

1. Los nuevos tipos delictivos de inducción al suicidio y a las autolesiones de los artículos 143 bis y 156 ter . Medidas cautelares tras la reforma del art.13 LECrim.

EMILIO MANUEL FERNANDEZ GARCIA.

Doctor en Derecho.

Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.



Centro de
Estudios

CURSO DELITOS CONTRA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN LA RED. EL DERECHO A UN ENTORNO DIGITAL SEGURO EN EL MARCO DE LA LO 8/2021, DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA Y A LA PRESERVACION DE SUS DERECHOS COMO VITIMAS EN EL PROCESO.

Madrid, 17 a 20 de abril de 2023.

2. INTRODUCCIÓN	5
3. DELIMITACIÓN DE NUESTRO OBJETO	11
4. PROBLEMÁTICA DEL SUICIDIO Y LAS AUTOLESIONES EN RED	12
4.1 Impacto de Internet sobre las conductas suicidas	14
4.2 Por trece razones	16
4.3 La Ballena Azul	17
4.4 La Ballena Azul en España	17
4.5 Jonathan Galindo y Momo	19
4.6 Los grupos de la muerte	19
4.7 Los Retos virales	19
4.8. Los Foros suicidas	21
4.9 Molly Russell	21
4.10 Pacto Suicida	23
4.11 Los Suicidios Retransmitidos	23
5. PROMOCION DE LAS AUTOLESIONES EN LA RED	24
5.1. El Cutting	26
6. CONTENIDOS NOCIVOS	27
7. LA RESPUESTA LEGAL	28
7.1. Quien difunde	31
7.2 Quien son las PDNEP	32
7.3 Medios comisivos	33
7.3.1. Específicamente destinados	34
7.4 Concurso	34
8. MEDIDAS CAUTELARES	36
8.1 La reforma del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	38
8.2. Deber de colaboración de los prestadores de servicios	40
9. PROPUESTA PERSONAL RESPECTO DE	
LOS ARTICULOS 143 y 143 bis.	44
10. CONCLUSION	45



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

Las reformas sustantivas y las nuevas figuras delictivas incorporadas al Código Penal mediante la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia, en vigor desde el 25 de junio de 2021, hacen imprescindible abordar el estudio de ambos aspectos.

Los nuevos tipos penales trataban de ofrecer respuesta a la detección cada vez más frecuente de comportamientos en los que el agresor, aprovechándose de las facilidades que ofrecen los contactos online, incita a los menores a participar en determinados juegos, "retos" o "pruebas" que generan situaciones altamente peligrosas para la vida e integridad física de esos mismos menores, quienes se implican en los desafíos personales que les propone el agresor sin ser conscientes, por su edad y madurez personal, del riesgo que para ellos entrañan dichas situaciones. También se pretende con la tipificación penal hacer frente a las conductas de aquellos que facilitan y animan a los menores a someterse a prácticas o tratamientos alimenticios que pueden dañar seriamente su salud, aunque ello no sea el objeto de este trabajo.

- Estudio y análisis de las siguientes figuras delictivas:

o Utilización de medios tecnológicos y de la comunicación para promover el suicidio (Art. 143 bis del CP)

o Utilización de medios tecnológicos y de la comunicación para promover la autolesión (Art. 156 ter del CP).

Estudio de la medidas cautelares y definitivas de retirada de contenidos delictivos y sus problemas, en especial tras la reforma del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 6/2022 de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

El carácter completamente novedoso de estas figuras delictivas, y el fracaso de su aplicación en los dos primeros años de vigencia, así como la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales, exige que la Fiscalía lleve a cabo un proceso de reflexión seria y meditada acerca de la interpretación de las mismas y de sus elementos típicos, como base para el establecimiento de unas directrices comunes en la aplicación de estos preceptos que garantice la unidad de criterio del Ministerio Fiscal y la protección de los menores en su vida virtual, que acaba teniendo graves consecuencias en su vida real

2. INTRODUCCIÓN

Es necesario efectuar una reflexión previa, como ya en 2022 decía José M. De la Rosa¹ al tratar del artículo 189 bis, “El objeto de esta ponencia, en relación con el nuevo tipo del art. 189 bis CP es realizar una primera reflexión, lanzar unas ideas generales que permitan ir desbrozando su exégesis. Debe tenerse en cuenta que cuando se redactan estas líneas no hay (s.e.u.o.) prácticamente nada escrito sobre este delito y, por supuesto, no hay ni jurisprudencia del TS ni de Audiencias Provinciales. Teniendo en cuenta, además, lo oscura que se presenta la redacción del tipo, las dificultades son muchas, y sentar conclusiones de modo rotundo se nos antoja temerario”. El tiempo le ha dado plenamente la razón.

Los nuevos tipos introducidos por la L.O 8/ 2021 suponen en general un adelantamiento de las barreras de protección penal, que se pensaba iban a generar numerosos problemas interpretativos y que sin embargo, hasta el momento poco han contribuido a resolver los graves problemas a los que trata de hacer frente. No cabe duda además de que en estos dos años, los problemas de suicidio y autolesiones en adolescentes han crecido de modo exponencial y son mucho más graves si cabe que en 2021.

De acuerdo con los datos del INE de noviembre de 2020, mientras que a los once años un 41,4 % de los niños/as disponen de un móvil con conexión a internet, con catorce lo posee un 95 %. El 91 % se conecta a internet a diario.

El 31,6 % pasa más de cinco horas diarias en internet entre semana y el 49,6% el fin de semana.

El 59,4% se lleva el móvil a la habitación por la noche, y la mitad se conecta casi todas las noches a partir de las 0 horas.

El 62% tiene varias cuentas o perfiles dentro de la misma red social.

El 98 % tiene un perfil en una red social y el 84 % en tres o más redes.

El 99 % utiliza al menos una red de mensajería instantánea y el 49,9 % tres o más.

El 64,7% de la población de 16 a 74 años ha participado durante los últimos tres meses en redes sociales de carácter general (como Instagram, TikTok, Facebook, Twitter o YouTube). Este porcentaje es 6,1 puntos superior al de 2019. Los más participativos son los estudiantes (el 93,8%) y los jóvenes de 16 a 24 años (93,0%).

Los chicos y chicas adolescentes desean tener un teléfono móvil que les permita acceder a los chats y redes sociales en los que están sus compañer@s y amig@s. Suelen tener siempre un perfil muy activo, suben constantemente fotos, vídeos y comentarios, buscan con ello su visibilidad o, incluso, su popularidad y, así, sentirse parte de su grupo, entre iguales y no excluidos.

¹ De la Rosa Cortina JM.” El nuevo tipo penal del artículo 189 BIS”. Centro de Estudios Jurídicos, 2022 pág. 1.

Como indica Zaragoza Tejada², “La increíble velocidad a la que se desarrollan las tecnologías de la información y comunicación obliga al legislador a un denodado esfuerzo para hacer frente a las conductas criminológicas surgidas a raíz de esta revolución tecnológica. Prueba de ello son las diferentes tipologías delictivas que han sido introducidas en las últimas reformas de la ley sustantiva penal, como el *Child grooming* (art. 183 ter –añadido por LO 1/2015), el *Revenge Porn* (art. 197.7 –añadido por LO 1/2015), la *intrusión en sistemas* informáticos (art. 197.2 –añadido por LO 1/2015), o el *enaltecimiento terrorista a través de la red* (art. 578.4 –añadido por LO 2/2015). El último paso de este desarrollo legislativo lo encontramos a raíz de la reciente LO 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que ha modificado numerosos preceptos no solamente del Código Penal, sino también del Código Civil y de otras normas procesales y sustantivas”.

El crecimiento del uso y penetración de las redes sociales en España se encuentra en un proceso de aceleración constante, tanto en el surgimiento de nuevas redes, como en la consolidación y el liderazgo de algunas de ellas, que suelen tener en cada caso un perfil determinado de usuarios.

Facebook es una red social en la que predominan los contenidos con vocación de permanencia dirigidos a personas mayores de edad, y de naturaleza muy diversa. No es frecuente su uso por los jóvenes, o al menos su uso predominante.

Twitter es una red en la que pocos jóvenes tienen perfil activo, una red dedicada sobre todo a la difusión de contenidos gráficos y de texto, muchos de ellos opiniones y críticas, sobre temas de actualidad, noticias, comentarios ideológicos, etc., sin perjuicio de que pueda ser utilizada para otros fines y actividades, incluso de naturaleza pornográfica, en especial de adultos.

Por el contrario, Instagram es la red puntera entre los jóvenes, (comúnmente abreviado como IG o Insta) es una aplicación y red social de origen estadounidense, propiedad de Meta. Creada por Kevin Systrom y Mike Krieger, fue lanzada el 6 de octubre de 2010. Ganó rápidamente popularidad, llegando a tener más de 100 millones de usuarios activos en abril de 2012, más de 300 millones en diciembre de 2014 y dos mil millones de usuarios activos en 2022. Instagram fue diseñada originariamente para iPhone y a su vez está disponible para sus hermanos iPad e iPod con el sistema iOS 3.0.2 o superior. Desde que a principios de abril de 2012 se publicó la versión para Android está en permanente expansión.

Instagram también posee un medio de comunicación privado para hablar llamado Instagram Direct, y una función llamada Historias (en inglés, Stories) donde todas las personas pueden publicar fotografías y vídeos temporales en su perfil, agregando variados filtros y efectos, con una duración máxima de permanencia de 24 horas; que también se pueden guardar en el perfil permanentemente para que puedan ser vistos, como «Historias destacadas». Esta característica también permite a los usuarios una función de videos en directo, que también pueden ser guardados para ver con posterioridad y a través de los que pueden interactuar con otros seguidores; compartir

² Zaragoza Tejada, Javier 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”. Madrid 2022

gifs, crear y editar reels³ e incluso hacer videollamadas, una función muy utilizada por los usuarios.

España cuenta con 21,9 millones de usuarios en Instagram (casi el 50% de la población total del país). Instagram es más popular entre las mujeres (53,8% del total de usuarios). Diariamente, los españoles dedican una media de 1 hora y 28 minutos diarios a consultar Instagram.

Es la red social por excelencia de los millennials ya que el 60% de sus usuarios es menor de 40 años, siendo la franja de los 25 a 40 años la mayoritaria: 23% de los usuarios de Instagram en España tiene entre 16 y 24 años, el 37% de tiene entre 25 y 40 años, el 28% tiene entre 41 y 55 años y el 12% tiene entre 56 y 65 años



La red social más joven y reciente, TikTok, tiene 16,6 millones de usuarios entre el público mayor de edad en España. Pero, si contabilizamos a los usuarios menores de edad, esta cifra puede ascender hasta los 19 millones, lo que supone un 40% de la población total del país.

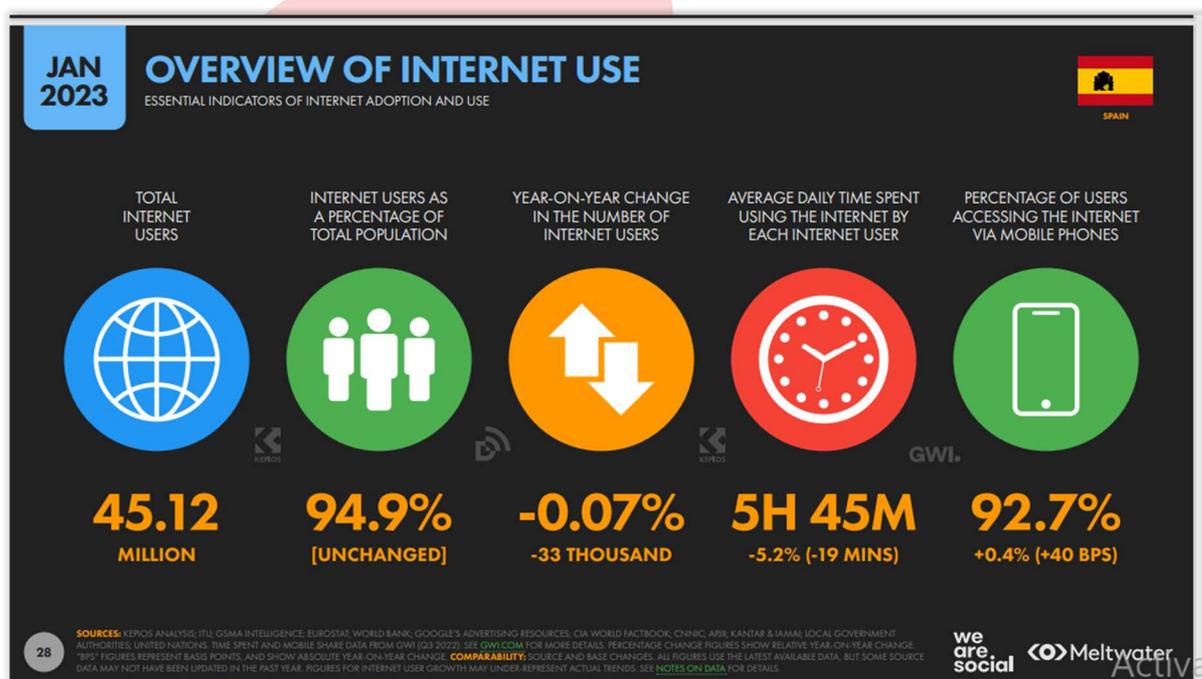
TikTok es mucho más popular entre las mujeres españolas, que suponen un 59,3% del total de usuarios de la plataforma, seguidas por el 37,7% de hombres y un 4% de los usuarios que no indican género en su perfil.

Esta red social ha entrado en el mercado pisando fuerte, sobre todo entre el público más joven. Fijándonos en la edad de sus usuarios vemos que el 41,4% de los usuarios de TikTok en España tiene entre 18 y 24 años y el 23,7% tiene entre 25 y 34 años.

