia de la interacción entre dos subsistemas, el legal y el mediático, cada uno con sus propias reglas y principios, pero ambos imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de la democracia². Esta situación ha sufrido una transformación radical con la irrupción de las redes sociales, que suponen la implantación de un escenario nuevo en el que ahora se desenvuelven los mismos viejos problemas.

Aunque la necesidad de garantizar tanto la tutela judicial efectiva como la libertad de expresión dota a todos los Estados democráticos de unos principios comunes, lo cierto es que cada uno de ellos aborda la complicada regulación de las relaciones entre ambos derechos fundamentales con arreglo a normas que, en ocasiones, pueden diferenciarse de manera significativa. Basta pensar, por una parte, en los países que proyectan sus regulaciones sobre los medios de comunicación (la práctica más generalizada en Europa) y, por otra, en los que se centran en aprobar reglas que vinculan solo a los sujetos que están directamente implicados en los procesos judiciales, como partes o como titulares o coadyuvantes en el ejercicio de la función jurisdiccional (como se hace en los Estados Unidos).

En esta ponencia, revisaremos un aspecto de la presencia de esos «viejos problemas» en nuestro país, centrándonos en la incidencia en la recta administración de justicia de lo que se ha dado en llamar el «infoentretenimiento» judicial. En el primer epígrafe describiremos sus contornos; en el segundo, ensayaremos una aproximación crítica a los fundamentos de la doctrina constitucional que más directamente dificulta,

¹ Texto de la ponencia pronunciada en las *XIX Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón*, dedicadas a «Privacidad y redes sociales», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno Vasco y la Universidad de Deusto y celebradas en Bilbao el 7 y 8 de noviembre de 2024. Agradezco a la profesora Demelsa Benito Sánchez su amable invitación para participar en las jornadas.

² Esas relaciones se han descrito como «a general problem of dialogic interaction between different systems of communication —the law and the media— with which every open society has to deal». Ver NOBLES, R. y SCHIFF, D. «A Story of Miscarriage: Law in the Media», *Journal of Law and Society*, núm.31, 2004, p. 222.

cuando no impide, ponerle límites: la extensión a sus manifestaciones de la posición preferente de la libertad de expresión en asuntos *sub iudice*³; finalmente, en el tercer epígrafe, ensayaremos una propuesta para, desde esos presupuestos críticos, concluir que las expresiones del «info-entretenimiento» judicial, por su escaso valor desde el punto de vista constitucional, podrían ser objeto de restricciones basadas en su nula contribución a la formación de una opinión pública libre⁴.

II. El «info-entretenimiento» judicial

1. Opinión pública y administración de justicia

Nuestras contemporáneas «democracias demoscópicas»⁵ ya no se sustentan sólo, ni principalmente, en una deliberación colectiva en la que la voluntad mayoritaria de la sociedad civil emerge tras la confrontación de ideas que llevan a cabo sus representantes en la arena del debate público. En ellas se ha instalado también, por el contrario, cierta tiranía de la opinión pública, que surge por las reacciones de mayorías ocasionales expresadas de forma bruta (es decir, sin la elaboración que es fruto del diálogo y la controversia) en torno a acontecimientos mediáticos instantáneos. Asistimos, así, a un modo mucho más primario de manifestación del principio de mayoría, sin ningún tipo de intermediación (salvo la que protagonizan los propios medios de comunicación o las redes sociales), en claro contraste con los supuestos teóricos en los que se basa la democracia representativa.

Es precisamente en asuntos *sub iudice* donde las notas características de esa opinión pública (unidireccionalidad, no interactividad, carácter plebiscitario)⁶, la hacen más fácilmente manipulable. Es pues le-

³ Empleamos aquí la expresión *sub iudice* en un sentido amplio, es decir, para referirnos no sólo a los asuntos que se encuentran pendientes de investigación o enjuiciamiento por los tribunales de justicia, sino también aquellos que se encuentran en una fase anterior, sometidos a investigación por la policía o la fiscalía, aunque aún no hayan sido judicializados.

⁴ Me he ocupado anteriormente de estas cuestiones *in extenso* en RODRÍGUEZ Á., *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, de donde se extraen las consideraciones que se hacen en esta ponencia.

⁵ El término procede de MINC, A. *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de Hoy, Madrid, 1995, p. 25.

⁶ Tal como las enumera LATORRE LATORRE, V. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 25.

gítimo preguntarse en qué esta deriva puede afectar a los derechos de los procesados o condicionar las decisiones de los jueces que instruyen o enjuician casos de trascendencia mediática.

Tanto el respeto a la libre decisión del juez como la garantía de los derechos de los afectados por el proceso judicial (particularmente, el respeto a los derechos del justiciable), exigen como condición imprescindible que el devenir del proceso no se someta al dictado de la opinión pública, y para ello que, en palabras del TEDH en *Sunday Times*, los medios de comunicación no sobrepasen «los límites impuestos por los fines de una buena administración de justicia»⁷. Pero la existencia de estos límites, es decir, de una esfera de actuación del poder judicial que no se encuentre expuesta por completo al control mediático y que se rija por el contrario por el principio de discreción, cuando no el de secreto, es difícilmente aceptable en nuestras democracias actuales, cuyo principio básico se orienta, por el contrario, hacia la permeabilidad por la opinión pública de todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos.

El argumento en el que se basa esta tendencia es que a más transparencia, más democracia, pues sólo la absoluta transparencia en la actuación de las instituciones proporcionaría a la opinión pública, es decir, al pueblo como sujeto de la soberanía, la información que necesita para tomar sus decisiones. En una sociedad así, es difícil que persistan parcelas de actuación de cualquier poder público, incluido el Poder Judicial, que puedan pretender quedar guarecidas de la mirada del público.

Pero, cuando a la proscripción absoluta del principio de discreción o de secreto en cualquier esfera de actuación de los poderes públicos se le une la crisis de la institución parlamentaria, el control de la actividad del Estado se acaba confiando más a los medios, y ahora a las redes sociales, que al parlamento. Es entonces cuando puede originarse una transparencia «deslumbrante», por su carácter cegador, que «no es precisamente una garantía de control, sino muy frecuentemente lo contrario, una vía para la manipulación»⁸.

La relación directa entre transparencia y democracia no es entonces tan lineal como pudiera parecer a primera vista. La inmensa cantidad de mensajes que brotan en la «sociedad de la transparencia»⁹ se caracteriza por dos notas que, paradójicamente, reducen, no amplían, la

⁷ STEDH *Sunday Times* contra el Reino Unido, de 26 de abril de 1979, §66.

⁸ DE LUCAS, J. «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1990, p. 138.

⁹ HAN, B.C. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona 2013.

calidad de la información que se pone a disposición de la opinión pública: la sobreexposición y la aceleración. La primera, conduce a un tipo de «hipercomunicación anestésica» que, más que hacer posible desentrañar el verdadero sentido de las cosas, se limita a una simplificada exposición pública de las mismas, en la que el primer precio que se paga por volver transparente toda la realidad es reducir drásticamente su complejidad. La segunda, imprime una celeridad instantánea al proceso de comunicación, de modo que lo que se traslada a la opinión pública es sólo una rápida adición de hechos, pero no una ordenada narración de éstos que los dote de sentido, pues el segundo precio que hay que pagar por volver todo absolutamente transparente es despojar a la realidad de las notas, esenciales a toda narrativa, de tiempo y ritmo, que caracterizan a todos los procesos sociales pero que tienden a desaparecer del discurso acelerado de la transparencia.

En las sociedades transparentes los asuntos *sub iudice* son potencialmente objeto de un proceso de simplificación ajeno a la riqueza en matices propia del derecho y sometidos a un hiperacelerado *tempo* mediático igualmente ajeno al, por su propia esencia, mucho más pausado devenir del *tempo* judicial.

A pesar de todo ello, es evidente que el control de la actividad judicial por parte de la opinión pública es una de las reglas básicas a las que debe someterse el funcionamiento de la justicia. Pero el papel, esencial, que los medios ejercen en el control de los poderes públicos no puede dejar de ponerse en relación con los efectos que proyecta sobre los procesos judiciales la evolución contemporánea hacia lo que se ha llegado a definir como una «civilización del espectáculo»¹⁰.

En la civilización del espectáculo, los objetivos tradicionales de los medios de comunicación, entre ellos su papel esencial como «perros guardianes» de la democracia, se irían sutilmente deformando debido a la voluntad de entretener más que informar. Este escenario, que describe en buena medida la crisis actual del periodismo, ha comenzado incluso a cancelar las diferencias entre unos tipos de medios y otros, pues en todos ellos se puede apreciar, en mayor o menor medida, la tendencia a la «tabloidización».

La aparición de las nuevas tecnologías y las redes sociales han confirmado la tendencia a la banalización informativa, al tiempo que la ha

¹⁰ Definida del siguiente modo por VARGAS LLOSA «¿Qué quiere decir civilización del espectáculo? La de un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigente lo ocupa el entretenimiento, y donde divertirse, escapar del aburrimiento, es la pasión universal», VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 34.

extendido a todos los tipos de canales, pues Internet ha hecho posible la convergencia de características que hasta ahora eran privativas de medios específicos: la prensa escrita, la radio y la televisión tienen mucho más en común ahora que todas ellas son accesibles en línea. Hoy en día, ese riesgo se ha multiplicado exponencialmente a causa de Internet. En las redes sociales, todo lo que circula se cataloga de la misma manera: «información, desinformación, verdadero, falso, todo es uno y lo mismo»¹¹.

Internet se ha convertido, así, en una enorme «cámara de resonancia a medida», en la que cada cual puede creer como cierto el rumor que mejor le permita afianzarse en sus propios prejuicios, pues siempre le será posible encontrar las confirmaciones adecuadas para sus rumores preferidos. Se crean así «burbujas de información», donde las diversas «comunidades de creyentes» se surten a su gusto para creer en lo que más desean: cada uno puede elegir confiar o no en rumores determinados en función de lo que pensaba antes de oírlos¹². La percepción de simples rumores como una realidad cierta es, pues, fruto de una «asimilación tendenciosa»: de manera inconsciente, se tiende a considerar como cierto lo que reduce la disonancia cognitiva entre la realidad y las creencias más profundas de cada cual.

El proceso de difusión de rumores gracias a Internet suele comenzar por una «cascada de información», en la que un número progresivamente mayor de gente termina por creer en el rumor inicialmente difundido por un reducido grupo. Y se confirma, incluso exacerbándose, gracias a la interactividad que permiten las redes sociales, por su favorecimiento de la discusión en grupos formados por personas que en realidad piensan de la misma manera, pues «la deliberación entre personas con pensamientos afines a menudo consolida los rumores falsos»¹³.

2. *Redes sociales y asuntos sub iudice*

Los asuntos que se encuentran *sub iudice* no han sido una excepción. El tratamiento dado a las noticias generadas por la acción de la policía o los tribunales de justicia entra de lleno en esta corriente del

¹¹ SARTORI, G. *Homo Videns*, Taurus, Madrid, 2003, p. 100.

¹² SUNSTEIN, C. *Rumorología*, Debate, Madrid, 2011.

¹³ SUNSTEIN, C. *op. cit.* p. 25.

«info-entretenimiento»¹⁴. Los diversos tipos de discursos que genera este tipo de información tienen, frecuentemente, una serie de elementos comunes: los asuntos penales se presentan como un relato por entregas, novelizado, manteniendo así la atención y la tensión del público, que interioriza fácilmente el hecho criminal objeto de la noticia como algo que puede formar parte de su propia vida cotidiana y se identifica como posible víctima futura de hechos similares.

Los mensajes en las redes en los que en el tratamiento de los asuntos *sub iudice* se mezcla información y entretenimiento se caracterizan también por una serie de estereotipaciones al uso: el protagonismo absoluto de las víctimas, que monopolizan la descripción de los hechos; la construcción periodística de la imagen del sospechoso tomando como base su peligrosidad social; la consideración exclusiva de la finalidad retributiva de la pena; y la concepción del sistema de garantías jurídicas que regulan la lucha contra el delito como un lastre para su eficacia. Se renuncia de entrada al objetivo de difundir información veraz o contrastada y no se duda en emplear para ese fin fórmulas como la desconfianza predeterminada hacia la investigación sumarial, el uso de supuestos testimonios de víctimas y familiares, de acusados en libertad provisional, testigos, etc. En definitiva, la información sobre los hechos criminales que acaba apareciendo en este tipo de medios se reduce a una simplificada historia de buenos y malos, donde estos papeles antagónicos se encuentran perfectamente repartidos entre las víctimas, por un lado, y los sospechosos de haber cometido el delito, por otro.

Internet, las nuevas tecnologías y las redes sociales han tenido un papel específico en el campo de la información relacionada con asuntos *sub iudice*. A principios del presente siglo, la aparición en Estados Unidos de redes de medios de comunicación no institucionalizados dedicados a la información judicial fue saludada por algunos como una ocasión para poner a disposición de los afectados por procesos mediáticos nuevas herramientas mediante las cuales, gracias al poder de Internet, podrían contrarrestar las campañas de prensa desfavorables¹⁵. Además, se quiso ver en los mismos un cauce para superar la deriva hacia el entretenimiento, la frivolidad y el antagonismo (la narración

¹⁴ Ver BAUCELLS, J. y PERES-NETO, L. «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN, M. y otros, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-152.

¹⁵ Ver BRADLEY, K. W. «Introduction: The Court of Public Opinion. The practice and ethics of trying cases in the media», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. I-VIII.

simplístamente maniquea de los procesos penales) que caracterizaban los programas televisivos de los *mainstream media* que cubrían la actividad judicial¹⁶.

