



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

Trabajo de Fin de Máster

LA INCITACIÓN A LA COMISIÓN DE CONDUCTAS ATÍPICAS

Presentado por:

Teresa Castellet Portolés

Tutor:

Antonio Fernández Hernández

Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2022/23

Fecha de defensa: Enero 2023

Resumen

La presencia en los medios tecnológicos de contenidos específicos para incitar a menores de edad y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección a que realicen comportamientos perjudiciales para sí, aunque atípicos, como son el suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas, ha llevado al legislador penal a intervenir, creando nuevos tipos penales al respecto. En este trabajo se ha procedido a analizarlos, con el propósito de precisar, en primer lugar, si las conductas descritas en los tipos están amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Seguidamente, en caso de no estarlo, por suponer una forma de violencia sobre los mencionados sujetos, si era necesario optar por el Derecho penal para prevenirlas. Y, por último, si imponer límites penales al ejercicio del derecho a la libertad de expresión es proporcionado para el fin que se persigue con la introducción de estos tipos.

Abstract

The presence in technological media of specific content to incite minors and persons with disabilities in need of special protection to engage in behaviour that is harmful to themselves, albeit atypical, such as suicide, self-harm or the consumption of damaging substances, has led the criminal legislator to intervene, creating new types of criminal offences in this respect. In this paper we have proceeded to analyse them in order to determine, firstly, whether the conducts described in the criminal offences are covered by the right to freedom of expression. Then, if they are not, for the reason that they constitute a form of violence against the mentioned subjects, it will be analysed whether it would have been indeed necessary to opt for criminal law to prevent these behaviours. Finally, it will be examined whether imposing criminal limits on the right to freedom of expression is proportionate to the aim pursued by the introduction of these offences.

Palabras clave

Libertad de expresión, inducción tecnológica, conductas atípicas, TIC, menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, LO 8/2021.

Keywords

Freedom of expression, technological induction, atypical behaviour, ICT, minors, persons with disabilities in need of special protection, LO 8/2021.

Índice

Índice de abreviaturas	V
Introducción.....	1
1 Concepto de libertad de expresión	2
1.1 Contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión ..	4
1.2 Límites al ejercicio de la libertad de expresión.....	5
2 Creación de tipos penales sobre conductas atípicas. Consideraciones de política criminal.....	11
3 Análisis sustantivo de los nuevos tipos penales	19
3.1 Bien jurídico protegido.....	19
3.2 Sujeto activo.....	21
3.3 Sujeto pasivo.....	21
3.4 Conducta típica	22
3.5 Elemento subjetivo del tipo	27
3.6 <i>Iter criminis</i>	28
3.7 Autoría y participación.....	29
3.8 Reglas concursales	30
Conclusiones.....	33
Bibliografía	36
Textos normativos y jurisprudencia	43

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ARP	Número de registro de las sentencias de la Audiencia Nacional y Juzgados de Menores en la base de datos de Aranzadi.
Art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, de 7 de diciembre.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, de 4 de noviembre.
DPEJ	Diccionario panhispánico del español jurídico.
Ed.	Editorial.
EDADES	Encuesta sobre Alcohol y Drogas en Población General en España.
FJ	Fundamento Jurídico.
HUDOC	Base de datos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
INE	Instituto Nacional de Estadística.
JUR	Número de registro de las sentencias de las Audiencias Provinciales en la base de datos de Aranzadi.
LO 8/2021	Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
RAE	Real Academia Española.
RJ	Repertorio de jurisprudencia de la base de datos de Aranzadi.
ROJ	Número de registro de las sentencias en el Centro de Documentación Judicial.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJME	Sentencia del Juzgado de Menores.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TIC	Tecnologías de la información y de la comunicación.
TOL	Número de registro de las sentencias en la base de datos Tirant On Line.
TS	Tribunal Supremo.
UE	Unión Europea.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre el análisis de los nuevos tipos penales introducidos por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LO 8/2021), relativos a la distribución o difusión pública a través de medios tecnológicos de material específicamente destinado a incitar al suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El incremento de estas conductas que, pese a ser atípicas, son perjudiciales para los mencionados sujetos, no ha sido indiferente para el legislador penal, que ha elegido recurrir al Derecho penal para castigar la intervención de terceros en ellas.

Para ello, se ha llevado a cabo un estudio jurisprudencial y doctrinal sobre el derecho a la libertad de expresión y conductas asimilables a las previstas en los nuevos tipos penales, con el objetivo, tanto de determinar si la limitación del ejercicio de este derecho resulta proporcionada y adecuada para evitar la impunidad de hechos que generan riesgo para sujetos vulnerables, como de configurar el contenido de los mencionados tipos.

El trabajo consta de tres grandes apartados. En el primero se estudia el concepto de libertad de expresión y los límites en su ejercicio. En el segundo se exponen las razones que han llevado al legislador a introducir los nuevos tipos. Y en el último se analizan los tipos penales.

1 CONCEPTO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 20 de la Constitución Española de 1978 (en lo sucesivo, CE) reconoce y protege el derecho de todos los ciudadanos a la libertad de expresión. Este artículo establece las diversas facetas de la libertad de expresión y recoge, en sus diferentes apartados, el contenido propio de cada una de ellas¹, entre otras, la libertad de expresión —art. 20.1.a)— y la libertad de información —art. 20.1.d)—². En contraposición, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa, prevé en su art. 10 una libertad de expresión genérica³.

El objeto del derecho a la libertad de expresión es expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción —art. 20.1.a) CE—, incluyéndose dentro de la misma los juicios de valor y las creencias⁴. En cambio, el objeto de la libertad de información, a tenor del art. 20.1.d) CE, es comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La delimitación entre ambas libertades no es clara, puesto que en la mayoría de ocasiones será necesario narrar hechos para expresar opiniones y a la inversa. Así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional (TC) en sus pronunciamientos. Esta delimitación aún se dificulta más si estos derechos se ejercen en el ámbito de Internet⁵.

La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales y fundamentales de cualquier sociedad democrática, como requisito para su funcionamiento, y una condición básica para el desarrollo del propio individuo⁶. De ahí que se le

¹ ESPÍN TEMPLADO, E., «Libertades de expresión e información», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 265 a 289, en p. 265.

² STC (Sala Primera) núm. 4/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 1996), FJ 3.

³ STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 2.

⁴ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2, y STC (Sala Primera) núm. 4/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 1996), FJ 3.

⁵ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2, y STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 2.

⁶ Así se establece en la unánime jurisprudencia del TC. Se citan, entre otras, la STC (Pleno) núm. 12/1982, de 31 de marzo (BOE núm. 95 de 21 de abril de 1982), FJ 3, STC (Sala Segunda) núm.

reconozca una dimensión institucional⁷. La CE concede un valor especial a las libertades de expresión e información⁸, por cuanto posibilitan el ejercicio de otros derechos fundamentales, como libertades garantizadoras de una comunicación y opinión pública libre⁹ y del pluralismo político¹⁰.

La libertad de expresión es un derecho de libertad¹¹, lo que implica que no pueda haber injerencias ilegítimas por parte de las autoridades públicas, tal y como se establece en el art. 10 CEDH y en el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

Atendiendo a que la CE diferencia dos libertades distintas en el art. 20 CE, lo mismo ocurre respecto de los límites de una y de otra¹². Se trata de derechos o libertades fundamentales que no tienen un carácter absoluto¹³ y, por tanto, tampoco gozan de este carácter las limitaciones que puedan imponerse a ambas libertades¹⁴.

159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1986), FJ 6, STC (Sala Primera) núm. 9/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2007), FJ 4, STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 4, y STC (Pleno) núm. 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 2015), FJ 2.a). Y también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en sentencias como STEDH (Pleno) Caso de *Handyside* c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (HUDOC sentencia núm. 5493/72), § 49, STEDH (Sección Primera) Caso de *Gündüz* c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003 (HUDOC sentencia núm. 35071/97), § 37, y STEDH (Sección Tercera) Caso de *Savva Terentyev* c. Rusia, de 28 de agosto de 2018 (HUDOC sentencia núm. 10692/09), § 61.

⁷ STC (Pleno) núm. 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 1995), FJ 2.a).

⁸ STC (Sala Segunda) núm. 171/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 284 de 30 de noviembre de 1990), FJ 5, y STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FJ 15.

⁹ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 14 y 15.

¹⁰ STC (Sala Segunda) núm. 6/1981, de 16 de marzo (BOE núm. 89 de 14 de abril de 1981), FJ 5.

¹¹ ESPÍN TEMPLADO, E., «Libertades de expresión e información», cit., p. 265.

¹² STC (Sala Primera) núm. 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991), FJ 6.a).

¹³ STC (Sala Primera) núm. 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991), FJ 6, y STC (Pleno) núm. 235/2007, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 2015), FJ 2.c).

¹⁴ STC (Sala Segunda) núm. 159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1986), FJ 6.

1.1 Contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión

No es tarea fácil delimitar el contenido del derecho a la libertad de expresión¹⁵, tomando en consideración el importante papel que este derecho juega en cualquier sociedad democrática y plural¹⁶. El TC, en su jurisprudencia, ha ido perfilando el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Se reconoce tanto un amplio concepto de libertad de expresión¹⁷, como un extenso campo de acción en su ejercicio, de modo que pueda ejercerse sin temor, con el fin de evitar la generación del “efecto desaliento”¹⁸.

Como bien establece el art. 20.1.a) CE, el objeto de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones¹⁹, pero también forman parte de su contenido los juicios de valor²⁰, las creencias²¹ y toda libertad de crítica²². Respecto de esta última, se incluyen aquellas expresiones que puedan ser molestas, inquietantes o disgusten al destinatario del mensaje²³. En cuanto a las opiniones, la libertad de expresión ampara incluso las que puedan parecer equivocadas o peligrosas al destinatario de la comunicación²⁴.

También se incluyen en el derecho a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que sean contrarias, choquen o inquieten al Estado, no solo las

¹⁵ SARDO, A., «Categories, balancing and fake news: the jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 33, núm. 2, 2020, pp. 435 a 460, en p. 437.

¹⁶ Entre otras, STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FJ 15, y STEDH (Sección Tercera) Caso de *Savva Terentyev* c. Rusia, de 28 de agosto de 2018 (HUDOC sentencia núm. 10692/09), § 61.

¹⁷ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2.

¹⁸ STC (Sala Primera) núm. 9/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2007), FJ 4.

¹⁹ ESPÍN TEMPLADO, E., «Libertades de expresión e información», cit., p. 268.

²⁰ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2.

²¹ STC (Sala Primera) núm. 4/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 1996), FJ 3.

²² STC (Sala Segunda) núm. 6/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42 de 18 de febrero de 2000), FJ 5, y STC (Sala Primera) núm. 77/2009, de 23 de marzo (BOE núm. 102 de 27 de abril de 2009), FJ 4.

²³ *Ibidem*.

²⁴ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2.

que sean inofensivas o indiferentes²⁵, así como el discurso antidemocrático²⁶ y el discurso anticonstitucional, relativo a las manifestaciones contrarias a la esencia misma de la CE²⁷, por cuanto el nuestro no es un sistema de democracia militante, que es aquel que impone la adhesión positiva al ordenamiento y a la Constitución²⁸.

1.2 Límites al ejercicio de la libertad de expresión

Como se ha apuntado anteriormente, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, pero tampoco lo son los límites que se imponen al ejercicio del mismo²⁹. El legislador penal no debe invadir el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión³⁰, de ahí la importancia de determinar cuál es este contenido esencial y los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El art. 10.2 CEDH constituye un límite material al ejercicio de la libertad de expresión³¹. Este artículo permite a los Estados imponer restricciones al ejercicio de este derecho, siempre que se trate de restricciones que estén previstas por ley, sean necesarias y constituyan un fin legítimo para, entre otros aspectos, la prevención del delito, la protección de la salud, la moral o los derechos de terceros.