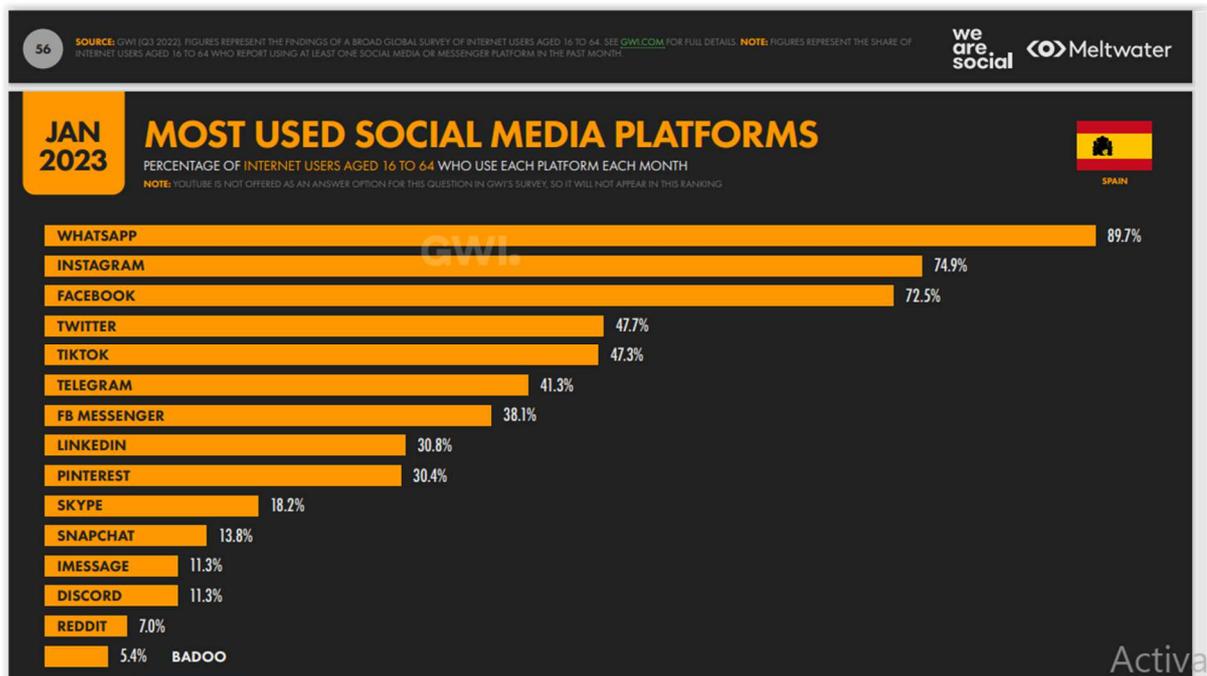
³ Con Reels se pueden crear videos divertidos para compartir con los amigos o con cualquier persona en Instagram. Permite grabar y editar videos de varios clips de 15 segundos con audio, efectos y nuevas herramientas creativas.

Hootsuite, la plataforma líder en gestión de redes sociales, y We Are Social, agencia creativa especializada en social media, han publicado los datos nacionales de su informe Digital 2023, donde se recogen las principales tendencias digitales y el uso que hacen los españoles de Internet.

Los datos muestran un aumento significativo del número de usuarios registrados en redes sociales en España respecto a 2021. Tal y como apunta el informe, actualmente hay 45,1 millones de usuarios de redes sociales, casi los mismos que el año anterior, lo que equivale al 94.9% de la población española. Además, los usuarios españoles dedican una media de 2 horas y 53 minutos a estas plataformas, de las 5,45 horas de media de presencia en Internet, sobre todo a través del Smartphone siendo las más utilizadas WhatsApp, Instagram y Facebook, con un 89%, 78% y un 73,3% respectivamente. En cuanto a los usuarios, son las mujeres las que más las usan, un 51% frente al 49% que son hombres.

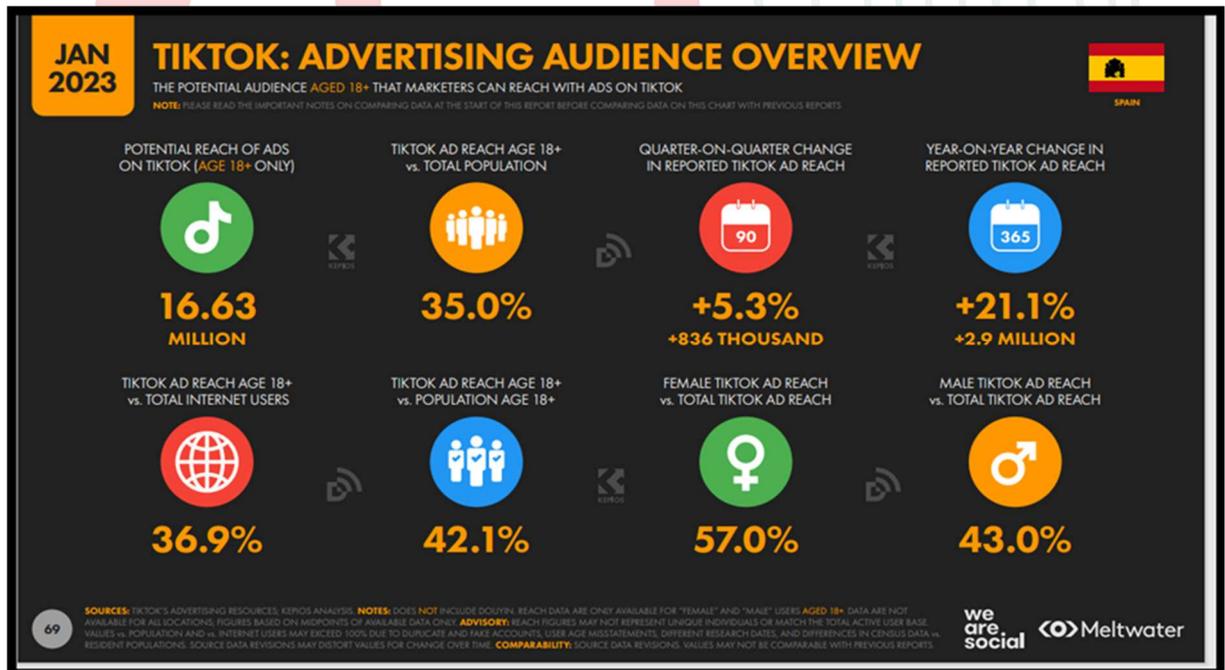
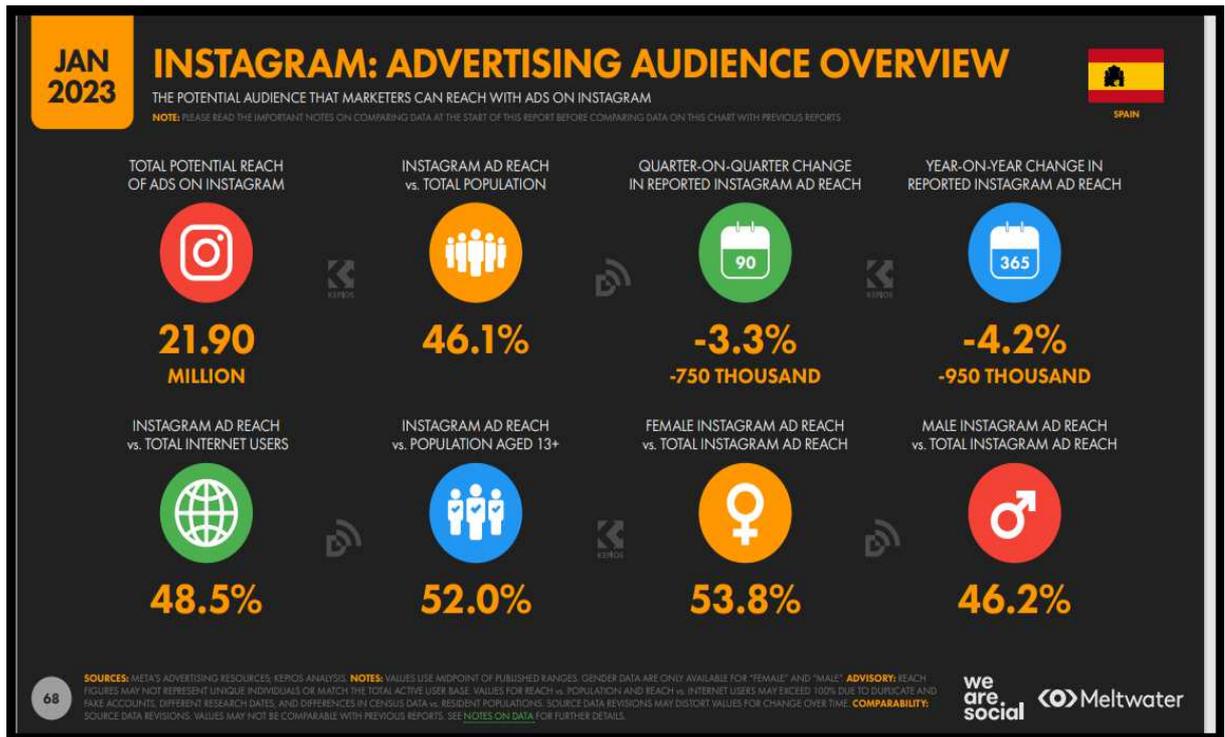


El informe elaborado por Hootsuite y We Are Social recoge que, en España, casi 44 millones de personas son usuarias de Internet y pasan casi 6 horas al día en la Red. Entre las principales razones para navegar en Internet se encuentran mantener contacto con amigos y familia (80%), buscar información general (75%), mantenerse informado sobre noticias y eventos (64,6%) y buscar tutoriales (63,4%).



Como afirma A. Pachano, Managing director de We Are Social España, “sin duda el crecimiento de los datos constante y sostenido de los últimos años sigue manteniéndose y en muchos casos potenciado. Aún vemos efectos (post) pandémicos que generan picos y aceleraciones de crecimiento, o adopción de nuevas plataformas, usos y costumbres por parte de una mayoría de usuarios, cada vez menos enfocados en nichos. Pero de todo esto lo más inquietante, es que los usuarios van a una velocidad muy superior a las marcas y empresas -o por lo menos que una inmensa mayoría de estas”.





Otros datos interesantes del Informe Digital 2023 en España:

El dato más curioso de España es que frente a una población de 47,5 millones de habitantes, hay más de 58,3 millones de móviles. Es decir que hay miles de personas que tienen más de un dispositivo móvil.

Más del 94% de la población utiliza Internet y el 85% son usuarios de redes sociales.

El tiempo que emplean los españoles a navegar por Internet se sitúa en una media de 5,45 horas diarias.

Fundamentalmente el tiempo en Internet se dedica a buscar información en general sobre productos, espectáculos, viajes, estar en contacto con familiares y amigos, escuchar música, ver vídeos o películas o encontrar ideas e inspiración.

El dispositivo más utilizado es el móvil con un 92%, seguido por los ordenadores de sobremesa, 78% y las Tablet, un 42%.

En cuanto al buscador más utilizado sin duda Google sigue siendo el gran vencedor con un 94,98% pero con la llegada de la IA es posible que este dato cambie en unos años si Google no nos sorprende pronto con su propia IA.

Se mantiene en primer lugar Whatsapp, líder indiscutible en mensajería instantánea seguido por Instagram y Facebook, pero TikTok adelanta a Twitter. Será porque Twitter se ha convertido en una batalla campal y va perdiendo poco a poco la esencia de sus orígenes y TikTok no para de enganchar a nuevos usuarios. Se detecta un crecimiento paulatino en mensajería instantánea y en intercambio de archivos en Telegram motivado por su aparente anonimato superior al de Whatsapp.

El 25,8% de los usuarios siguen a Influencers o Expertos en una determinada materia.

Las imágenes siguen siendo el formato más utilizado en Facebook frente a los «estados» que casi nadie utiliza. Una de las plataformas preferidas sin duda es Youtube con cerca de 41 millones de usuarios.

A diferencia de Instagram, en TikTok si hay bastantes más usuarias mujeres que hombres con más de 10 puntos de diferencia 57% frente a un 43%.

Linkedin continúa su avance silencioso posicionándose en cabecera como la plataforma profesional por excelencia con más de 17 millones de usuarios, sin que el resto le pueda hacer competencia en este ámbito.

Cada semana, el 38,4% de los usuarios escucha música en plataformas de streaming; el 24,5% escucha programas de radio a través de Internet, y el 21,3% asegura que escucha podcasts.

En cuanto a los contenidos en vídeo online, el 51% de los internautas consume vídeos musicales, el 36% tutoriales y el 34,3% vídeos virales.

8 de cada 10 usuarios españoles juegan a videojuegos a través de cualquier dispositivo; casi el 57% lo hace a través de un smartphone y casi el 40% a través de una videoconsola.

El juego para móvil más popular ha sido “Clash Royale”, el e-commerce más usado “Amazon” y la web de noticias más popular para los españoles ha sido “El País”, seguido de “El Mundo”.

Respecto al comercio electrónico, el 54% de los españoles afirma comprar productos o servicios online cada semana, un 18% pide comida a domicilio, y casi el 15% compra artículos de segunda mano.

3. Delimitación de nuestro objeto.

Nuestra actuación como fiscales debe tomar como referencia la Instrucción 2/2011, de 11 de octubre, sobre el/la Fiscal de Sala de Criminalidad Informática y las secciones de criminalidad informática de las fiscalías (conforme a la actualización de 2021).

Como se recoge en la misma, en su día, “La primera tarea que hubo de abordarse fue la de delimitar el ámbito en el que se concreta la actividad asignada a esta área de especialización del Ministerio Fiscal pues, no en vano, el desarrollo de las tecnologías de la información y la generalización en el uso de las mismas determina que sean cada vez más numerosos los bienes jurídicos objeto de protección penal que pueden verse comprometidos por quienes utilizan los avances de la ciencia para llevar a efecto sus criminales propósitos”.

En la versión actual, ya se incluyen, como materias correspondientes a la Red, en el apartado 2.b, los “Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TIC:

Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio a personas menores de edad o discapacitadas necesitadas de especial protección, previstos y penados en el artículo 143 bis del Código Penal.

Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar a la autolesión a personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, previstos y penados en el artículo 156 ter del Código Penal.

Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a promover, fomentar o incitar la comisión de delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años, exhibicionismo y provocación sexual, previstos y penados en el artículo 189 bis del Código Penal.

Delitos de distribución o difusión pública a través de las TIC de contenidos destinados a facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud, previstos y penados en el artículo 361 bis del Código Penal”.

Delitos todos estos, introducidos como sabemos, por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de Junio, de Protección integral a la Infancia y a Adolescencia frente a la Violencia, de los cuales en esta exposición nos limitaremos a los dos primeros.

- ▶ En la misma línea, en las Conclusiones de la XX Reunión de especialistas de la Red de Cibercrimen una de las sesiones de trabajo de las Jornadas se dedicó al análisis de las nuevas figuras delictivas incorporadas en el Código Penal en los artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, sobre Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. Ello nos permitió vislumbrar los problemas que se pueden generar en relación con cada uno de los indicados tipos penales, tanto en su interpretación y aplicación como en los posibles concursos con otras figuras delictivas.
 - ▶ “Debido a esta circunstancia y al hilo de la conclusión anterior, se ha estimado oportuno hacer extensivo el trámite de supervisión de acusaciones, al que antes nos referíamos, a los escritos de calificación que se presenten en referencia a estos nuevos

tipos penales. De esta forma será posible detectar de primera mano, y desde el inicio de la aplicación práctica de estas figuras, las cuestiones jurídicas que se vayan suscitando, así como recabar en la Unidad Especializada información detallada sobre todo ello, que bien pudiera servir en un futuro próximo para la elaboración un documento de la Fiscalía General del Estado en el que se fijen los criterios esenciales que han de tenerse en cuenta en la aplicación práctica de estos nuevos delitos”.

Es necesario poner de relieve que en la Exposición de Motivos de la L.O 8/2021 se hace referencia a la necesidad de crear nuevos tipos delictivos “para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social. Se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva”.

En las versiones previas de la norma, Anteproyecto y Proyecto, se hacía mención a la “imperiosa necesidad” de proceder a estas modificaciones, lo que a lo largo de la tramitación fue suprimido.

