

www.uoc.edu/idp

ARTÍCULO

Los derechos fundamentales en el uso y abuso de las redes sociales en Italia: aspectos penales (II)^{*}

Lorenzo Picotti

Catedrático de Derecho penal y de Derecho penal de la informática
 Università degli Studi di Verona (Italia)

Fecha de presentación: octubre de 2013

Fecha de aceptación: octubre de 2013

Fecha de publicación: octubre de 2013

Resumen

Este análisis de los comportamientos ilícitos en el uso y el abuso de las redes sociales se centra, en primer lugar, en los delitos que estas conductas pueden configurar (epígrafes 3 a 6) –algunos de ellos de reciente introducción, como el de *child grooming*–, en que los usuarios de las redes pueden ser tanto autores como víctimas de las violaciones de los derechos fundamentales a los que tales conductas afectan (epígrafe 2). En segundo lugar, se trata la cuestión de la posible responsabilidad penal de los gestores de las redes sociales –que se pueden reconducir a la categoría general de los *Internet service providers*–, que están asumiendo un papel cada vez más incisivo y protagonista en la evolución del sistema y, por tanto, también en las estrategias de prevención y control de las actividades ilícitas en la red (epígrafe 7). Los principales aspectos críticos surgidos de la presente investigación sugieren algunas indicaciones iniciales para adecuar el Derecho penal que regula esta materia a las necesidades que presenta.

Palabras clave

delitos informáticos, redes sociales, responsabilidad penal de gestores de redes sociales, *child grooming*, delitos contra la *privacy*, delitos contra los derechos de autor

Tema

delitos en redes sociales

* Este artículo aparece publicado en dos números consecutivos de la revista. En el número anterior se trataron los epígrafes 1 a 3, correspondientes a la introducción en primer lugar, a la consideración de los usuarios de las redes sociales como víctimas y como autores de los delitos en segundo, y por último al primer grupo de delitos analizado: el correspondiente a los delitos contra la y contra la inviolabilidad informática. El resto de los grupos de delitos analizados aparecen en este número, así como la cuestión de la responsabilidad penal de los gestores de las redes sociales y las conclusiones del trabajo. Traducción de María José Pifarré de Moner, profesora agregada de la Universitat Oberta de Catalunya.

Fundamental Rights in the Use and Abuse of the Social Networks in Italy: Criminal Aspects

Abstract

This analysis of criminal behaviour in the use and abuse of social networks focuses, firstly, on the crimes that this behaviour can lead to (epigraphs 3 to 6) - some of which have been introduced recently, such as child grooming - where users of these networks can be both the offender or victim in the violation of the fundamental rights affected by such behaviour (epigraph 2). Secondly, it looks at the question of the possible criminal responsibility of social network managers - who are taking on an increasingly incisive role and becoming more important agents in the system's evolution, and, thus, also in the strategies for preventing and controlling criminal activities on the web (epigraph 7). The main critical aspects arising from this research highlight initial indications for how to adapt the criminal law regulating this area to the current needs.

Keywords

computer crime, social networks, criminal responsibility of social network managers, child grooming, crimes against privacy, crimes against copyright

Topic

crime on social networks

4. Delitos de pornografía infantil y abusos sexuales a menores: especial referencia al nuevo delito de *proposiciones* a menores a través de la red

La estructural (y deseada) imposibilidad de controlar la efectiva identidad y la veracidad de los perfiles de quien participa en una red social, pudiendo cualquiera -persona física, ente, asociación, grupo, etc.- abrir una cuenta de manera completamente autónoma, por un lado asegura e incentiva la expansión de la red y la participación en ella, eliminando cualquier tipo de complicación y burocratización de los procedimientos de registro, pero por el otro se presta a favorecer la creación de identidades total o parcialmente ficticias o la utilización de múltiples identidades por parte de un mismo sujeto, sea este individual o colectivo, sea con finalidades lícitas o incluso ilícitas.

De ello se deriva que la identidad virtual en las redes sociales puede ser utilizada como fácil pantalla o incluso como instrumento para cometer delitos y, especialmente,

para defraudar la buena fe de víctimas vulnerables, y de manera especial la de los menores, siempre listos a aceptar contactos y amistades con quien muestre un perfil o una identidad aparentemente conforme con sus expectativas e intereses o con quien se presente como un coetáneo de uno u otro sexo que se dedique a las mismas actividades o con el que tenga «amistades» comunes, etc. De esta manera, el malintencionado consigue fácilmente establecer un contacto y una posterior relación vía telemática que puede utilizar para finalidades ilícitas, o en cualquier caso no explícitas, con la intención de mantener una relación con la finalidad de satisfacción, instrumentalización o abuso sexual del menor, como por ejemplo para obtener exhibiciones eróticas, producir material pornográfico, corromperle sexualmente y en general para cometer delitos de abuso sexual sobre él.