Es cierto que los nuevos medios de comunicación social presentaban una serie de características que, en principio, les dotaban de una estructura más idónea que la de los medios tradicionales para abordar los asuntos penales con la riqueza de matices que exige un tratamiento periodístico solvente. Si la tendencia de la información judicial en los medios institucionalizados se caracterizaría por la exacerbación del antagonismo entre sus protagonistas y la construcción de un relato simplista y maniqueo, en los nuevos medios, gracias a la generalización de los blogs especializados, a la desaparición de las limitaciones de formato presentes en los tradicionales (de espacio en la prensa escrita y de tiempo en la televisión), a la implicación en los mismos de abogados y otros profesionales, a la construcción colaborativa de los reportajes, etc., pudieron verse (al menos en los Estados Unidos) sitios de Internet dedicados a la actualidad judicial que se encontraban claramente menos condicionados por factores comerciales y menos orientados al entretenimiento que los medios institucionalizados del sector¹⁷.

Sin embargo, muy pronto, los males que aquejaban a buena parte del periodismo judicial institucionalizado hicieron mella en los nuevos *citizen-journalists*¹⁸. Precisamente por la popularidad y el éxito que acompañaron a su rápida consolidación, se generalizó también en ellos la búsqueda de la maximización del beneficio comercial, o al menos del índice de popularidad dentro de la red y, como mágica receta para conseguirlo, el énfasis en los aspectos más espectaculares de las noticias. Además de acusar de un modo muy semejante a los medios institucionalizados el *shift to entertainment*, la generalización del uso de redes sociales, con menos vocación para el análisis en profundidad que los primeros blogs, inundó Internet de comentarios abusivos, insultantes o anónimos.

Por otra parte, la virtualidad de Internet para contrarrestar, con las mismas armas que sus propagadores, la difusión de falsos rumores so-

¹⁶ En este sentido, JOHNSON, K.C. «The Duke Lacrosse Case and the Blogosphere», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.155-170.

¹⁷ En este sentido, WHEELER, M. «How noninstitutionalized media change the relationship between the public and media coverage of trials», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.135-155.

¹⁸ HENGSTLER, G. A. «Sheppard versus Maxwell revisited — Do the traditional rules work for non traditional media?», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. 171-180.

bre presuntos culpables de hechos criminales comenzó a ponerse seriamente en duda por la práctica. Ésta ha permitido cuestionar que la difusión por las redes sociales de información objetiva y cierta pueda conseguir contrarrestar las falsedades o rumores previamente difundidos a su través. Por el contrario, mientras más se corrige en Internet una información falsa, más puede afianzarse la creencia en su veracidad, pues la corrección proviene siempre de alguien que, precisamente por tratar de desacreditar una información que una determinada «comunidad de creyentes» ya considera cierta, genera en la audiencia a quien pretende dirigirse tal desconfianza que retroalimenta el error. Es el fenómeno que se ha descrito como las «correcciones contraproducentes»¹⁹.

III. Una aproximación crítica a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión en relación con la administración de justicia

1. *La posición preferente de la libertad de expresión sobre asuntos sub iudice*

Al igual que ocurre en el derecho comparado, también en nuestro país el régimen jurídico de la información y las opiniones sobre asuntos que se encuentran de un modo u otro *sub iudice* se ha construido partiendo de la idea de que el ejercicio de la libertad de expresión sobre estas cuestiones encierra, por su interés general, una trascendencia pública que la hace merecedora, en principio, de una protección preferente.

El principio de que existe, por definición, un interés público detrás de la información o las opiniones sobre asuntos sometidos a la acción de la policía o los jueces arranca en nuestra jurisprudencia constitucional en el año 1982, en la sentencia que anuló la expulsión de los representantes de un periódico de la Sala del Consejo Supremo de Justicia Militar donde

¹⁹ Definida del siguiente modo por Carl SUNSTEIN: «Si circula un rumor falso, puede que los intentos de corregirlo no ayuden; tal vez sean inútiles e incluso pueden ser perjudiciales. Una vez que una cascada ha difundido información falsa o la polarización de grupos ha consolidado una creencia falsa, a quienes dicen la verdad con el propósito de disipar el rumor puede que el tiro les salga por la culata. Es verdad que la idea de un «mercado de las ideas» no está completamente desvirtuada, pero debe tenerse en cuenta que este mercado de ideas particular a veces funciona mal», SUNSTEIN, C. *op. cit.*, p. 77.

se estaba juzgando a los acusados de haber participado en el golpe de Estado del 23 de febrero del año anterior. Esta fue la primera ocasión en la que el TC estableció que la asistencia de los medios de comunicación a los juicios, lejos de ser «un privilegio gracioso y discrecional», se justificaba por «un derecho preferente» a difundir las noticias sobre los mismos²⁰. Tres años después el TC extendió este argumento a las diligencias de investigación, anulando la prohibición por un juez de instrucción de difundir las fotografías de un incendio que estaba siendo investigado en su juzgado y estableciendo que el secreto sumarial se predicaba de las diligencias que constituyen el sumario, pero no significaba que determinados elementos de la realidad fueran «arrebataados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales»²¹. Unos años más tarde, en fin, ya en 1988, el TC otorgó por primera vez ese mismo trato preferente a un mensaje sobre la administración de justicia con contenido predominantemente axiológico o valorativo, aplicándolo a una opinión crítica con la judicatura, amparando a un objetor de conciencia al servicio militar que había proclamado que a los jueces «nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia»²².

Desde estas sentencias de su época fundacional, la idea de que el régimen constitucional de las noticias y las opiniones sobre asuntos relacionados con la administración de justicia es el propio de los mensajes con relevancia pública (y las consecuentes limitaciones que encuentran los intentos de restringirlas o de sancionar su difusión) no ha hecho sino confirmarse en nuestra jurisprudencia constitucional, que ha reiterado en numerosas ocasiones que a las noticias sobre temas judiciales, sobre todo las que tratan sobre asuntos penales, deben suponerse, en principio, la trascendencia pública que justifica la posición preferente de la libertad de expresión²³.

²⁰ STC 30/1982, de 1 de junio, F.J. 4.º.

²¹ STC 13/1985, de 31 de enero, F.J. 3.º.

²² STC 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2.º.

²³ Pueden traerse a colación, a este respecto, las sentencias constitucionales citadas por MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.134-42, entre ellas las SSTC 219/1992, F.J. 4.º; 178/1993, F.J. 4.º; 138/1996, F.J. 4.º; 154/1999, F.J. 4.º; enfatizando los casos que tienen un fuerte impacto en opinión pública, la STC 52/2002, F.J. 8.º; y, en concreto, sobre la relevancia pública de la actividad jurisdiccional en materia penal, SSTC 232/1993, F.J. 4.º y 121/2002, F.J. 4.º. En relación con la extensión aplicación de noticiabilidad a las diligencias policiales, ver las SSTC 178/1993, 232/1993, 52/2002 y 121/2002, citadas, en este sentido, en ORENES RUIZ, J. C. *Libertad de expresión y proceso penal. Los límites*, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2008.

La doctrina del TC al respecto encuentra su fundamento genérico en la tesis de la garantía institucional de la opinión pública libre que reside en el art. 20 CE, a la que se suman, para estas cuestiones en concreto, las específicas previsiones de la CE sobre la publicidad de las actuaciones judiciales. Estas previsiones, a su vez, se vierten en dos disposiciones constitucionales distintas, el art. 120.1 CE y el art. 24.2 CE. La primera de ellas ordena que «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento». La segunda, consagra como una de las garantías asociadas a la tutela judicial efectiva el derecho fundamental «a un proceso público».

Aunque no sea lo mismo establecer la publicidad de las actuaciones judiciales que garantizar que puedan expresarse libremente los que opinan o informan sobre ellas, todas las disposiciones constitucionales mencionadas pueden traerse a colación, mediata o inmediatamente, como fundamento de la libertad de expresión en asuntos relacionados con la administración de justicia. Debe repararse, sin embargo, en que obedecen, en cada caso, a lógicas distintas. En un primer momento, podemos agrupar, a estos efectos, al art. 20 CE, por un lado y a los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por otro; después, en una disección posterior, podremos también encontrar ulteriores diferencias entre la publicidad procesal a la que se refieren, cada uno de un modo distinto, estos dos últimos.

2. *La tensión entre tres disposiciones constitucionales con distinta finalidad*

La libertad de expresión que encuentra su fundamento en el art. 20 CE es, ante todo, un derecho fundamental de las personas, es decir, tiene, esencialmente, una naturaleza de derecho subjetivo. Por el contrario, la publicidad de las actuaciones judiciales se establece por el art. 120.1 CE como una característica objetiva del funcionamiento de la administración de justicia, ordenando que las actuaciones judiciales «serán públicas». No se trata, pues, de un derecho que pueda ejercerse o no en función de la voluntad de los intervinientes en un determinado procedimiento judicial, sino de un elemento necesario en su desarrollo²⁴.

²⁴ En este sentido, ARAGÓN REYES, M. «Independencia Judicial y Libertad de Expresión» en Derecho Privado y Constitución núm. 10, 1996, pp. 259-268. Según sus palabras, «la publicidad de las actuaciones judiciales no debe confundirse con la libertad de expresión respecto de las mismas, puesto que ambas son categorías jurídicas distintas: la publicidad tiene un carácter objetivo, opera cuando el ordenamiento la establece y en la forma que éste determina, se configura, pues, como una estructura institucional, mientras, por el contrario, la libertad de expresión respecto de las actuaciones judiciales tiene un carácter subjetivo, sólo se produce cuando su titular quiere ejercerla, se configura, pues, como un derecho», p. 261.

Cierto que la consagración, además, del *derecho* a un juicio público en el art. 24.2 CE le añade a la publicidad procesal un elemento subjetivo, pero éste juega, también, un papel distinto del derecho genérico a la libertad de expresión del art. 20 CE: el derecho a un juicio público no pretende garantizar la libertad de expresión de los que intervienen en el mismo o de los que quieren opinar o informar sobre él, sino el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

En ese sentido, las dos menciones que contiene la Constitución sobre la publicidad de las actuaciones judiciales, la del art. 120.1 CE y la del art. 24.2 CE, aun teniendo en cada caso una naturaleza distinta, comparten un origen y, en buena medida una justificación, común: desterrar de la administración de justicia el secreto como regla general que guíe su funcionamiento. Ambas disposiciones constitucionales (pero no el art. 20 CE) son, pues, expresión de la lucha revolucionaria por terminar en (casi)²⁵ todas las actuaciones judiciales con el secreto que imperaba en ellas en el antiguo régimen, una lucha que, como se sabe, jugó un papel esencial en la implantación de la concepción liberal del proceso penal. Son tributarias, en suma, de las máximas ilustradas de que nada habría que temer del peor de los jueces con tal de que estuviera siempre obligado a tomar sus decisiones en público (Mirabeau)²⁶, o de que en la administración de justicia el secreto es «el más fuerte escudo de la tiranía» (Beccaria)²⁷.

Dicho de otro modo, en palabras ahora del Tribunal Constitucional, la CE perseguiría, con la garantía de la publicidad procesal, «proteger a las partes de una justicia sustraída al control público»²⁸, con la finalidad

²⁵ En «casi» todas las actuaciones, pues, ciertamente, el principio de publicidad, tal como se concibe en el derecho procesal liberal, no está presente en todo el proceso, ni mucho menos en todas las actividades mediante las que el Estado reprime las conductas delictivas.

²⁶ En uno de sus discursos ante la Asamblea Nacional francesa: «Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público». De esta cita, de la que no suelen darse mayores precisiones, se ha hecho eco la doctrina en numerosas ocasiones, por ejemplo en FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 617.

²⁷ «¿Quién puede defenderse de la calumnia, cuando ésta está armada con el más fuerte escudo de la tiranía, el secreto?» (...) «sean públicos los jueces y las pruebas del delito, para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones», en BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, 1764, capítulos IX y XIV, respectivamente. Se cita por la edición y traducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1982, pp. 85 y 91.

²⁸ STC 96/1987, de 10 de junio, F.J. 2.º.

de «asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar sometido a influencias ajenas a la misma»²⁹.

Ahora bien, la distinta finalidad a la que están orientados los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por un lado, y el art. 20 CE, por otro, no está ayuna de consecuencias. El elemento predominantemente objetivo de aquéllos implica que la publicidad a la que se refieren esté siempre al servicio de los bienes jurídicos que protegen, la tutela judicial efectiva y la recta administración de justicia. Por la misma razón —la posibilidad de supeditarlo al derecho efectivo a la tutela judicial—, el derecho a expresarse en el seno del proceso por las partes que en el mismo intervienen encuentra, por lo general, un mejor acomodo en los arts. 120.1 CE y 24.2 CE que en el art. 20 CE. El ordenamiento les otorga el derecho a tomar la palabra en el curso de las actuaciones, pero no lo hace en aras de garantizar una opinión pública libre, sino en aras de garantizar una constitucionalmente correcta administración de justicia. En función de la misma, determinadas expresiones pueden encontrarse especialmente protegidas, como el derecho a la última palabra, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a la contradicción de cualesquiera testimonios que se presten, pero no porque su restricción vulnere la libertad de expresión del que se le impide intervenir de ese modo en el proceso, sino porque su ignorancia puede deparar la vulneración de sus derechos de defensa. En otras ocasiones, por el contrario, como cuando se somete a reglas o incluso se deniega a alguna de las partes la posibilidad de intervenir en un determinado momento en el debate procesal, o se reconviene por el uso de la palabra, o se hacen derivar de lo dicho determinadas consecuencias procesales, esos mismos bienes jurídicos a los que se supeditan permiten limitar expresiones que fuera del proceso no podrían estar sometidas a restricciones o sanciones de esa naturaleza.