Es evidente que existen conductas que deben ser castigadas como delitos, tanto las referidas a promoción del suicidio o las autolesiones entre los jóvenes, como el favorecimiento o difusión de contenidos que fomenten la anorexia o la bulimia u otros trastornos alimenticios, la comisión de delitos contra la indemnidad sexual⁴, en especial de menores. Otra cosa es que, a la vista del resultado final, es decir, de la Ley hoy en vigor, podamos considerar cumplido el reto. Nos tememos que no.

4. Problemática de la promoción del suicidio y las autolesiones en la red.

En pleno siglo XXI, el avance de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), ha supuesto una gran revolución con importantes beneficios. Sin embargo, el uso incorrecto de estas tecnologías por parte de algunos usuarios ha resultado ser también una fuente de conductas ilícitas y delitos. Es en este contexto donde ha aparecido una nueva manifestación denominada ciber suicidio, que hace referencia a la acción de quitarse la vida, motivada por la influencia, entre otras cosas, de páginas pro suicidas, especialmente en chats y foros de Internet.

⁴ Muestra de ello es el escandaloso "manual para pedófilos" encontrado junto a pornografía infantil en la computadora de un médico. El documento, de 170 páginas en inglés, es de autoría no identificada, pero tiene un título directo y un contenido escandaloso.

Se trata de una especie de tutorial con una descripción detallada de dónde encontrar niños, cómo acercarse a ellos y seducirlos poco a poco, como si fuera un juego o una broma. Recomienda primero buscar a niños dentro de la propia familia, o niños que estén junto a madres solteras o en parques y plazas. El manual incluso ofrece simulacros de qué conversaciones tener con las víctimas.

El origen etimológico de la palabra suicidio se encuentra en las expresiones latinas sui “de sí, a sí mismo” y cidium “muerte” (del verbo caedere: cortar, matar), lo que unido significa “el acto de matarse a sí mismo.

Es con el desarrollo de las TIC cuando surge este término que describe el acto de acabar con la propia vida, influido por la información que circula por Internet (Pérez, 2005). A través de los buscadores, pueden encontrarse sitios web donde se detallan las muertes autoinfligidas de algunos personajes famosos y en general, medios de acabar con la propia vida.

Existen páginas pro suicidas con un contenido bastante gráfico y que suponen en muchas ocasiones un ambiente agresivo, dónde según Durkee et al. (2011: 3943- 3944) tienen lugar los insultos, el bullying y la instigación. En ellas los usuarios publican notas suicidas, comentan bajo anonimato sus intenciones, cuáles son los métodos más eficaces, dónde se pueden conseguir y las dosis necesarias para que un compuesto sea letal.

Una de las más activas y conocidas sobre estos métodos es alt.suicide.holiday, dónde aparecen más de 900 mensajes cada mes relacionados con esta temática.

Puede resultar sorprendente entonces que, con una legislación que castiga la cooperación y la inducción a cometer una acción suicida, no fuese hasta 2021 ilegal utilizar Internet para promover ideas que lo faciliten, en especial a los menores. Este era el caso de España o Inglaterra.

La existencia de páginas web y redes sociales, donde se pueden encontrar videos y blogs con discursos complacientes hacia la muerte por suicidio, animando a los niños/as y adolescentes a suicidarse -incluso de manera colectiva- y recomendando diversos medios para ello, es una realidad que no se puede negar.

Internet se ha convertido, en los últimos años, en una fuente de comunicación y de información con una influencia y uso significativo en aquellas personas que buscan, navegan en la profundidad de la red, en búsqueda de contactos, encuentros con otros/ as internautas que promuevan espacios de debate y/o conocimiento sobre métodos y formas de cometer suicidio o autolesionarse. Especialmente, hay que resaltar que el suicidio, según la OMS, es la cuarta causa de muerte no natural en adolescentes y jóvenes de entre 15 y 29 años, siendo este colectivo el principal consumidor de información a través de Internet.

El origen de nuevas formas de delito o de actividades criminales ligadas al desarrollo tecnológico, exige por tanto nuevos procedimientos para hacerles frente.

El anonimato bajo el que se opera en el ciberespacio, la rapidez de transmisión de la información y las peculiaridades culturales y legislativas de cada país, hacen que esto resulte complicado.

En el caso de ciber suicidio, las actuaciones deben ir encaminadas, por un lado, a la prevención de nuevos casos, principalmente en la población de niños, niñas y adolescentes, y ser llevadas a cabo desde el control social informal o no institucionalizado. Es decir, se debe concienciar a los menores, a través de los padres y educadores, de los peligros que conlleva un mal uso de las TIC y facilitarles la información necesaria para que estos aprendan a navegar de forma segura.

Desde hace tiempo, había voces que, ante la rápida expansión de esta manifestación y la posible vulneración de los derechos de las personas, especialmente de los menores, ponían de relieve bien la necesidad urgente de adaptar o modificar la legislación.

Con ello, estas conductas quedarían tipificadas expresamente en el Código Penal como delitos y así se garantizaría tanto la seguridad de los usuarios, como la existencia de un marco ético, que evite que se transgredan sus derechos, lo que parece claro, pero no sencillo.

4.1 Impacto de Internet sobre las conductas suicidas

Se ha analizado el ciber suicidio a través de las búsquedas que pueden realizarse con el objetivo de obtener información, recursos o apoyos para cometer suicidio o qué tipos de ayudas son ofrecidas como medidas de intervención en línea entre la población española.

Los resultados han sido confeccionados tras la búsqueda en Internet, usando el motor de búsqueda más popularizado en España –GOOGLE–, en sus primeros cinco resultados, elaborando una réplica típica de la información que obtendría una persona que buscase información sobre ello.

Estrategias de búsqueda y resultados

Los términos introducidos fueron aquellos susceptibles de ser usados por un usuario con ideación suicida previa, siendo seleccionado como frase clave principal la expresión “quiero suicidarme”.

Posteriormente y gracias a la ayuda que aporta el propio buscador, se hizo acopio de los tres siguientes resultados sugeridos gracias al empleo de la herramienta uso de sugerencias de búsqueda que el propio motor de Google emplea a nivel usuario. Entre ellos:

Los resultados obtenidos por cada estudio en orden de búsqueda fueron:

Quiero suicidarme: 206.000.

Quiero suicidarme sin dolor: 948.000.

Quiero suicidarme, formas: 520.000.

Quiero suicidarme, pero me da miedo 87.200.

Cabe preguntarse si la información aportada en Internet, mediante foros, chats, mensajería instantánea, redes sociales, etc. que promueve de un modo velado o incluso explícito, formas, métodos, recursos, apoyo o motivación al suicida, podría considerarse penalmente como un acto de inducción o de cooperación al suicidio o como inmerso en el nuevo tipo de ciber promoción.

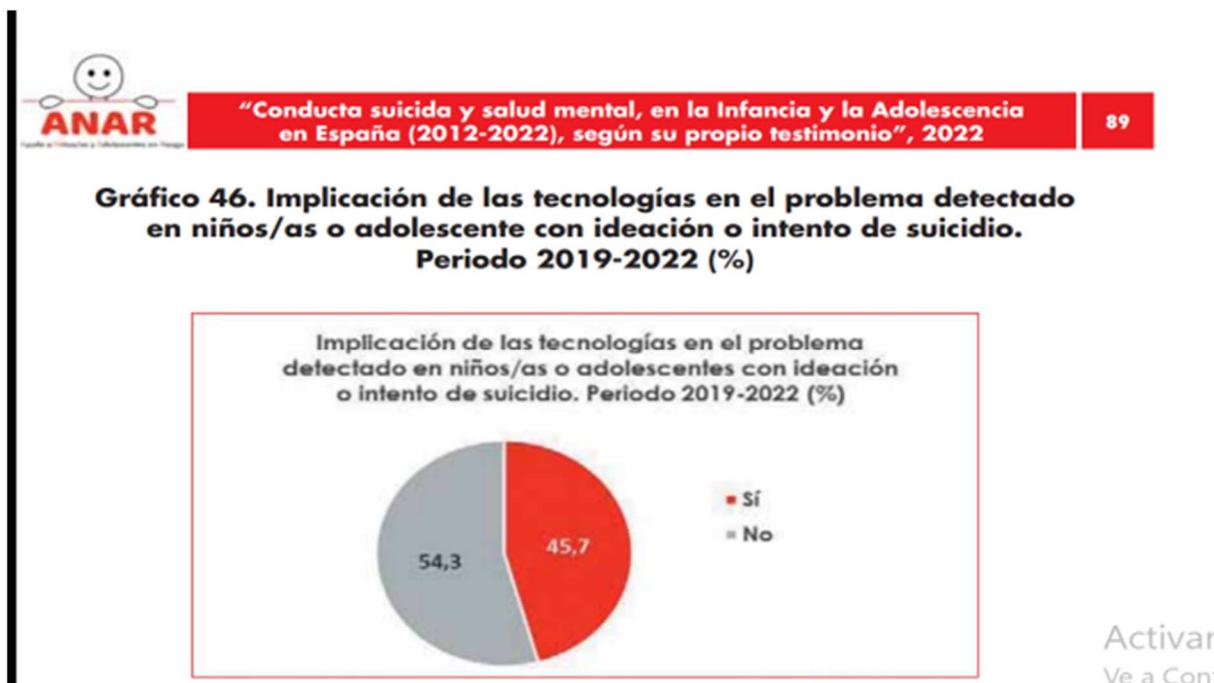
No hay duda de que Internet, hoy por hoy, es usado para proporcionar información útil, instantánea y eficaz acerca de cómo suicidarse en personas que tienen una ideación previa, al menos en lo concerniente a la elección del método.

Sin embargo, el debate ético-jurídico sobre la libertad de expresión e información en el ciberespacio, las llamadas generaciones de derechos humanos, así como la privacidad de acceso a las TIC, entra en confrontación directa con algunas de las medidas de prevención planteadas, ya que en definitiva suponen un control a la información difundida por los usuarios a través de Internet, acrecentando los riesgos de una censura arbitraria por parte de gobiernos o instituciones privadas. La búsqueda de un equilibrio entre la libertad de expresión, la naturaleza

global de Internet y la seguridad de los usuarios que hagan uso de estos medios como canal de información para suicidarse, es pues, responsabilidad de todos.

El gráfico siguiente muestra la fuerte implicación de las nuevas tecnologías en relación con las ideaciones e intentos de suicidio entre adolescentes y es similar a las relativas a las autolesiones.

Esta implicación ha variado a lo largo de los años de forma significativa tanto en ideación como en intento de suicidio. La intervención de las tecnologías se encuentra asociada significativamente con el año 2021 en los casos de ideación suicida y con 2022 en los de intento de suicidio.



En ambos casos el año 2019 se asocia con una “No” afectación de las tecnologías. Ante estos datos se puede concluir que, en los casos de niños/a o adolescentes con conducta suicida, el papel de las tecnologías ha ido creciendo en los últimos años, produciéndose un mayor incremento entre 2020 y 2021 (57,1%).

El empleo abusivo e inadecuado de las tecnologías tiene efectos nocivos en la salud mental. Durante la pandemia de COVID-19, la no asistencia presencial a los centros escolares parece haber sido un factor de riesgo de abuso de las tecnologías, así como de un menor control parental sobre el acceso de los niños/as o adolescentes a los contenidos digitales. (LeBourgeois et al., 2017, citado en Paricio del Castillo y Pando Velasco, 2020)

Entre 2019 (33,5%) y 2022 (51,5%) ha aumentado 18 puntos porcentuales la implicación de las tecnologías en los intentos de suicidio.

El mayor incremento interanual se produce en el período 2020-2021, con un aumento del 85,6% que se eleva al 116,2% en el caso de los intentos de suicidio. Las tecnologías no son utilizadas únicamente como herramienta a través de la que se generan situaciones de malestar y violencia (sextorsión, grooming, ciberacoso). Otros de los usos que se dan en los casos estudiados son:

x Como medio para obtener información sobre métodos para llevar a cabo el suicidio, lo cual propicia el efecto Werther (de contagio e imitación).

x Para disminuir el malestar que le generan los pensamientos de intento de suicidio, mediante publicaciones en redes sociales (Instagram y TikTok) donde los niños/as y adolescentes se sienten escuchados/as, cuelgan contenidos propios de cutting, piden perdón o se despiden.

Un ejemplo: *No ha sido impulsivo, no he avisado a nadie a consciencia. Me ha matado la familia disfuncional, los servicios sociales, el fiscal de menores y, sobre todo, el trato degradante y horrible en salud mental. Sólo quiero descansar, no “simplemente dejar de sufrir”.*

Ésta fue la publicación que Ángela programó en Twitter para que se publicara tras quitarse la vida.

4.2. Por Trece Razones

En la serie 'Por trece razones' de la plataforma Netflix, una adolescente deja una serie de cintas para explicar por qué decide suicidarse, ante el título de uno de los contenidos denunciados llamado '13 formas de suicidarse'.

Fue criticada y se señaló por los gestores de la plataforma que "13 razones no son 13 métodos", pero que si la opción que se quiere dar en la serie televisiva es el suicidio como salida ante el 'bullying' sería un mal mensaje.

La serie trata de una ficción con un mundo y unos personajes inventados, pero puede plantear problemas de sus límites con lo ético, e incluso plantear si determinadas series o contenidos audiovisuales podrían satisfacer las exigencias del tipo penal del art 143 bis.

4.3 La Ballena Azul

“La ballena azul” era un macabro “juego” que empezó en Rusia en el año 2013 extendiéndose progresivamente a otros países, entre ellos, España. Consistía en una serie de 50 retos que “el jugador/ra” debía ir superando y que culminaban en la prueba final, en la que el ganador debía quitarse la vida.

Los "jugadores" se comunicaban a través de una red social rusa y los participantes iban recibiendo mensajes en su teléfono móvil o su cuenta de Facebook para introducirse en grupos privados y ser parte de la macabra comunidad.

A finales de 2016 fue detenido en Rusia, Philippe Budeikin, un joven de 22 años, estudiante de Psicología. Fue acusado de ser uno de los administradores de un juego de la muerte y de la inducción al suicidio de dos niñas siberianas de 15 años y fue condenado a tres años de prisión, debido a que solamente fue juzgado por el caso de dos jóvenes que cayeron en las redes del juego, pero fracasaron en su intento de suicidarse.

La Ballena Azul empezó en 2013 como "F57", uno de los nombres del llamado "grupo de la muerte" en Vkontakte (VK, versión rusa de Facebook) En los casos iniciales de suicidios conocidos en Rusia, no se pudo establecer una conexión directa con el juego. El juego de la Ballena Azul se ha cobrado la vida de al menos 130 adolescentes alrededor del mundo, España incluida.

En el año 2013 el grupo contaba con 300 personas y 17 de ellas terminaron suicidándose. El concepto que desarrolló ha dado lugar a imitadores que han expandido estos grupos en las redes,

logrando traspasar las fronteras rusas y llegar a otras redes de ámbito mundial; siendo este "juego" solamente el ejemplo de una práctica extendida en la actualidad.

Los retos de la ballena azul, recopilados por la madre de una niña:

“Este listado de 50 pruebas lo recopiló una madre para ayudar a otros padres a detectar comportamientos similares en sus hijos y poder parar el reto a tiempo. El listado de pruebas es susceptible de ser modificado por los 'administradores'.