Imponer límites penales al ejercicio de los derechos fundamentales puede producir lo que se conoce doctrinalmente como efecto desaliento. Este es el resultado de desatender el principio de proporcionalidad en la aplicación de las

²⁵ STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 4, y STEDH (Cámara) Caso de *De Haes and Gijssels* c. Bélgica (HUDOC sentencia núm. 19983/92), de 24 de febrero de 1997, § 46.

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., «Opiniones constitucionales», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2018, 2018, pp. 1 a 38, en p. 12.

²⁷ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 2, y STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 4.

²⁸ STC (Pleno) núm. 48/2003, de 12 de marzo (BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2003), FF. JJ. 7 y 10.

²⁹ STC (Sala Segunda) núm. 159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1986), FJ 6, STC (Sala Primera) núm. 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991), FJ 6, y STC (Pleno) núm. 235/2007, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 2015), FJ 2.c).

³⁰ STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 6.

³¹ STEDH (Pleno) Caso de *Handyside* c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (HUDOC sentencia núm. 5493/72), § 44 y 45.

sanciones penales relativas a determinadas conductas expresivas. En ocasiones, una reacción penal excesiva ante un ejercicio ilícito de un derecho fundamental conlleva, indirectamente, una disuasión en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión³². Esta doctrina se aplica a aquellas conductas que no constituyen un ejercicio lícito de la libertad de expresión, pero que no dejan de ser la expresión de ideas, pensamientos u opiniones³³.

El TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los límites de la libertad de expresión, en base al art. 20.4 CE, que prevé como tales el respeto a los demás derechos reconocidos en el Título I de la CE y en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.

Así, para los casos en que entren en conflicto la libertad de expresión y el derecho al honor, se reconoce un amplio margen de acción a la primera, quedando fuera de la cobertura constitucional de la misma aquellas expresiones que sean ultrajantes, indudablemente injuriosas e innecesarias para transmitir el mensaje³⁴. Tampoco se reconoce el derecho al insulto³⁵. Uno de los criterios de delimitación para precisar si la conducta expresiva se encuentra constitucionalmente protegida es la trascendencia pública y el interés general de la opinión, idea o pensamiento transmitido³⁶, así como el carácter de personaje público del destinatario del mensaje, el contexto del mismo y su contribución al debate público³⁷. Sin embargo, la relevancia pública del mensaje no justificará la

³² STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 20, 22 y 28, STC (Pleno) núm. 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 1995), FJ 2.d), y STC (Sala Primera) núm. 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016), FJ 2.(iii).

³³ CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.2022, 2022, pp. 88 a 131, en p. 92.

³⁴ STC (Sala Primera) núm. 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991), FJ 6.a).

³⁵ STC (Sala Segunda) núm. 6/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42 de 18 de febrero de 2000), FJ 5.

³⁶ STC (Sala Segunda) núm. 110/2000, de 5 de mayo (BOE núm. 136 de 7 de junio de 2000), FJ 8.c).

³⁷ STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 3.

intromisión en otros derechos fundamentales si el ejercicio de la libertad de expresión resulta desmesurado y exorbitante³⁸.

Igualmente, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, deberá atenderse a la naturaleza de cada uno de ellos y a las circunstancias del caso concreto para precisar cuál de los dos prevalece³⁹.

El TC aún no se ha pronunciado sobre los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión propiamente aplicables a la distribución o difusión pública a través de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) de contenidos específicamente destinados a incitar, promover, fomentar o facilitar el suicidio —art. 143 bis del Código Penal—, la autolesión —art. 156 ter del Código Penal— o el consumo de sustancias nocivas para la salud —art. 361 bis del Código Penal—, conductas que en el marco de este trabajo se englobarán bajo la expresión de “inducción tecnológica”⁴⁰. Se trata de una incitación a conductas atípicas, pero que supone un peligro potencial para la vida, la integridad física y la salud de los menores de edad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

De la lectura de los nuevos tipos de inducción tecnológica se observa una generalidad y una falta de concreción en cuanto a las conductas expresivas que merecen reproche penal, hecho que dificulta aclarar si las mismas están amparadas o no por el derecho a la libertad de expresión.

Las conductas expresivas derivadas de la inducción tecnológica no encajan a la perfección con las que el TC ha calificado de discurso del odio o que no merecían la protección constitucional que ofrece el derecho a la libertad de expresión, por tratarse de conductas que, en definitiva, incitan a la violencia. A pesar de lo anterior, por su semejanza, pueden resultar de utilidad los límites ya fijados por el TC.

³⁸ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FJ 15.

³⁹ STC (Sala Primera) núm. 320/1994, de 28 de noviembre (BOE núm. 310 de 28 de diciembre de 1994), FJ 2.

⁴⁰ La expresión “inducción tecnológica” es utilizada por el profesor DE LA MATA BARRANCO en su artículo «Aspectos penales de la Ley para la protección de la infancia y la adolescencia», en *Almacén de Derecho*, el 15 de junio de 2020.

Así pues, carece de cobertura constitucional del derecho a la libertad de expresión la difusión o publicación de mensajes que, atendiendo a su contexto, resulten amenazantes, coactivos o intimidatorios, ya que se convierten en un elemento de distorsión de la opinión y voluntad del destinatario de la comunicación. En consecuencia, no puede considerarse que se trate de una comunicación libre. Para precisar que se trata de un mensaje cuyo contenido es amenazante o intimidatorio deberá atenderse a la capacidad real de influencia del mensaje, sin olvidar la dificultad que esto plantea, y siempre tomando en consideración el contexto y las circunstancias del caso concreto⁴¹.

Como excepción a la limitación de la difusión y publicación de mensajes intimidatorios cabe mencionar el reportaje neutral, que sí que quedaría incluido en el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, siempre que se trate de una mera reproducción y el transmisor no haga suyo el contenido propio del mensaje transmitido⁴². El reportaje neutral es semejante al papel que desarrolla el intermediario de Internet, que se limita a posibilitar el acceso, a alojar, transmitir o indexar contenidos que han sido elaborados por terceros, a los que cabría calificar de creadores de contenido. Un ejemplo de intermediario de Internet son las plataformas de redes sociales⁴³.

La no aceptación en nuestro sistema democrático de un modelo de democracia militante implica diferenciar entre aquellas actividades que sean contrarias a la CE, que no estarían protegidas por la misma, y la difusión de ideas, ideologías o doctrinas, aunque se utilicen como crítica a la esencia misma de la Constitución, que sí que gozarían de protección constitucional⁴⁴.

El respeto a la dignidad humana es la base sobre la que debe desempeñarse el derecho a la libertad de expresión, por ser también un valor fundamental de cualquier sociedad democrática⁴⁵. Por tanto, la libertad de expresión no puede

⁴¹ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 14, 15 y 16.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ PERSET, K., «The Economic and Social Role of Internet Intermediaries», en *OECD Digital Economy Papers*, 171, 2010, en p. 9.

⁴⁴ STC (Pleno) núm. 48/2003, de 12 de marzo (BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2003), FF. JJ. 7 y 10.

⁴⁵ STC (Pleno) núm. 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 1995), FJ 2.c).

ofrecer cobertura a aquellas conductas que constituyan un peligro potencial para bienes jurídicos de gran relevancia⁴⁶, como la vida, la integridad física o la salud de las personas. Sería el caso de aquellas conductas que nieguen o justifiquen el genocidio⁴⁷ o hagan apología de los verdugos en la que se glorifique su imagen⁴⁸, enaltezcan el terrorismo, inciten a la violencia o promuevan el discurso del odio⁴⁹.

Aun existiendo un factor común entre las conductas relativas al discurso del odio y la inducción tecnológica, puesto que en todas ellas se busca incitar a la comisión de un hecho, este hecho merece un reproche penal en las conductas relativas al discurso del odio, ya que se trata de incitaciones directas a la violencia, pero no en las referentes a la inducción tecnológica. Para que un hecho o acción se considere delictivo, debe ser típico, es decir, estar penado por ley por ser relevante para el Derecho penal⁵⁰. En las conductas relativas a la inducción tecnológica se pena la distribución o difusión pública de contenidos

⁴⁶ STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 3.

⁴⁷ STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007), FJ 4.

⁴⁸ STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996), FJ 5.

⁴⁹ STC (Sala Primera) núm. 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016), FJ 2. Cabe mencionar también que para calificar que una determinada expresión constituye discurso del odio, es necesario conocer qué se entiende como tal. No existe una definición universal de discurso del odio, lo que dificulta la tarea de determinar cuándo se ha producido una extralimitación en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y así se menciona en la Recomendación 2098 (2017) y Resolución 2144 (2017) sobre la terminación de la ciberdiscriminación y el odio en línea de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 25 de enero de 2017, párrs. 1 y 3, respectivamente. Existen varias definiciones de discurso del odio adoptadas por los diferentes organismos internacionales. El Consejo de Europa definió por primera vez el término discurso del odio en la Recomendación núm. R(97) 20 del Comité de Ministros sobre el discurso del odio, adoptada el 30 de octubre de 1997. Posteriormente, la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (por sus siglas en inglés, ECRI), estableció una definición de discurso del odio en la Recomendación de Política General núm. 15 sobre la lucha contra el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015. La Unión Europea (UE) definió el término discurso del odio en la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, en su art. 1.a). Es conveniente establecer una definición precisa de discurso del odio que determine su alcance, para evitar su banalización y también abusos por parte de los tribunales. De hecho, en la jurisprudencia del TC se aprecia un abuso del denominado discurso del odio en el enjuiciamiento de conductas expresivas, hasta el punto de que puede considerarse como una categoría jurídica, en ALCÁCER GUIRAO, R., «Opiniones constitucionales», cit., pp. 5 y 8

⁵⁰ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Definición de delito. Clasificación», en ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al derecho penal. Parte general*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 97 a 100, en pp. 97 y 98.

específicamente destinados a hacer nacer en el sujeto pasivo la voluntad de cometer una conducta atípica, porque ninguna de ellas se encuentra tipificada en el Código Penal.

Sin perjuicio de un futuro pronunciamiento por parte del TC respecto de los tipos de inducción tecnológica, de lo anterior puede inferirse que las conductas expresivas consistentes en distribuir o difundir públicamente material específico para, en definitiva, incitar al suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas, no están amparadas por el derecho a la libertad de expresión, principalmente por el peligro que generan para bienes jurídicos de gran relevancia constitucional y porque no dejan de ser conductas que constituyen una forma de violencia sobre los menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Cierto es que para determinar la especificidad del material para producir la incitación será necesario analizar el propio contenido, el contexto de este, el lugar o medio de publicación, su autoría, la intencionalidad del autor y el destinatario del mismo⁵¹. Pero usar las TIC para distribuir o difundir contenido tendrá un mayor alcance e impacto que si se usa un medio tradicional, por el poder amplificador con el que cuentan los medios tecnológicos. Esto es lo que se conoce como efecto red⁵².

A pesar de que se trate de conductas no amparadas por el derecho a la libertad de expresión conforme a los pronunciamientos del TC existentes hasta el momento, cualquier intervención penal en una conducta expresiva ya implica *per se* un efecto desaliento en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión; efecto que aún es mayor si la norma penal es indeterminada en cuanto a las conductas expresivas que merecen reproche penal⁵³. Por ello, ante esta indeterminación por parte del legislador, se requerirá por parte del órgano

⁵¹ STC (Sala Primera) núm. 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016), FF. JJ. 3, 5 y 6.

⁵² STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 3.(I).

⁵³ CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Límites constitucionales al discurso del odio», en CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 87 a 181, en p. 175.

judicial una posterior interpretación en la aplicación de los tipos conforme a los principios constitucionales y limitadores del *ius puniendi*.