Actualmente, a través de la reforma operada por la Ley de 1 de octubre de 2012, nº 172 (en adelante Ley 172/2012) de ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (en adelante Convenio de Lanzarote), junto con los delitos que hemos mencionado - consumados o tentados-, es posible castigar de manera autónoma el llamado *child grooming*

previsto en el artículo 609-undecies del Código penal,¹ ubicado en el ámbito de los delitos sexuales y por tanto al cierre de la sección II - dedicada a los «delitos contra la libertad personal»- del capítulo II, título XII del libro segundo del Código penal.

Este nuevo tipo penal posee una estructura de «delito preparatorio», de manera que, configurándolo como delito consumado autónomo, el legislador ha anticipado la barrera de la punibilidad de aquellos actos que se presumen previos, y por tanto presume que constituyen ya un peligro abstracto de realizar otros delitos más graves. Estos delitos más graves pueden no ser únicamente delitos sexuales en sentido estricto -como los de «violencia sexual», actos sexuales con menor, corrupción de menores,² o violencia sexual de grupo de los artículos 609-bis, 609-quater, 609-quinquies y 609-octies del CP)- sino que pueden abarcar, de manera más general, los tipos de abuso de menores de los arts. 600-bis, 600-ter, 600-quater y 600-quinquies, que castigan respectivamente la prostitución de menores, las exhibiciones eróticas de menores, la producción, difusión o cesión de pornografía de menores y las iniciativas turísticas dirigidas al abuso de la prostitución de menores, además de la más grave conducta de reducción y mantenimiento en esclavitud de menores (art. 600 del CP), que abarca prestaciones no solo sexuales, sino también laborales o de mendicidad, que en cualquier caso conllevan un abuso de la víctima.

Técnicamente, estos delitos deben constituir la finalidad específica de la «proposición» y ser teleológicamente instrumentales a su comisión. A los fines del presente trabajo es de particular interés la definición normativa de este nuevo concepto jurídico-penal, que encontramos en la última parte de la disposición en examen: «por "proposición" se entiende cualquier acto dirigido a defraudar la confianza del menor a través de artimañas, adulación o amenazas, incluso cuando éstas se realicen a través de Internet o de otras redes o medios de comunicación».

Se trata, por tanto, de un tipo penal que tiene en cuenta la realidad criminológica puesta de relieve estos últimos años empíricamente (como se desprende de las premisas y de los informes explicativos incluidos en los instrumentos supranacionales a que hemos hecho referencia), y que considera el reflejo del desarrollo tecnológico en las relaciones y comportamientos sociales, de manera especial en los más jóvenes, en cuyo caso se manifiesta una clara correlación entre comunicación e interacción telemática -en especial modo en las redes sociales- y comportamientos en el mundo real. Sin embargo, no siendo la utilización de la red y de los medios informáticos un elemento constitutivo necesario para la realización de este delito, a pesar de que la redacción del tipo los mencione expresamente como posible y ciertamente frecuente instrumento o modo de comisión del hecho, desde el punto de vista de la clasificación sistemática se trata de un delito «cibernético» o «informático» únicamente en sentido amplio.

El tipo penal de proposiciones a menores, sin embargo, provoca cierta perplejidad con relación a su estructura y al momento de su consumación, que no solo se anticipa respecto a la efectiva lesión de varios y distintos bienes jurídicos «finales», sino que lo hace también respecto a la tentativa de cometer los delitos que a estos bienes jurídicos finales ofenden y que hemos enunciado anteriormente, dado que no se solicita requisito alguno de «idoneidad» o de estar «inequívocamente dirigidos a» los actos enunciados en el art 56 del CP. Efectivamente, basta con que el autor del delito actúe persiguiendo su comisión como «finalidad» típica de la propia conducta. Ese será el momento de consumación del delito, confirmando así la diferencia de estructura, y por tanto de requisitos, entre el delito en grado de tentativa y los delitos que requieren de un elemento subjetivo del injusto además del dolo.³

Conforme a conclusiones alcanzadas tras un profundo análisis realizado en otra sede, sin embargo, no hay que entender