1 - Córdate con un cuchillo escribiendo «f57» en tu mano y luego enviarle la foto al administrador.

2- Levántate a las 4.20 am y ver los vídeos de terror y psicodélicos que el administrador te envía.

3- Córdate en los brazos con una hoja de afeitar a lo largo de las venas, pero no muy profundo. Hacer sólo 3 cortes y enviarle la foto al administrador.

4- Dibuja una ballena en una hoja de papel y envíasela al administrador.

5- Si estás listo para «convertirte en ballena» escribe «SI» con un cuchillo en tu pierna. Si no estás listo, córdate a ti mismo varias veces (castígate)..

6- Desafío enviado mediante un método cifrado.

7- Córdate con un cuchillo escribiendo «f40» en tu mano y luego enviarle la foto al administrador.

8- Escribe «#i_am_whale» en tu estado

9- Tienes que vencer tus miedos.

10- Levántate a las 4:20 am y dirígete a un ático (mientras más alto mejor).

11- Córdate con un cuchillo una ballena en la mano y enviarle la foto al administrador.

12- Mira vídeos de terror y psicodélicos por todo un día.

13- Escucha la música que «ellos» (administradores) te envían.

14- Corta tu labio.

15- Pincha tu mano con un alfiler muchas veces.

16- Hazte algo doloroso a ti mismo, ponte enfermo.

17- Anda al ático más alto que puedas encontrar, párate en el borde durante un rato.

18- Dirígete a un puente y párate en el borde.

19- Escala una grúa o al menos intenta hacerlo.

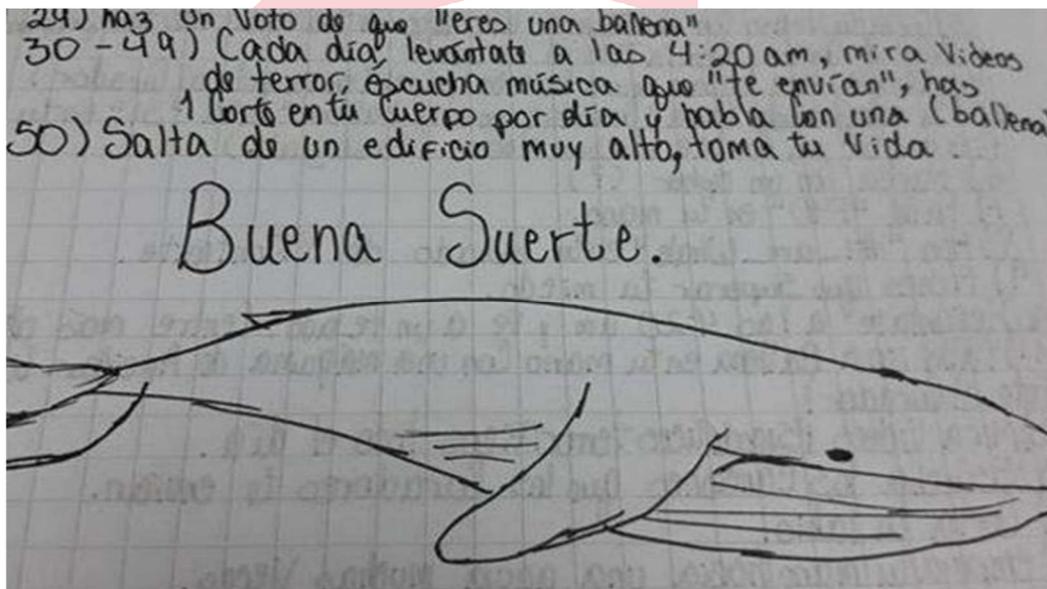
20- El administrador hace alguna prueba para ver si eres una persona confiable.

21- Tener una conversación con «una ballena» (otro jugador o el mismo administrador) por Skype.

22- Ve a un ático, siéntate en el borde con las piernas colgando.

23- Otra prueba enviada cifrada.

- 24- Tarea secreta.
- 25- Reúnete con «una ballena».
- 26- El administrador te dirá la fecha de tu muerte, la debes aceptar.
- 27- Levántate a las 4:20 y anda a las vías del tren (visita cualquier línea del tren que puedas encontrar).
- 28- No hables con nadie durante todo el día.
- 29- Alardea que «eres una ballena».
- 30 a 49 - Todos los días levántate a las 4:20 am, mira vídeos de terror, escucha música que “te envíen”, hazte 1 corte al día y habla con «una ballena».
- 50. Salta desde un edificio muy alto. Toma tu vida.



4.4. La Ballena Azul en España.

Una menor guipuzcoana se quitó la vida en septiembre de 2018 después de participar en dos retos de internet. Uno, el de la 'ballena azul', y el otro como parte de un pacto para suicidarse de manera colectiva desde distintos lugares del mundo, dirigido por un joven de 17 años desde Argentina. La niña, por tanto, fue víctima de dos delitos de inducción al suicidio por internet, según recoge genéricamente la memoria de la Fiscalía del País Vasco de 2018. La fiscalía de Gipuzkoa abrió diligencias por sendos hechos y las remitió por inhibición a las fiscalías de Barcelona y Argentina, ya que los dos menores que cometieron los presuntos delitos de inducción al suicidio residían allí.

Según describe la memoria de la Fiscalía del País Vasco de 2018, la joven guipuzcoana también comenzó a jugar a la 'ballena azul', y acabó suicidándose en septiembre de 2018, aunque muchos consideran que resulta difícil determinar si el detonante final de este hecho fueron las

instrucciones que la joven recibió a través de las redes sociales. De hecho, como acabamos de decir, el suicidio colectivo inducido desde Argentina fue frustrado por una investigación de la Ertzaintza que acabó con la detención del infractor el 11 de agosto de 2017 por parte de la Policía Federal del país suramericano.

La detención se produjo seis días antes de la fecha pactada por el grupo que dirigía el detenido, compuesto por la menor guipuzcoana, un mexicano y cuatro argentinos

La Fiscalía tuvo constancia de esos dos delitos de inducción al suicidio que tenían “como punto de conexión que la víctima es la misma”, en concreto una menor tutelada por la Diputación de Gipuzkoa.

4.5. Jonathan Galindo y Momo

El protagonista de 'Jonathan Galindo' es una persona anónima caracterizada como "el Goofy humano" (simulando al conocido personaje Goofy de Disney, uno de los mejores amigos de Mickey Mouse) que propone un "desafío del terror" a niños y adolescentes.

El personaje contacta con sus víctimas a través de Facebook, Instagram, Twitter y TikTok enviando peticiones de amistad o mensajes directos. Cuando recibe respuesta, comienza a encargar misiones "de valentía" a los jóvenes, siendo estas misiones de naturaleza agresiva, aumentando gradualmente en peligrosidad y llegando a la autolesión. La primera víctima conocida de Jonathan Galindo se trata de un niño de 10 años que se precipitó desde su balcón en un decimoprimer piso. Según los medios locales, el pequeño salió por la ventana de su casa, trepó por la barandilla y se dejó caer al vacío tras dejar una nota que decía

"Lo siento mamá, tengo que seguir al hombre de la capucha"

El reto del muñeco llamado "Momo" llamó la atención en julio de 2018, cuando fue comentado por la popular YouTuber ReignBot. Tras lo cual personalidades mediáticas y medios masivos de comunicación retomaron la historia trayéndola a la atención del público en general. En el "reto", personas presentándose a sí mismas como un personaje llamado Momo toman como blanco a menores de edad, y mediante mensajes de WhatsApp tratan de convencerlos de contactar con su teléfono móvil. Al igual que en otras farsas de internet presentadas como "retos" como la Ballena azul, se le indica a los jugadores que realicen una serie de tareas. El rechazo a realizarlas tiene como consecuencia amenazas graves hacia el "jugador". A la vez, los mensajes son acompañados de imágenes perturbadoras o violencia gráfica. Padres británicos afirman que imágenes de Momo han sido insertadas en videos aparentemente inocuos de YouTube y YouTube Kids, por ejemplo de Peppa Pig y Fortnite; estas afirmaciones fueron aseveradas por el grupo "National Online Safety" (Seguridad nacional en línea).

4.6. Los Grupos de la muerte.

Con funcionamiento similar al de la ballena azul podemos citar a los llamados: “grupos de la muerte”:

- Administrados por adultos anónimos.
- Con gran destreza en el desarrollo de la manipulación.
- Buscan cuentas en la red social en las que identifican adolescentes con problemáticas similares (depresivas o desencantadas con el mundo, etc.)

- Crean cuentas falsas y se hacen pasar por chicos o chicas de su edad.
- Contactan privadamente.
- Interactúan teniendo en cuenta sus preferencias e intereses, utilizan su lenguaje y la cultura que les gusta, y se ganan su confianza.
- Se les propone entrar en grupos cerrados.
- Se les engaña diciendo que decenas de personas en sus mismas condiciones ya lo hacen.
- Cuando aceptan se inicia lo que llaman “el juego”.

En ocasiones se fuerza esta entrada con amenazas: “O juegas o algo mal o le pasará a tu familia”. Estas amenazas pueden utilizarse también para coartar la intención de abandonar el “juego”.

Normalmente son adolescentes de entre 12 a 15 años, con depresión u otros problemas de conducta.

A veces la iniciativa parte de los propios adolescentes que, a través de hashtags en sus redes sociales, buscan un mentor que les abra las puertas del juego.

4.7. Los Retos Virales

La necesidad de notoriedad, atención y/o fama ha llevado a participar en Retos Virales peligrosos, en los que se pone en riesgo la vida o la integridad física de forma muy grave.

El reto de la canela: Consiste en tragarse una cucharada de canela en polvo sin tomar agua o ningún otro líquido.

Balconing: Consiste en lanzarse a la piscina de un hotel desde una altura elevada como por ejemplo desde un balcón o terraza

Fire Challenge: Se grababan mientras se echaban alcohol en el cuerpo y se prendían fuego, estando cerca de una piscina o una bañera para poder apagarlo pronto.

Juego de la asfixia o choking game: El adolescente se induce el desmayo por medio de una asfixia intencional. El objetivo es sentir la sensación de desvanecimiento.

Ab Crack: Consiste en conseguir una hendidura que atravesase verticalmente el tórax, perdiendo entre el 15 y el 20% de la grasa corporal. Convertir la musculatura abdominal en dos porciones separadas por una hendidura continua, que surge del centro del pecho y acaba en el ombligo.

A4waist (cintura A4): se ponen hojas de papel DIN A4 tras las que no puede aparecer carne por los costados para demostrar lo delgados/as que están. Suele aparecer en chats y foros como el de Ana y Mía.

Desafío de “hielo y sal”: Los participantes adolescentes se ponen sal en una parte del cuerpo, la cual presionaban con hielo hasta que no soportan el dolor. Y luego comparten la imagen o el vídeo.

Train surfing: Juego extremo en el que el objetivo es grabarse mientras se viaja por fuera de un tren. Sujetándose en los costados, debajo de las ruedas, en el techo.

Hot water challenge Consiste en arrojar agua ardiendo a alguien mientras está totalmente desprevenido. Un joven de 15 años resultó herido gravemente cuando su amigo le lanzó agua hirviendo mientras dormía.

Flaming cactus challenge Se trata de comerse un cactus en llamas. A la vez puedes beber cerveza para evitar el sabor y sobre todo para no quemarte.

Cockroach challenge Es otro de los retos de moda que invita a los usuarios a fotografiarse con cucarachas en la cara.

El abecedario del diablo o abecedario chino Consiste en que un niño rasca el dorso de la mano a otro mientras este recita las letras del abecedario de la A a la Z y dice una palabra que comienza con cada letra. A cada palabra la ‘rascada’ es más fuerte, acabando la mayoría de las veces con heridas graves que dejan marcas y cicatrices para toda la vida

Cruce del metro, selfies con tren llegando, cruce de autovía, etc.

4.8 Los Foros Suicidas

Son foros dedicados a la temática del suicidio. En el mismo se hablan de los problemas cotidianos que tienen los asistentes en la escuela, con su familia o amigos, y se habla del suicidio y de las formas de llevarlo a cabo.

Los participantes suelen utilizar “pseudónimos” para no ser identificados y al coger confianza pueden intercambiarse sus e-mails o teléfonos para quedar e incluso quedar para realizar un suicidio conjunto (pacto suicida). Los creadores del foro, pueden eliminar los mensajes que intentan ofrecer ayuda de verdad, o las que proponen la ayuda de profesionales, dirigiendo de esa manera las conversaciones según su interés. De esta forma, personas que tenían dudas e inhibiciones, acaban viendo el suicidio como una solución a sus problemas que otros comparten. Salir del foro es difícil sin ayuda externa y en ocasiones el ingreso hospitalario puede ser la única solución.

Ejemplo real: “Pensaba, que lo habías conseguido. Creía que te que pensabas matar con cianuro de potasio. ¿Por qué no ha funcionado?”.

4.9 Molly Russell

El caso de Molly Russell es muestra de las dificultades de exigir responsabilidad a las plataformas y a los proveedores de contenidos.

En 2017, una adolescente de 14 años se suicidó después de consumir contenidos en Instagram y Pinterest que la alentaron a hacerlo.

En la investigación del fallecimiento de esta chica, que en principio fue enmarcada como suicidio, se comprobó que de las 16.300 publicaciones que Molly guardó, compartió o le gustaron en Instagram en los seis meses anteriores a su muerte, 2.100 estaban relacionadas con la depresión, las autolesiones o el suicidio.

El proceso llevado a cabo por un juez de instrucción en Harrow, un pueblo al noroeste de la capital del Reino Unido, también investigó los detalles de los correos electrónicos enviados a Molly por Pinterest, con títulos como “10 pines sobre la depresión que podrían gustarte” y “Nuevas ideas para ti en la depresión”.

De esta manera, el tribunal concluyó que no sería seguro dictaminar que la causa de la muerte de Molly había sido suicidio: el forense principal del caso afirmó que la adolescente murió por un acto de autolesión mientras sufría depresión y los efectos negativos del contenido online, y

criticó a los gigantes de las redes sociales Meta (empresa matriz de Instagram) y Pinterest por permitir contenidos “inseguros” que glorifican la autolesión.

El fallo afirma que Molly estuvo expuesta a contenidos que glorificaban la autolesión y que la adolescente miraba por horas horribles publicaciones relacionadas con el suicidio en Internet.

Pero, ¿Cómo se condena a un algoritmo por la muerte de alguien?

La noche del 20 de noviembre de 2017 en la casa de la familia Russell todo parecía ir normal. Tras ir al colegio y hacer los deberes, Molly, una adolescente de 14 años, cenaba con sus padres para después sentarse con ellos en el sofá a ver uno de esos programas de máxima audiencia de la televisión británica. Así lo relata el periodista de 'The Guardian', Dan Milmo, en un artículo en retrospectiva de aquella noche en la que sucedió algo irreversible que a día de hoy todavía los Russell están tratando de superar y afrontar. En aquel salón, se dieron dos mundos espectaculares contrapuestos. El visible (un programa de 'celebrities') y el no visible (el Instagram y el Pinterest de Molly).

Ya hemos dicho que de los 16.300 contenidos guardados o marcados como "Me gusta" por Molly, 2.100 se relacionaban con ideas suicidas, la depresión o las conductas autolíticas.