2 CREACIÓN DE TIPOS PENALES SOBRE CONDUCTAS ATÍPICAS. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

La LO 8/2021⁵⁴, en su Disposición final sexta, introdujo nuevos tipos en el Código Penal, relativos a la inducción a la comisión de hechos a través de las TIC⁵⁵, puesto que con anterioridad no se preveía ninguno al respecto⁵⁶. Estos tipos son los que se recogen en los arts. 143 bis, sobre la inducción al suicidio a través de medios tecnológicos, 156 ter, sobre la inducción a la autolesión, y 361 bis, sobre la inducción al consumo de sustancias nocivas.

Las TIC constituyen una herramienta de gran relevancia para el ejercicio de la libertad de expresión, debido a la instantaneidad y alcance con que se difunde la información, así como la facilidad de acceso y uso⁵⁷. Estas características, junto con la creencia de anonimato, son las que, a su vez, hacen de las TIC una

⁵⁴ La LO 8/2021 es una ley de carácter integral y de naturaleza multidimensional, que afecta a numerosos órdenes jurisdiccionales. Su objetivo es erradicar la violencia sobre la infancia y la adolescencia, desde todos los ámbitos, entre los que cabe destacar el educativo, el social y el familiar, de modo que se asegure y promueva el respeto a la dignidad de los menores de edad, mediante la adopción de medidas de distinta índole. Con esta ley se busca conseguir una legislación en materia de protección de menores frente a la violencia coherente, uniforme y amplia, asumiendo de este modo la obligación que se contiene en el art. 39 CE, y en otros tratados internacionales suscritos por España.

⁵⁵ Atendiendo a la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 97/2015, de 24 de febrero (ROJ STS 2015/823), FJ Primero, el concepto de TIC no constituye un listado *numerus clausus*. Cabe dentro de este cualquier medio tecnológico, ya sea Internet, el teléfono u otras tecnologías de la información y de la comunicación. También se incluyen “otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como, por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse”.

⁵⁶ ZARAGOZA TEJADA, J. I., «Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2021, en p. 2.

⁵⁷ STEDH (Gran Cámara) Caso de *Delfi AS c. Estonia*, de 16 de junio de 2015 (HUDOC sentencia núm. 64569/09), § 110. En este sentido, también cabe mencionar la Resolución 2144 (2017) sobre la terminación de la ciberdiscriminación y el odio en línea de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 25 de enero de 2017, párr. 1.

herramienta que facilita la perpetración de conductas delictivas⁵⁸, siendo un peligro si no se hace un uso responsable de las mismas⁵⁹.

La presencia de contenido indeseable, peligroso o violento y, en ocasiones, ilícito⁶⁰ accesible de modo permanente en Internet puede menoscabar la dignidad, seguridad y privacidad de los menores de edad, que cada vez acceden más jóvenes⁶¹, haciéndolos más vulnerables⁶². Hoy en día, uno de los riesgos presentes entre los menores de edad es el de los juegos o retos virales de contenido autolesivo en Internet y las redes sociales⁶³.

⁵⁸ CUERDA ARNAU, M. L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (Una aproximación de urgencia)», en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 465 a 516, en p. 468.

⁵⁹ El Consejo de Europa ha adoptado varias recomendaciones sobre el uso de Internet dirigidas a los usuarios, como la Guía de derechos humanos para los usuarios de Internet (Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros y exposición de motivos, de 16 de abril de 2014). Asimismo, consciente de la vulnerabilidad de los niños y jóvenes ante el contenido y el comportamiento tóxico en Internet, ha adoptado recomendaciones dirigidas especialmente a ellos, como la Recomendación CM/Rec(2006)12 del Comité de Ministros para empoderar a los niños en el nuevo entorno de la información y las comunicaciones, la Recomendación CM/Rec(2009)5 del Comité de Ministros para proteger a los niños del contenido y comportamiento dañoso en Internet, la Recomendación 1882 (2009) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la promoción de los servicios de Internet para menores, y las Directrices para respetar, proteger y cumplir los derechos del niño en el entorno digital (Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros). La UE ha remarcado la importancia de la alfabetización mediática para conseguirlo en la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, considerandos (47) y (59).

⁶⁰ Se considera contenido ilícito “cualquier información que no sea conforme con el Derecho de la Unión o la legislación del Estado miembro de que se trate”, a tenor de lo establecido en la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, párr. 4.b).

⁶¹ La Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares del Instituto Nacional de Estadística (INE), publicada el 15 de noviembre de 2021, pone de manifiesto que la utilización de las nuevas tecnologías por menores de 10 a 15 años se encuentra muy extendida. Principalmente, son las niñas las que las usan en mayor medida, con un porcentaje de 95,8, frente al 94,5 que representan los niños. El uso de las TIC se incrementa con el crecimiento de ambos.

⁶² Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de la dignidad, seguridad y privacidad de los niños en Internet, adoptada el 20 de febrero de 2008.

⁶³ CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas tecnologías (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 156, 2022, en p. 2. En la misma línea, MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia. Excurso: Provocación al suicidio a través de internet y otros medios de comunicación», en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 67 a 85, en p. 82.

La punibilidad de la intervención en las conductas de suicidio, autolesión y consumo de sustancias nocivas cuando quienes las realizan son menores de edad o personas con discapacidad que no cuenten con el suficiente desarrollo mental, no es casual. Esta clase de conductas genera una elevada desaprobación objetiva⁶⁴ y moral⁶⁵ en la sociedad, circunstancias que no son indiferentes para el legislador penal⁶⁶.

Los tipos de inducción tecnológica se crean con el objetivo de evitar la impunidad de conductas realizadas a través de las TIC, y también del incitador, porque tratándose de conductas atípicas⁶⁷, no puede sancionarse al autor material⁶⁸. Asimismo, estos nuevos tipos penales prevén expresamente la retirada del contenido específicamente destinado a incitar a la comisión de las mencionadas

⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 2, 1987, pp. 301 a 318, en p. 302. Es esta desaprobación objetiva la que conlleva especialmente la punibilidad de la intervención en conductas que son atípicas. De lo contrario, carece de sentido que el autor quede impune por una conducta que él mismo realiza y que se sancione penalmente al partícipe que interviene en la conducta principal, en TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos*, 4, 1979-1980, pp. 169 a 202, en p. 175.

⁶⁵ CARBONELL MATEU, J. C., «Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues qüestions: suïcidi i avortament», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 17, 1991, pp. 9 a 18, en p. 14.

⁶⁶ ROLDÁN BARBERO, H., «Prevención del suicidio y sanción interna», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 1, 1987, pp. 625 a 646, en pp. 627 y 628.

⁶⁷ El Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ) define atípica como: “dicho de una conducta o un acto: que no es típica, que no encaja formal o materialmente en un tipo legal de delito”. Respecto de las autolesiones, el hecho de que en el art. 147 del Código Penal se haga referencia a la locución “otro” permite excluir la tipicidad de las mismas, en Díez Ripollés, J. L., *Los delitos de lesiones*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 37 y 38. Asimismo, en referencia al consumo de sustancias nocivas, cabe decir que se considera una infracción administrativa grave el consumo de drogas tóxicas y estupefacientes en vías públicas, reconocida en el art. 36.16 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. El autoconsumo de drogas no constituye un ilícito penal, y así lo ha determinado el Tribunal Supremo (TS) en sentencias como la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 360/2015, de 10 de junio (RJ 2015\2516), FJ Cuarto, y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 380/2020, de 8 de julio (RJ 2020\3600), FJ Quinto 2 y 4. Si se contemplara como delito el consumo de drogas en vías públicas, podría vulnerarse el principio *non bis in idem*. Se cita la STC (Sala Primera) núm. 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981), FJ 4.

⁶⁸ JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, p. 148, y de la misma autora, «El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico penal español», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 32, 2009, en p.1.

conductas por parte de las autoridades judiciales⁶⁹, por entender el legislador que se trata de material que constituye una forma de violencia⁷⁰, y que, por consiguiente, es ilícito, siguiendo lo preceptuado en el art. 19 LO 8/2021.

No es nuevo el debate relativo a la punibilidad de las intervenciones en conductas atípicas. Este ya se desarrolló respecto de la inducción al suicidio⁷¹, prevista y penada actualmente en el art. 143 del Código Penal, si bien los nuevos tipos presentan peculiaridades respecto de este último tipo.

La globalización, igual como ocurre con otros aspectos, tiene consecuencias directas sobre la criminalidad. Las nuevas tecnologías tienen enormes ventajas para la sociedad, pero permiten la aparición de nuevos fenómenos criminales que se sirven de esas mismas funcionalidades para ser más efectivos y eficientes. El sistema penal debe adaptarse a estas nuevas formas y tendencias delictivas⁷², hecho que entraña una ampliación del Derecho penal a nuevos ámbitos⁷³.

⁶⁹ La UE se ha pronunciado sobre la necesidad de retirar los contenidos ilícitos de Internet y de las redes sociales, así como de disponer de canales de denuncia accesibles. Concretamente, puede verse la Comunicación de la Comisión Europea sobre la lucha de contra el contenido ilícito en línea (COM/2017/0555 final), de 28 de septiembre de 2017, y la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, párr. 20.

⁷⁰ Conforme al art. 1.2 LO 8/2021 “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”.

⁷¹ Ya se ha tratado por varios autores la necesidad de la punición de las conductas relacionadas con el suicidio, puesto que la conducta principal es atípica. Sin embargo, en la actualidad, aún no está resuelto este debate. Este empezó con la tipificación del suicidio. A partir del Código Penal de 1822, dejó de contemplarse la punición del mismo, por considerarse que se trataba de una pena inútil y que podía producir un efecto contraproducente. No obstante, a pesar de desaparecer el tipo formal de suicidio, el Código Penal de 1848 estableció por primera vez un tipo penal específico sobre las intervenciones en el suicidio, en FELDMANN, M., «La regulación española relativa a la punibilidad de las intervenciones en el suicidio en comparación con la situación en el Derecho alemán», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 64, Fasc/mes 1, 2011, pp. 99 a 162, en pp. 139 y 140.

⁷² BORJA JIMÉNEZ, E., «Modernas tendencias y proyecciones de la Política Criminal en un mundo globalizado», en BORJA JIMÉNEZ, E. (dir.), *Curso de política criminal*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 115 a 128, en pp. 117 a 120.

⁷³ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Expansión del derecho penal, derecho penal del enemigo y límites infranqueables del sistema», en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23 a 42, en pp. 23 y 24.

La sociedad actual, concebida como sociedad del riesgo⁷⁴, es proclive a la aparición de situaciones de pánico moral, semejantes a las que se producen ante el miedo a ataques terroristas⁷⁵. La generalización y aceptación de la subsistencia de un nuevo riesgo derivado del aumento de conductas perjudiciales para los menores de edad⁷⁶ y también para las personas con discapacidad, provoca que los ciudadanos demanden una mayor protección por parte del Estado. El legislador penal toma así un carácter funcionalista, y desempeña una función social, adelantando las barreras de protección, a modo de prevención de futuras conductas criminales⁷⁷.

En general, una ampliación del poder punitivo en orden a dar respuesta a determinada clase de conductas, lleva aparejada una disminución del espacio de ejercicio de las libertades del individuo⁷⁸. Este espacio aún se puede mermar más si se opta por el recurso a la justicia penal preventiva⁷⁹, hasta el punto de sancionar conductas que pueden suponer el simple ejercicio de un derecho fundamental. La reacción del legislador ante esta proliferación de conductas alarmantes pasa por sancionar penalmente al partícipe, por la ausencia de sujeto

⁷⁴ BORJA JIMÉNEZ, E., «Modernas tendencias...», cit., pp. 119 y 120.

⁷⁵ PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63 a 93, en pp. 64 y 65.