En el proceso, en suma, el uso de la palabra y la libertad de expresión de las partes se encuentran ordenados y supeditados al más alto

²⁹ STC 96/1987, de 10 de junio, F.J. 3.º. Visto de este modo, lo que realmente importa en el principio de publicidad «no es tanto la presencia hipotética de un público fantasma, sino la ausencia de secreto, de clandestinidad, que no haría más que arrojar dudas sobre la labor de la justicia y sobre la imparcialidad del juez», GUTIÉRREZ-ALVIZ, F. y MORENO CATENA, V. «Artículo 120. Actuaciones Judiciales», en ALZAGA VILLAA-MIL, O. *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, vol. IV, 1998, pp. 391-411. Desde este punto de vista, la publicidad «externa» de las actuaciones procesales, es decir, la que exige su conocimiento por parte del público, no tiene una justificación sustancialmente diferente de la publicidad «interna» o para las partes, pues ambas, aun teniendo un régimen jurídico distinto, tienen como finalidad última asegurar la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa del justiciable.

fin de la tutela judicial efectiva. Si el ideal del proceso liberal aspiraba a dotarlo de una naturaleza deliberativa (tomando como modelo la institución parlamentaria³⁰), no podía dejar de regular (y, en ocasiones, restringir), en aras de esa finalidad (como ocurre, en aras de la suya propia, en el propio Parlamento), los derechos de palabra de los intervinientes en el mismo.

En definitiva, la libertad de expresión procesal es, por su propia naturaleza, constitucionalmente distinta de la que se ejerce fuera del proceso: al igual que la garantía de la opinión pública libre otorga a determinadas modalidades de la libertad de expresión una posición preferente y a otras no, la garantía de la tutela judicial efectiva hace lo mismo con las expresiones de las partes que intervienen en un proceso judicial: permite otorgar una especial protección a algunas, pero obliga también a restringir especialmente, aplicándole límites específicos, otras.

Pero, como se avanzó, no sólo su desigual fundamento constitucional permite distinguir entre el diferente cobijo (el art. 20 CE, por un lado, y los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por otro) que la Constitución puede dar a las expresiones según si se generan o no en el seno del proceso o por las partes que en el mismo intervienen. También es posible encontrar diferencias significativas entre estas dos últimas disposiciones constitucionales, las que específicamente afectan a la libertad de expresión en el seno del proceso.

Con independencia de que el alcance temporal es distinto en cada caso, pues el mandato de publicidad del art. 120.1. CE abarcaría, en principio (pues ya sabemos que contempla la posibilidad de excepciones), a todas las actuaciones judiciales, mientras que el derecho del art. 24.2 CE se proyectaría, también en principio, sólo sobre el juicio oral³¹, la distinción que interesa ahora traer a colación se basa en el hecho, ya señalado, de que mientras que el art. 24.2 CE consagra la publicidad procesal como un derecho subjetivo del justiciable a que su juicio sea público, el art. 120.1 CE la establece como un elemento estructural, objetivo, de las actuaciones judiciales.

³⁰ Ver, al respecto, TENORIO SÁNCHEZ, P. «Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 387-406. Entre nuestros procesalistas clásicos, ver ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2-3, 1968, pp. 559-600. Publicado también en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, tomo II, UNAM, México, 1974, pp. 245-289.

³¹ STC 176/1988, de 4 de octubre, F.J. 2.º.

De manera que la Constitución consagra, específicamente, un doble fundamento para la propia publicidad procesal³². Pero el fundamento constitucional de la publicidad procesal no sólo es doble, sino que esa duplicidad puede originar, además, tensiones entre disposiciones que, por su distinta lógica, inevitablemente entrarán en ocasiones en conflicto: mientras que el art. 24.2 CE establece un derecho encaminado a satisfacer el interés individual del justiciable, considerando para ello que la publicidad de su procesamiento constituye una garantía de que éste se llevará a cabo con justicia, el art. 120.1 CE se encuentra orientado a la satisfacción de un interés distinto, colectivo, el de la actuación pública, abierta al pueblo, del propio poder judicial.

Estos distintos intereses podrán entrar en conflicto en los casos en los que la exigencia de publicidad procesal, lejos de contribuir al interés del justiciable, implique una exposición mediática del mismo que pueda llegar a perjudicarlo, pues lo cierto es que «la publicidad del proceso no siempre deja a sus titulares en una posición ventajosa»³³. El mismo conflicto de intereses se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que la renuncia al derecho, ex art. 24.2 CE, a un proceso público, pueda limitarse por el cumplimiento de la exigencia objetiva de publicidad ex art 120.1 CE. Y viceversa: las excepciones que el ordenamiento contempla al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (en casos, por ejemplo, de encausamiento a menores, o para proteger a algunos testigos o a las víctimas de determinados delitos), pueden aplicarse en contra de la voluntad del justiciable, pues prevalecen incluso si éste pretende ejercer su derecho a un proceso público.

3. La «mutación funcional» del principio de publicidad procesal

De manera que el principio de publicidad procesal cumple tres tipos de mandatos constitucionales distintos: por una parte, el que obliga a respetar el derecho del justiciable a que no se le administre una justicia secreta (art. 24.2 CE); por otra, el que ordena que las ac-

³² Sobre el doble fundamento constitucional de la publicidad procesal, ESPÍN TEMPLADO, E. «Libertad de información y publicidad de los juicios (en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1982)» *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 67, 1983, pp. 107-126.

³³ MORENO CATENA, V. «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», en MORENO CATENA, V. (ed.) *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 290.

tuaciones judiciales serán públicas (art. 120.1 CE); y, por otra el que consagra la libertad de expresión sobre un asunto de tanta trascendencia para el interés general como la administración de justicia (art. 20 CE). Pero estos mandatos constitucionales satisfacen intereses que pueden encontrarse enfrentados³⁴: el del Estado en administrar correctamente justicia, el del justiciable en su propia reputación y el de la opinión pública en estar libremente informada³⁵.

Es por esa razón por lo que de los diferentes preceptos constitucionales en los que se basa el principio de publicidad procesal no pueden extraerse siempre reglas que vayan todas ellas en la misma dirección, ya que protegen un buen número³⁶ de intereses y bienes jurídicos muy distintos, cuando no contrapuestos. Que todos ellos puedan legítimamente pretender encontrar amparo en la propia norma constitucional es, precisamente, lo que obliga a buscar un punto de equilibrio entre los mismos.

Ahora bien, el punto de partida para alcanzar el equilibrio no debe ser el que considera, como frecuentemente se esgrime³⁷, que sólo un ejercicio extralimitado o desviado de la libertad de expresión puede poner en riesgo la tutela judicial efectiva o la recta administración de justicia. Desde ese punto de vista, sólo frente a esos casos extraordinarios habría que poner límites, también con carácter extraordinario, al principio de publicidad procesal del art. 120.1 CE, permitir la renuncia por parte del justiciable al derecho al proceso público del art. 24.2 CE o restringir el ejercicio de la libertad de expresión del art. 20 CE cuando tratara de asuntos *sub iudice*.

Por el contrario, es preciso partir de un presupuesto completamente opuesto: que los distintos fundamentos que la Constitución proporciona para la observancia del principio de publicidad procesal entran en conflicto entre sí en condiciones de normalidad, no sólo en

³⁴ De intereses «frente a frente», habla MORENO CATENA, *op. cit.*, pág. 281.

³⁵ LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, pág. 39.

³⁶ En BARRERO ORTEGA, A. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, se enumeran hasta seis distintos: el honor del imputado o acusado, el honor e intimidad de los intervinientes en el proceso, la imparcialidad e independencia judicial, la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, el interés de la justicia en reprender los delitos y el valor superior del ordenamiento «justicia» consagrado constitucionalmente (pp. 27 y ss.).

³⁷ Así, entre muchos, NIEVES COLLI, S. «Los juicios paralelos, una causa evitable de desinformación» en CARRETERO GONZÁLEZ, C. (ed.) *El Derecho en los medios de comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 81-99, para la que los problemas que surgen en la relación entre la administración de justicia y la libertad de información derivan únicamente de la «mala praxis periodística» (p. 83).

circunstancias extraordinarias. Vale decir, que las posibles contradicciones entre los diferentes bienes jurídicos a cuyo servicio se encuentra, en cada caso, ese principio, no son ocasionales, sino estructurales, inherentes a la propia consagración constitucional, simultánea, de todos ellos.

No se trata con ello de defender que la publicidad procesal, y su correlato, la libertad de expresión sobre asuntos *sub iudice*, tengan por naturaleza unos efectos perversos sobre los derechos del justiciable que justifiquen, siempre, su restricción. Mantener esta postura implicaría desconocer los trascendentales beneficios, a los que se acaba de hacer referencia, que la publicidad procesal ha supuesto para la opinión pública libre, la tutela judicial efectiva y los propios derechos de defensa. Nuestra hipótesis es más matizada: sólo sostenemos que la tensión entre esos beneficios y los perjuicios que ese mismo fenómeno ocasiona sobre otros bienes jurídicos igualmente tutelables, es inevitable³⁸.

En definitiva, puede mantenerse que, en la sociedad actual, la publicidad de las actuaciones judiciales y el ejercicio de la libertad de expresión en asuntos *sub iudice* actúan ordinariamente, y no sólo en circunstancias extraordinarias, en detrimento de determinados derechos del justiciable (aunque ello no impida, como también se ha visto, que garanticen simultáneamente otros). Hay ahora que precisar que esa tensión estructural entre algunos derechos del justiciable y la publicidad procesal es la principal consecuencia del proceso de mutación funcional³⁹ que ha sufrido ésta última.

En efecto, el principio de publicidad procesal cumple, en las actuales sociedades mediáticas, no sólo la función que tradicionalmente le atribuía la teoría clásica del proceso liberal, es decir, proteger al justiciable de una justicia secreta, colocando a la opinión pública como un garante adicional de la correcta administración de justicia, mediante el control que aquélla, como «público instruido» (en palabras ya citadas de la STEDH *Sunday Times*⁴⁰) proyecta sobre las actuaciones de

³⁸ Más matizado aún parece ser el juicio de ARAGÓN, *op. cit.*, para el que «La libertad de expresión es beneficiosa para la independencia judicial, aunque puede ocasionarle riesgos. La regla general es, pues, la relación positiva y la excepción la relación negativa» (p. 262). En la tesis que aquí intentamos desarrollar, la segunda de esas afirmaciones (que no se comparte) no se sigue, necesariamente, de la primera (con la que se está sustancialmente de acuerdo).

³⁹ El término «mutación funcional», aplicado a los cambios actuales en las funciones de la publicidad procesal, en VARELA CASTRO, L. «Proceso penal y publicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, p. 37.

⁴⁰ STEDH *Sunday Times contra el Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, § 66.

los jueces. Además de ello (incluso, en opinión de algunos, en lugar de ello⁴¹), la publicidad de las actuaciones judiciales ha sufrido una importante mutación, que le permite cumplir hoy en día al menos otras dos funciones adicionales: en primer lugar, hace posible que todas las partes del proceso diseñen, como parte de su propia estrategia de defensa, un determinado plan de comunicación y propaganda, con el que se pretende construir ante la opinión pública un relato favorable a sus pretensiones procesales⁴²; en segundo lugar, alimenta las necesidades de entretenimiento de una sociedad mediática en la que las actuaciones judiciales (el «*show* judicial») pasan a ser consideradas como un espectáculo.

Ambas realidades han contribuido a variar profundamente el papel que la publicidad procesal y su relación con la opinión pública cumple en la sociedad actual. No en balde se ha afirmado que la publicidad, uno de los grandes principios gracias a los cuales la Ilustración consiguió humanizar el proceso inquisitivo propio del antiguo régimen, ha pasado hoy en día a convertirse, debido al «impacto de los medios de comunicación de masas en el proceso» en uno de los fenómenos que más directamente puede amenazarlo⁴³. Se trata, en todo caso, de realidades que no pueden ignorarse a la hora de determinar cuándo —y cuándo no— la libertad de expresión sobre estos asuntos debería gozar de posición preferente.

En definitiva, el principio de publicidad procesal ya no puede considerarse por más tiempo sólo como una garantía del justiciable y un principio ordenador del funcionamiento de la justicia. En las sociedades actuales, cumple también otras funciones. Una de ellas, en la que nos centraremos a continuación, es alimentar el espectáculo de la justicia.

⁴¹ En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E. «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», *Revista General de Derecho*, núm. 631 (abril), 1997, según el cual «la publicidad en su primitivo sentido liberal, ha perdido gran parte de su significado» (p. 3922).

⁴² Me he ocupado de este tipo de «defensa mediática» en *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, *op. cit.*, pp. 434 y ss.

⁴³ Según LÓPEZ ORTEGA, J. J. «La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia», *Revista Poder Judicial*, especial XVII, 1999, «la vinculación entre publicidad procesal y libertad de prensa resulta evidente. Sin embargo, no se debe menospreciar el impacto de los medios de comunicación de masas en el proceso, que probablemente representa hoy en día el más serio obstáculo para el inculpado» (p. 38). Más adelante, califica los cambios en el principio de publicidad como la «gran amenaza» para el entendimiento liberal del proceso (p. 53).

IV. El «info-entretenimiento» judicial como expresión de «menor valor» constitucional

1. *El show judicial*

Este cóctel de banalización de la información, búsqueda del entretenimiento aún a costa de difundir hechos no contrastados y eclosión de las nuevas tecnologías, acompañado del efecto deslumbrador de la excesiva transparencia, ha afectado drásticamente, en primer lugar, a la calidad, en términos globales, de la información que fluye en las redes sobre hechos delictivos. En segundo lugar, ha tenido también, con carácter individualizado, consecuencias para cada uno de los afectados por los grandes casos de trascendencia mediática.

Pero lo que a veces se ha denominado el *morbo* o el *show* judicial, y que aquí se está describiendo como el problema de la presencia mediática de la justicia en forma de espectáculo, tiene en buena medida una explicación más profunda, de carácter estructural, que enlaza con la idoneidad de los asuntos penales para generar la fascinación propia de la nueva «economía de la atención», el combate por suscitar siempre una mayor atracción del público que caracteriza en la sociedad actual, en unas dimensiones hasta ahora desconocidas, no sólo al mercado mediático, sino a nuestra cultura cotidiana⁴⁴.