El algoritmo de estas webs tuvo más que ver de lo que se pensó en un inicio. A tal punto ha llegado el caso que 'The New York Times' ha calificado el caso como "la primera vez que las empresas de Internet han sido legalmente culpadas por un suicidio".

Pero obviamente, cuando es un algoritmo de redes sociales tan consumidas por millones de personas el que no deja de sugerir publicaciones y mostrar ciertos contenidos que alientan a quitarse la vida, la causa última de la muerte es mucho más difícil de justificar. ¿Cómo se puede culpar a un sistema informático de los daños y prejuicios contra la salud mental de una adolescente como Molly hasta el punto de incitarle de manera directa a poner fin a su vida? Efectivamente, yendo a por sus programadores o los responsables de que este tipo de vídeos e imágenes se promocionen tanto en la web.

El contenido que visualizó antes de tomar la decisión de suicidarse era completamente inapropiado para los estándares de Instagram, debiendo haber sido retirado de la plataforma antes de que ocurriera una desgracia como la suya. Otro hecho a tener en cuenta es que dicha red social permite crear una cuenta a partir de los trece años, y Molly tenía doce cuando accedió por primera vez, lo que deja también claro que no hay un método eficaz para comprobar la edad de los usuarios cuando entran en la página.

Además, en los últimos años, ha quedado claro que los datos necesarios para investigar los casos de suicidio y autolesiones en la red pertenecen a las mismas empresas que buscan ocultar la influencia que tienen en sus usuarios, y muy pocas veces se hace pública la forma en la que gestionan el contenido de sus webs.

"Si bien TikTok, Instagram, Facebook, Twitter y otras plataformas son explícitos en su objetivo de fomentar lazos estrechos de personas separadas por grandes distancias, se muestran reacios a cualquier análisis independiente de las consecuencias. Esto hace que estudiar el contagio suicida a través de redes digitales sea prácticamente una tarea imposible" (Eleanor Cummings).

4.10 Pacto Suicida

Llamamos así a una variedad del ciber suicidio, donde la persona que quiere suicidarse, busca hacerlo en compañía con otros que también lo lleven a cabo. “Se busca: cualquiera que quiera morir conmigo” En los pactos suicidas por Internet no existe ese vínculo afectivo previo entre los participantes que existe en el pacto suicida presencial (generalmente son cónyuges, familiares o miembros de una misma organización política o secta religiosa), muchos no se conocen, nunca se han visto ni tienen historias en común antes de conectarse a través de la Red. Algunos se encuentran en localizaciones distantes en el momento de cometer el acto de suicidio, mientras que otros se pueden reunir por primera y última vez para llevar a cabo el suicidio colectivo. Típicamente, ambos miembros emplean el mismo método. De vez en cuando, ambos compañeros pueden utilizar métodos múltiples para asegurar la muerte. Los futuros suicidas provienen de países con elevados niveles de desarrollo.

El primer contacto se establece a través de Internet. Por lo general los participantes en el pacto suicida no tienen otros vínculos entre ellos que no sea a través de la Red. Existe una personalidad dominante que es la que propone el pacto suicida y es quien se encarga de realizar la labor de proselitismo, quien sugiere el cómo, cuándo y dónde se ha de realizar el suicidio colectivo.

El diagnóstico clínico más probable en estos dominadores del grupo sería el de Trastorno de la Personalidad principalmente Trastorno Paranoide, Límite de la Personalidad o Narcisista aunque pueden encontrarse casos de verdaderas psicosis delirantes. Pueden participar del suicidio colectivo personas muy distantes geográficamente unas de otras.

Por lo general participan del suicidio colectivo adolescentes y jóvenes de ambos sexos. Todos los participantes del pacto suicida son sujetos vulnerables y ninguno de ellos goza de una buena salud mental. Ej. “la prensa anunciaba el arresto de un estadounidense de 26 años que planeaba a través de Internet un suicidio colectivo para el 14 de febrero o Día de San Valentín. El promotor del suicidio masivo fue descubierto y detenido por la policía bajo la acusación de “instigación al suicidio”. A través del correo electrónico, este individuo logró convencer al menos a 32 personas, entre estadounidenses y canadienses para que todos se mataran al mismo tiempo en una suerte de ritual. Fue descubierto cuando una mujer que de inicio aceptó la idea de un suicidio colectivo, denunció la trama, espantada por la confesión de otra participante quien pensaba asesinar a sus dos hijos antes de matarse.”

4.11 Los Suicidios Retransmitidos

El reciente fenómeno de la retransmisión en directo del suicidio implica otras connotaciones distintas. Generalmente, el acto de quitarse la vida ante una audiencia busca generar un impacto severo en ella, en muchas ocasiones como forma de castigo.

También puede concebirse como una búsqueda de sentido, tratando de encontrar un propósito en la muerte que no se halló en vida. Se trata de un modo de exaltar el suicidio, otorgándole un valor especial, como si de un acto de valentía se tratase. Las personas que visualizan este tipo de contenidos pueden exhibir diferentes reacciones. Algunos tratan de disuadir a la persona; mientras que otros, sin estar seguros de lo que están presenciando, son víctimas del efecto espectador. Este fenómeno hace referencia a la tendencia a no intervenir en una situación de emergencia (tal como un suicidio) cuando hay más personas presentes, frente a los casos en los

que está uno solo. La probabilidad de intervenir es inversamente proporcional al número de espectadores que estén presenciando la situación. Por último, hay personas que, al visualizar este acto, animan a la persona a cometerlo, retándole a quitarse la vida.

Me querías más muerta?

—*No, nunca digas eso.*

—*No quiero vivir más.*

—*¿Qué ocurrió?*

—*Estoy cansada de que mi vida no tenga sentido. Ya no quiero esto.*

Este es el diálogo entre Nakia Venant, de 14 años, y un amigo. Luego de este intercambio, la adolescente se suicidó. Se colgó con una bufanda de la puerta del baño de su casa, en EEUU, y lo transmitió pro Facebook Live.

Hay evidencias de un fuerte crecimiento de los adolescentes que transmiten sus suicidios o autolesiones vía Facebook Live o plataformas similares. Víctimas de abusos sexuales o violentos casos de bullying, los jóvenes ya no dejan cartas sino que eligen suicidarse y retransmitirlo en vivo.

La modalidad no sólo alcanza a los suicidas, sino que por Facebook Live se transmiten crímenes: Violaciones grupales, a mayores y menores, acoso escolar y asesinato: todo se puede ver en vivo por internet.

5. PROMOCIÓN DE LAS AUTOLESIONES EN LA RED.

Las autolesiones incluyen cualquier comportamiento en el que un individuo participa con la intención de causarse un daño a sí mismo (Muehlenkamp, Claes, Havertape, & Plener, 2012). Es importante la diferenciación entre lesiones no suicidas, por una parte, y actos lesivos asociados con intentos de suicidio, por la otra (Jacob, Evans, & Scourfield, 2017). No obstante, tanto las autolesiones no suicidas como los intentos de suicidio comparten factores de riesgo comunes, lo cual indica que ambas problemáticas se sitúan en un escenario continuo de gravedad (Jacob et al., 2017).

Internet tiene un papel decisivo en las conductas autolesivas de los adolescentes. Empleando una metodología cualitativa, Whitlock, Powers, y Eckenrode (2006) analizaron 400 mensajes sobre autolesiones publicados en diferentes foros de Internet. Estos autores concluyeron que, aunque Internet proporcionaba apoyo social a los adolescentes más aislados, también permite normalizar e, incluso, reforzar el comportamiento autolesivo entre ellos.

Las autolesiones son comportamientos deliberados sin intención de suicidio en los que la persona se inflige un daño físico en su propio cuerpo. Esencialmente, son un mecanismo de afrontamiento que le permite a la persona lidiar con emociones negativas intensas, creando una sensación calmante. También se usa para “despertarse” cuando la persona siente se siente disociada, paralizada o entumecida.

Otras formas en las que se conoce la autolesión son cutting, risuka, automutilación impulsiva, comportamiento autodestructivo, autoagresión o comportamiento autoagresivo, self injure, Síndrome de automutilación (SAM) o comportamiento autolesivo.

5.1 El Cutting

Las autolesiones son comportamientos deliberados sin intención de suicidio en los que la persona se inflige un daño físico en su propio cuerpo. Esencialmente, son un mecanismo de afrontamiento que le permite a la persona lidiar con emociones negativas intensas, creando una sensación calmante. También se usa para “despertarse” cuando la persona siente se siente disociada, paralizada o entumecida.

Hace pues referencia a los continuos cortes en la piel hechos de forma intencional por niños, niñas y adolescentes en la mayoría de los casos, que llega a ser adictivo, y donde no hay intención suicida.

Algunos se cortan a diario se fotografían y lo suben a la red. En otras ocasiones sólo ante situaciones de ansiedad o estrés. El que se corta suele considerar el cutting como un ansiolítico

En general, las personas encuentran sus propias y únicas formas de hacerse daño, así que el espectro puede ser bastante amplio. Los jóvenes pueden cortarse, quemarse, arañarse, morderse o darse golpes contra objetos o superficies contundentes sin que nadie lo sepa, pues estas autolesiones se esconden con muñequeras, pulseras o ropa larga.

El cutting suele hacerse en las muñecas, pero también puede llegar a presentarse en los tobillos, los muslos y la parte alta de los brazos con el fin de que pueda ocultarse más fácilmente. Si la preocupación principal no es ocultarlo, pueden presentarse cortes en el pecho, el estómago y otras partes blandas y de fácil acceso, ya que en muchas ocasiones, el cutting se realiza en cuestión de segundos, incluso en la presencia de otras personas.

El acto de cortarse más frecuente suele ser con una hoja de afeitar o un bisturí, pero las personas pueden usar cualquier medio corto punzante que tengan a su disposición, como cuchillos, navajas, tijeras, ramas o vidrios. En internet, las personas encuentran páginas y foros donde intercambian experiencias y formas de cutting.

Muchos de los adolescentes que se cortan describen la sensación de alivio que sienten al hacerlo, lo que es común de las conductas compulsivas. Ello podría ser debido a varios motivos: la liberación de endorfinas u hormonas del «placer» que se liberan cuando se produce un esfuerzo físico intenso y que también pueden liberarse cuando se produce una lesión; la distracción de las emociones dolorosas que produce el dolor físico intenso y la impresión de ver sangre.

Algunos adolescentes empiezan a cortarse por influencia de otros compañeros que ya lo hacen. Por ejemplo, una adolescente podría intentar cortarse porque su novio lo hace. También puede existir la presión de un grupo de compañeros. Algunos adolescentes se cortan en grupo y podrían presionar a otros a hacerlo. Un adolescente podría ceder ante esta presión de grupo para demostrar que es “valiente” o «está en la onda», para tener un sentido de pertenencia o evitar el acoso de sus compañeros.

Lo que cierra el círculo es la tendencia no sólo a cortarse, brazos y piernas, abdomen y en ocasiones el rostro sino a grabarlo o fotografiarlo y subirlo inmediatamente a instagram, TikTok u otras redes sociales.

Ello plantea si estas conductas satisfacen las exigencias del tipo de los artículos 143 bis o 156 ter.

No perdamos de vista por una parte que estas personas menores de edad en muchos casos, tienen graves trastornos psíquicos y por otra parte, en caso me menores que se da la siguiente

paradoja: Los menores y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección pueden ser tanto víctimas (sujetos pasivos) como victimarios (sujetos activos). Estos últimos son imputables desde los catorce años.

¿Y cuando la conducta delictiva fuere realizada por menores de edad mayores de catorce años pero menores de dieciocho? Se presume legalmente su incapacidad para ser plenamente conscientes del peligro de retos autolesivos viralizados cuando fueren víctimas, de ahí el adelanto de la tutela penal que permite condenar a quien difunda tales contenidos incluso sin que llegue a producirse una auto-puesta en peligro. Pero, al mismo tiempo, se presume su capacidad para comprenderlo cuando son los victimarios.

6. CONTENIDOS NOCIVOS

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) envió en 2017 un escrito a la Fiscalía de Catalunya en el que denunciaba 15 contenidos de Internet que incitan a la muerte por suicidio y a su juicio podían tener carácter delictivo. Más de 3.500 catalanes han intentado suicidarse en los últimos dos años.

El organismo regulador se dirigió entonces también a los proveedores de Internet y les pidió que los retirase de forma inmediata. Se trataba de seis videos en YouTube, cuatro blogs, dos webs, dos foros y una cuenta de Twitter, en el que los videos denunciados registran un total de 4,2 millones de visualizaciones y la cuenta de Twitter contaba con 16.700 seguidores. El CAC había analizado un total de 30 contenidos, de los que 15 incitaban al suicidio y "recomiendan diversos métodos" e incluso proponían crear grupos suicidas o formar parte de suicidios dobles, mientras que los otros 15 contenidos analizados presentaban un mensaje complaciente ante el suicidio o eran susceptibles de favorecer un efecto imitativo.

Respecto a la posibilidad de que el juez de instrucción proceda en el ámbito de una investigación penal a ordenar la retirada de Internet de páginas web con contenidos nocivos no delictivos, nos posicionamos en términos contrarios, a salvo los supuestos en que el carácter delictivo o no del contenido afectado no sea inicialmente evidente, lo que a veces constituye el auténtico contenido de algunas investigaciones de carácter penal.

Como se ha señalado ut supra, la aparición en Internet de webs o páginas informáticas con contenidos nocivos (al margen de los delictivos) obliga al establecimiento de una, a modo de policía de contenidos de ese carácter que la LSSICE ha residenciado en el órgano competente por razón de la materia —arts. 11, 35 y 38.2 b), órganos jurisdiccionales, o administrativos de los Ministerios de Ciencia e Innovación, Justicia, Asuntos económicos y Transformación digital, Sanidad, Consumo y Inclusión Seguridad social, y Migraciones, y órganos que determinen las respectivas CC.AA. y Entidades Locales— a través de la labor inspectora que posibilita su art. 35 y con la posibilidad sancionadora administrativa del Ministerio de Ciencia e Innovación (art. 43), que sin embargo está abocada a acabar no en la jurisdicción penal, sino ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues la ley no determina cuales son esos contenidos «nocivos», sino que exclusivamente establece sanciones por desobedecer la orden de su retirada.

Si por contenidos nocivos hay que entender aquellos que sin constituir inicialmente delito pueden resultar inconvenientes para el desarrollo de la personalidad de los integrantes de una sociedad democrática, ofensivos para algunos de sus componentes y que se extralimitan del beneficio de la libertad de expresión, por afectar a intereses públicos notoriamente como la salud o la seguridad, la determinación de los mismos, negativamente, la debe establecer el juez

penal, pero una vez descartada tal naturaleza, es el juez de lo contencioso el que con arreglo a su normativa específica deberá indicar si en el caso concreto nos hallamos ante un contenido nocivo y si es de entidad suficiente como para retirarlo cautelarmente o hay superiores intereses concurrentes que impiden su restricción.