⁷⁶ Según los últimos datos sobre defunciones por suicidio en menores de 15 años del INE, publicados el 10 de noviembre de 2021, puede observarse un aumento de casos de suicidios en menores de 15 años en el año 2020, con un total de 14 suicidios, respecto del año 2019, con un total de 7 suicidios. Asimismo, la Encuesta sobre Alcohol y Drogas en Población General en España (EDADES) de 2021 del Ministerio de Sanidad, que se incluye en el Plan Nacional sobre Drogas, realizada en personas desde 15 a 64 años, muestra que la edad media de inicio en el consumo de alcohol y tabaco se sitúa sobre los 16,6 y 16,7 años respectivamente, mientras que la de consumo de drogas ilegales sobre los 18,5 años.

⁷⁷ BORJA JIMÉNEZ, E., «Modernas tendencias...», cit., pp. 119 y 120.

⁷⁸ VIVES ANTÓN, T. S., «Garantías constitucionales y terrorismo», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27 a 34, en p. 29.

⁷⁹ BORJA JIMÉNEZ, E., «Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 159 a 214, en p. 161.

al que la norma penal pueda dirigirse en el suicidio, la autolesión y el consumo de sustancias nocivas⁸⁰.

Las consideraciones que anteceden no obstaculizan a que el Estado pueda sancionar penalmente el ejercicio de Derechos fundamentales⁸¹. Sin embargo, estas sanciones deben ser excepcionales⁸² y someterse a los principios y garantías que fundamentan el Derecho penal⁸³. Y en la sociedad del riesgo suele prescindirse de estos principios y garantías⁸⁴. Podría pensarse que existe una moda al recurso al Derecho penal⁸⁵, usado como instrumento político tranquilizador⁸⁶, aun sin haberse probado su efectividad real.

El Derecho penal sirve para hacer normas en función de la trascendencia de los bienes jurídicos⁸⁷ y la magnitud de los ataques que puedan producirse contra los primeros⁸⁸. A tenor del art. 10 del Código Penal, son delito aquellas acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por ley. La expresión “penadas por ley” se refiere a la tipicidad, y esta, a su vez, significa relevancia, en este caso, para el Derecho penal⁸⁹. Por tanto, una conducta solo puede ser delito si lesiona o pone en peligro un bien jurídico⁹⁰. En efecto, las conductas de inducción tecnológica ponen en peligro la vida, la salud y la integridad física de los menores de edad o las personas con discapacidad.

⁸⁰ ROLDÁN BARBERO, H., «Prevención del suicidio...», cit., pp. 627 y 628, y TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...», cit., p. 176. En la misma línea, MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 67.

⁸¹ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FJ 27.

⁸² JUANATEY DORADO, C., «El tratamiento del suicidio...», cit., p. 33.

⁸³ VIVES ANTÓN, T. S., «Garantías constitucionales...», cit., pp. 28 y 30.

⁸⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Expansión del derecho penal...», cit., p. 30.

⁸⁵ BORJA JIMÉNEZ, E., «Justicia penal preventiva...», cit., pp. 183 y 184.

⁸⁶ BORJA JIMÉNEZ, E., «Justicia penal preventiva...», cit., p. 163.

⁸⁷ Son los bienes jurídicos protegidos los que otorgan relevancia penal a una determinada conducta, en MIR PUIG, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/mes 1, 1994, pp. 5 a 28, en p. 11.

⁸⁸ ROLDÁN BARBERO, H., «Prevención del suicidio...», cit., p. 627, y DEL ROSAL BLASCO, B., «Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, 7, 1992, pp. 133 a 146, en p. 132. También CARBONELL MATEU habla sobre que solo debe prohibirse aquello que trascienda en las libertades de terceros, y plantea la constitucionalidad del art. 409 del Código Penal, tipo vigente en ese momento que penaba las intervenciones en el suicidio ajeno, en CARBONELL MATEU, J. C., «Lliure desenvolupament de la personalitat...», cit., p.1.

⁸⁹ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Definición de delito...», cit., pp. 97 y 98.

⁹⁰ ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Definición de delito...», cit., p. 114.

En realidad, en los nuevos tipos penales no se castiga la inducción a realizar el suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas, sino que se castiga la distribución o difusión pública por parte de un tercero de material específicamente destinado a generar la inducción a las anteriores conductas. A diferencia de lo que ocurre respecto de la inducción al suicidio del art. 143 del Código Penal, la barrera de protección se fija antes⁹¹.

Pese a que, en principio, no deben penarse las conductas de participación⁹² en un hecho que no es típico y antijurídico⁹³, porque es irrelevante la intervención del tercero⁹⁴, nada impide al legislador crear figuras específicas que se correspondan con conductas de participación elevadas a la categoría de delito autónomo⁹⁵. Y así ha procedido respecto de los tipos de inducción tecnológica.

Como respuesta a la proliferación de conductas perjudiciales para los menores de edad y personas con discapacidad, y ante la ausencia de un tipo penal

⁹¹ MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 83. Se mencionan también, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 734/2017, de 15 de noviembre (RJ 2017\4912), FJ Tercero, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 13/2018, de 16 de enero (RJ 2018\238), FJ Segundo, SAN (Sala de Apelación) núm. 10/2019, de 8 de julio (ARP 2019\1368), FJ Segundo, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 341/2022, de 5 de abril (RJ 2022\2047), FJ Tercero.

⁹² La razón por la que se penan las conductas de participación es por la teoría del ataque accesorio al bien jurídico: el partícipe colabora o contribuye indirectamente a la lesión del bien jurídico protegido, en BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ed. Comares, Granada, 2001, pp. 15 y 16. La participación no es punible de forma autónoma, en PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 230 y 231.

⁹³ STS (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 1986 (RJ 1986\1964), FJ Segundo, y STS (Sala de lo Penal) de 8 de febrero de 1988 (RJ 1988\911), FJ Primero.

⁹⁴ En la actualidad, rige la teoría de la accesoriedad limitada, que exige que el autor ejecute un hecho típico y antijurídico, en PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, cit., p. 337, BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, cit., pp. 15 y 16, y ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 166, 167 y 224. Además, el TC tiene reconocido en su sentencia del Pleno núm. 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181 de 30 de julio 1981) que la privación de la propia vida es un acto no prohibido por la ley (FJ 7). Según JAKOBS el suicidio *per se* no ocasiona lesión jurídica y, por consiguiente, la impunidad del suicidio debe ir seguida de la impunidad de la participación en tal acto, en JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 36 y 37. Lo mismo cabe decir de la autolesión, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., p. 39, y del consumo de sustancias nocivas. Se cita, entre otras, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 380/2020, de 8 de julio (RJ 2020\3600), FJ Quinto 2 y 4.

⁹⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., «La participación y el auxilio en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 1, 1987, pp. 73 a 98, en p. 93, y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S., «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España», en *Nuevo Foro Penal*, 79, 2012, pp. 115 a 152, en p. 124.

aplicable a las conductas realizadas mediante las TIC, que no pueden calificarse propiamente de inducción, en gran medida, por el contexto en el que las mismas se producen, el legislador necesita de la creación de una figura específica⁹⁶, preservando, de este modo, el principio de seguridad jurídica.

La inducción debe ser directa, conforme al art. 28 del Código Penal, lo que implica, entre otros aspectos, que debe dirigirse a un sujeto determinado⁹⁷ y existir una relación interpersonal entre el inductor y el inducido⁹⁸. Sin embargo, en el ámbito de las nuevas tecnologías, la mayoría de las publicaciones no se dirigen a un destinatario concreto y, dada la dificultad de conocer la identidad real del sujeto activo, es complejo determinar una responsabilidad individual⁹⁹. Además, sería excesivo, en la mayoría de los casos, recurrir a la autoría mediata, atendiendo a la inimputabilidad del sujeto pasivo que se presume en los tipos penales¹⁰⁰.

Tampoco se trata de una provocación en sentido estricto, del modo en que se prevé en el art. 18 del Código Penal¹⁰¹; no se está incitando a la comisión de delitos, puesto que se trata de conductas atípicas¹⁰².

Indiscutible es que la protección de los menores de edad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección ante ataques contra su vida, su

⁹⁶ CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., p. 7, y MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., pp. 67 y 68.

⁹⁷ STS (Sala de lo Penal) de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988\3483), FJ Segundo, y STS (Sala de lo Penal) núm. 1065/1992, de 12 de mayo (RJ 1992\3868), FJ Primero.

⁹⁸ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): los sujetos del hecho típico», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 293 a 328, en p. 305.

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., pp. 67 y 68.

¹⁰⁰ CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III): suicidio y eutanasia», en GÓNZALEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85 a 96, en pp. 95 y 96.

¹⁰¹ La provocación exige que se trate de una incitación directa a una persona concreta, su realización a través de un medio capaz de dar publicidad a la conducta, debe consistir en incitar a la comisión de hechos delictivos y, por último, la incitación ha de ser suficiente para convencer al sujeto al que se dirige, en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): las fases de realización del hecho típico (*iter criminis*)», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 277 a 292, en pp. 282 y 283.

¹⁰² CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., pp. 7 y 8, CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III)...», cit., p. 95, y MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 83.

salud y su integridad física influye directamente en el desarrollo de la sociedad. Pero tampoco puede negarse el relevante papel que juega la libertad de expresión en este aspecto. El Derecho penal debe actuar como *ultima ratio*¹⁰³, de modo que se mantenga la proporcionalidad entre la protección y la limitación de derechos¹⁰⁴. Aunque se requiere de un análisis sustantivo de los nuevos tipos penales, ya puede avanzarse que la intervención penal en las conductas derivadas de la inducción tecnológica no es desproporcionada.

3 ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LOS NUEVOS TIPOS PENALES

3.1 Bien jurídico protegido

Por un lado, los arts. 143 bis y 156 ter del Código Penal se incluyen en los delitos contra la vida y la salud, en los que debería pensarse la muerte¹⁰⁵ y las lesiones ajenas¹⁰⁶, pero no las del propio sujeto. El bien jurídico protegido del art. 143 bis del Código Penal es la vida humana independiente¹⁰⁷. A diferencia del bien jurídico que se protege en la inducción al suicidio¹⁰⁸, el art. 143 bis del Código Penal protege la vida deseada por el menor de edad o la persona con discapacidad antes de que se inicie la conducta, si bien con esta lo que se busca es que pase a no serlo.

¹⁰³ El DPEJ define *ultima ratio* como: "condición que se predica del derecho penal, que solo puede ser utilizado por el Estado como el último recurso para proteger bienes jurídicos, cuando otros órdenes jurídicos han resultado insuficientes, al implicar su uso la razón de la fuerza".

¹⁰⁴ CARBONELL MATEU, J. C., «Lliure desenvolupament de la personalitat...», cit., p.11.

¹⁰⁵ ROXIN, C., «Homicidio a petición y participación en el suicidio. Derecho vigente y propuesta de reforma», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 66, Fasc/mes 1, 2013, pp. 13 a 25, en pp. 14 y 24.

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 37 y 38.

¹⁰⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 25 y 26.

¹⁰⁸ En opinión de CARBONELL MATEU el bien jurídico protegido realmente tutelado por la norma penal es el interés del Estado en la continuidad de la vida que no es deseada por su titular, en CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III)...», cit., pp. 85 y 86. La función del Derecho penal en los delitos contra la vida es tutelar la vida libremente deseada por su titular, conforme al art.15 CE, por lo que el Derecho penal no debe intervenir cuando no exista voluntad por parte del sujeto en seguir viviendo, en CARBONELL MATEU, J. C., «Lliure desenvolupament de la personalitat...», cit., p. 14.

El bien jurídico protegido del art. 156 ter del Código Penal es la salud física y psíquica de los menores de edad y de las personas con discapacidad¹⁰⁹.