Existen una serie de características estructurales de la información sobre el fenómeno delinencial que potencian objetivamente lo que podríamos llamar el efecto espectáculo, tanto del lado de sus emisores como de sus receptores: por parte del público, una fuerte fascinación por los aspectos más violentos o morbosos de esas noticias, sobre todo si están reforzadas por imágenes; por parte de los medios, la frecuente conformación del proceso informativo sobre el delito de un modo que retroalimenta esa tendencia, debido a la ausencia de información de calidad en los primeros y decisivos momentos en los que se difunden los hechos, y a la frecuente construcción de un relato sobre los mismos basado en exclusiva bien en la información proporcionada por los propios cuerpos de seguridad bien en impresiones de primera mano, sin contrastar, de testigos presenciales. Así, aunque la contextualización mediática del hecho criminal se perfeccione posteriormente con noticias más elaboradas, su inicial presentación distorsionada produce en el

⁴⁴ «El combate por la atención domina la cultura cotidiana en unas dimensiones hasta ahora desconocidas», INNERARITY, D. *La sociedad invisible*, 2004, Espasa, p. 32.

público un error cognitivo cuyo impacto emocional perdura luego en el tiempo⁴⁵.

Desde el mismo momento en que se hace pública la existencia de una investigación policial o judicial, se produce en la prensa, en la práctica, una imputación mediática de los señalados como sospechosos; y cuando, más tarde, tiene lugar, en su caso, la verdadera imputación judicial, ésta tiene ya en los medios los efectos propios de una condena. Así las cosas, no es infrecuente que la sentencia condenatoria, cuando llega, sólo confirme la pérdida de reputación que se ha sufrido desde mucho antes en la opinión pública, hasta el punto de que una eventual resolución absolutoria podrá llegar a ser vista por ésta como un inexplicable error judicial.

El adelantamiento mediático de los efectos de las resoluciones judiciales, incluso de aquellas que pueden no llegar a producirse, ha sido también conocido como la «pena de telediario», que hoy podría llamarse igualmente la pena de «Instagram» o de «X», el antiguo *twitter*. Su existencia ha resucitado las penas infamantes propias del antiguo régimen, cuya finalidad expresa era deshonar al delincuente y cuya gravedad podía incluso superar al castigo al que se le condenaba, pero con dos diferencias importantes: en primer lugar, la pena infamante tiene, ahora, carácter anticipado, pues los grandes perjuicios del tratamiento mediático se producen sobre todo antes o durante el proceso, no como resultado de éste. Y, en segundo lugar, se invierte completamente uno de los principios que, desde la Ilustración, disciplina el proceso penal: que si bien el proceso debe ser, en su mayor parte, público, el cumplimiento de la pena se debe realizar al cobijo de la curiosidad ajena. Se vuelve así a una situación más propia del proceso premoderno, en el que éste estaba regido por el secreto mientras que la pena, que tenía un importante componente de escarnio y retractación pública del reo, se ejecutaba en público⁴⁶.

Paradójicamente, la repercusión mediática del procesamiento, fruto de la publicidad judicial instaurada por los juristas ilustrados en beneficio del justiciable, se ha convertido en buena medida para éste en el nuevo sambenito (la prenda que los reos de la Inquisición estaban obligados a vestir en público como símbolo de su infamia), que sustituye al

⁴⁵ Ver al respecto BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 94-101 y la bibliografía allí citada.

⁴⁶ Ver la descripción clásica de la evolución general de las prácticas penales y penitenciarias en los siglos XVIII-XX en FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976.

que la propia Ilustración consiguió erradicar. Un nuevo sambenito que, según algunos, no sólo puede equipararse con el propio del Antiguo Régimen, sino que supondría incluso un claro retroceso con respecto a éste⁴⁷.

En definitiva, cuando hablamos de publicidad de las actuaciones judiciales, no hablamos sólo de un principio básico en el normal despliegue de la administración de justicia. También hablamos de la incidencia que en ésta, y en los derechos de todos los afectados por su funcionamiento, tiene el tratamiento actual por los medios de comunicación, sobre todo aquéllos más orientados al espectáculo que a la información, de los asuntos que se encuentran *sub iudice*.

2. *Su menor valor constitucional*

Puede que la situación a la que nos ha llevado esa evolución del sistema mediático, «un perverso hijastro de la cultura de la libertad»⁴⁸, no pueda ser completamente remediable jurídicamente, pues es, al fin y al cabo, fruto de la libertad de expresión. Con todo, se echa en falta un conjunto sistemático de normas que, al menos, la sometan a algunas reglas. Por ahora, al entretenimiento que toma como materia prima asuntos que se encuentran *sub iudice* se le siguen aplicando, con muy ligeras variaciones, los mismos parámetros y criterios que nuestra jurisdicción constitucional ha construido, con carácter general, para el resto de los casos de ejercicio de libertad de expresión que versan sobre asuntos de interés público. Estos parámetros giran siempre en torno a la posición preferente que, en los términos ya estudiados en el epígrafe anterior ostenta en nuestro ordenamiento la libertad de expre-

⁴⁷ «el sistema punitivo público (...), al no acomodarse a las circunstancias de la sociedad de la información, no sólo no ha avanzado el derecho penal, sino que ha retrocedido en relación con el sistema punitivo utilizado por la Santa Inquisición (...): el auto de fe inquisitorial era una solemne y aparatosa representación teatral en la que los reos, con sambenitos, bozales, corazas y hábitos, eran sometidos a la vergüenza de que sus delitos-pecados fueran conocidos y valorados por todos los ciudadanos reunidos en una plaza pública. Esta representación final formaba parte de la pena. Se incluía en el sistema represivo. Era un elemento de la condena final y, para los reconciliados, el comienzo de su integración social. Las dimensiones de un auto de fe como representación son, por diminutas, incomparables con la representación que los medios de comunicación pueden organizar alrededor de un proceso», MUÑOZ MACHADO, S. «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 494-528.

⁴⁸ La expresión, en VARGAS LLOSA, M., *op. cit.*, p. 135.

sión cuando tiene por objeto un asunto de interés general, como es el funcionamiento de la administración de justicia.

Sin embargo, la importante lesión, de naturaleza estructural, que la repercusión mediática de hechos indiciariamente delictivos produce en los derechos de las personas encausadas y en la propia reputación del Poder Judicial proporciona un buen argumento para plantearse si la información y las opiniones sobre asuntos *sub iudice* debería gozar siempre y en todo caso de esa posición preferente.

Que la publicidad procesal haya dejado de ser sólo un principio que garantiza la correcta administración de justicia y se haya transformado también en presupuesto para tomar las acciones judiciales como fuente del entretenimiento popular, refuerza sin duda la tesis de que esos principios sobre la discreción y el secreto deberían encontrar en nuestro país un modo más satisfactorio que el actual para ser plenamente aplicables al tratamiento mediático de los asuntos *sub iudice*.

La idea que defendemos es que el info-entretenimiento judicial debe ser calificado como una expresión de menor valor, en la misma línea que las tesis del *low value speech* desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana crítica con las tesis del mercado de las ideas. La teoría del *low value speech* ha suscitado, desde sus primeras formulaciones, una polémica doctrinal importante, con detractores que la consideran inútil, confusa e inconsistente, y que la han llegado a calificar de «trampa argumentativa del todo infructuosa»⁴⁹. Sus defensores, sin embargo, la conciben como la única alternativa posible a la progresiva ampliación conceptual de lo que se entiende cubierto por la libertad de expresión⁵⁰.

La doctrina norteamericana ha encontrado fundamentos jurídicamente plausibles para formular una teoría contemporánea del *low value speech*. El principal de ellos podría ser que permite encontrar un punto intermedio entre los que abogan por dispensar siempre el mismo nivel de protección a todo tipo de mensajes y los que definden, por el contrario, que algunos (como el caso de la pornografía o el de la publicidad) no deben merecer en ningún caso la protección de la primera enmienda.

⁴⁹ «The idea of 'low value' speech is an unavailing dodge», la conclusion de ALEXANDER, L. «Law value speech», *Northwestern University Law Review*, núm 83, 1989, pp. 547-554.

⁵⁰ Entre ellos destaca SUNSTEIN, C. *Democracy and the problem of free speech*, New York, Free Press, 1995. Su punto de partida es claro: «current law makes it necessary to ask whether speech qualifies as "low value"» (...) all speech is not the same», (pág. 9).

La principal ventaja de una clasificación tripartita de los mensajes en *high value*, *low value* y *no value* a efectos de su protección constitucional sería pues que, gracias a esa categoría intermedia, se le podría proporcionar a los tribunales una herramienta para dispensar a determinados tipos de mensajes *alguna* protección jurídica, sin alejarlos por completo del campo de la libertad de expresión⁵¹.

El principal resultado de todo ello no sería, pues, desterrar por completo el info-entretenimiento judicial de la protección de que debe dispensarles el art. 20 CE, aunque no falten entre nosotros partidarios de esa solución⁵². No se trata, creemos, de que en los casos de info-entretenimiento y chismorreo judicial se pueda afirmar que «no hay derechos fundamentales en juego»⁵³. La consecuencia jurídica de su calificación como expresiones de «menor valor» sería igualmente importante, pero huiría de una distinción tajante, «polar»⁵⁴, entre mensajes que merecen protección y los que no la merecen en absoluto.

Por el contrario, el efecto que se produciría sería aplicar al info-entretenimiento judicial un estándar de protección de la libertad de expresión menos elevado que el preferencial. Ese estándar no sería otro que el de la *strict liability* de la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos, es decir, la desprotección jurídica de dos tipos de mensajes que

⁵¹ «Instead of entirely excluding some categories of expression from the universe of speech, judges might conclude that some expression may be regulated on the basis of a less stringent demonstration of harm than is ordinarily required», SUNSTEIN, C., «Low Value Speech Revisited» en *Northwestern University Law Review* núm. 83, 1989, p. 555.

⁵² En esa línea, MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, escribe: «se hace evidente la dificultad de considerar que goza de una general protección constitucional siquiera *prima facie*, ese tipo de prensa de entretenimiento —tan extendida en los últimos años— que tiene en el mero chismorreo su razón de ser» (pág. 155). Aún más tajante es GARCÍA ARÁN, M. «Libertad de expresión y tutela penal de la intimidad», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 7-30, que escribe: «no existe derecho a dar una información que los ciudadanos no tengan derecho a recibir; y los ciudadanos no tienen derecho a recibir información sobre hechos cuyo conocimiento resulta irrelevante para la opinión pública» (p. 17). En la misma obra, pueden leerse opiniones más matizadas, por ejemplo: «sólo la emisión y recepción de expresiones e informaciones que contribuyan a la libre formación de la opinión pública pueden merecer ese carácter preeminente que el constitucionalismo otorga a las libertades a las que nos referimos», CARBONELL MATEU, J. C. «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación penal», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 13.

⁵³ La expresión, en MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ La expresión «distinción polar entre niveles de protección constitucional», con la que tampoco se muestra de acuerdo, en RUBI I PUIG, A. *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 136.

usualmente se encuentran protegidos cuando se les aplica la posición preferente: por un lado, la información que no fuera cierta, y no sólo negligente, o que siéndolo invadiera la esfera de lo íntimo; por otro, todo tipo de opinión que provoque una lesión grave del honor de las personas aludidas.

V. Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2-3, 1968, pp. 559-600. Publicado también en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México, UNAM, tomo II, 1974, pp. 245-289.
- ALEXANDER, L. «Law value speech», *Northwestern University Law Review* núm 83, 1989, pp. 547-554.
- ARAGÓN REYES, M. «Independencia Judicial y Libertad de Expresión», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, pp. 259-268.
- BARRERO ORTEGA, A. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- BAUCELLS, J. y PERES-NETO, L. «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN, M. y otros, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-152.
- BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, 1764. Se cita por la edición y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1982.
- BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- BRADLEY, K. W. «Introduction: The Court of Public Opinion. The practice and ethics of trying cases in the media», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. I-VIII.
- CARBONELL MATEU, J. C. «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación penal», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 107-136.
- DE LUCAS, J. «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1990, pp. 131-145.
- ESPÍN TEMPLADO, E. «Libertad de información y publicidad de los juicios (en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1982)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 67, 1983, pp. 107-126.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976.
- GARCÍA ARÁN, M. «Libertad de expresión y tutela penal de la intimidad», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 7-30.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ, F. y MORENO CATENA, V. «Artículo 120. Actuaciones Judiciales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a las Leyes Políticas*, vol. IV, Edersa, Madrid, 1998, pp. 391-4111.
- HAN, B.-C. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona 2013.
- HENGSTLER, G. A. «Sheppard versus Maxwell revisited — Do the traditional rules work for non traditional media?», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. 171-180.
- INNERARITY, D. *La sociedad invisible*, 2004, Espasa, Madrid.
- JOHNSON, K.C. «The Duke Lacrosse Case and the Blogosphere», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.155-170.
- LATORRE LATORRE, V. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Civitas, Madrid, 2002.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. «La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia», *Revista Poder Judicial*, especial XVII, 1999, pp. 37-140
- MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MINC, A. *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.
- MORENO CATENA, V. «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal» en MORENO CATENA, V. (ed.) *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 281-308.
- MUÑOZ MACHADO, S. «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 494-528.
- NIEVES COLLI, S. «Los juicios paralelos, una causa evitable de desinformación» en CARRETERO GONZÁLEZ, C. (ed.) *El Derecho en los medios de comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 81-99.
- NOBLES, R. y SCHIFF, D. «A Story of Miscarriage: Law in the Media», *Journal of Law and Society*, núm. 31, 2004, pp. 221-244.
- ORENES RUIZ, J. C. *Libertad de expresión y proceso penal. Los límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- PEDRAZ PENALVA, E. «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», *Revista General de Derecho*, núm. 631 (abril), 1997, pp. 3889-3927.
- RODRÍGUEZ, Á. *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- RUBI I PUIG, A. *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- SARTORI, G. *Homo Videns*, Taurus, Madrid, 2003 (1.ª edición, 1998).
- SCHAUER, F. «The boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of Constitutional Salience», *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 6, 2004. pp. 1765-1809.