7. LA RESPUESTA LEGAL.

La E.M de la L. Orgánica 8/21 justifica la creación de los nuevos tipos del modo siguiente: “Por último, se crean nuevos tipos delictivos para evitar la impunidad de conductas realizadas a través de medios tecnológicos y de la comunicación, que producen graves riesgos para la vida y la integridad de las personas menores edad, así como una gran alarma social. Se castiga a quienes, a través de estos medios, promuevan el suicidio, la autolesión o los trastornos alimenticios entre personas menores de edad, así como la comisión de delitos de naturaleza sexual contra estas. Además, se prevé expresamente que las autoridades judiciales retirarán estos contenidos de la red para evitar la persistencia delictiva”.

La Ley Orgánica 8/2021 introduce en lo que afecta al tema que tratamos, dos preceptos del siguiente tenor:

“Artículo 143 bis. 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 al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”.

Artículo 156 ter. 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 a la autolesión de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero”.

Se trata de complementar el vacío punitivo de conductas como la ballena azul, que no tenían un encaje claro en el artículo 143, único entonces vigente, que parecía exigir un sujeto pasivo concreto y determinado, ese “otro” del que habla el tipo, y de este modo castigar conductas que no tenían un encaje en la legislación anterior y cuyo castigo era demandado por amplios sectores sociales

Zaragoza Tejada afirma que “con la reforma legal se ha pretendido, por un lado, adelantar las barreras de protección garantizando la punición de la conducta aun cuando no se haya generado un peligro concreto a un menor determinado, y, de otro lado, hacer frente a los problemas de aplicación del citado art. 143 CP requiriendo un elemento subjetivo del injusto menos estricto.

Así, mientras que el art. 143 exigiría la concurrencia de un dolo directo dirigido a incitar al suicidio a quien no tuviera decidido ello (discutiéndose por parte de la doctrina si el suicidio era el resultado del delito, condición objetiva de punibilidad, o si la inducción o el auxilio agotaban el delito y bastaban para que el hecho fuera punible), en el caso del nuevo art. 143 bis bastaría el genérico conocimiento de la idoneidad del material subido a la red para promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad, lo que, desde luego, plantea menos problemas de aplicación”.

Los nuevos delitos podría considerarse que son delitos permanentes si su comisión se produce, por ejemplo, mediante la apertura de una página web pública con determinado contenido que incita o facilita la comisión del suicidio y autolesiones o el desarrollo de trastornos alimentarios, ya que mientras que la existencia de dicha página web no se ponga en conocimiento de las autoridades, depende del autor de dicha página el cerrarla o, por el contrario, dejarla abierta y mantener la situación antijurídica.

No obstante, si la comisión del delito se produce por difundir mensajes con dicho contenido específico a través del teléfono (¿) o de Internet y esos mensajes a su vez son reenviados por otras personas, ¿hasta qué punto podría considerarse que depende de la voluntad del autor el cese de la situación antijurídica?

Para solventar esta cuestión cabe acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2003:6689) que señala en los delitos permanentes “la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial”. De la misma manera, se ha afirmado por parte de la doctrina que los delitos cometidos a través de medios tecnológicos, sí que suelen considerarse permanentes por las dificultades que entraña la investigación sobre su comisión.

De hecho, en este sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2017:31) en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo cuando señala que “Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad”. Por ende, a pesar de la compleja casuística que afrontan los nuevos delitos, es posible su calificación como delitos permanentes.

Pese a la mala redacción de ambos tipos, muchos de los problemas respecto de la acción típica se resuelven acudiendo al significado de “difusión”.

Difusión es la acción y efecto de difundir (propagar, divulgar o esparcir). El término, que procede del latín *diffusio*, hace referencia a la comunicación extendida de un mensaje. ... La difusión consiste en dar a conocer un mensaje a la mayor cantidad de gente posible. Y debe ser pública.

Este será por lo tanto el núcleo cardinal de este tipo del 143 bis y de sus tres correlativos: la difusión, entendida como dar a conocer, extender, esparcir, propagar o divulgar un contenido a la mayor cantidad de gente posible.

Difundir equivale a divulgar entre una pluralidad de personas (vid. STS nº 826/2017, de 14 de diciembre, en relación con el tipo del art. 186 CP).

La terminología usada para definir el tipo puede parecer inicialmente contradictoria ya que la distribución permite que los contenidos vayan dirigidos directamente a personas concretas; mientras que la difusión exige su puesta a disposición de una pluralidad indeterminada de personas. Sin embargo, el uso del adjetivo “pública” ha resuelto esta cuestión, al imponer la exigencia de publicidad a ambas situaciones.

Además, que la forma en la que el tipo se refiera al sujeto pasivo sea en plural, y que una de las razones de inclusión del delito, referidas en el preámbulo, sea la alarma social, reafirma que estamos ante un delito de peligro abstracto. Los supuestos que sí son subsumibles en el tipo son aquellos en los que los sujetos ponen los contenidos a disposición de los usuarios en archivos compartidos, denominados redes peer-to-peer, independientemente de que no haya envío directo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencias referidas a pornografía infantil a través del Emule ha señalado que hay que evitar caer en el automatismo de apreciar la conducta típica por el simple hecho de que se use el programa, sino que es necesario apreciar la voluntad del sujeto de difundir o distribuir realmente este tipo de contenidos.

Existen notables diferencias entre el delito del artículo 143 y el del 143 bis, no sólo por el modo de comisión (cualquiera en el 143 y los específicos que enumera el 143 bis), sino también:

- El delito del 143 es de peligro concreto
- Dirigido a un sujeto pasivo determinado
- Al que se induce o ayuda a suicidarse
- La voluntad relevante es del sujeto pasivo
- Si no hay resultado la conducta es impune.
- el delito del 143 bis es de peligro abstracto
- Dirigido a sujetos pasivos indeterminados
- que deben además promover el suicidio de menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección.
- el medio debe ser “a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación”
- Se agota el delito en la difusión, es irrelevante la voluntad del sujeto pasivo, y el número de potenciales o concretos sujetos a los que llegue lo difundido.

¿y si no llega a ninguno?, por ejemplo, se interviene antes de que la difusión, ya hecha, llegue a terceros, o llegue sólo a mayores de edad que no sean discapacitados necesitados de especial protección.

Por ello, no creo que el delito del 143 bis deba denominarse “delito de puesta a disposición, a través de las redes, de material apto para inducir al suicidio de terceros” toda vez que lo relevante es el sujeto determinado en el 143 e indeterminado y menor o discapacitado nep. en el art. 143 bis, además del medio comisivo (“específicamente destinados”)

Si desde una acción genérica, punible a través del 143 bis, se progresa a un destinatario concreto, entraremos en el ámbito de aplicación del 143, que por lo demás está castigado con una pena que viene a ser superior en grado (1 a 4 años en el 143 bis, 4 a 8 años en el 143).

Por la naturaleza de la acción, en el tipo de inducción concreta hay tantos delitos como sujetos pasivos, mientras que en el art.143 únicamente existe un delito, con independencia de los sujetos a los que llegue la difusión.

7.1. Quien difunde

La redacción de los nuevos delitos no aclara a quién podemos considerar verdadero autor, si sólo a la persona que difunde el contenido específico por primera vez o también las personas que se convierten posteriormente en difusores de dicho mensaje. En relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo, en un caso en el que se realizó a través de las redes sociales, señaló el Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2017:31) que “Quien hoy incita a la violencia en una red social (...) carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión” y concluyó que el autor del delito era la persona que difundió la información en un primer lugar, sin tener en cuenta a todas las personas que compartieron los comentarios en la red social. Sin embargo, el tipo de enaltecimiento del terrorismo no pena la difusión o distribución de determinadas declaraciones, sino el enaltecimiento o la justificación en sí misma.

Por lo tanto, no se pueden equiparar completamente la conducta de justificar o enaltecer con difundir. Ahora bien, si el Tribunal Supremo considera que no enaltece o justifica quien comparte el comentario de una persona, facilitando así su difusión e identificándolo con la propia opinión, tampoco parece coherente considerar autor a cada persona que comparta el contenido difundido por otra, máxime cuando no se sabe la intención con la que se comparte dicha información.

De hecho, este último razonamiento parece coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:492) que, en relación con el artículo 197.7 CP relativo al descubrimiento y revelación de secretos, señala: “Pero es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal

En palabras del Fiscal, sujeto activo es aquel a quien le es remitida voluntariamente la imagen o grabación audiovisual y posteriormente, sin el consentimiento del emisor, quebrantando la confianza en él depositada, la reenvía a terceros, habitualmente con fines sexistas, discriminatorios o de venganza.

Este es, además, el criterio de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2017, que indica: “Cuestión distinta es la actuación de los terceros -extranei- que sin haber intervenido en la acción inicial antes descrita reciben en un momento posterior los contenidos comprometidos y los transmiten a otras personas distintas, conductas estas que, por mor de las posibilidades que ofrecen las herramientas tecnológicas, pueden reiterarse indefinidamente por una pluralidad de personas. Dichos comportamientos, en principio, únicamente podrían dar lugar a la utilización de los mecanismos previstos en la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Sin embargo, esta postura antes defendible, pierde fuerza con la reforma del artículo 197.7 por la disposición final 4.17 de la L.O.10/22 de 6 de septiembre que castiga a los ulteriores difusores de contenidos en los siguientes términos:

”...quien hubiese recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, releve o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada”.

Creo que en nuestro caso, atendido que no existe esa persona afectada y no estamos en presencia del bien jurídico intimidad, sino en una suerte de bien jurídico colectivo puede afirmarse que tanto comete el delito el primer difusor de los contenidos como los ulteriores, es decir personas que ven el contenido en la red y por su cuenta lo difunden públicamente a través de la red e incluso el que aprovechando la creación o contenidos no digitales por ejemplo un texto impreso lo digitaliza y difunde por los medios legalmente previstos (internet el teléfono o cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación) con independencia de que primera difusión sea atípica.

Pues bien, ¿qué ocurriría si ese contenido dañino llegase a las manos de una persona que, en aras de poner sobre aviso a educadores, progenitores, tutores y demás, difunde esa información a más personas y ésta acaba llegando a un menor? ¿Sería esa persona autora del delito? En este caso, habría que estar al análisis concreto de la situación y ver si se cumple tanto con los elementos del tipo objetivo, como con el tipo subjetivo. Si no es difusión pública no hay tipicidad lo mismo que si llega al menor de forma accidental.

Por otro lado, en relación con las formas de participación, cabría traer a colación lo señalado por el CP en su artículo 30, que se entiende aplicable cuando la conducta típica consiste en la difusión y la difusión se refiere a un contenido considerado ilícito por el legislador, como es el caso de los nuevos delitos. Pues bien, establece el mencionado artículo respecto a los delitos cometidos utilizando “medios o soportes de difusión mecánicos” que no responderán ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente, sino que responderán los autores a los que se refiere el artículo 28 de forma escalonada, excluyente y subsidiaria.

En consecuencia, si antes de 2.022 cabría concluir del análisis de la jurisprudencia y del propio CP que, el autor material sería la persona que difunde o distribuye el contenido específico la primera vez, siempre y cuando esta difusión cumpla las condiciones exigibles por el tipo (pública, a través de las TIC... etc.), excluyéndose a cómplices o a quienes hubiesen favorecido la comisión del delito ahora tras la reforma del artículo 197 puede mantenerse sólidamente la postura contraria. Además el ulterior difusor no es cómplice del primero sino nuevo autor de (otro) delito.

Todo ello con base sustentada en el hecho de que el legislador considera delito la distribución o difusión pública de cualquier contenido, pero no exige que sea de contenidos propios ni la originalidad de lo difundido

Por lo demás es el criterio seguido en materia de pornografía infantil, cumple el tipo el que distribuye contenidos que él ha obtenido de otros.

7.2. ¿Quiénes son las personas con discapacidad necesitadas de especial protección?

El artículo 25 del Código Penal define la discapacidad como “aquella situación en 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 las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente”.

Este concepto del artículo 25 del Código Penal ha quedado obsoleto con la promulgación de la Ley 8/21 de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que expone en su E.M., que “ La presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno.

“La nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos”.

7.3 Medios comisivos

El legislador ha descrito los mismos medios comisivos en la ciber inducción al suicidio que en el Child grooming del art.183 ter (a través internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación), y ello pone de manifiesto lo inadecuado del uso en este tipo del “teléfono” como medio de comisión, si nos referimos a “teléfono” como dice la RAE como “Conjunto de aparatos e hilos conductores con los cuales se transmite a distancia la palabra y toda clase de sonidos por la acción de la electricidad”, o “ Aparato para hablar por teléfono”, o “ Número que se asigna a cada teléfono” o finalmente, como teléfono celular, “Aparato portátil de un sistema de telefonía móvil”.

No puede cometerse ni el delito del art 143 bis ni el del 156 ter con un teléfono como tal. Otra cosa es el uso de un terminal, un móvil, que realmente es un ordenador conectado a la red. Es decir, con un teléfono fijo o un móvil sin datos, podremos cometer el delito del 143, más no el del 143 bis.

Podemos plantearnos la relación entre ambos tipos cuando se produce el suicidio .Volvemos ahora sobre esta cuestión

Debe existir dolo de:

A) De que se difunde material específicamente destinado a promover, fomentar o incitar al suicidio (o la autolesión).

B) De que los contenidos van destinados específicamente a incitar al suicidio de personas menores de edad o personas discapacitadas necesitadas de especial protección, sean mayores o menores. Ojo que esta puede ser una vía de escape.

NO cabe la comisión culposa: “promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad”.

Ambos tipos restringen los medios comisivos: los contenidos deben distribuirse mediante a través de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación. Por tecnología de la información o de la comunicación suele entenderse cualquier sistema que almacene, recupere, manipule, transmita o reciba datos electrónicamente en forma digital (por ejemplo, sistemas informáticos, elementos de comunicación, tales como ordenadores, Smartphones, televisión digital, correo electrónico, mensajería instantánea etc.).

Como destaca De la Rosa “quedan ya fuera del radio típico (otra cosa es que esté justificado) conductas realizadas a través de otros medios (por ejemplo, publicaciones impresas, carteles colocados en lugares públicos, discursos ante una pluralidad de personas etc.). Es ciertamente curiosa la transición de una legislación penal que no contemplaba la comisión del delito en un entorno digital a una legislación penal en la que no se contempla la comisión del delito en un entorno real”.

7.3.1. La cuestión del “específicamente destinados”

Se refiere a que únicamente sean destinatarios menores?

O que solo se refiere al suicidio de menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección?.

Qué ocurre si los contenidos están específicamente destinados a promover el suicidio de mayores, o la autolesión, y llegan a menores? Parece que lo relevante es que el menos, a la vista del material, puedan verse atraídos (promovido, incitado) al suicidio.

Será necesario deslindar la comisión del delito en función del medio concreto empleado en la divulgación y del propio contenido, por ejemplo televisión, streaming, video llamadas, foros cerrados o abiertos, muros de Facebook, incluso una entrevista?

Ejemplo: Muro de Facebook o blog titulado “ Examen de los métodos de suicidio más fáciles y utilizados en la población española”. O “ Manual para autolesionarse para no ir al trabajo”

7.4 Concurso

Caso de llegarse al resultado de muerte o de lesiones, podemos plantearnos si existe título de imputación al divulgador de contenidos.