1. La nueva norma, rubricada «proposiciones a menores» dice así: «El que, con la finalidad de cometer los delitos contenidos en los artículos 600, 600-bis, 600-ter, y 600-quater -incluidos los relativos al material pornográfico mencionados en los arts. 600-quater, 600-quinquies, 609-bis y 609-quater- realice proposiciones a un menor de 16 años, será castigado con la reclusión de uno a 3 años si el hecho no constituye un delito más grave. Por proposición se entiende cualquier acto dirigido a defraudar la confianza del menor a través de artimañas, adulación o amenazas, incluidos los casos en que éstas se realicen a través de Internet o de otras redes o medios de comunicación».
2. Incriminación a su vez enriquecida -a través del párrafo añadido al artículo 609-quinquies del CPI a través de la mencionada ley 172/2012- con un nuevo tipo penal que castiga también la conducta de «mostrar material pornográfico».
3. A este respecto, sin embargo, incluso en la más autorizada doctrina italiana se advierte la tendencia a asimilar la estructura de estas diferenciadas figuras. En este sentido, paradigmáticamente, cfr. Marinucci (2001), pág. 577 y s., y pág. 583, con amplias referencias bibliográficas; en contra Picotti (1993), especialmente pág. 511 y s., y más recientemente, Picotti (2013), especialmente § III, sub b) y 2 sub b).

la «finalidad típica» como mera intención subjetiva, interna únicamente al ánimo o a la psique del agente, tal como indica la tradicional concepción y denominación de este tipo de formulaciones legales en el ordenamiento italiano, según las que solo se alude a una especial «forma» de dolo.⁴ Por el contrario, no se trata tanto de un elemento subjetivo cualificado, relevante a los fines del ámbito subjetivo del tipo como de la definición del interés causal que objetivamente debe sostener la conducta de «proposición», de manera que sea instrumental a su consecución, y que contribuya así a tipificar el hecho objetivo que constituye delito, descrito entre otros elementos a través del mencionado nexo teleológico. El elemento de la finalidad, en definitiva, puntualiza la propia lesión objetiva de los bienes jurídicos protegidos y encuentra importantes elementos externos que permiten su tipificación como hecho constitutivo del delito, como el de la calidad de la víctima, sujeto vulnerable por el hecho de ser «menor de 16 años», o en las modalidades típicas de la conducta instrumental, consistente en «artimañas, adulación o amenazas» específicamente dirigidas a «defraudar» la confianza del sujeto pasivo.

Su desvalor autónomo, por tanto, se puede reconocer en el claro y concreto peligro de la (a menudo irremediable) violación de la esfera de libertad personal y autodeterminación del menor -especialmente (aunque no solo) en lo que se refiere a su esfera sexual- frente a cualquier abuso, instrumentalización o mercantilización de este en beneficio de terceros, incluyendo cualquier forma de «moderna» esclavitud.

Es este rango primario del bien jurídico protegido el que justifica la opción legislativa de anticipar la barrera de la punibilidad, sancionando de manera autónoma una conducta que en sí misma es preparatoria de los delitos

más graves antes mencionados, respecto de los cuales presenta una autónoma objetividad jurídica (la efectiva libertad de autodeterminación del menor respecto a los comportamientos que por el contrario el autor tiende a obtener) delineada por un «hecho» típico descrito mediante requisitos suficientemente determinados y castigado con una pena proporcionalmente inferior a la prevista para los distintos delitos-fin, de acuerdo con las recomendaciones formuladas en sede internacional en el caso de que se haga recurso a tales técnicas de anticipación de la punibilidad.⁵

A pesar de ello, el legislador italiano se ha adecuado al contenido del art. 23 del Convenio de Lanzarote (que aún no ha recibido actuación completa en Italia) con una redacción con la que cabe no estar enteramente de acuerdo. Efectivamente, desde el punto de vista de la exigencia de «materialidad» del delito es criticable que no se haya previsto otro elemento subjetivo relativo al momento de la consumación del hecho, que según el Convenio de Lanzarote debería coincidir con el objetivo y objetivamente demostrable «encuentro» o, en todo caso, con un comportamiento externo en el mundo real que se derive de la «solicitud en la red» en virtud del cual el tipo, aun manteniendo la estructura de delito de peligro, alcanzaría una cota de relevancia concreta más precisa y fácilmente comprobable.⁶ Evidentemente, la preocupación del legislador italiano ha sido la de posponer esta específica intervención sancionadora a un momento en que ya pudiera resultar tardía y por tanto inútil, ante un previsible precipitarse de los hechos cuando la relación establecida con el menor en red bajo cualquier modalidad posible llegue a convertirse en una «acción» que, aunque aún sea neutra respecto a la ofensa del bien jurídico objeto del delito-fin, pudiera sin embargo ser ya prueba de que existe aceptación del requerimiento del «solicitante» y por tanto de la existencia de una lesión a la efectiva libertad de