- SUNSTEIN, C. «Low Value Speech Revisited», *Northwestern University Law Review* núm. 83, 1989, pp. 555-561.
- *Democracy and the problem of free speech*, New York, Free Press, 1995.
- *A Constitution of many minds*, Princeton University Press, 2009.
- *Rumorología*, Debate, Madrid, 2011.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. «Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 387-406.
- VARELA CASTRO, L. «Proceso penal y publicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, pp. 37-44.
- VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012.
- WHEELER, M. «How noninstitutionalized media change the relationship between the public and media coverage of trials», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.135-155.

La investigación policial en redes sociales

Iskander Segurola Alonso

Jefe Sección Central de Delitos en Tecnologías de la Información de la Ertzaintza

Sumario: I. Introducción. II. Legislación aplicable. 1. Legislación aplicable a nivel nacional. 2. Legislación aplicable a nivel europeo. III. Principios básicos que deben orientar la investigación criminal en redes sociales. IV. La evidencia digital. 1. Primeras acciones de preservación de evidencias por parte de la víctima de un delito. 2. Tratamiento de la evidencia digital por parte de la Ertzaintza. V. La investigación en redes sociales. 1. Metodología que debe orientar la investigación policial en redes sociales. 2. La investigación en redes sociales. 3. El uso de la inteligencia en fuentes abiertas para la obtención de información.

Resumen: En este artículo se examinan en profundidad los procesos de investigación criminales llevados a cabo por las diferentes fuerzas del orden, entre las que se incluye la Ertzaintza, en los entornos digitales centrándose de manera especial en las redes sociales. El artículo comienza con la realización de una aproximación a la legislación vigente, tanto a nivel nacional como a nivel europeo, y que es aplicable a las prestadoras de servicio que operan las redes sociales, desde la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal a marcos normativos de más reciente creación como el Reglamento de Servicios Digitales europeo. El artículo aborda aquellas dificultades a las que se enfrenta el investigador policial al llevar a cabo una investigación en un entorno digital, así como los restos a los que se enfrenta. Para hacer frente a dichas dificultades, se resaltarán la importancia de establecer una metodología clara a fin de disminuirlas, proceso que abarca desde la recolección de datos hasta la preservación de evidencias. Por último, se destaca el uso de la inteligencia en fuentes abiertas (OSINT) como herramienta imprescindible en las investigaciones realizadas en las redes sociales que permite la identificación de patrones, personas y otro tipo de información relevante para cualquier investigación en un entorno digital.

Palabras clave: redes sociales, investigación, OSINT, evidencia digital, Reglamento de Servicios Digitales.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-1325-267-4, núm. 19/2025, Bilbao, págs. 201-225

I. Introducción

Debido a la irrupción de nuevas formas de interacción social la comunicación entre personas se ha transformado de manera radical, variando significativamente la manera en la que las personas interactúan y comparten información. Si bien este hecho viene acaeciéndose desde la misma aparición de las nuevas tecnologías, se ha visto acrecentado con el surgimiento de las redes sociales. Plataformas como Facebook, Instagram o TikTok han facilitado la conexión entre usuarios de todo el mundo de una manera instantánea, permitiendo el intercambio de información, difusión de ideas o cualquier otra funcionalidad que los usuarios de éstas consideren¹.

Si bien esta aparición ha supuesto una revolución en la forma en la que las personas se comunican, también ha supuesto nuevos desafíos o retos significativos, especialmente desde el ámbito de la seguridad y la criminalidad debido especialmente a la aparición de nuevas fórmulas delictivas, facilitando la comisión de delitos debido a la facilidad de comunicación que aporta, así como sus posibilidades de anonimato que, hasta el momento de su irrupción, no eran posible mediante las fórmulas de comunicación tradicional que permiten a aquellos perfiles malintencionados operar bajo la creencia de no ser identificados, complicando las labores de investigación.

Esto ha supuesto un reto para todas las policías del mundo, entre las que se incluye la Ertzaintza, cambiando de manera significativa la dinámica de la investigación criminal, teniendo que adaptarse a un entorno en el que los delitos pueden planearse, ejecutarse y hasta documentarse sin salir de él, obligando a los cuerpos policiales a aprender nuevas técnicas y habilidades, así como a emplear tecnología avanzada a fin de poder rastrear la nueva actividad delictiva.

Las dificultades generadas en cuanto a la investigación de este nuevo entorno delictivo no son exclusivas del anonimato que ofrecen las redes, si no que vienen originadas desde el mismo inicio de la investigación, en el que se interpone la denuncia ya que el modelo de identificación de autores por parte de las víctimas también se ha visto modificado, siendo habitual que, a la hora de identificar por parte de una víctima a un autor de los hechos, no se aporte una identificación veraz que pueda ser conocida e identificada desde el primer momento, si no

¹ Según el estudio realizado por la empresa de marketing digital *Smart Insights* en mayo del año 2024 hasta un 78.9% de la población europea hace uso de las redes sociales, cifra que crece exponencialmente respecto a años anteriores a medida que surgen nuevos modelos de aplicaciones con diferentes funcionalidades.

que a la hora de aportar posibles autores, incluso de aquellos delitos comunes o no relaciones con las tecnologías de la información, se ha aumentado la tendencia a aportar única y exclusivamente un perfil de redes sociales, añadiendo por lo tanto dificultad a la hora de una identificación correcta y veraz que pueda ser utilizada para su posterior remisión a sede judicial.

Además, otra de las dificultades a las que el investigador se ha de enfrentar es la globalidad del delito pudiéndose cometer desde cualquier parte del mundo con el único requisito de tener un dispositivo o terminal con acceso a Internet. Y es que, el cibercrimen, al contrario que los delitos convencionales, no está limitado por barreras geográficas. De la misma manera, a la movilidad geográfica del delito se añade la variedad de las diferentes legislaciones de los países donde se encuentran las sedes de las redes sociales, que, si bien deberían operar bajo los mandatos de la normativa europea en materia de protección de datos y derechos digitales, pueden llegar a representar un obstáculo significativo para la investigación debido a los tiempos de contestación o incluso debido a la falta de colaboración o cumplimiento de las solicitudes legales realizadas hacia dichos países.

II. Legislación aplicable

Tal y como se ha mencionado, si bien es cierto que existen ciertas dificultades o retos en la investigación de los nuevos entornos digitales, a nivel policial y judicial se dispone de diferentes herramientas legislativas que facilitan la investigación de los delitos cometidos a través de las propias redes sociales.

La legislación aplicable a la investigación policial resulta crucial en las investigaciones que se realizan en estos entornos digitales al determinar cómo las fuerzas del orden y autoridades judiciales pueden acceder a la información y a los datos de registro de los usuarios de redes sociales. Para una satisfactoria obtención de información resulta fundamental por parte de las fuerzas del orden conocer tanto las normativas nacionales como europeas, así como las implicaciones legales de operar en un entorno digital globalizado, de modo que se garantice que las investigaciones realizadas resulten efectivas.

A tal efecto y con la intención de aplicar la legislación vigente, las principales plataformas de redes sociales como Instagram, Facebook o X (antes conocida como Twitter), entre otras, ofrecen a las fuerzas del orden plataformas propias y dependientes de los servicios jurídicos de los proveedores de servicio, mediante las cuales se realizarán las corres-

pondientes solicitudes. Para dicha solicitud cada una de las plataformas pone a disposición del solicitante plantillas y formatos específicos que deberán de ser cumplimentados con el fin de obtener la respuesta requerida². Una vez realizada la solicitud, éstas aportarán toda la información relevante respecto al perfil de usuario requerido. Los datos aportados por las plataformas u operadoras de servicio serán, principalmente, aquellos que han sido utilizados por el usuario a la hora de realizar el correspondiente registro en sus servicios digitales.

Es decir, a pesar de que los delitos cometidos en los entornos digitales planteen dificultades, con la evolución de los marcos legislativos, desde las fuerzas del orden se cuenta con herramientas suficientes como para afrontar gran parte de los retos a nivel de investigación, así como para perseguir a los delincuentes que operan en este entorno, asegurando que éste sea un lugar más seguro.

1. *Legislación aplicable a nivel nacional*

Tal y como se ha mencionado, al contrario que otras instituciones o investigadores, tanto desde las fuerzas del orden como desde las autoridades judiciales se disponen de ciertas herramientas legales que pueden facilitar las labores de investigación en las redes sociales. Las herramientas legales disponibles para la investigación de los ilícitos penales cometidos a través de las tecnologías de la información, entre las que se incluyen las redes sociales, son diversas. A este efecto resulta imprescindible mencionar la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal que, a través de la modificación realizada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se añadieron nuevos artículos que facilitaron la investigación y solicitud de información a los proveedores de servicios digitales.

De esta manera, se creó el artículo 588 ter por el cual siempre y cuando se encuentre en el ejercicio de sus funciones, se otorga la capa-

² Cabe destacar que el tipo de formulario y la manera de realizarlo variará en función de la solicitud que se vaya a realizar, teniendo que adecuar el formato a las exigencias de la propia proveedora de servicio destinataria o, en caso contrario, desde las propias plataformas no consideraran como adecuada la solicitud realizada, rechazando la cesión de datos. Para una solicitud efectiva, será necesario cumplimentar datos como la tipología delictiva que se encuentra bajo investigación, el perfil de usuario solicitado, así como la fecha en la que fue realizado el ilícito penal, todo ello siempre y cuando exista un número de referencia policial o judicial que ampare la solicitud.

cidad tanto al Ministerio Fiscal como a la Policía Judicial de solicitar información a los proveedores de servicio respecto a los datos identificativos de cualquier medio de comunicación. Esta modificación, derivada del incremento de uso de las tecnologías de información y de la dificultad de obtener datos de las empresas proveedoras de servicios digitales, ha facilitado la resolución de toda investigación en la que se ha utilizado, entre otros, perfiles de redes sociales para cometer ilícitos penales.

De la misma manera, en la misma Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica se añadió el artículo 588 octies, que dota de capacidad tanto al Ministerio Fiscal como a la propia Policía Judicial para la solicitud de preservación de datos a la espera de autorización judicial para su correspondiente cesión. Este nuevo artículo incorporado en la reforma resulta fundamental para el esclarecimiento de aquellos ilícitos penales en los que es necesaria la obtención de autorización judicial para recabar datos adicionales que resulten imprescindibles para la investigación ya que, debido a los plazos establecidos por las propias plataformas, en caso de no realizar una correcta conservación de datos, éstos podrían llegar a eliminarse.

Así, se obtiene un avance en la obtención de datos que requieren de autorización judicial para su cesión, ya que, debido a lo efímero del dato, permite a la Policía Judicial la conservación desde el mismo momento en el que se tiene noticia de la participación del perfil a salvaguardar en un ilícito penal. De esta manera, se garantiza la conservación de datos por parte del prestador de servicios digital, impidiendo que el autor del perfil pueda destruir o eliminar datos que pudieran llevar a su identificación final³.

Así, la Ley de Enjuiciamiento Criminal habilita o dispone de la posibilidad de requerir información que se encuentre en los sistemas informáticos. En el caso de las principales redes sociales, la información que facilitarán mediante oficio policial será aquella utilizada por el usuario a la hora de realizar el registro en la plataforma utilizada, siendo ésta el nombre y apellidos utilizados, teléfono y correo electrónico asociados e I.P. de conexión del momento en el que realizó el registro, así como los datos de la última conexión realizada por dicho perfil. En caso de requerir otros datos como pudieran ser el histórico de conexiones y

³ Los prestadores de servicio digital y empresas proveedoras de redes sociales, una vez realizada la pertinente solicitud de salvaguarda de datos, conservan los datos por un periodo de hasta 90 días, pudiendo solicitar la ampliación de este periodo por los mismos mecanismos que se ha solicitado la salvaguarda inicial.

las I.P. utilizadas para cada una de ellas, será exigible la solicitud de autorización judicial, motivo por el cual resulta necesario realizar la correspondiente salvaguarda de datos, evitando de esta manera que se pueda eliminar cualquier tipo de registro digital de esta actividad contenido en la base de datos de las plataformas⁴.

Así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la solicitud y salvaguarda de datos por parte del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales añade el deber administrativo de colaboración hacia las autoridades judiciales, Ministerio Fiscal o Policía Judicial, estableciéndose este deber por parte de las operadoras a través del artículo 7 de la mencionada Ley Orgánica:

«Las Administraciones públicas, así como cualquier persona física o jurídica, proporcionarán a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial los datos, informes, antecedentes y justificantes que les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas. (...) Deberá efectuarse siempre de forma motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal».

Esta normativa será aplicable y de obligado cumplimiento por parte de las operadoras de servicio que operan a nivel nacional, siempre y cuando no sea exigible la autorización judicial correspondiente para la obtención de los datos solicitados. En este caso, las empresas que no cumplan con la normativa vigente se enfrentarán a sanciones económicas que pueden oscilar entre 6.000 y 1.000.000 de euros en función de la gravedad del tipo de incumplimiento que haya sido realizado por parte de la empresa⁵. Así, a través de este tipo de imposiciones administrativa se busca garantizar la colaboración de las empresas con las fuerzas del orden, garantizando y reforzando de esta

⁴ Prestadores de servicios como Meta establecen un periodo de tiempo no superior a 30 días para la eliminación total del contenido desde el momento en el que el usuario ha realizado la correspondiente solicitud, si bien este proceso puede verse alargada hasta un plazo de 90 días en eliminarse. Este plazo puede verse alargado por la propia plataforma si se ha incumplido los términos y condiciones y sea necesario su conservación para velar por la seguridad y protección de sistemas y usuarios.

⁵ Las sanciones derivadas del incumplimiento de lo establecido varían en función de la infracción cometida, según el artículo 62 de la Ley Orgánica 7/20021 las sanciones serán leves: 6.000 a 30.000 de euros, graves de 30.001 a 600.000 de euros y muy graves de 600.001 a 1.000.000 de euros.

manera la efectividad de las investigaciones realizadas, así como su esclarecimiento.