Algún autor estima aplicable el concurso real en estos casos “aunque los nuevos arts. 143 bis y 156 ter no contienen una clausula concursal similar a la contemplada en el art. 183 ter (“sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos”) lo cierto es que su propia naturaleza –configurados como delitos de peligro abstracto- y la autonomía de la conducta descrita frente a otras figuras delictuales, permitirían rechazar la aplicación del instituto de la progresión delictiva (art. 8.3 CP) y apreciar únicamente el delito de resultado.

NO estoy de acuerdo. El delito del art- 183 ter opera sobre un menor concreto y determinado, en el que lo imaginable en el propósito del autor tras contactar de modo virtual, sea llegar a ese encuentro físico.

Por el contrario, en los nuevos delitos de difusión, no existe ese menor concreto, en muchos casos ni siquiera llegará a conocimiento del sujeto activo el hecho de que uno, dos o cien menores lleguen a leer, ver o tomar conocimiento del contenido divulgado.

Por tanto, si no hay nada más, por ejemplo, que en contactos posteriores ese menor o menores indeterminados, se determinen después mediante por ejemplo contactos particulares en la red social, post en los foros, intercambio de mensajes, llamadas telefónicas, etc., que hagan al sujeto mutar su propósito inicial de “divulgar” hacia uno nuevo de “inducir”, solo será posible apreciar el tipo de peligro.

Si un menor toma conocimiento de esos contenidos tendentes a favorecer el suicidio o la autolesión, y realiza una de estas acciones, el delito cometido es del 143 bis, no del 143 (o 156 ter, no 147).

Cuando esta regla se refiere, por otra parte, a la autolesión de la persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, surge el problema de determinar cuál es la conducta típica en que se concreta el riesgo prevenido y que ha de entrar en concurso con la conducta tipificada en el artículo 156 ter.

Teniendo en cuenta que la autolesión no es en sí misma una conducta punible, el concurso de delitos solamente sería concebible desde la hipótesis de la realización de la conducta sancionada a través de la autoría mediata a que se refiere el artículo 28 del Código Penal para la eventual comisión de un delito de lesiones en donde la víctima es a su vez instrumento para la comisión del hecho punible (quiero lesionar a un menor y le induzco a que se autolesione él mismo). En otro caso, no hay título de imputación.

Tampoco podemos acudir al concurso ideal de delitos (art 77) toda vez que no existe una acción que constituye dos o más delitos, sino que, una de dos, o tenemos sujeto pasivo concreto, y entra en juego el artículo 143, o lo tenemos indeterminado, y entra en juego el 143 bis.

Y existe otro argumento en favor de esta postura, la difusión de contenidos que promuevan, fomenten o inciten al suicidio o la autolesión entre mayores de edad es atípica ocurra lo que ocurra, es decir, tanto si el mayor de edad se suicida o se autolesiona como si no hace nada.

En el caso de difusión o de varios contenidos diferentes en varias redes sociales, o foros o mensajes o hilos de Twitter, o contenidos actualizados en Facebook, podríamos apreciar la existencia de un delito continuado.

Pero...¿y si es el mismo contenido? Parece que será un único delito.

Respecto de la promoción a las autolesiones damos por reproducido lo que acabamos de comentar respecto del artículo 143 bis. En este caso además los problemas surgen con la falta de referencia a un tipo concreto de lesiones, a diferencia de que ocurre con el art.143.

Podemos plantearnos la relación entre ambos tipos cuando se produce la autolesión - el delito del 156 ter es de peligro abstracto

- Dirigido a sujetos pasivos indeterminados
- que deben además ser menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección
- el medio debe ser “..a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación”
- Se agota el delito en la difusión, es irrelevante la voluntad del sujeto pasivo

Caso de llegarse a la autolesión, podemos plantearnos si existe título de imputación al divulgador de contenidos, en los términos que acabamos de plantear.

Además, no debe olvidarse que las autolesiones son atípicas, por lo que salvo los casos de autoría mediata, (quiero lesionar a un menor y le induzco a que se autolesione él mismo), no hay título de imputación.

Tampoco podemos acudir al concurso ideal de delitos (art 77) toda vez que no existe una acción que constituye dos o más delitos, sino que, una de dos, o tenemos sujeto pasivo concreto, y entra en juego el artículo 143, o lo tenemos indeterminado, y entra en juego el 143 bis.

8. MEDIDAS CAUTELARES

El Anteproyecto de la Ley Orgánica 8/21 mantenía el párrafo primero, pero introducía un segundo párrafo del siguiente tenor:

«En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el Juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero».

El Código Penal prevé de forma expresa en algunos tipos la adopción de medidas de neutralización de contenidos ilícitos difundidos a través de páginas web, aplicaciones de Internet o, en general, servicios de la sociedad de la información.

En concreto, con una redacción más o menos equivalente, aunque no idéntica, se establece la posibilidad de adoptar medidas de retirada de contenidos o interrupción del servicio en relación con la difusión de pornografía infantil (art. 189.8 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, previsión con la que se traspone la obligación de adoptar medidas contra los sitios web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil establecida en el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE), la infracción de derechos de propiedad intelectual (art. 270.3 CP, modificado por la LO 1/2015), la comisión de delitos de incitación al odio (art. 510.6 CP, introducido por la LO 1/2015) y el enaltecimiento o justificación del terrorismo (art. 578.4 y .5 CP, en la redacción dada por la LO 2/2015).

El legislador introdujo ENTONCES tres tipos de medidas, por las que podría optarse según el delito de que se tratara y las circunstancias concurrentes:

La retirada de contenidos ilícitos concretos.

La interrupción de los servicios de la sociedad de la información que ofrezcan exclusivamente o preponderantemente estos contenidos.

El bloqueo del acceso a los mismos, técnica que se utiliza generalmente cuando el prestador de servicios se encuentra radicado fuera del territorio nacional y no es posible la retirada del contenido o la interrupción del servicio a través de los mecanismos de cooperación internacional.

No tenía sentido que estas medidas pudieran adoptarse en la vía administrativa y no pudieran serlo en la penal, en la que se pretende la persecución y sanción de las infracciones más graves del ordenamiento jurídico. Por ello, la Circular 8/2015 FGE, de 21 de diciembre, sobre delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley orgánica 1/2015,

indicaba que, si estas medidas pueden «ser acordadas con esta naturaleza ante un ilícito civil, con más razón habrá que admitir su adopción frente a infracciones más graves (...) merecedoras de reproche penal».

Conjugando el Código Penal con las disposiciones de la LSSI, estas son las medidas que las autoridades pueden requerir de los prestadores de servicios de intermediación:

a) La retirada de datos y contenidos ilícitos en un determinado servicio de la sociedad de la información (por ejemplo, una página web). Se trata de una medida dirigida a evitar la permanencia en el mundo digital de contenidos que contravengan alguno de los principios enumerados en el artículo 8.1 LSSICE, que resulten claramente identificables y separables de otros contenidos lícitos.

b) La interrupción o bloqueo de la prestación de un servicio de la sociedad de información. A través de esta medida se impide el acceso por los usuarios a todo el contenido alojado en un determinado servidor en los supuestos, al ser total o mayoritariamente de carácter ilícito y no tener carácter más o menos puntual y separable de eventuales contenidos lícitos.

c) Impedir el acceso desde España (bloqueo) a un servicio de la sociedad de la información que contenga contenidos ilícitos y su prestador esté establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Se trata de una medida que evita tener que acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional para lograr la ejecución de medidas judiciales de retirada o interrupción del servicio que afecten a prestadores establecidos en el extranjero.

En lo que respecta al Ministerio Fiscal o los cuerpos policiales, la letra de la Constitución no les impide la adopción motu proprio de estas medidas restrictivas en la Red, pero generalmente las leyes que posteriormente las desarrollan (vid. las disposiciones para los servicios comerciales en la Red recogidas en los art. 8.1.3 y 11.3.2 LSSICE) en el despliegue de los derechos fundamentales afectados —pese a las excepciones a que supra se ha hecho referencia—, suelen imponer interpretaciones jurisprudenciales proclives a una especie de monopolio jurisdiccional y del mandamiento en materia de restricción o limitación de derechos fundamentales que, dependiendo el derecho afectado, pueden llegar a ser absolutas (arts. 18.2, 18.3, 20.5, 22.4 CE, etc.) y que en el caso del Ministerio Fiscal encuentran el límite que el art. 5.2 EOMF (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) establece cuando dice que en el ejercicio de sus funciones investigadoras penales podrá “llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECrim., las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares (excepto la detención preventiva) o limitativas de derechos”.

La introducción de esta medida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituía, ciertamente, una novedad, que no aparecía en la LECRIM., pero sí como una posibilidad de actuación frente al fenómeno de la ciberdelincuencia que se contemplaba en la Ley 24/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE, en adelante) y en el propio Código Penal.

La LSSICE en su artículo 8 regula las restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información. En concreto, dispone que por la autoridad competente cabe adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación del servicio de la sociedad de la información o para retirar los datos cuando atenten o puedan atentar contra alguno de los siguientes principios:

«a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.»

En los supuestos de urgencia (que cuando presumiblemente se delinque en Internet pueden ser la mayoría, pues muchas son infracciones de carácter permanente y atacan indiscriminadamente y en masa a todo hipotético usuario de la World Wide Web), las medidas de restricción pueden recabarse en aplicación del principio de ubicuidad de la competencia en los delitos informáticos ante cualquier juez instructor de guardia, en función de su competencia material.

8.1. Reforma del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta era la situación hasta 2022, medidas cautelares posibles en los casos y respecto de los delitos contemplados expresamente en el Código Penal, y con la posibilidad de recurrir a la LSSI cuando fuera procedente en otros casos.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, Publicada en el BOE núm. 215, de 07/09/2022, con entrada en vigor el 07/10/2022, en su Disposición final primera, dice:

“Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, en los siguientes términos:

Uno. Se añade un nuevo segundo párrafo al artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el siguiente tenor literal:

“En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.”

De este modo, se introduce en la ley procesal penal una medida general de restricción de contenidos ilícitos difundidos a través de los servicios de la sociedad de la información con la que se pretende evitar la continuidad delictiva y la permanencia del ataque al bien jurídico protegido por las normas penales, con el fin de salvaguardar los derechos de la víctima e impedir la propagación y multiplicación del delito.

A pesar de la calificación en el propio texto aprobado como medida cautelar, no estamos ante una medida cautelar en sentido estricto, esto es, una medida ordenada a garantizar el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de la sentencia y, en consecuencia, a posibilitar el

ejercicio del ius puniendi del Estado, sino que, más bien, como indica su ubicación sistemática en el artículo 13 LECrim, se trata de una medida de protección a los ofendidos o perjudicados por la difusión de los contenidos ilícitos.

Esta modificación del artículo 13 debe ser acogida de forma favorable, al terminar con cualquier duda sobre la aplicación de estas medidas con carácter cautelar. La retirada de contenidos y el resto de medidas tiene su razón de ser en la necesidad de evitar a la víctima la prolongación en el tiempo de los perversos efectos del delito. En consecuencia, la finalidad protectora encaja en el fundamento que habilita la adopción de medidas cautelares en el artículo 13 LECrim. original.

Sin embargo, ese artículo 13 regula las diligencias a practicar en los primeros momentos de la investigación al margen de las medidas, sobre todo personales, reguladas en otros apartados de la LECrim. Tales diligencias obedecen a la necesidad de adoptar con carácter cautelar ciertas medidas que no se acomodan estrictamente a un catálogo reconocido en el texto de la Ley, pero resultan necesarias para proteger a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y custodiar cuanto pueda contribuir a su esclarecimiento e identificar a los posibles responsables y, en su caso, lograr su detención.

En su día, destacó el Consejo Fiscal que se observaba, tanto en el Código Penal como en el entonces proyectado artículo 13 LECrim., una evidente falta de armonización en la utilización de los conceptos:

Así el art.13 se refiere a delitos cometidos a través de Internet, del teléfono, de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, mientras que el artículo 578 del Código Penal alude a tecnologías de la información y la comunicación..., servicios o contenidos accesibles a través de Internet, servicios de comunicaciones electrónicas, prestadores de servicios de alojamiento, motores de búsqueda y proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas...; el artículo 189.8 del Código Penal, a páginas web o aplicaciones de internet; el artículo 270.3 del Código Penal, a portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información y el artículo 510.6 del Código Penal, a “.. tecnologías de la información y la comunicación... a portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información”.

Este alcance general de la habilitación del nuevo párrafo segundo del artículo 13 LECrim permite, por lo demás, rectificar la inconsistencia existente en la redacción vigente del artículo 510.6 CP en relación con los artículos 189.8, 270.3 y 578.5 CP, pues mientras en estos últimos se prevé que las medidas de retirada y bloqueo se puedan adoptar de forma cautelar, en el primero se limita disponer que podrán ser acordadas en la sentencia, por tanto, como medidas definitivas y no como medidas provisionales.

En su momento se dijo que mientras que los referidos preceptos del Código Penal tienen carácter orgánico, el artículo 13 LECrim tenía carácter ordinario, afirmación basada en la Ley 27/2003, de 31 de julio, que modificó este precepto previamente reformado por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, pero que cabía inferir que que el legislador había entendido que la materia objeto de regulación no incide en la reserva de Ley Orgánica dispuesta en el artículo 81.1 CE, lo que mantenía el anteproyecto de la L.O 8/21, como se desprende de la disposición final undécima que declara el carácter ordinario, entre otras, de la disposiciones que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, la Disposición Final Decimoséptima de la L. Orgánica 6/22 de Garantía Integral de la Libertad sexual, confiere rango orgánico a la modificación del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juzgado podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al principio acusatorio (art. 505 LECrim).

Parece además que la reforma es aplicable a los supuestos de medidas de retirada o bloqueo referidas a pornografía infantil, pues para este tipo de delito el artículo 189.8 CP condiciona la adopción por el Juez de estas medidas con carácter cautelar a la previa petición del Ministerio Fiscal. El carácter orgánico del precepto ya no es objeción como hemos visto. En todo caso, para mantener el carácter homogéneo del tratamiento procesal de estas medidas habría sido necesario proceder a reformar el segundo párrafo del artículo 189.8 CP, eliminando el inciso final “a petición del Ministerio Fiscal”.

8.2 Deber de Colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.

Viene establecido en los siguientes términos en el artículo 11 de la LSSI; 1. Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados

en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

4. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

La Disposición final primera de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha modificado la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, del siguiente modo:

Se añade un segundo párrafo al apartado 4 del artículo 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en los siguientes términos:

«En particular, cuando resulte necesario para proteger los derechos de la víctima o grupos o personas discriminadas, los jueces y tribunales podrán acordar, de conformidad con la legislación procesal, motivadamente, y siempre de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cualquiera de las medidas de restricción o interrupción de la prestación de servicios o de retirada de datos de páginas de internet que contempla la presente ley.»