Por otro lado, el art. 361 bis del Código Penal se inserta en los delitos contra la salud pública. Aunque el bien jurídico protegido en los delitos que tengan la anterior calificación es la salud pública¹¹⁰, siendo este un bien jurídico colectivo, en el caso del art. 361 bis en realidad se está protegiendo la salud individualmente considerada del menor de edad o de la persona con discapacidad¹¹¹.

Los tipos penales de inducción tecnológica son delitos de peligro abstracto¹¹², por cuanto la conducta comporta un riesgo o peligro para el bien jurídico protegido, pero este no es específico¹¹³ ni se requiere la producción de una lesión¹¹⁴.

Conforme a lo dicho, con la creación de estos delitos no se ha desobedecido el principio de ofensividad, porque protegen bienes jurídicos de gran valor social

¹⁰⁹ CARBONELL MATEU, J. C., «Lesiones», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 115 a 140, en p. 155. En opinión de DÍEZ RIPOLLÉS el bien jurídico protegido ampliamente aceptado es la integridad corporal y la salud, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, cit., pp. 18 y 19.

¹¹⁰ ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la seguridad colectiva (II): delitos contra la salud pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 629 a 647, en pp. 629 y 630.

¹¹¹ MUÑOZ CONDE considera, en cambio, que el bien jurídico protegido es la salud pública también respecto del tipo del art. 361 bis del Código Penal, en MUÑOZ CONDE, F., «Delitos contra la salud pública. Delitos sobre materias cuya ingestión o uso produce daños en la salud: 1) Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos. Excurso I: Provocación al consumo de productos peligrosos a través de internet y otros medios de comunicación. 2) Medicamentos y productos sanitarios. Excurso II: El delito de dopaje. 3) Bebidas, comestibles y géneros corrompidos», en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 647 a 668, en p. 652.

¹¹² ZARAGOZA TEJADA, J. I., «Nuevos fenómenos criminales...», cit., p. 5, MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 83, y ESQUINAS VALVERDE, P., «El homicidio y sus formas», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.) y ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 51 a 70, en p. 68.

¹¹³ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): el tipo de acción», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 223 a 232, en p. 229.

¹¹⁴ STS (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 419/2017, de 8 de junio (RJ 2017\2634), FJ Segundo, STS (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 794/2017, de 11 de diciembre (ROJ STS 4536/2017), FJ Tercero, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 916/2021, de 24 de noviembre (RJ 2021\5680), FJ Segundo.

ante conductas que generan un riesgo o peligro para estos¹¹⁵. Por ello, tampoco su castigo quebrantaría el principio de proporcionalidad¹¹⁶.

3.2 Sujeto activo

Los nuevos tipos penales son delitos comunes¹¹⁷, lo que supone que el sujeto activo en estos tipos puede ser cualquier persona¹¹⁸, incluso un menor de edad penal, si bien sería sancionado conforme a la legislación en materia de responsabilidad penal del menor¹¹⁹. La norma penal no exige una condición ni una característica específica respecto del autor material del delito¹²⁰. En consecuencia, se aplicarán las reglas generales de autoría y participación.

3.3 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de los nuevos tipos son los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Se trata de un sujeto pasivo indeterminado, ya que se corresponde con el colectivo de menores de edad y el colectivo de personas con discapacidad a las que pudiera afectar el contenido.

Con arreglo al art. 19 del Código Penal, es menor de edad el menor de 18 años¹²¹.

El art. 25 del Código Penal establece que “se entiende por discapacidad aquella situación en la que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Asimismo, a efectos del

¹¹⁵ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Principios derivados del principio de legalidad», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 129 a 137, en pp. 132 y 133.

¹¹⁶ STC (Pleno) núm. 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm.102 de 27 de abril de 1996), FJ 6.

¹¹⁷ CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., p. 4.

¹¹⁸ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): el tipo...», cit., p. 229.

¹¹⁹ En virtud del art. 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM).

¹²⁰ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): los sujetos...», cit., p. 294.

¹²¹ Tanto la CE, en su art. 12, como el Código Civil, en su art. 240, consideran que se obtiene la mayoría de edad al cumplir los 18 años.

Código Penal, se reconoce como persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella que, teniendo o no modificada judicialmente su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para ejercer su capacidad jurídica y tomar decisiones sobre su persona, derechos o intereses propios, como consecuencia de sus deficiencias intelectuales o mentales permanentes.

Los tipos en realidad protegen a aquellos sujetos que no cuenten con un desarrollo mental y madurez suficiente, que les permita conocer el alcance de la conducta incitada. No existe inconveniente, en principio, en incluir a todos los menores de 18 años, porque se acepta una falta de madurez respecto de estos¹²². En cuanto a los sujetos discapacitados necesitados de especial protección, como el párrafo segundo del art. 25 del Código Penal establece, habrá de entenderse por tales sujetos a los que cuenten con deficiencias intelectuales o mentales permanentes. No resultarían de aplicación, por tanto, respecto de una persona cuya discapacidad derive de una deficiencia física, que comprenda perfectamente el alcance de la conducta.

El objeto material de los tipos de inducción tecnológica es el cuerpo del menor de edad o persona con discapacidad, puesto que es donde se materializa la conducta típica¹²³.

3.4 Conducta típica

Los tres tipos de inducción tecnológica establecen: “La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar” —en el caso del tipo del art. 361 bis del Código Penal se utilizan los verbos “promover o facilitar”— el suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas de o entre personas menores de edad y discapacitadas necesitadas de especial protección.

¹²² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad (cont.): imputabilidad o capacidad de culpabilidad», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 335 a 352, en p. 337.

¹²³ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): los sujetos...», cit., p. 327.

Se trata de delitos de mera actividad¹²⁴. De ahí que, en principio, para su consumación, baste con la realización de la conducta típica, sin que sea necesario un ulterior resultado¹²⁵. Seguidamente, se analizarán los elementos que conforman la conducta típica.

Comenzando con los verbos típicos, según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (RAE), promover es “impulsar el desarrollo o la realización de algo”; fomentar significa “excitar, promover, impulsar o proteger algo”; por incitar se entiende “inducir con fuerza a alguien a una acción”; facilitar quiere decir “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecuencia de un fin”. Contextualizándolos en los tipos penales de inducción tecnológica, se trata de distribuir o difundir públicamente contenido capaz de hacer nacer en un menor de edad o en una persona con discapacidad la voluntad o el deseo de llevar a cabo el suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas, que, con arreglo a las reglas de la inducción, no debería existir con anterioridad a la intervención del incitador¹²⁶.

Delimitados los verbos típicos, es necesario conocer también qué se entiende por distribución y difusión pública. Por una parte, la RAE define distribución como “acción y efecto de distribuir”. El concepto de distribución pública se prevé respecto de los delitos contra la propiedad intelectual, recogidos en los arts. 270 y siguientes del Código Penal, aceptándose, de acuerdo con los anteriores artículos, que distribución pública se corresponde con la puesta a disposición del público de un determinado material¹²⁷. Por otra parte, difusión se define como

¹²⁴ CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., p. 5.

¹²⁵ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): el tipo...», cit., p. 230. En este sentido, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 512/2017, de 5 de julio (RJ 2017\4133), FF. JJ. Tercero y Séptimo, SAN (Sala de Apelación) núm. 10/2019, de 8 de julio (ARP 2019\1368), FJ Segundo, SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 16/2020, de 1 de septiembre (ARP 2020\1340), FJ Tercero, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 137/2021, de 17 de febrero (RJ 2021\1082), FJ Cuarto.

¹²⁶ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): los sujetos...», cit., pp. 305 y 306, y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., «Autoría y participación», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 397 a 427, en p. 410. Véanse las STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 813/2008, de 2 de diciembre (TOL 1413511), FJ Primero, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 347/2022, de 6 de abril (TOL 8908738), FJ Tercero.

¹²⁷ Art. 19 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En este sentido, se cita la SAP Castellón

“acción y efecto de difundir”. Así, difusión pública es extender, propagar o divulgar¹²⁸ públicamente un determinado material. Por tanto, los delitos se entenderán consumados cuando se ponga a disposición del público o se extienda entre este el contenido específicamente destinado a incitar.

El medio a través del que debe realizarse la conducta típica es Internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación. Los usuarios, a través de estos medios, pueden compartir su punto de vista y sus opiniones, interactuar con otros, recibir y compartir información, pudiendo obtener identidad y apoyo por parte de otros usuarios¹²⁹. A pesar de esto, las peculiaridades de las TIC, como son su efecto multiplicador, la sensación de anonimato de los usuarios y el bajo control de las interacciones, facilitan que se publique y difunda diversidad de contenido, incluso ilícito o falso, y que se magnifique el alcance del mismo¹³⁰.

En los tres tipos penales aparece la expresión “contenidos específicamente destinados”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado y de carácter omnicompreensivo¹³¹, que requerirá de una posterior interpretación judicial¹³². Esta indeterminación, no obstante, no significa que el legislador haya dejado de observar el principio de taxatividad en la redacción de los tipos¹³³.

Así, en el material distribuido o difundido públicamente debe hacerse patente la voluntad del autor de que el contenido sea capaz por sí mismo de incitar al suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas de menores de edad

(Sección 2ª) núm. 433/2010, de 3 de noviembre (JUR 2011\123353), FJ Primero, y SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 72/2011, de 15 de febrero (JUR 2011\192691), FJ Segundo.

¹²⁸ Definición de difundir en el Diccionario de la lengua española de la RAE en sus acepciones 1 y 3.

¹²⁹ COCHO PÉREZ, F., «Riesgos en la seguridad nacional y uso de las redes sociales en la adolescencia: análisis de los mecanismos y procesos de captación y radicalización de adolescentes en redes sociales», en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 405 a 441, en p. 408.

¹³⁰ Resolución 2144 (2017) sobre la terminación de la ciberdiscriminación y el odio en línea de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 25 de enero de 2017, párr. 4.

¹³¹ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FJ 30.

¹³² CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Límites constitucionales...», cit., pp. 144 y 145.

¹³³ CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Límites constitucionales...», cit., p. 141.

o de personas con discapacidad. De lo contrario, la conducta sería demasiado amplia, pudiéndose vulnerar el principio de proporcionalidad y generar un efecto de desaliento¹³⁴.

La especificidad del contenido para incitar dependerá de la capacidad real de influencia, concepto al que ya ha hecho referencia el TC en materia de limitación del derecho a la libertad de expresión¹³⁵. Para determinar si existe capacidad real de influencia deben analizarse una serie de elementos: el contenido propio, el contexto, el lugar o medio de publicación del contenido, la intencionalidad del sujeto y el destinatario¹³⁶.

En el ámbito de las TIC coexisten destinatarios potenciales y reales, y el impacto de la publicación dependerá del número de destinatarios reales¹³⁷. La especificidad del material derivará, a su vez, de la capacidad de comprensión de estos últimos. Se castiga una conducta que supone un peligro para distintos bienes jurídicos de un colectivo indeterminado. Por ende, el material debe ser preciso para hacer nacer la voluntad en el colectivo, en el que se incluye a los menores de edad que por su falta de madurez y desarrollo mental insuficiente no son capaces de comprender el alcance la conducta y a las personas con discapacidad con deficiencias intelectuales o mentales permanentes.

Determinado el público real, debe analizarse el contenido propio. Si este contiene mensajes intimidatorios, coactivos o amenazantes, resultará específico para incitar, porque distorsiona la voluntad del destinatario¹³⁸.

Actualmente, en aquellas plataformas cuyos usuarios predominantes son menores de edad, existe contenido que aparentemente es inofensivo a ojos de

¹³⁴ STC (Sala Primera) núm. 37/1989, de 15 de febrero (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 1989), FJ 8, STC (Sala Segunda) núm. 190/1996, de 25 de noviembre (BOE núm. 3 de 3 de enero de 1997), FJ 3.b), STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 20 y 29 y STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 3.(vi).