2. Legislación aplicable a nivel europeo

De la misma manera que la legislación estatal se ha adaptado a los nuevos modelos de criminalidad y a su correspondiente investigación judicial y policial en el ámbito cibernético, la legislación europea también ha sufrido diferentes modificaciones e implementaciones a fin de garantizar los derechos de los ciudadanos en este espacio. En este ámbito, si bien cabe destacar el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, a la cual se tuvieron que adaptar las legislaciones nacionales de los países europeos en lo referente a la protección de datos, resulta imprescindible mencionar el Reglamento de Servicios Digitales, la mayor regulación legislativa a la que están sometidos los prestadores de servicio a nivel europeo.

El Reglamento de Servicios Digitales o Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales, también conocida como DSA por sus siglas en inglés (*Digital Services Act*), legisla ciertos aspectos en los que las proveedoras de servicios digitales han de operar, estableciendo un marco normativo integral que regula las responsabilidades de las plataformas digitales con el fin de prevenir las actividades ilegales y nocivas en línea, así como la difusión de desinformación, teniendo como objetivo garantizar la seguridad de los usuarios⁶. Así pues, con la aprobación de esta ley, se abre una nueva vía de solicitud de información policial y judicial a nivel europeo a las prestadoras de servicios y que se operan bajo esta legislación europea, imponiendo obligaciones de transparencia y rendición de cuentas a las operadoras de servicios, a las cuales se establece la obligatoriedad de facilitar información siempre y cuando se vulnere alguno de los derechos protegidos en la mencionada ley.

Si bien este Reglamento y las obligaciones que en él se establecen están principalmente orientadas a aquellas plataformas o buscadores consideradas como de gran tamaño, aquellas consideradas como de

⁶ Así se establece en el propio Consejo Europeo, precursor del Reglamento de Servicios Digital es su página web <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/digital-services-act/>.

tamaño intermedio habrán de también adecuarse a la legislación vigente.

«establece obligaciones básicas aplicables a todos los prestadores de servicios intermediarios, así como obligaciones adicionales para los prestadores de servicios de alojamiento de datos y, más concretamente, los prestadores de plataformas en línea, de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño⁷».

Así mismo, al igual que las propias legislaciones estatales, desde el Reglamento de Servicios Digitales se establece la obligación por parte de las operadoras a proporcionar los datos que les sean requeridos por las autoridades policiales y judiciales, así como acceso a toda aquella información relacionada con los usuarios de dichas plataformas y que estén relacionados con contenido ilícito compartido a través de la plataforma requerida.

«En particular, debe entenderse que dicho concepto se refiere a información, sea cual sea su forma, que sea de por sí ilícita en virtud del Derecho aplicable, como los delitos de incitación al odio o los contenidos terroristas y los contenidos discriminatorios ilícitos, o que las normas aplicables consideren ilícita por estar relacionada con actividades ilícitas».

Además de la propia regulación en cuanto al requerimiento y obligación de cesión de datos por parte de las plataformas digitales, el Reglamento de Servicios Digitales establece directrices claras en cuanto a la solicitud de datos por parte de las autoridades policiales y judiciales, requiriendo ciertos aspectos necesarios como pueden ser un fundamento jurídico en Derecho de la Unión o Derecho nacional del país emisor, así como una explicación del fin por el cual se requiere la información, entre otros requisitos⁸.

Con esta medida impositiva, además, se otorga a la plataforma una mayor responsabilidad en la moderación de contenidos ilícitos al establecer la obligación de notificar a las autoridades policiales de activida-

⁷ Es en el propio Reglamento de Servicios Digitales donde se establecen los criterios para que una plataforma sea considerada de gran tamaño. A estos efectos, tendrá tal consideración toda plataforma que exceda de los 45 millones de usuarios, es decir, el equivalente al 10% de la población de la Unión Europea. Se encuentran consideradas como plataformas de gran tamaño las principales redes sociales que operan en Europa, como Instagram, Facebook, Tik Tok o X, entre otras.

⁸ Dichos requisitos son establecidos en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, junto con la obligación de las plataformas digitales a facilitar toda la información requerida siempre y cuando ésta cumpla las exigencias normativas.

des sospechosas cuando sean detectadas, así como a su eliminación por la propia plataforma una vez se detecte este contenido, lo que refuerza los mecanismos de prevención y detección de delitos en el ámbito digital, representando un avance significativo en la investigación policial de delitos cometidos en entornos en línea.

Además, desde la Unión Europea, ante la globalidad de ciertas tipologías delictivas que obliga a las fuerzas del orden a orientar sus investigaciones hacia otros países, ha elaborado la Directiva (UE) 2023/977 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativa al intercambio de información entre los servicios de seguridad y de aduanas de los Estados miembros, en la que se legisla el uso de la Aplicación de la Red de Intercambio Seguro de Información de Europol (SIENA, por sus siglas en inglés).

Esta herramienta legislativa permite a policías europeas realizar peticiones de información a aquellas empresas, incluidas servicios de proveedores digitales, que se encuentran en otros países europeos a través de las propias agencias de seguridad de dichos países, sin necesidad de acudir en ciertas ocasiones a herramientas judiciales como las órdenes europeas de investigación permitiendo mecanismos de colaboración policial más ágiles que los existentes hasta el momento⁹.

III. Principios básicos que deben orientar la investigación criminal en redes sociales

Respondiendo al incremento de uso de plataformas digitales en la vida cotidiana de la ciudadanía, la investigación criminal en redes sociales resulta ser una herramienta cada vez más utilizada. Este incremento de uso ha derivado en la creación de un espacio propicio para la comisión de ciertos hechos delictivos, desde estafas hasta delitos de acoso, odio o distribución de contenido ilícito, así como delitos contra la libertad sexual. Por ello, y ante este incremento de uso, desde las fuerzas de seguridad, se recurre de manera significativa y continua a las redes sociales para la obtención de información que derive en la persecución e identificación de los autores de los delitos cometidos en este ámbito.

⁹ Si bien el protocolo de SIENA resulta útil a la hora de obtener diferente información de empresas con domicilio fiscal y social en países europeos, éstas deberán de estar sujetas a las regulaciones de la directiva, no pudiendo hacer uso de esta herramienta para la obtención de aquellos datos para los cuales sea requisito oficio judicial, así como realizar las peticiones en base a delitos que pongan en riesgo la seguridad de las personas.

Sin embargo, al igual que en la investigación criminal ordinaria, en el entorno digital han de regir unos principios básicos que aseguren la eficacia, legalidad y respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, los investigadores deben actuar conforme a estos principios a la hora de realizar las investigaciones pertinentes, entre las que se encuentra el escrupuloso cumplimiento de la legislación estudiada con anterioridad, tanto a nivel nacional como a nivel internacional, respetando las normativas sobre privacidad, protección de datos y derecho al honor de los usuarios de las redes.

Además de cumplir con la legalidad, resulta fundamental la ponderación de la proporcionalidad de las medidas que van a ser adoptadas durante la investigación del hecho, lo que implica la cuidadosa evaluación de los medios que van a ser utilizados para la obtención de información de modo que no sean excesivos en cuanto al fin perseguido, de tal manera que se eviten intrusiones no necesarias a fin de evitar que la privacidad de las personas se vea comprometida.

Esta ponderación de proporcionalidad supone un gran reto en la investigación criminal en redes sociales, siendo necesario encontrar el equilibrio ideal entre la forma de obtención de datos y la protección de la privacidad de los usuarios. Además, será necesario evitar cualquier tipo de uso indebido de los datos obtenidos, ya que un uso indebido de estos, además de la propia antijuricidad del hecho por el propio investigador, supondría una violación de la privacidad de los usuarios, siendo contrario a sus derechos como consumidores de redes sociales, las cuales son entendidas como un lugar de interacción social en la que hacer uso de la libertad expresión.

Por lo tanto, toda investigación que sea realizada en cualquier plataforma digital o red social habrá de realizarse con un enfoque ético y con el mayor de los respetos hacia la privacidad, asegurando que toda acción realizada por el investigador se ajuste a derecho y resulte acorde con los valores de una sociedad democrática. Es así como, para poder conseguir dichos objetivos, será necesario por parte del investigador no conocer únicamente aquellas herramientas o fórmulas necesarias para llevar a cabo las investigaciones, sino que deberá de ser conocedor de todas las implicaciones legales de sus acciones, así como la normativa vigente aplicable a este tipo de investigaciones.

IV. La evidencia digital

Además de la legalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, uno de los elementos que condicionará la investigación y de-

terminará su posibilidad de éxito será el tratamiento y preservación de la evidencia digital. Esto resulta fundamental debido a la facilidad de manipulación de toda evidencia que se halle en un entorno digital, no siendo necesarios conocimientos de carácter técnico para la manipulación de evidencias digitales, pudiendo llegar a realizarse mediante la simple descarga de aplicaciones móviles gratuitas disponibles para cualquier usuario. Es por ello por lo que el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado en cuanto a la eficacia probatoria de las capturas de pantalla o pantallazos en el ámbito penal, modalidad en la que son presentadas gran parte de estas evidencias, así como los criterios para ello.

En efecto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, establece en la STS 300/2015, de 19 de mayo de 2015, lo siguiente:

«La prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo (...). Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido».

De la misma manera, la dificultad de preservación de toda evidencia digital se ve agravada debido a la volatibilidad de ésta, existiendo diferentes mecanismos por los cuales se puede, no solo manipular, si no borrar una vez se ha realizado la acción delictiva sin posibilidad para el receptor de preservarla de una manera correcta una vez borrada por el emisor. Es por ello por lo que una rápida actuación por parte de la víctima resulta fundamental a la hora de abordar y esclarecer cualquier tipo de delito que se haya cometido en un entorno digital, así como para asegurar la futura capacidad probatoria en el correspondiente proceso legal.

1. *Primeras acciones de preservación de evidencias por parte de la víctima de un delito*

Debido a la rapidez con la que es necesario actuar en los delitos cometidos a la través de las redes sociales a fin de garantizar una correcta preservación de evidencias, evitando en la medida de lo posible la presentación de capturas de pantalla o pantallazos como único medio de

prueba del delito, resulta conveniente iniciar ciertas acciones de preservación por parte de la propia víctima incluso antes de acudir a interponer la correspondiente denuncia, ya que, en caso de que en el tiempo transcurrido entre que se ha producido el presunto ilícito penal y se interpone la denuncia haya sido borrado cualquier tipo de contenido que esté relacionado con el hecho, su resolución podría variar significativamente de manera negativa.

Este borrado de evidencias resulta ciertamente habitual, en su mayoría ocasionado por el hecho de haber recibido el autor noticia de que va a ser denunciado, precipitando por su parte acciones tendentes a impedir el esclarecimiento del hecho como puede ser la eliminación de contenido relacionado.

Así pues, resulta recomendable realizar por parte de la víctima o persona receptora de las evidencias unas gestiones iniciales tendentes a asegurar la preservación de evidencias con el fin de que éstas no sean destruidas o que, en caso de serlo, certificarlas de tal manera que una vez éstas sean presentadas en la interposición de la denuncia, contengan los elementos necesarios para su eficacia probatoria en el proceso judicial.

A tal efecto, existe el conocido como testigo online, siendo esta una herramienta diseñada a fin de certificar cualquier tipo de información o comunicación que es recibida a través de Internet, incluyendo aquellas que se producen a través de las redes sociales. El testigo online¹⁰ permite certificar la evidencia digital a una fecha y hora concreta, estando basada esta certificación en firmas digitales que permiten acreditar de forma inequívoca la evidencia deseada, de tal manera que se pruebe la originalidad de ella.

Este tipo de herramientas se encuentran abaladas por organismos públicos como la propia Oficina de Seguridad del Internauta de INCIBE, el Instituto Nacional de Ciberseguridad, donde ponen a disposición del usuario las instrucciones básicas para la realización de cualquier tipo de certificación de evidencias digitales¹¹. De la misma manera, en la propia página web de uno de estos servicios de testigos online se menciona la

¹⁰ Herramientas como eGarante, que si bien dispone de planes de pago es posible realizar certificaciones básicas de manera gratuita, permiten realizar este tipo de certificaciones mediante el envío de un correo electrónico a un buzón habilitado a tal efecto, una vez enviado, desde la plataforma se devolverá al usuario un archivo en formato PDF firmado digitalmente, donde se certifica que el contenido enviado se encontraba publicado en la fecha y hora en la que se ha enviado el correo.

¹¹ INCIBE, INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD. (26 de enero de 2022). «Testigos online» y obtención de pruebas. <https://www.incibe.es/ciudadania/blog/testigos-online-y-obtencion-de-pruebas-te-explicamos-su-utilidad>

validez legal de su uso, así como de la eficacia dentro de un proceso judicial:

«La evidencia electrónica generada por eGarante tiene capacidad probatoria en un proceso. Esta evidencia electrónica se considera un medio legal donde las partes implicadas pueden demostrar, al órgano que corresponda, la veracidad de un hecho alegado. La evidencia electrónica se identifica con el documento privado regulado en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y puede utilizarse para probar una comunicación electrónica determinada o el contenido de una página web¹²».

Una vez realizas las gestiones oportunas de certificación mediante el testigo digital, el usuario tendrá a su disposición una prueba fehaciente del contenido de la comunicación recibida, pudiéndose rastrear de manera clara tanto el origen como el destino de la comunicación certificada, permitiendo una trazabilidad de la comunicación que puede ser presentada durante la interposición de la denuncia, independientemente de si la comunicación ha sido eliminada por cualquiera de las partes, siempre y cuando el borrado se haya producido una vez ésta ha sido certificada. Para la eficacia probatoria de la evidencia digital, en la presentación de ésta será necesario incluir no únicamente el pantallazo o captura de pantalla, sino también el certificado original en formato PDF enviado por el propio testigo online donde consten las firmas digitales certificadas a fin de que éstas puedan ser comprobadas en un proceso judicial posterior.