En conclusión, la modificación prevista del artículo 13 LECrim. debe ser acogida de forma favorable, al terminar con cualquier duda sobre la aplicación de estas medidas con carácter cautelar. La retirada de contenidos y el resto de medidas ya contempladas en el Anteproyecto tenían su razón de ser en la necesidad de evitar a la víctima la prolongación en el tiempo de los perversos efectos del delito. En consecuencia, la finalidad protectora encajaba en el fundamento que habilita la adopción de medidas cautelares en el artículo 13 LECrim. vigente.

Sin embargo, ese artículo 13 LECrim. regula las diligencias a practicar en los primeros momentos de la investigación al margen de las medidas, sobre todo personales, reguladas en otros apartados de la LECrim. Tales diligencias obedecen a la necesidad de adoptar con carácter cautelar ciertas medidas que no se acomodan estrictamente a un catálogo reconocido en el texto de la Ley, pero resultan necesarias para proteger a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y custodiar cuanto pueda contribuir a su esclarecimiento e identificar a los posibles responsables o, en su caso, lograr su detención.

En este contexto y conforme a la naturaleza de las medidas del artículo 13, la reforma permite la adopción de la retirada, interrupción y bloqueo provisional de contenidos ilícitos, pero lo hace únicamente en el ámbito de las primeras diligencias, a pesar de que la propia Exposición de Motivos de la LO 8/21 señalaba que “esta medida cautelar también es efectiva durante la instrucción de causas penales...”. En efecto, tratándose de medidas encaminadas a proteger los bienes jurídicos de que es titular la víctima, su adopción puede resultar precisa tanto al comienzo de la investigación como con posterioridad, pudiendo apreciarse su necesidad en cualquier momento de la instrucción, posibilidad que no era reconocida expresamente ni entonces ni ahora.

Igualmente se criticó la falta de armonización del nuevo artículo 13 y los incisos de los nuevos tipos de los artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis, en todos los cuales se establece que «los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero».

La ubicación sistemática de la previsión proyectada merece alguna reflexión. El prelegislador estimó como sede más adecuada la regulación procesal de las primeras diligencias que, por su carácter urgente, corresponde adoptar al Juez inmediatamente que tenga noticia de la perpetración del delito, aun no siendo el competente. No resultaba objetable esta opción del anteproyecto dado el carácter tuitivo para las víctimas que tienen las medidas previstas.

Por su parte, el CGPJ, en su informe, destacó igualmente cómo una primera cuestión que planteaba la nueva redacción del artículo 13 LECrim era su alcance en relación con las previsiones contenidas en el Código Penal vigente, así como en las modificaciones proyectadas de ese texto legal. La redacción del segundo párrafo del artículo 13 LECrim estaba formulada en términos generales de modo que cabe entender que este tipo de medidas cautelares o de protección pueden ser acordadas respecto de cualquier delito cometido a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación.

Si la nueva habilitación proyectada en el artículo 13 LECrim tenía un alcance general de aplicación, cabe plantearse qué tipo de relación debe establecerse entre este precepto y las específicas previsiones de este tipo de medidas en el Código Penal vinculadas a determinadas conductas delictivas (arts. 189.8, 270.3, 510.6 y 570.4 y .5 CP; así como los nuevos artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis CP introducidos por la LO 8/21).

Los preceptos penales vendrían a expresar los casos en los que el legislador ha considerado la adopción de medidas de restricción sobre servicios de la sociedad de la información (retirada, interrupción del servicio y bloqueo del acceso desde España) como adecuadas, necesarias y proporcionadas en relación con la gravedad de los delitos. De este modo las específicas previsiones del Código Penal tendrían para el aplicador del nuevo artículo 13 LECrim un valor indicativo de la gravedad de los delitos respecto de los que resulta justificado, en términos de proporcionalidad, proceder a la adopción de estas medidas restrictivas con carácter cautelar.

De este modo, el juez de instrucción al amparo del nuevo artículo 13 LECrim podrá acordar, como primeras diligencias, la retirada provisional de contenidos ilícitos, la interrupción de los servicios que ofrezcan dichos servicios o su bloqueo provisional, siempre que concurren los presupuestos de este tipo de medida cautelar, esto es, el *fumus boni iuris* consistente en la ilicitud indiciaria del contenido difundido y el *periculum in mora* derivado de la necesidad de neutralizar la permanencia delictiva, en relación con delitos cometidos a través de internet, del teléfono u otra tecnología de la comunicación que revistan una gravedad equivalente a la de los tipos penales respecto de los que el legislador ha previsto específicamente este tipo de medidas.

- Esta interpretación de la nueva redacción del artículo 13 LECrim. merece una valoración favorable, pues viene a cubrir una laguna de protección cautelar frente a ataques a bienes jurídicos penalmente protegidos. Esta retirada de contenidos o el bloqueo de páginas web como medidas de protección, fuera de los casos expresamente contemplados en el Código Penal, para algunos pudiera resultar dudoso desde el punto de vista de la calidad de ley, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque como hemos visto, lo permite la LSSI.

Las medidas de retirada, interrupción o bloqueo que ahora permite adoptar el artículo 13.2 LECrim constituyen límites al ejercicio de la libertad de comunicación, reconocida en el artículo 20.1.d CE, establecidos en razón de la necesaria protección de los derechos fundamentales de las víctimas y de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional, como la protección de la infancia y la juventud (art. 20.4 CE), y ello como consecuencia de la ilicitud del contenido de lo difundido y divulgado derivada de su tipificación como delito.

Es más, cabe entender que la prohibición penal de la difusión de determinados contenidos o informaciones prohibidas delimita el ámbito protegido por la libertad de información, de modo que este tipo de contenidos penalmente ilícitos quedan fuera del contenido propio del derecho fundamental. De este modo, retirar o impedir su difusión no constituye, propiamente, una restricción al contenido de un derecho, sino la consecuencia obligada de la prohibición penal. Es claro, por tanto, que la regulación proyectada no incidía sobre materia reservada a Ley Orgánica, al no constituir lo que el Tribunal Constitucional ha calificado de «restricciones directas del derecho fundamental» que constituyen un forma de desarrollo del derecho fundamental (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11).

Y ello, aunque las medidas de restricción al tener por objeto contenidos ilícitos no inciden directamente sobre el ámbito protegido por la libertad de información, debe tenerse en cuenta que a la hora de configurar su concreto alcance podría incurrirse en exceso, afectando a contenidos lícitos protegidos por ese derecho fundamental y el de libertad de expresión.

En este contexto, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH Yildirim c. Turquía, de 18 de diciembre de 2012; Cengiz y otros c. Turquía, de 1 de diciembre de 2015) que ha subrayado la importante conexión que se establece entre las nuevas formas de comunicación a través de internet y el derecho a la libertad de expresión, protegido por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo desde la perspectiva del emisor de las informaciones sino también de los usuarios que acceden a los servicios on line.

En esa STEDH Cengiz y otros c. Turquía se ha afirmado: “Internet se ha convertido en uno de los principales medios a través de los que los individuos ejercen su derecho a la libertad de recibir y comunicar información e ideas, aportando herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre temas políticos y temas de interés general. [...] Además, en cuanto a la importancia de los sitios de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión, dada su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, Internet juega un papel importante en la mejora del acceso por el público a las noticias y en facilitar la difusión de información en general. La actividad expresiva generada por el usuario en Internet proporciona una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión.” (par. 49 y 52)

A partir de esta jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado contrarias al Convenio medidas de bloqueo del acceso a webs de carácter general e indiscriminado por resultar desproporcionadas en relación con la finalidad perseguida. Es por ello necesario garantizar que la medida de bloqueo afecte efectivamente al contenido ilícito y que no existe peligro alguno de que se bloquee el acceso a contenidos legales.

Respecto a la forma de adopción de las medidas contempladas en el segundo párrafo del artículo 13 LECrim, se dispone que el Juez podrá acordarlas de oficio o a instancia de parte, lo cual es coherente con el principio de oficialidad que rige, con carácter general, en la fase de instrucción, salvo para las medidas cautelares personales que inciden sobre el derecho de libertad personal que están sometidas al principio acusatorio (art. 505 LECrim).

Las previsiones contenidas en los vigentes artículos 189.8, 270.3, 510.6 y 578.4 CP se configuran en términos respetuosos con el principio de proporcionalidad.

Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación proyectada debería haberse mejorado, en el sentido de especificar que la interrupción provisional de los servicios habría debido ceñirse a aquellos “que ofrezcan exclusiva o predominantemente dichos

contenidos”. Esta misma fórmula debería haberse incorporado en los correspondientes preceptos del Código Penal proyectados (art. 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis). Sin sustituir como se propuso la expresión «predominantemente» por “preponderantemente”, que resulta gramaticalmente incorrecta.

Algo similar ocurre con los arts. 270.3 y 510.6, que exigen para el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación, que la información se difunda exclusiva o preponderantemente a través de los medios citados, exigencia que no se da en el artículo 189.8 del Código Penal, que únicamente exige que las aplicaciones contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Para reflejar la falta de armonía a la que hacemos referencia, los nuevos artículos introducidos en 2021, también hacen referencia a la “interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos”, planteando una exigencia superior a la contemplada en el artículo 13 LECrim. para cualquier otro delito.

Para culminar esa falta de sistemática, se utiliza una redacción distinta para el mismo tipo de medidas en el vigente artículo 189.8 del Código Penal y en el 189 bis , a pesar de referirse al ámbito de una misma tipología penal.

Por ello, sería necesaria en el futuro una misma redacción en los tipos que contienen consecuencias del mismo tipo, tanto en la terminología utilizada como en los requisitos necesarios para su adopción.

9. PROPUESTA PERSONAL RESPECTO DE LOS ARTICULOS 143 y 143 bis.

Propuesta de reformulación de los tipos de auxilio e inducción al suicidio, ciberpromoción al suicidio y a las autolesiones de menores.

Como consecuencia de la Reforma operada por la Ley Orgánica 8/21 , se han introducido, entre otros, los artículos 143 bis y 156 ter, que pensados para proteger a los menores en particular de la difusión de contenidos destinados a promover el suicidio o la autolesión, nos tememos que están planteando problemas de todo tipo que en definitiva pueden llevar a su completa inaplicación.

Los problemas son muchos, tanto de redacción de los tipos, utilizando términos inadecuados, (« teléfono »), como de modalidades de acción típica, elemento subjetivo y concursales, en especial con respecto al art.143.

Sólo esbozamos el problema, que no podemos desarrollar en todas sus vertientes por razones de espacio, pero invitamos a la reflexión.

En este mismo punto, creo necesaria la tipificación expresa de la inducción al suicidio de víctimas de violencia de género como una modalidad agravada en los supuestos del actual 143.La redacción podría ser la siguiente :

Artículo143 del Código Penal.

1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior si la víctima es menor de edad,
2. La difusión de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial

protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años, que se impondrá en su mitad superior cuando el medio empleado sea internet, las redes sociales digitales, se utilicen comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, en forma directa o encubierta en mensajes, aplicaciones, juegos en línea, video juegos u otro tipo de herramienta u ocultando la identidad real del autor.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

4. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

5. y 6. Redacción igual que la actual en los puntos 4 y 5 .

ART 143 bis: Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan preponderantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

Art. 143 ter

1. El que induzca a una mujer al suicidio, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias, será castigado con pena de prisión de seis a ocho años:

Sea o haya sido su cónyuge o persona unida a él por análoga relación de afectividad o hija de su cónyuge o conviviente.

Cuando se haya aprovechado de cualquier situación de riesgo o condición física o psíquica en que se encontrare la víctima, por haberse ejercido contra ésta, sus hijos o hijas o sus padres cualquiera de los tipos o modalidades de violencia previstos en los artículos 138, 147 ss, 153 y 172 del Código Penal.

Cuando se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones preexistentes o existentes entre él y la víctima.

2. Si se coopera con actos necesarios al suicidio, se impondrá la pena en su mitad superior, y si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte, la pena de 8 a 10 años de prisión.

10. CONCLUSION.

Es evidente que Internet en general y las redes sociales en particular se han convertido en los últimos tiempos en un enorme peligro en muchos ámbitos, y especialmente en lo relativo a la preservación de la vida, la integridad corporal y los derechos de niños, niñas y adolescentes, y aún de los mayores de edad con edades comprendidas en un abanico entre los 18 y los 24-25 años.

Los contenidos nocivos y delictivos a que hemos hecho referencia en este trabajo y otros similares, dieron origen a una ambiciosa reforma legal, operada en 2021 a través de la Ley Orgánica de protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, que creó los nuevos tipos penales que hemos analizado.

El propósito era ambicioso, pero el resultado es de decepción. Por unos, por ejemplo Paz Lloria, se ha criticado que “entramos en un terreno resbaladizo para las garantías que deben marcar la formación de las normas penales y su aplicación. El origen de este fenómeno lo sitúa De la Cuesta (2019: 81) en la dirección victimocéntrica que se está adoptando legislativa y socialmente y de la que es un claro reflejo la norma en estudio. Esta tendencia implica un abandono del carácter de ultima ratio del derecho penal y su naturaleza secundaria y una manifestación más del populismo punitivo que impera en la sociedad actual, con el consecuente abuso del instrumento penal como remedio para cualquier conflicto de intereses. Recuérdese que en el ámbito penal se debe ser muy estricto con el significado de los términos, dadas las repercusiones que las interpretaciones extensivas tienen para el principio de legalidad, fundamentalmente en relación con el principio de taxatividad.

Todo ello lleva a pensar que esta adopción del concepto sociológico y más populista del término no es inocente, sino que se dirige, por un lado, a imprimir una función simbólica a las normativas sancionadoras y, por otro, a revestir de justificación el castigo de algunas acciones que resultan difícilmente compatibles con los principios limitadores del poder punitivo y con las garantías que le acompañan”.

Y añade, en un diagnóstico certero de la situación, que “ lo que más me preocupa es la técnica empleada respecto de los nuevos delitos, que suponen una clarísima manifestación de derecho penal expansivo, con la consolidación de delitos de peligro hipotético o presunto, en los que resulta difícil concretar un sujeto pasivo y en los que las barreras de punición sufren un adelanto no justificado en la alarma social que propugna el preámbulo de la ley. Adelanto de las barreras punitivas que implica unos tintes de simbolismo, por lo demás ineficaces, si atendemos a la dificultad que entrañan los delitos tecnológicos para concretar la autoría y la imputación objetiva por las propias características del medio (descentralizado, anónimo, permanente y viral). Ciertamente, hay que dotar de protección a los NNA, y por ello la técnica de la ley integral me parece buena, pero mejor sería invertir al máximo en las vertientes de prevención y formación y dejar la intervención punitiva en mínimos para no desatender a las garantías de los ciudadanos frente al poder de castigar del Estado, tal y como exige un poder punitivo democrático”.

Desde otro punto de vista es sorprendente la hasta cierto punto incomprensible nula aplicación de los cuatro tipos delictivos en España tras casi dos años de vigencia. Puede deberse a la cierta inactividad de investigación de las fuerzas policiales, a la confusa y hasta cierto punto oscura redacción de los tipos, pero genera perplejidad la realidad de la calle y de internet, de las consultas de urgencias y de salud mental con la estadística judicial.

Evidentemente este no es el camino.

Emilio M. Fernández García



Centro de
Estudios
Jurídicos