4. Permítase nuevamente hacer referencia a Picotti (1993), pág. 501 y s. y pág. 506-508; más recientemente véase Picotti (2013), especialmente § IV.
5. Véase la resolución elaborada por la sección I y aprobada en la asamblea plenaria del XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal (Estambul, 20-27 de septiembre de 2009) organizado por la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), que se puede leer en AA.VV. (2009). Véase también el previo *Rapport Général* presentado en el coloquio preparatorio de La Coruña (5-8 septiembre de 2007) en Picotti (2007).
6. Así reza el artículo 23 del Convenio de Lanzarote, denominado «Proposiciones a niños con fines sexuales»: «Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro». De la misma manera, el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, requiere que la «propuesta de encontrarse» del adulto «haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro».

autodeterminación del menor, que constituye el específico objeto jurídico del delito preparatorio, «anterior» respecto a la efectiva intrusión en su esfera sexual o a su concreto abuso.

5. Otros delitos de manifestación y comunicación del pensamiento *on line*

Además de los delitos hasta ahora examinados, la estructura y función de las redes sociales hacen posible y frecuente la comisión de otros delitos de manifestación del pensamiento, llamados también «delitos de opinión».⁷ Se hace referencia en primer lugar a las ofensas contra el honor y la reputación ajena, integrados por los delitos de injuria (art. 594 del CPI) y de difamación (art. 595 del CPI) mediante escritos, imágenes, dibujos, vídeo, etc. «comunicados» *on line* a uno o más sujetos determinados, incluida la víctima, en el caso del primer delito, o bien «difundidos» genéricamente a una pluralidad de sujetos, incluso cuando estos sean indeterminados, en el caso del segundo delito. A este respecto la doctrina y la jurisprudencia ya han tenido ocasión de afirmar la aplicabilidad de los mencionados delitos a hechos cometidos en Internet,⁸ dado que se trata de delitos de medios indeterminados que se consuman sea cual fuere el medio y la modalidad a través de los que se produzca la lesión. Por este motivo no surgen problemas específicos por el hecho de que se cometan en las redes sociales,

incluso en lo que respecta a la necesaria ponderación con el ejercicio de la libertad de expresión, que según lo explícitamente dispuesto en el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) encuentra entre sus límites la exigencia de «protección de la reputación o de los derechos ajenos».⁹

En cualquier caso, tratándose de bienes jurídicos de libre disposición rige la regla de que solo es perseguible por *querela*¹⁰ de la persona ofendida, lo que consiente resolver de manera mucho más razonable -aunque quizá aún de manera insuficiente- los problemas señalados (relativos a la de otro modo excesivamente elevada «cifra oscura») acerca de violaciones en materia de datos personales.

Sin embargo, es necesario poner de relieve las concretas dificultades de comprobación de estos delitos que se derivan de su gran número y de la posibilidad de que el autor se esconda tras una falsa identidad o haga completamente imposible encontrar las huellas que deja en *servers* y redes situados en el extranjero, con los consiguientes problemas de determinación del lugar de comisión del delito, elemento del que depende la competencia territorial e incluso la jurisdicción de las autoridades judiciales italianas.¹¹ Sobre la más general cuestión de la posible implicación de los gestores de las redes sociales en la labor de impedir o descubrir estos delitos de opinión y en su caso hacer cesar su ulterior difusión o la disponibilidad del material ofensivo en la red, nos detendremos más adelante (*infra*, epígrafe 7).

7. A este respecto, véase el fundamental análisis crítico de Fiore (1972).

8. Picotti (1999); Sentencia Cass. sección V, 17 de noviembre de 2000, nº 4741 y, entre los múltiples pronunciamientos posteriores, véase Cass. sección V, 21 de junio de 2006, nº 25875.

9. Acerca de la interpretación y aplicación de tales límites por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se remite al atento análisis de Nicosia (2006), especialmente pág. 241 y s.

10. Nota de la traductora: el instituto procesal italiano de la *querela* no se corresponde con el español de la querrela. En el caso italiano se trata de una condición de procedibilidad que consiste solo en dar la *notitia criminis*, que no comporta una calificación jurídica de los hechos y no constituye a quien la formula en parte penal, sino que esta solo solicita el resarcimiento civil de los perjuicios originados por unos hechos. La *querela* italiana solo se puede interponer cuando esté expresamente prevista tal posibilidad en el tipo penal correspondiente, de manera que queda excluida en los demás casos. Aquellos delitos para los que no está prevista pueden ser denunciados, pero solo son perseguibles de oficio y nunca a instancia de parte.