¹³⁵ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 14, 15 y 16.

¹³⁶ STC (Sala Primera) núm. 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016), FF. JJ. 3, 5 y 6.

¹³⁷ STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 3.(ii), (iii) y (vi).

¹³⁸ STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999), FF. JJ. 14, 15 y 16.

un adulto; incluso puede serlo para un menor de edad que cuente con una determinada madurez mental o una persona con discapacidad que no tenga afectadas las facultades intelectuales y volitivas. Pero no es inocuo para aquellos menores de edad que aún no tienen plenamente desarrollada su personalidad ni tampoco para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Ejemplo de este tipo de material son los retos virales absurdos, pero peligrosos si no se es plenamente consciente de lo que implica su realización, porque pueden producir lesiones e incluso la muerte en quien los lleva a cabo. Este es el caso del reto de la Canela, el *Vacuum challenge*, el *Blackout challenge*, el *Kiki challenge*, el *Milk crate challenge*, el *Carbon challenge*, el juego de la Ballena azul u otro contenido como vídeos sobre cómo inhalar ciertas sustancias nocivas. Semejantes son las recomendaciones de productos médicos para emplearlos de forma distinta a la indicada, cuando, en la mayoría de ocasiones, necesitan de una prescripción médica para su adquisición y uso¹³⁹.

Además del anterior contenido, en plataformas como Instagram, TikTok o Twitter, pueden encontrarse multitud de publicaciones en las que se hace alusión a la necesidad de conseguir un determinado estado físico, por ser el que se entiende como normal en la sociedad presente, así como sugerencias y métodos incomprensibles para alcanzarlo. También es fácil toparse con comentarios sobre el físico de otra persona, ya sean elogios o críticas. Este tipo de material puede hacer nacer en el destinatario el deseo de alcanzar un cuerpo perfecto, poniendo en riesgo su salud y provocando enfermedades como la anorexia, la vigorexia o la bulimia.

Tomando en consideración la capacidad y el desarrollo mental del público real que accede a este tipo de contenido y el medio a través del que se distribuye o difunde, no puede negarse que el material al que se ha hecho referencia es susceptible de incitar al suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas. Igualmente, este tipo de contenido rebasa la simple expresión de

¹³⁹ El art. 7 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, por remisión del art. 5.4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, prohíbe la publicidad de medicamentos que necesiten prescripción facultativa, así como de los que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes.

opiniones, pensamientos o ideas que estarían amparadas por el derecho a la libertad de expresión.

3.5 Elemento subjetivo del tipo

De la expresión “contenidos específicamente destinados” que aparece en los tres tipos penales se deduce que, aparte de la especificidad del contenido, se requiere de una intencionalidad subjetiva¹⁴⁰ por parte del sujeto activo para que se entienda consumado el delito¹⁴¹. De este modo, se restringe el ámbito de aplicación de los tipos a aquellas conductas en las que se aprecie dolo¹⁴².

El adelantamiento de las barreras de protección en estos tipos entraña que el dolo debe alcanzar, en todo caso, la especificidad del material que se difunde o distribuye para facilitar, fomentar, promover o incitar al suicidio, la autolesión o el consumo de sustancias nocivas y el conocimiento por parte del sujeto activo de la especificidad del contenido para generar ese efecto. Además de lo anterior, la voluntad del mismo debe concretarse en que con la distribución o difusión del material específico se incite y, como mínimo, un menor de edad o una persona con discapacidad realice la conducta incitada; es decir, desde el principio el

¹⁴⁰ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): acción e intención», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 267 a 275, en p. 267.

¹⁴¹ Sirve de ejemplo la jurisprudencia respecto del elemento subjetivo en los delitos de los arts. 575.2 y 577.2.1º del Código Penal, contenida en sentencias como la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 354/2017, de 17 de mayo (RJ 2017\2540), FJ Segundo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 734/2017, de 15 de noviembre (RJ 2017\4912), FJ Tercero, SAN (Sala de Apelación) núm. 10/2019, de 8 de julio (ARP 2019\1368), FJ Segundo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 466/2019, de 14 de octubre (RJ 2019\5146), FJ Cuarto, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 357/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2066), FJ Tercero.

¹⁴² Existen discrepancias en cuanto a la consumación de los nuevos tipos de inducción tecnológica. ESQUINAS VALVERDE considera que no es necesario que concorra dolo para la consumación del delito. A su parecer, es suficiente con que el material sea, *ex ante*, idóneo para incitar a la causación de las conductas, en ESQUINAS VALVERDE, P., «El homicidio y...», cit., p. 68. En cambio, MUÑOZ CONDE y CARBONELL MATEU consideran que para que se consuma el delito debe concurrir dolo. Este dolo debe incluir, además de la aptitud del contenido para incitar, la intención del sujeto de que con la difusión o distribución de este contenido apto se incite a cometer las conductas mencionadas en los tipos, en, respectivamente, MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 83, y CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III)...», cit., p. 96. También CUERVO NIETO entiende que debe concurrir dolo para la consumación de la conducta típica, si bien este, en su opinión, debe abarcar tanto la aptitud del contenido para promover las conductas, como la efectiva realización de la conducta por parte del sujeto pasivo, en CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., p. 6.

sujeto activo persigue ese resultado, reconociéndose, por tanto, un dolo directo de primer grado.

Para probar que concurre este dolo, deberán tenerse en cuenta los distintos elementos externos¹⁴³ que acompañen la distribución o difusión del contenido, tales como el contexto en que se distribuye o difunde y el medio a través del que se hace, si bien son estos elementos los que, a su vez, dificultan su prueba.

3.6 *Iter criminis*

La fase interna de la ejecución del delito es irrelevante para el Derecho penal, de ahí que solo pueda sancionarse la exteriorización de la voluntad criminal¹⁴⁴. Respecto de los nuevos tipos, no resultan punibles los actos preparatorios —conspiración, proposición, provocación y apología—, pues el legislador no ha previsto expresamente esta circunstancia¹⁴⁵.

En los delitos deben realizarse todos los actos ejecutivos típicos para su consumación. Si no se llevan a cabo todos ellos, se estará ante una forma imperfecta de ejecución¹⁴⁶. No obstante, resulta complejo que, en los delitos de mera actividad, como es el caso de los nuevos tipos, se aprecie la tentativa acabada¹⁴⁷, porque, en general, la realización de todos los actos típicos ya conlleva la consumación del delito¹⁴⁸. Aun así, no existe inconveniente en apreciar la tentativa inacabada del delito¹⁴⁹.

Así pues, estos delitos se consuman con la distribución o difusión pública de contenido específicamente destinado a promover, fomentar, incitar o facilitar las conductas descritas en los tipos. Por tanto, puede darse la tentativa inacabada

¹⁴³ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 150/2019, de 21 de marzo (ROJ STS 934/2019), FJ Sexto.

¹⁴⁴ CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Límites constitucionales...», cit., p. 159.

¹⁴⁵ Véanse los arts. 17.3 y 18.2 del Código Penal.

¹⁴⁶ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Relevancia (tipicidad): las fases de...», cit., p. 284.

¹⁴⁷ En general, la jurisprudencia es restrictiva en la admisión de formas imperfectas de aparición en delitos de mera actividad. Así se menciona en las STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 889/2003, de 13 de junio (TOL 4926579), FJ Sexto, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 13/2018, de 16 de enero (RJ 2018\238), FJ Sexto.

¹⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., «Consumación y tentativa», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 380 a 396, en pp. 387 y 395.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

si el contenido se intercepta con anterioridad a su distribución o difusión o si el sujeto activo ha iniciado la conducta, pero se impide su distribución o difusión por parte de la plataforma de servicios por contravenir su política de uso. Si así ocurre, no se realizan los actos típicos relativos a distribuir o difundir públicamente.

Además de la tentativa, el sujeto activo puede desistir voluntariamente de la ejecución, a tenor del art. 16.2 del Código Penal, en cuyo caso resultaría exento de responsabilidad penal por el delito intentado. El desistimiento voluntario en el caso de los nuevos tipos puede darse si el sujeto activo elimina el material previamente a su primera visualización, o intenta, una vez distribuido o difundido, su eliminación de modo que no alcance a nuevos usuarios, sin perjuicio de resultar responsable por los actos ya ejecutados.

3.7 Autoría y participación

Anteriormente, se ha apuntado que los nuevos tipos son delitos comunes, que se penan conforme a las reglas generales de autoría y participación, recogidas en los arts. 27, 28 y 29 del Código Penal. Así, una vez determinado quién puede ser sujeto activo de los tipos, deberá analizarse la contribución del mismo al hecho típico para concretar si se trata de autor o partícipe.

Dentro de las diferentes clases de autoría que caben respecto de estos tipos — directa o única, coautoría y mediata— cobra especial importancia esta última, debido a la ausencia de capacidad de autodeterminación del sujeto pasivo, si bien esto se tratará con mayor profundidad en el siguiente apartado.

Además, pueden reconocerse conductas de participación en esta distribución o difusión pública, conforme a los arts. 28 y 29 del Código Penal. No cabe duda de que puede inducirse a alguien a que realice las conductas descritas en los tipos, pues no se trata de una inducción en cadena¹⁵⁰. También se admite la cooperación necesaria. Sería el caso de un tercero que contribuye indirectamente al hecho típico compartiendo la publicación en la misma o en

¹⁵⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 990/2013, de 30 de diciembre (ROJ STS 6695/2013), FJ Quincuagésimo Primero, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 278/2014, de 2 de abril (ROJ STS 1817/2014), FJ Séptimo, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017, de 1 de junio (ROJ STS 2800/2017), FJ Séptimo.

otras plataformas para conseguir un mayor alcance. Y en cuanto a la complicidad, se daría si un tercero sabe de la presencia del material incitador y no lo pone en conocimiento de la plataforma para su eliminación o retirada, aumentando potencialmente el riesgo de que llegue a un menor de edad o persona con discapacidad.

Una de las dificultades existentes respecto de los nuevos tipos es la de conocer la autoría real del contenido distribuido o difundido. En el ámbito de las TIC existen diferentes intervinientes que no desarrollan el mismo papel: el creador del contenido, el reproductor que hace suyo el contenido o el que simplemente lo comparte, además del propio proveedor de servicios¹⁵¹.

En los casos en los que se desconozca el autor real de la publicación resultaría de aplicación el art. 30 del Código Penal, que establece la responsabilidad en cascada¹⁵² en delitos que se cometan a través de medios de difusión mecánicos, entre los que cabe incluir a las nuevas tecnologías de la información¹⁵³. La responsabilidad en cascada se corresponde con una responsabilidad escalonada, subsidiaria y excluyente en función del orden que se prevé en el apartado 2 del art. 30 del Código Penal respecto de aquellos que sean autores conforme al art. 28 del mismo texto legal. Para que se aplique la responsabilidad en cascada en caso de desconocimiento del autor es necesario que concurra también culpabilidad en el responsable subsidiario¹⁵⁴.

3.8 Reglas concursales

En caso de producirse el resultado de suicidio o autolesión, aun tratándose de un delito de peligro y un delito de lesión, no se penaría con arreglo a las reglas del concurso de normas del art. 8.3º del Código Penal¹⁵⁵, sobre el principio de

¹⁵¹ STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022), FJ 3.(ii), (iii) y (vi).

¹⁵² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 14 de julio de 1993 (ROJ STS 9480/1993), FJ Segundo.

¹⁵³ MORALES HERNÁNDEZ, M. Á., «Autoría y participación», en MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 249 a 269, en p. 262.

¹⁵⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991\3679), FJ Cuarto, y STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 31 de enero de 1992 (RJ 1992\670), FJ Segundo.