Si bien es cierto que los testigos online presentan facilidades a las víctimas o receptoras de cualquier comunicación o información que pueda ser considerada como una evidencia judicial en un futuro proceso penal, presentan diferentes inconvenientes que dificultan la certificación de cierto tipo de evidencias, especialmente aquellas que han sido realizadas desde una comunicación privada entre dos o más usuarios y que se encuentra restringida al público general.

Los testigos digitales única y exclusivamente pueden acceder a aquel contenido que se encuentra disponible para cualquier usuario, es decir, aquella información que se encuentra pública como pudiera ser una publicación en una red social desde un perfil público de una red social. Este hecho dificulta en cierta medida la certificación de las evidencias digitales ya que no será posible mediante el formato indicado la certificación de una conversación privada iniciada desde una red social o aplicación de mensajería móvil entre dos usuarios.

¹² Validez legal de eGarante. <https://www.egarante.com/validez-legal-de-egarante/>

Sin embargo y con la previsión de que muchos de los ilícitos denunciados en los que resulta necesaria la certificación de evidencias digitales se producen en ámbitos privados en los cuales no es posible seguir el proceso indicado, empresas de testigos *online* han implementado ciertas medidas con las cuales facilitarán la certificación de todas aquellas evidencias que se han producido en un ámbito privado. A este efecto, eGarante dispone de una herramienta por la cual, conectándose a un navegador de la propia plataforma, graba la pantalla y todo aquello que en ella se produce¹³, así, será posible conectarse a la red social o plataforma en la que se requiera certificar la evidencia digital y mostrar a la grabación la comunicación que se ha producido a través del navegador web que el propio testigo digital pone a disposición del usuario.

Una vez realizada la grabación, ésta será guardada añadiéndole un número de referencia conocido como *hash*¹⁴ que certificará que el video no pueda sufrir ningún tipo de alteración o manipulación hasta su presentación. De la misma manera, será posible crear fotografías a modo de capturas de pantalla desde la propia grabación de tal manera que se asegure un correcto tratamiento y preservación de la evidencia digital y que permita su eficacia probatoria en posteriores procesos judiciales.

2. Tratamiento de la evidencia digital por parte de la Ertzaintza

En aras de realizar un correcto tratamiento de la evidencia digital y asegurar la eficacia probatoria en procesos judiciales, desde la Ertzaintza se realizan diferentes acciones cuando las evidencias entregadas por testigos o denunciantes no han sido previamente certificadas, habiéndose redactado a tal efecto diferentes guías y formaciones por parte de la Sección Central de Delitos en Tecnologías de la Información de la Jefatura de Investigación Criminal y Policía Judicial de la Ertzaintza.

¹³ Esta herramienta únicamente podrán utilizarla aquellos usuarios que han contratado de un plan de pago, no pudiendo disponer de ellas los usuarios que hacen uso de los servicios de la plataforma de manera gratuita

¹⁴ El *hash* es una huella digital con una cantidad fija de caracteres alfanuméricos con la suficiente longitud para asegurarse de que cada uno de ellos sea único. Una vez generado un identificador de estas características a un archivo multimedia, cualquier tipo de variación o alteración del archivo supondría la generación de un *hash* completamente diferente, de tal manera que la cadena alfanumérica generada siempre será la misma siempre y cuando el archivo no sufra variación alguna, por insignificante que esta pueda ser. La modificación de un solo fotograma o pixel de una imagen o video generaría un *hash* que diferiría con el original.

tza, estando éstas disponibles para cualquier agente que tenga la capacidad de recoger denuncias y evidencias digitales.

El tratamiento inicial realizado por parte de aquel o aquella agente actuante será determinante a la hora de garantizar su posterior eficacia en un proceso judicial, cobrando especial importancia aquellas acciones tendentes a comprobar su autenticidad.

Así, una vez una persona haga entrega de una evidencia digital consistente en capturas de pantalla o pantallazos, el o la agente encargada de su tratamiento deberá comprobar que ésta se corresponda con la realidad mediante su cotejo con la red social o aplicación desde donde ésta haya sido extraída, reflejando este hecho en la correspondiente diligencia a fin de que quede acreditada su originalidad costando esta acción como prueba pericial de su originalidad.

Otra de las opciones existentes a la hora de recabar toda evidencia digital por parte de los y las agentes de la Ertzaintza, es la exportación directa desde las aplicaciones, ya sean redes sociales o aplicaciones móviles de mensajería instantánea. Cada uno con sus peculiaridades, permiten por parte del usuario titular de las cuentas una exportación directa de todo el contenido de una red social, incluyendo no solo las publicaciones o comentarios realizados sino también la posibilidad de descargar las conversaciones privadas mantenidas con terceros, así como el contenido multimedia enviado y recibido que no haya sido borrado. En cuanto a las aplicaciones móviles de mensajería instantánea, al igual que las redes sociales permiten exportar conversaciones enteras desde su mismo inicio, incluyendo el contenido multimedia compartido en éstas¹⁵.

Este método resulta más eficaz a la hora de realizar aportaciones de evidencias digitales para su posterior inclusión en los procesos de investigación, al permitir su lectura y análisis de una manera más dinámica y ágil. Si bien este método resulta recomendable a la hora de aportar conversaciones, al igual que las capturas de pantalla, será necesario su cotejo para su posterior comprobación de hechos debido a la facilidad de manipulación que puede tener este tipo de archivos, pudiendo realizarlo también el propio agente desde el terminal de la persona denunciante siempre que se cuente con el permiso de ésta, garantizando así la originalidad de la evidencia aportada.

De la misma manera, se incide de manera especial en la necesidad de una rápida actuación a la hora de recabar todas aquellas evidencias digitales que en un futuro permitan la investigación y posterior re-

¹⁵ El contenido que haya sido eliminado por cualquiera de las partes no será posible recuperarlo mediante el método de exportación desde las aplicaciones.

solución de un hecho delictivo, al ser la inmediatez en la recepción de evidencias uno de los pilares fundamentales a la hora de realizar un correcto tratamiento de estas.

V. La investigación en redes sociales

A pesar de contar con diferentes herramientas y un marco legislativo, tanto a nivel europeo como nacional, que facilita la realización de investigaciones en las redes sociales, persisten diferentes dificultades a las que el investigador se tiene que enfrentar a la hora de abordar cualquier tipo de investigación en un entorno digital, especialmente en las redes sociales, retos o dificultades que difieren de aquellas que suelen encontrarse en las investigaciones tradicionales.

Entre estas dificultades a la hora de abordar toda investigación policial se encuentra la inmensa cantidad de datos disponibles en las redes sociales debido a la existencia de millones de usuarios que comparten información diariamente a través de ellas. Por otro lado, el anonimato resulta ser otra de las dificultades ya que en Internet, y por lo tanto también en las redes sociales, por su propia idiosincrasia es posible la navegación desde el completo anonimato, a pesar de que las plataformas operadoras de redes sociales intenten, en la medida de lo posible, establecer mecanismos para evitar este hecho. Y, por último, una de las dificultades más relevantes resulta ser lo efímero de toda evidencia digital obtenida en las redes sociales que, en cierta medida, y a través de herramientas temporales, imposibilita la investigación de algunos delitos cometidos a través de estos medios.

Tal y como se ha mencionado, la cantidad de información contenida en las redes sociales, así como su constante actualización, dificulta enormemente cualquier tipo de investigación policial ya que, si bien en un principio una gran cantidad de datos puede suponer un mayor volumen de evidencias, también significa un mayor volumen de datos a analizar, ocasionando dificultades en el investigador a la hora de determinar aquellos que pueden ser relevantes para la investigación y desechar aquellos que, en un principio, no aportan información relevante. Así, identificar patrones sospechosos o seguir el rastro de una cuenta fraudulenta o autora de un hecho ilícito o bien localizar publicaciones relevantes para una investigación puede llevar una gran cantidad de tiempo que retrasa la investigación, teniendo que, en ocasiones, buscar una única publicación entre miles de ellas.

A este efecto, existen múltiples herramientas especializadas y de acceso único para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o empresas es-

pecializadas que facilitan mediante la inteligencia artificial, indexado de datos u otro tipo de tecnología la investigación de hechos en los entornos digitales, no siendo necesario que le investigador realice determinadas acciones de manera manual, hecho que ahorra tiempo y recursos a la hora de llevar a cabo cualquier tipo de investigación.

De la misma manera, otro de los grandes retos o dificultades a las que se tiene que enfrentar un investigador policial es el anonimato que permiten la totalidad de redes sociales que, a pesar de tener diferentes mecanismos de identificación a la hora de realizar los registros, resulta relativamente sencillo esquivarlo y crearse usuarios con total anonimato sin facilitar a las empresas proveedoras de servicios dato alguno que facilite su posterior identificación como persona física.

Una de las grandes herramientas que permiten al usuario registrarse en una plataforma de forma totalmente anónima es el uso de VPN¹⁶, la cual permite alterar el lugar desde donde se produce la conexión a Internet, no teniendo ni la propia operadora telefónica capacidad para monitorizar el tráfico de red que realiza aquel que se conecta mediante este medio. Así mismo, es posible el uso de correos electrónicos temporales que permitirán al usuario registrarse en las plataformas facilitando un correo electrónico que no es posible relacionar con el usuario final. Es decir, en caso de que a la hora de registro en una plataforma la persona investigada haya utilizado las herramientas antes mencionadas, al obtener información de registro desde las proveedoras de servicio, lo proporcionado no podrá ser utilizado para identificar a una persona física debido a los mecanismos de ocultación utilizados.

Este anonimato se ve reforzado por las propias tecnologías utilizadas por las redes sociales, principalmente aquella denominada como encriptación de extremo a extremo¹⁷, la cual permite acceder a las conversaciones privadas únicamente a aquellos usuarios que participan en ella, no teniendo ni siquiera la propia plataforma acceso a dichos datos. Es

¹⁶ Una VPN es una tecnología que permite al usuario establecer una conexión cifrada y segura entre el dispositivo que se conecta e internet. De esta manera, todo el tráfico de red del usuario pasa a través de un servidor de VPN, dando privacidad y anonimato a aquel que la usa. El uso de esta herramienta complica la identificación de los usuarios ya que no es posible asociar la I.P. a la persona que ha hecho su uso por los medios tradicionales, siendo necesario la identificación del proveedor de VPN a fin de que éste facilite información en caso de tenerla.

¹⁷ Este modelo de encriptación se trata de un proceso de comunicación segura que evita que personas ajenas a la conversación que se está manteniendo puedan acceder a los datos que se están compartiendo en ella. Para ello se utilizan diferentes algoritmos que transforman los caracteres a un formato no legible para aquellos actores que quieran acceder a una conversación de terceras personas.

por ello por lo que, en caso de querer acceder a una conversación mantenida por la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp, una de las principales plataformas que utiliza este método de encriptación, solo será posible en caso de tener acceso a una de las cuentas o dispositivos participantes en la conversación, no siendo posible tampoco acceder a ella mediante vías judiciales, ya que, al no tener la propia plataforma acceso a ella no resulta posible intervenir las conversaciones que se producen por estos medios a pesar de tener autorización judicial.

Por último, otra de las grandes dificultades a las que ha de enfrentarse el investigador es la naturaleza efímera de ciertos contenidos que son compartidos por las redes sociales, potenciados por la propia idiosincrasia de éstas. Así pues, las principales redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea han desarrollado herramientas por las cuales permiten la posibilidad de compartir contenido temporal, limitando la cantidad de veces que se puede ver el archivo multimedia, ya sea por un único visionado o por límites temporales. Así, redes sociales como Snapchat¹⁸ o WhatsApp, en función de la manera en la que se hayan compartido ciertos contenidos añaden una capa adicional de complejidad a la recopilación de evidencias, al no ser posible recuperarlas una vez se han visionado o pasado el límite de tiempo asignado por el usuario que ha remitido el contenido.

Así pues, debido a elementos como la gran cantidad de datos existentes en Internet, y, en especial, en las redes sociales, así como la anonimidad que estas ofrecen tanto en el mismo registro como en su posterior uso, y lo efímero de las evidencias digitales, hacen que el investigador se vea obligado a utilizar diferentes técnicas que son conocidas como OSINT, es decir, inteligencia en fuentes abiertas¹⁹, para la continuación y posterior resolución de las investigaciones que se están llevando a cabo, si bien este método no siempre resultará fructífero.

¹⁸ Snapchat fue una de las primeras redes sociales que implementó este tipo de formato, popularizándose esta red social debido al uso de esta tecnología, que permitía por primera vez a los usuarios enviar fotografías y diferente contenido audiovisual con la opción de que el receptor únicamente pudiera tener un único visionado de éstas. Así mismo, y a fin de evitar que los usuarios guardasen las fotografías, se implementaron diferentes actualizaciones por las cuales no era posible realizar capturas de pantalla del contenido que se había compartido mediante estos medios, este modelo fue adoptado posteriormente por la mayoría de las redes sociales, así como de las principales aplicaciones móviles de mensajería instantánea.

¹⁹ Las fuentes abiertas son aquellas fuentes que son accesibles para todos los usuarios y que no disponen de restricciones a la hora de acceder a ellas. Un ejemplo de fuentes abiertas en internet sería Google y todos los datos que se encuentran indexados en dicho navegador.

1. *Metodología que debe orientar la investigación policial en redes sociales*

Al igual que sucede a la hora de abordar cualquier tipo de investigación tradicional, la investigación en entornos digitales y redes sociales es fundamental establecer una metodología que permita abordar de manera correcta el trabajo que se va a realizar, de tal manera que se garantice que el proceso llevado a cabo finalice de una manera satisfactoria o, al menos, de una manera que permita realizar todas las gestiones necesarias tendentes al esclarecimiento del hecho ilícito investigado.

En primer lugar, al abordar cualquier tipo de investigación es necesario establecer los objetivos y metas de la investigación que se va a llevar a cabo, ya que la búsqueda de información variará significativamente en función de éstas, no siendo el mismo proceso, por ejemplo, realizar la búsqueda de una persona desaparecida que realizar un informe de un usuario de una red social por estar siendo investigado por un presunto delito de odio.