¹⁵⁵ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 122/2002, de 1 de febrero (ROJ STS 593/2002), FJ Segundo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 109/2017, de 22 de febrero (ROJ STS 692/2017), FJ Segundo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 527/2021, de 16 de junio (ROJ

consunción¹⁵⁶; el delito de lesión en este caso no puede absorber el de peligro porque no se prevé en el Código Penal delito alguno referido al suicidio o la autolesión.

Aceptada la insuficiente madurez mental y la falta de capacidad del sujeto pasivo para consentir¹⁵⁷, la solución en estos casos pasaría por la figura de la autoría mediata de homicidio —art. 138 del Código Penal— o asesinato —art. 139 del Código Penal— en el supuesto de que el menor de edad o persona con discapacidad se suicide, o autoría mediata de lesiones —arts. 147 y siguientes del Código Penal en función de la lesión— si los anteriores sujetos se generan lesiones a sí mismos. No cabe hablar de autoría mediata en el caso del consumo de sustancias nocivas, ya que no existe tipo penal aplicable al autoconsumo de sustancias¹⁵⁸.

Esta falta de capacidad de autodeterminación del sujeto pasivo¹⁵⁹, impide que se pene como una inducción en caso de producirse el resultado¹⁶⁰. La inducción precisa que el sujeto pasivo cuente con el dominio del hecho¹⁶¹. Es este quien toma la decisión de realizar la conducta, de forma consciente, madura,

STS 2382/2021), FJ Primero, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 892/2021, de 18 de noviembre (ROJ STS 4252/2021), FJ Segundo.

¹⁵⁶ ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., «Principio “ne bis in ídem” y el concurso de normas», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 a 161, en pp. 154 y 155.

¹⁵⁷ En estos delitos no se aplica la edad mínima para consentir de 16 años que prevé el art. 183 bis del Código Penal, puesto que esta solo se aplica a los delitos cuyo bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, en CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores...», cit., p. 4. Igualmente, si se atiende al consentimiento necesario en los delitos de lesiones, previsto en el art. 155 del Código Penal, este debe ser válido, libre, espontáneo y expreso, y en ningún caso será válido el otorgado por una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, cit., p. 43. En la misma línea, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, cit., pp. 184 y 185.

¹⁵⁸ Como mucho, podría sancionarse administrativamente el autoconsumo de drogas en la vía pública. Así se menciona en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 360/2015, de 10 de junio (RJ 2015\2516), FJ Cuarto, y la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 380/2020, de 8 de julio (RJ 2020\3600), FJ Quinto 2 y 4.

¹⁵⁹ CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III)...», cit., p. 95.

¹⁶⁰ GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 100 a 105.

¹⁶¹ ROXIN, C., «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 1, 1999, en § E.I.1. En la misma línea, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 347/2022, de 6 de abril (TOL 8908738), FJ Tercero.

voluntaria, libre y responsable¹⁶². La ausencia de capacidad para consentir del sujeto pasivo comporta que se desplace el dominio del hecho hacia el incitador, y que el sujeto pasivo actúe como un mero instrumento a manos de aquel¹⁶³. Por tanto, se está ante una autoría mediata¹⁶⁴.

¹⁶² JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, cit., p. 24, y MUÑOZ CONDE, F., «Provocación al suicidio...», cit., pp. 311 y 313, TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio...», cit., pp. 176 y 177, BAJO FERNÁNDEZ, M., «Auxilio e inducción al suicidio, homicidio-suicidio», en BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, ed. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1992, pp. 73 a 85, en p. 78.

¹⁶³ SJME de Donostia-San Sebastián núm. 86/2005, de 12 de mayo (ARP 2005\214), FJ Cuarto, SAP Bizkaia (Sección 1ª) núm. 28/2009, de 23 de abril (TOL 1568307), FJ Octavo, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 507/2019, de 25 de octubre (RJ 2019\4563), FJ Quinto, SAP Castellón (Tribunal Jurado) núm. 11/2022, de 29 de julio (La Ley 212828/2022), FJ Segundo.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio...», cit., p. 83, y CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III)...», cit., p. 96.

CONCLUSIONES

1. La libertad de expresión es un derecho fundamental indispensable para el desarrollo de cualquier sociedad democrática y del propio individuo. Sin embargo, no es un derecho absoluto y puede someterse a límites que, en todo caso, deberán ser legítimos y necesarios para el fin que se persigue, de modo que no se produzca una disuasión excesiva en el ejercicio legítimo del derecho. La creación de nuevos tipos penales que tipifican la distribución o difusión pública de conductas expresivas incitadoras al suicidio, la autolesión y el consumo de sustancias nocivas a través de medios tecnológicos limita el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pero responde a la protección de bienes de suma relevancia constitucional y social como son la vida, la integridad física y la salud de los menores de edad y de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

2. Conforme a los pronunciamientos hasta la fecha del TC, las conductas expresivas derivadas de la inducción tecnológica no están amparadas por el derecho a la libertad de expresión. No se trata de una mera difusión de ideas, opiniones o pensamientos, sino de distribuir o difundir públicamente material que efectivamente sea idóneo para producir la conducta a la que se incita que, pese a ser atípica, constituye una forma de violencia para los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, quienes, generalmente, carecen de la capacidad suficiente para comprender el alcance de la conducta.

3. Es la LO 8/2021 la que introduce los tipos de inducción tecnológica en el Código Penal, ante un incremento patente, en las nuevas tecnologías, de contenido capaz de incitar a conductas atentatorias contra los menores de edad y personas con discapacidad, con las graves consecuencias negativas que ello conlleva sobre el desarrollo de los mencionados sujetos. El legislador opta por recurrir a la vía penal, adelantando las barreras de protección, como reacción a este tipo de conductas que generan alarma social por su gravedad.

4. Con los nuevos tipos de inducción tecnológica se tipifican conductas de participación en una conducta atípica elevadas a la categoría de delito autónomo. Hasta ahora no se preveía tipo penal alguno al respecto. Se trata de una figura

que se encuentra entre la provocación y la inducción, pero con especialidades: la conducta a la que se incita es atípica, el material no se dirige directamente a un destinatario concreto y determinado, sino a un colectivo, y debe llevarse a cabo a través de un medio tecnológico, con todo lo que ello implica.

5. Los bienes jurídicos protegidos son de titularidad individual, aunque la conducta afecte al colectivo de menores y personas con discapacidad. Los tipos de inducción tecnológica son delitos de peligro abstracto: basta con que el autor realice la conducta, la cual genera por sí sola un peligro *ex ante* para el colectivo.

6. El sujeto pasivo al que en realidad buscan proteger los tipos es al colectivo compuesto por menores de 18 años y por personas con discapacidad que tengan afectadas sus facultades intelectuales y mentales, respecto de los que se presume una falta de capacidad de autodeterminación.

7. El sujeto activo no presenta particularidades, pues los tipos se corresponden con delitos comunes.

8. Los delitos de inducción tecnológica se consuman con la distribución o difusión pública de contenido específicamente destinado a incitar a menores de edad y personas con discapacidad con merma de sus facultades mentales a que se suiciden, se autolesionen o consuman sustancias nocivas, que con anterioridad no habían resuelto hacerlo. El contenido deberá ser específico para incitar a las anteriores conductas, especificidad que dependerá del público real al que efectivamente se dirige el contenido.

9. Si bien los nuevos tipos son delitos de mera actividad, no basta con la realización de los elementos descritos en ellos para su consumación, se requiere la concurrencia de dolo directo de primer grado en el sujeto activo, limitándose así el ámbito de aplicación de los tipos. Este dolo debe abarcar la especificidad del contenido para incitar, el conocimiento por parte del autor de la anterior circunstancia y la voluntad de este de que con la difusión o distribución del material efectivamente se incite y algún menor de edad o persona con discapacidad lleve a cabo la conducta suicida, se autolesione o consuma sustancias nocivas.

10. Aunque resulte complejo apreciar formas imperfectas de ejecución en los delitos de mera actividad, en los nuevos tipos puede darse la tentativa inacabada de delito en caso de que, previamente a la distribución o difusión pública del material incitador, este se intercepte o se obstaculice su distribución o difusión por no cumplir el material con las políticas de uso de los medios a través de los que se pretende publicar, así como el desistimiento voluntario por parte del sujeto activo.

11. Se aplican a los tipos las reglas generales de autoría y participación, si bien el problema se dará cuando no pueda conocerse la identidad del sujeto responsable debido a las características de las TIC. En estos casos, la solución más adecuada es la aplicación del sistema de responsabilidad en cascada que recoge el Código Penal para delitos cometidos a través de medios de difusión mecánicos, de los que forman parte las nuevas tecnologías. No existe inconveniente en reconocer formas de participación en la conducta de distribución o difusión pública de material incitador.

12. Si, en efecto, se produce el suicidio o la autolesión por parte de algún menor o persona con discapacidad con merma de sus facultades, el delito se penará como una autoría mediata de homicidio o asesinato o lesiones, dada la falta de capacidad para consentir de los anteriores sujetos. Esto, sin embargo, no ocurrirá si un menor de edad o persona con discapacidad consume sustancias nocivas, pues no existe delito relativo al autoconsumo.

13. De lo expuesto, se concluye que la intervención del legislador penal para castigar expresiones consistentes en incitar a conductas atípicas a menores de edad y a personas con discapacidad con merma de sus facultades mentales, no es desproporcionada ni ilegítima, sin perjuicio de un pronunciamiento al respecto del TC. Asimismo, será la jurisprudencia la que configurará los elementos de los tipos penales y la que pondrá de manifiesto la efectividad real de estos para prevenir las mencionadas conductas expresivas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y monografías

BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ed. Comares, Granada, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, ed. Ministerio de Justicia e Interior, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994.

PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, ed. Tecnos, Madrid, 1990.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Capítulos en una obra colectiva

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Auxilio e inducción al suicidio, homicidio-suicidio», en BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, ed. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 1992, pp. 73 a 85.

BORJA JIMÉNEZ, E., «Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo», en ALONSO RIMO., A.,

CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 159 a 214.

- «Modernas tendencias y proyecciones de la Política Criminal en un mundo globalizado», en BORJA JIMÉNEZ, E. (dir.), *Curso de política criminal*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 115 a 128.

CARBONELL MATEU, J. C., «El homicidio y sus formas (III): suicidio y eutanasia», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85 a 96.

- «Lesiones», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 115 a 140.

COCHO PÉREZ, F., «Riesgos en la seguridad nacional y uso de las redes sociales en la adolescencia: análisis de los mecanismos y procesos de captación y radicalización de adolescentes en redes sociales», en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 405 a 441.

CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «Límites constitucionales al discurso del odio», en CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 87 a 181.

CUERDA ARNAU, M. L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (Una aproximación de urgencia)», en CUERDA ARNAU, M. L. (dir.), *Menores y redes sociales: ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 465 a 516.

ESPÍN TEMPLADO, E., «Libertades de expresión e información», en LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN TEMPLADO, E. (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional*.

Volumen I. La Constitución y las fuentes del Derecho. Derechos fundamentales y garantías, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 265 a 289.

ESQUINAS VALVERDE, P., «El homicidio y sus formas», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. (dir.) y ESQUINAS VALVERDE, P. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 51 a 70.

MORALES HERNÁNDEZ, M. Á., «Autoría y participación», en MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 6ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 249 a 269.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad (cont.): imputabilidad o capacidad de culpabilidad», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 335 a 352.

- «Consumación y tentativa», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 380 a 396.

- «Autoría y participación», en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 11ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 397 a 427.

MUÑOZ CONDE, F., «Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia. Excurso: Provocación al suicidio a través de internet y otros medios de comunicación», en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 67 a 85.