Una vez se han establecido los objetivos resulta necesario identificar aquellas fuentes relevantes en las que vamos a realizar búsquedas, pudiendo ser éstas bien redes sociales o bien cualquier otro medio que contenga cualquier tipo de información en función del contexto. La identificación de fuentes resulta indispensable a fin de filtrar toda la información que contiene internet, ya que, de lo contrario, y en caso de no hacer un filtro adecuado, no sería posible abordar la información encontrada debido al gran volumen de ésta en la gran mayoría de los casos.

Tras la identificación de fuentes, habrá que realizar la correspondiente recopilación de datos, es decir, se utilizarán aquellos medios analizados previamente para obtener todos los datos necesarios para llevar a cabo las investigaciones pertinentes. Es en este momento donde se hará uso de las herramientas necesarios para extraer esta información, que, si bien existen diferentes funcionalidades en Internet para automatizar en cierta medida esta función, en ciertas ocasiones, y debido a la gran cantidad de datos a extraer, es necesario el uso de herramientas especializadas que apoyen el trabajo que realiza el investigador a fin de facilitar la labor de recopilación de datos.

Posteriormente, cuando el investigador policial tiene a su disposición todos los datos, habrá de realizar un análisis de éstos a fin de determinar si serán útiles en las labores que se están realizando, así como su potencial uso en un futuro proceso judicial. Es en la realización de esta tarea donde se puede observar si la metodología uti-

lizada hasta el momento ha sido realizada de la manera correcta, ya que, en caso de no haber identificado y recopilado correctamente los datos, el investigador policial se puede enfrentar a dos escenarios que dificultarían la investigación. Por un lado, en caso de no haber realizado un cribado de fuentes correcto, se estará expuesto a una gran cantidad de datos que, en un principio, no será posible procesar debido a los recursos de personal y tiempo que podría consumir, además de poder perder información relevante al no poder abarcar la cantidad de datos obtenida. Por otro lado, en caso de haber realizado un filtro demasiado estricto es posible que se haya incurrido en la pérdida de información en los procesos previos, pudiendo hacer que el investigador tenga que retomar de nuevo el proceso de identificación o recopilación, o bien se deseche la investigación al creer que no se obtendrá la información necesaria de los datos que se tenían a disposición.

Resulta recomendable que, una vez realizado el análisis, y a fin de garantizar que las evidencias o datos obtenidos en el proceso son correctos, realizar una comprobación de aquellos datos conseguidos, de modo que se pueda verificar en la medida de lo posible mediante otro tipo de mecanismos que éstos son correctos, a pesar no ser siempre posible ya que, en ocasiones, dichos datos únicamente será posible extraerlos de una única fuente.

Por último, y después de haber validado toda la información que se tiene al alcance y que resulta necesaria para la investigación, ésta ha de plasmarse de una manera adecuada en las diligencias que, posteriormente, serán remitidas al juzgado correspondiente. En este punto, es necesario realizar una buena exposición cronológica de los hechos, así como el proceso que se ha llevado a cabo para la obtención de datos a fin de garantizar la legalidad y proporcionalidad de la investigación realizada, teniendo que esta exposición lo más transparente posible de tal manera que esta pueda ser auditada por todas las partes implicadas en el proceso.

2. *La investigación policial en redes sociales*

Tal y como se ha mencionado a lo largo del artículo, la investigación policial difiere de otro tipo de investigaciones al tener acceso a datos en poder de las prestadoras de servicio, especialmente aquellos utilizados para la realización del registro de usuario en cualquiera de las redes sociales que operan en Europa. A este efecto, una de las primeras acciones a realizar en cualquier investigación en la que vaya a ser

necesario obtener datos de usuarios en las redes sociales, es la preservación o conservación de datos.

Las plataformas de redes sociales permiten realizar solicitudes de preservación de datos. De esta manera, en caso de que el usuario que se esté investigando borre sus datos de la red social, ésta los guardará durante un plazo de noventa días prorrogables²⁰. La realización de esta acción permite al investigador no tener que realizar acciones inmediatas de investigación, ya que obtiene un tiempo de margen en el cual se conservarán los datos y no se perderá ninguna información necesaria para la resolución del hecho que se encuentra bajo investigación independientemente de que ésta sea eliminada por parte del usuario.

Una vez realizada la conservación de datos, será necesario obtener el identificador único de usuario de la red social. El identificador es una cadena de números que identifica de manera única a cada uno de los usuarios de las principales redes sociales, este identificador será inamovible para cada uno de los perfiles siendo el único dato que el usuario no podrá modificar. La obtención de este dato permitirá al investigador monitorizar al usuario independientemente de las veces que éste haya cambiado tanto el nombre de usuario como el nombre de perfil²¹. En caso de no haber obtenido el dato de identificador único, se corre el riesgo que, en caso de que un usuario altere o modifique su nombre de usuario, el investigador no encuentre el perfil investigado, perdiendo de esta manera toda opción de obtención de información.

Ambas resultan ser acciones preliminares necesarias en cualquier tipo de investigación en redes sociales, facilitando la labor del investigador en acciones futuras. Así, una vez realizadas, se procederá a la obtención de información del usuario a investigar, solicitando dichos datos a través de las plataformas habilitadas a tal efecto, indicando en los formularios las bases legales en base a las cuales se realiza la solicitud. La manera en la que se realizan, así como el tipo de formularios, variarán en función de si la solicitud se realiza en base a la legislación nacional o bien si se ha empleado el Reglamento de Servicios Digitales europeo, teniendo cada una de las solicitudes sus peculiaridades.

²⁰ Si bien cada plataforma establece un tiempo en el cual conservan los datos *motu proprio*, estos tiempos suelen ser muy limitados, por lo que, en caso de borrado de datos por parte del usuario, en función del tiempo que se haya tardado en, bien interponer la denuncia o bien solicitar los datos correspondientes, es posible que éstos se hayan perdido.

²¹ La obtención de este identificador único de usuario es posible a través del código fuente de la página principal del usuario de las redes social, aunque existen ciertas páginas web que extraen este dato de manera automática sin ser necesario conocimientos informáticos para ello.

En función de la plataforma a la que se haya solicitado los datos, éstas ofrecerán diferente información, así, en el caso de todas las redes sociales de las cuales es propietaria Meta (Facebook, Instagram y WhatsApp), los datos que ofrecerán serán el nombre, duración del servicio, información de medios de pago, dirección de correos electrónicos y cualquier tipo de dirección I.P. de inicio o cierre de sesión, todo ello en caso de estar disponible. Por el contrario, en caso de requerir otro tipo de información como pudiera ser encabezados de mensajes o direcciones IP de conexión será necesario obtenerlos mediante el correspondiente oficio judicial, no están éstos disponible mediante la solicitud policial. Así mismo, en caso de querer tener acceso a datos concretos que se encuentran dentro de la cuenta de usuario, será necesario actuar bajo las normas federales de Estados Unidos, teniendo que recurrir para ello a la solicitud de comisión rogatoria²².

De esta manera, las primeras investigaciones serán en base a aquellos datos obtenidos mediante solicitud policial, especialmente número de teléfono y correo electrónico. La primera acción necesaria para corroborar ambos datos y verificar que realmente pertenecen al usuario investigado, será conocer si éstos han sido verificados, hecho que la propia plataforma indicará en la respuesta ofrecida. Esta verificación supone que el usuario registrado ha cotejado esos datos por sus propios medios, por lo que ha tenido acceso presencial bien al correo electrónico o bien al teléfono que ha proporcionado la plataforma, ya que, a la hora de realizar la verificación, ésta resulta ser mediante un código único recibido a través de un correo electrónico o mediante un SMS en el caso de realizar la verificación vía telefónica²³.

La obtención de estos datos resulta crucial para la identificación de los usuarios en redes sociales, por un lado, en caso de obtener un correo electrónico válido, es posible continuar con las solicitudes de información, en este caso a la compañía propietaria del dominio del correo. Al igual que las plataformas de redes sociales, aquellas proveedoras de servicio que operan los correos electrónicos, ponen a disposición de las fuerzas de seguridad diferentes mecanismos de solicitud de información en función del lugar donde se encuentren ubicadas.

En caso de haber obtenido un número de teléfono la identificación de la persona titular de éste resulta más sencilla, al ser requisito indis-

²² Meta. (n.d.). About Instagram's Data Policy. Facebook Help Center. <https://www.facebook.com/help/instagram/494561080557017>

²³ En la mayoría de las redes sociales es necesario realizar esta verificación a fin de asegurar que es una persona la que está realizando el registro, así como para tener un dato de contacto con el usuario en caso de ser necesario.

pensable la aportación de un documento de identificación a la hora de realizar el alta de un número de teléfono²⁴. A estos efectos, una vez se solicita la información correspondiente, las operadoras proporcionarán la identificación completa de la persona titular de la línea, pudiendo de esta manera identificar al usuario que es objeto de investigación.

En muchas ocasiones, y en función del tipo de investigación que se esté llevando a cabo, la realización de estas gestiones finalizará la investigación al haber sido identificado el presunto autor del hecho, teniendo con ello datos suficientes para realizar la correspondiente remisión judicial. Sin embargo, en otro tipo de investigaciones, la obtención de titularidad no será suficiente para dar por finalizadas las diligencias, siendo necesaria la obtención de más información a fin de completar el atestado de manera satisfactoria. Para la obtención de más información que trascienda de la mera identificación de un perfil o usuario de una red social será necesario hacer uso de diferentes técnicas, destacando entre ellas la obtención de información en fuentes abiertas.

3. El uso de la inteligencia en fuentes abiertas para la obtención de información

En el ámbito de la investigación criminal, la obtención de información adicional, al estar limitada aquella que pueden ofrecer las proveedoras de servicio, resulta ser imprescindible a la hora de trabajar. De esta manera, y tal y como se ha mencionado, el investigador ha de definir desde un primer momento cuáles son sus objetivos y que información es necesaria para cumplimentarlos, filtrando así toda la información disponible en redes sociales. Para ello, se considerará aspectos como la naturaleza del hecho investigado o actores involucrados entre otros y desechando aquella información que puede resultar irrelevante para la investigación que se lleva a cabo.

En el ámbito policial son utilizadas diferentes técnicas conocidas como SOCMINT y OSINT que, en un principio si bien resultan simila-

²⁴ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones en su artículo 3 se establece la obligación de almacenar por parte de las operadoras información suficiente para poder identificar a los usuarios que han adquirido los servicios de las telecomunicaciones, tanto aquellos que han adquirido productos de prepago como aquellos que han realizado un contrato con la operadora. A este efecto, las operadoras solicitan y conservan datos como nombre y apellidos y número de documento identificativo, llegando a ampliar en ocasiones la información con datos como la dirección del domicilio o fecha de nacimiento.

res, difieren del lugar de actuación. Por un lado, se encuentra el OSINT, considerado como la obtención de información en todas aquellas fuentes abiertas de información como medios de comunicación, blogs, foros o cualquier otro ámbito de similares características, mientras que por otro lado el conocido como SOCMINT centra su ámbito de aplicación única y exclusivamente a las redes sociales y a la información que ellas contienen.

El uso de este tipo de técnicas permite a los investigadores recopilar información pública disponible en internet, entre las que se incluyen las redes sociales, que pueda ser clave para identificar patrones de comportamiento, conexiones entre individuos o actividades delictivas que, en caso de no utilizar esta técnica, podrían pasar desapercibidas. Todo ello se basa en la cantidad de información que se comparte de manera pública por los propios usuarios, que a través de diferentes medios contribuyen a la creación de una red de datos accesibles y que pueden ser utilizados en las investigaciones²⁵. Cada usuario, de manera consciente o no, participa en la creación de un entorno donde su actividad puede ser rastreada y analizada mediante herramientas OSINT, convirtiendo al usuario en fuente imprescindible de datos.

El uso de la inteligencia en fuentes abiertas ofrece ventajas al completar y ampliar la información inicialmente conseguida con las solicitudes de información a las proveedoras de servicios, pudiendo profundizar en aquellos datos facilitados por éstas. Por un lado, se podrá obtener la compañía asociada al número de teléfono obtenido, así como una geolocalización aproximada de la dirección I.P. desde donde se han producido las conexiones del usuario investigado.

Por otro lado, es posible llevar a cabo acciones complejas como el uso de herramientas de búsqueda inversa para determinar la ubicación geográfica exacta donde se ha tomado una fotografía publicada en una red social o verificar si una imagen ha sido reutilizada en diferentes ámbitos o contextos. Además, el uso de esta técnica permite verificar la autenticidad de imágenes e identidades digitales, así como comprobar si la persona que realiza las publicaciones es quien realmente dice ser.

De la misma manera, el OSINT puede identificar otros perfiles asociados a un mismo usuario, bien en diferentes plataformas o bien diferentes perfiles de la misma persona en una misma red social. Para ello se realizará una correlación de datos, como patrones de escritura, ortografía y gramática utilizada, imágenes, ubicaciones comunes y otros ele-

²⁵ INCIBE, INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD. (28 de mayo de 2014). «OSINT – La información es poder. <https://www.incibe.es/incibe-cert/blog/osint-la-informacion-es-poder>.

mentos identificativos, convirtiendo esta técnica en imprescindible en la práctica totalidad de investigaciones realizadas en las redes sociales.

Así mismo, además de la realización de las pertinentes investigaciones, este tipo de análisis permite realizar actividades de inteligencia, tales como monitorear grupos de interés de manera detallada, análisis de eventos en tiempo real, obteniendo actualizaciones instantáneas sobre incidentes que se encuentran en curso o incluso vigilancia de posibles amenazas, desde riesgo a la seguridad pública hasta el surgimiento de actividades sospechosas. En conjunto, esta información permite una visión global de las actividades, ideologías y objetivos de grupos relevantes para la seguridad, así como la identificación temprana de amenazas.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivos para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.