- «Delitos contra la salud pública. Delitos sobre materias cuya ingestión o uso produce daños en la salud: 1) Sustancias nocivas para la salud o productos químicos que pueden causar estragos. Excurso I: Provocación al consumo de productos peligrosos a través de internet y otros medios de comunicación. 2) Medicamentos y productos sanitarios. Excurso II: El delito de dopaje. 3) Bebidas,

comestibles y géneros corrompidos», en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 24ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 647 a 668.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Definición de delito. Clasificación», en ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al derecho penal. Parte general*, 1ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 97 a 100.

- «Principios derivados del principio de legalidad», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 129 a 137.

- «Principio “ne bis in ídem” y el concurso de normas», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 147 a 161.

- «Relevancia (tipicidad): el tipo de acción», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 223 a 232.

- «Relevancia (tipicidad): acción e intención», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 267 a 275.

- «Relevancia (tipicidad): las fases de realización del hecho típico (*iter criminis*)», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 277 a 292.

- «Relevancia (tipicidad): los sujetos del hecho típico», en ORTS BERENGUER, E. y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 293 a 328.

ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la seguridad colectiva (II): delitos contra la salud pública», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 7ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 629 a 647.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63 a 93.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., «Expansión del derecho penal, derecho penal del enemigo y límites infranqueables del sistema», en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 23 a 42.

VIVES ANTÓN, T. S., «Garantías constitucionales y terrorismo», en ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M. L. y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 27 a 34.

Artículos de revista

ALCÁCER GUIRAO, R., «Opiniones constitucionales», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2018, 2018, pp. 1 a 38.

CARBONELL MATEU, J. C., «Lliure desenvolupament de la personalitat i delictes contra la vida. Dues qüestions: suïcidi i avortament», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 17, 1991, pp. 9 a 18.

CUERDA ARNAU, M. L., «La doctrina del efecto desaliento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Origen, desarrollo y decadencia», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2.2022, 2022, pp. 88 a 131.

CUERVO NIETO, C., «La inducción al suicidio de menores de edad a través de las nuevas tecnologías (Análisis del nuevo artículo 143 bis del Código Penal: contenido del tipo y problemas de aplicación)», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 156, 2022.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «Aspectos penales de la Ley para la protección de la infancia y la adolescencia», en *Almacén de Derecho*, 2020.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La participación y el auxilio en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 1, 1987, pp. 73 a 98.

- «Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992», en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, 7, 1992, pp. 133 a 146.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S., «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España», en *Nuevo Foro Penal*, 79, 2012, pp. 115 a 152.

FELDMANN, M., «La regulación española relativa a la punibilidad de las intervenciones en el suicidio en comparación con la situación en el Derecho alemán», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 64, Fasc/mes 1, 2011, pp. 99 a 162.

JUANATEY DORADO, C., «El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico penal español», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 32, 2009.

MIR PUIG, S., «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/mes 1, 1994, pp. 5 a 28.

MUÑOZ CONDE, F., «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 2, 1987, pp. 301 a 318.

PERSET, K., «The Economic and Social Role of Internet Intermediaries», en *OECD Digital Economy Papers*, 171, 2010.

ROLDÁN BARBERO, H., «Prevención del suicidio y sanción interna», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 40, Fasc/mes 1, 1987, pp. 625 a 646.

ROXIN, C., «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 1, 1999.

- «Homicidio a petición y participación en el suicidio. Derecho vigente y propuesta de reforma», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 66, Fasc/mes 1, 2013, pp. 13 a 25.

SARDO, A., «Categories, balancing and fake news: the jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 33, núm. 2, 2020, pp. 435 a 460.

TORÍO LÓPEZ, A., «Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», en *Estudios penales y criminológicos*, 4, 1979-1980, pp. 169 a 202.

ZARAGOZA TEJADA, J. I., «Nuevos fenómenos criminales: la puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para incitar al suicidio y a la autolesión a menores de edad e incapaces, y el delito de stalking», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2021.

TEXTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIA

Textos normativos

Consejo de Europa

Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), adoptado el 4 de noviembre de 1950 en Roma.

Recomendación núm. R(97) 20 del Comité de Ministros sobre el discurso del odio, adoptada el 30 de octubre de 1997.

Recomendación CM/Rec(2006)12 del Comité de Ministros para empoderar a los niños en el nuevo entorno de la información y las comunicaciones, adoptada el 27 de septiembre de 2006.

Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de la dignidad, seguridad y privacidad de los niños en Internet, adoptada el 20 de febrero de 2008.

Recomendación CM/Rec(2009)5 del Comité de Ministros para proteger a los niños del contenido y comportamiento dañoso en Internet, adoptada el 8 de julio de 2009.

Recomendación 1882 (2009) de la Asamblea Parlamentaria, sobre la promoción de los servicios de Internet para menores, adoptada el 28 de septiembre de 2009.

Guía de derechos humanos para los usuarios de Internet (Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros y exposición de motivos, de 16 de abril de 2014).

Recomendación de Política General núm. 15 sobre la lucha contra el discurso del odio, de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015.

Recomendación 2098 (2017) sobre la terminación de la ciberdiscriminación y el odio en línea de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 25 de enero de 2017.

Resolución 2144 (2017) sobre la terminación de la ciberdiscriminación y el odio en línea de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, adoptada el 25 de enero de 2017.

Directrices para respetar, proteger y cumplir los derechos del niño en el entorno digital (Recomendación CM/Rec(2018)7 del Comité de Ministros, adoptada el 4 de julio de 2018).

Unión Europea

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, de 7 de diciembre (2016/C 202/02).

Comunicación de la Comisión Europea sobre la lucha de contra el contenido ilícito en línea (COM/2017/0555 final), de 28 de septiembre de 2017.

Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea.

Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

España

Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206 de 25 de julio de 1889).

Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978).

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 1988).

Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (BOE núm. 180 de 29 de julio de 1994).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97 de 22 de abril de 1996).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000).

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2015).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021).

Jurisprudencia

TC

STC (Sala Primera) núm. 2/1981, de 30 de enero (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1981).

STC (Sala Segunda) núm. 6/1981, de 16 de marzo (BOE núm. 89 de 14 de abril de 1981).

STC (Pleno) núm. 12/1982, de 31 de marzo (BOE núm. 95 de 21 de abril de 1982).

STC (Sala Segunda) núm. 159/1986, de 16 de diciembre (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1986).

STC (Sala Primera) núm. 37/1989, de 15 de febrero (BOE núm. 52 de 2 de marzo de 1989).

STC (Pleno), núm. 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181 de 30 de julio 1981).

STC (Sala Segunda) núm. 171/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 284 de 30 de noviembre de 1990).

STC (Sala Primera) núm. 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1991).

STC (Sala Primera) núm. 320/1994, de 28 de noviembre (BOE núm. 310 de 28 de diciembre de 1994).

STC (Sala Segunda) núm. 176/1995, de 11 de diciembre (BOE núm. 11 de 12 de enero de 1996).

STC (Sala Primera) núm. 4/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43 de 19 de febrero de 1996).

STC (Pleno) núm. 55/1996, de 28 de marzo (BOE núm.102 de 27 de abril de 1996).

STC (Sala Segunda) núm. 190/1996, de 25 de noviembre (BOE núm. 3 de 3 de enero de 1997).

STC (Pleno) núm. 136/1999, de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999).

STC (Sala Segunda) núm. 6/2000, de 17 de enero (BOE núm. 42 de 18 de febrero de 2000).

STC (Sala Segunda) núm. 110/2000, de 5 de mayo (BOE núm. 136 de 7 de junio de 2000).

STC (Pleno) núm. 48/2003, de 12 de marzo (BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2003).

STC (Sala Primera) núm. 9/2007, de 15 de enero (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2007).

STC (Pleno) núm. 235/2007, de 7 de noviembre (BOE núm. 295 de 10 de diciembre de 2007).

STC (Sala Primera) núm. 77/2009, de 23 de marzo (BOE núm. 102 de 27 de abril de 2009).

STC (Pleno) núm. 177/2015, de 22 de julio (BOE núm. 200 de 21 de agosto de 2015).

STC (Sala Primera) núm. 112/2016, de 20 de junio (BOE núm. 181 de 28 de julio de 2016).

STC (Pleno) núm. 8/2022, de 27 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero de 2022).

TEDH

STEDH (Pleno) Caso de *Handyside* c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (HUDOC sentencia núm. 5493/72).

STEDH (Cámara) Caso de *De Haes and Gijssels* c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 (HUDOC sentencia núm. 19983/92).

STEDH (Sección Primera) Caso de *Gündüz* c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003 (HUDOC sentencia núm. 35071/97).

STEDH (Gran Cámara) Caso de *Delfi AS* c. Estonia, de 16 de junio de 2015 (HUDOC sentencia núm. 64569/09).

STEDH (Sección Tercera) Caso de *Savva Terentyev* c. Rusia, de 28 de agosto de 2018 (HUDOC sentencia núm. 10692/09).

TS

STS (Sala de lo Penal) de 12 de abril de 1986 (RJ 1986\1964).

STS (Sala de lo Penal) de 8 de febrero de 1988 (RJ 1988\911).

STS (Sala de lo Penal) de 5 de mayo de 1988 (RJ 1988\3483).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991\3679).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 31 de enero de 1992 (RJ 1992\670).

STS (Sala de lo Penal) núm. 1065/1992, de 12 de mayo (RJ 1992\3868).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 14 de julio de 1993 (ROJ STS 9480/1993).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 122/2002, de 1 de febrero (ROJ STS 593/2002).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 889/2003, de 13 de junio (TOL 4926579).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 813/2008, de 2 de diciembre (TOL 1413511).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 990/2013, de 30 de diciembre (ROJ STS 6695/2013).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 278/2014, de 2 de abril (ROJ STS 1817/2014).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 97/2015, de 24 de febrero (ROJ STS 2015/823).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 360/2015, de 10 de junio (RJ 2015\2516).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 109/2017, de 22 de febrero (ROJ STS 692/2017).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 354/2017, de 17 de mayo (RJ 2017\2540).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 400/2017, de 1 de junio (ROJ STS 2800/2017).

STS (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 419/2017, de 8 de junio (RJ 2017\2634).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 512/2017, de 5 de julio (RJ 2017\4133).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 734/2017, de 15 de noviembre (RJ 2017\4912).

STS (Sala de lo Penal, Pleno) núm. 794/2017, de 11 de diciembre (ROJ STS 4536/2017).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 13/2018, de 16 de enero (RJ 2018\238).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 150/2019, de 21 de marzo (ROJ STS 934/2019).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 466/2019, de 14 de octubre (RJ 2019\5146).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 507/2019, de 25 de octubre (RJ 2019\4563).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 380/2020, de 8 de julio (RJ 2020\3600).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 137/2021, de 17 de febrero (RJ 2021\1082).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 357/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2066).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 527/2021, de 16 de junio (ROJ STS 2382/2021).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 892/2021, de 18 de noviembre (ROJ STS 4252/2021).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 916/2021, de 24 de noviembre (RJ 2021\5680).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 341/2022, de 5 de abril (RJ 2022\2047).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 347/2022, de 6 de abril (TOL 8908738).

Audiencia Nacional

SAN (Sala de Apelación) núm. 10/2019, de 8 de julio (ARP 2019\1368).

SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 16/2020, de 1 de septiembre (ARP 2020\1340).

Audiencia Provincial

SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 433/2010, de 3 de noviembre (JUR 2011\123353).

SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 72/2011, de 15 de febrero (JUR 2011\192691).

SAP Bizkaia (Sección 1ª) núm. 28/2009, de 23 de abril (TOL 1568307).

SAP Castellón (Tribunal Jurado) núm. 11/2022, de 29 de julio (La Ley 212828/2022).

Juzgado de Menores

SJME de Donostia-San Sebastián núm. 86/2005, de 12 de mayo (ARP 2005\214).