11. Frente a la oscilación jurisprudencial acerca de la determinación del *locus commissi delicti* en la recepción de la comunicación por parte de la víctima o de terceros (sentencia de la Casación Cass. sección V, 17 de noviembre de 2000, nº 4741) o en el lugar de inmisión en la red (sentencia del Tribunal de Casación Cass. sección V, 21 de julio de 2006, nº 25875), recientemente la sentencia del Tribunal de Casación Cass. sección I, 15 de marzo-28 de abril de 2011, nº 16307 (www.penale.it), se ha alineado en lo fundamental con la orientación expresada en sede civil por el Tribunal de Casación en Cass, secciones unidas civiles, 13 de octubre de 2009, nº 21661, según la cual no es posible utilizar criterios objetivos unívocos debido a la imposibilidad o elevadísima dificultad de determinación de estos. En consecuencia, no es posible aplicar ni la regla general del lugar de consumación (art. 8 del Código procesal penal italiano) ni la supletoria del último lugar en que ha tenido lugar parte de la acción o de la omisión (art. 9.1 del Código procesal penal italiano), sino únicamente la regla residual del domicilio del imputado (párrafo 2).

Además de estos mencionados, existen muchos otros delitos de opinión susceptibles de ser cometidos a través de Internet, lesionando otros bienes jurídicos distintos, que son indisponibles a raíz de su relevancia colectiva o incluso pública, por lo que son perseguibles de oficio. Es necesario mencionar de manera especial los delitos de instigación al odio racial y de propaganda de ideas racistas,¹² que lesionan, o al menos ponen en peligro, el derecho fundamental a no ser objeto de discriminación, especialmente por motivo de raza y origen étnico, reconocido por el artículo 14 del CEDH, el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza, 2010/C 83/02 (en adelante Carta de Niza), que lo coloca dentro del ámbito de protección de la igualdad, el art. 3 de la Constitución y, de manera más específica, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, cuyo art. 4.a impone a los Estados parte la obligación de castigar «toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial».

Otros delitos de instigación, propaganda y apología son el de «propaganda dirigida a la constitución de una asociación, movimiento o grupo» fascista o la «exaltación pública» de «exponentes, principios, hechos o métodos del fascismo» o

de «sus finalidades antidemocráticas» o «ideas o métodos racistas»,¹³ mientras que otros consisten en la instigación a cometer delitos o en su mera apología, especialmente en lo que atañe al terrorismo y al Derecho penal «político»;¹⁴ además, *de iure condendo* hay que tomar también en consideración los llamados delitos de negacionismo, que habrán de ser introducidos en el ordenamiento italiano, como ya lo han sido otros, para dar actuación a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2008/913/JAI de 28 de noviembre de 2008 «relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal».¹⁵

El problema principal que presentan estos delitos no es tanto el de la posibilidad de su comisión a través de Internet o las redes sociales, que por desgracia encuentra numerosísimas pruebas empíricas, si no el más genérico problema de la correcta ponderación –tanto legislativa como jurisprudencialmente– entre delitos fundamentales contrapuestos, *in primis* con el antes mencionado derecho de libertad de manifestación del pensamiento (art. 21 de la Constitución italiana) y, más en general, de expresión (arts. 8 y 9 del CEDH y art. 11 de la Carta de Niza).¹⁶ A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha desarrollado una doctrina, ya consolidada,

12. Cfr. arts. 1 y 31 de la Ley de 13 de octubre de 1975, nº 654, según la modificación introducida por la llamada Ley Mancino (Decreto Legislativo de 26 de abril de 1993, nº 122. Convertida en Ley de 25 de junio de 1993, nº 205, y recientemente modificada por la Ley de 24 de febrero de 2006, nº 85. En esta materia permítase mencionar a Picotti (2006), pág. 117 y s. y a las indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales allí contenidas; véase también Visconti (2008), especialmente pág. 139 y s.
13. Cfr. especialmente el art. 4.1 y 4.2 de la Ley de 20 de junio de 1952, nº 654 (llamada Ley Scelba), en actuación de la disposición final de la Constitución.
14. Además de los artículos 414 y 415 del Código penal, sobre los que se volverá en breve, tómanse en consideración los numerosos tipos penales colocados entre los delitos contra la personalidad del Estado en el título I del libro II del Código penal, y especialmente su art. 266 (instigación a militares a desobedecer las leyes, que en su párrafo 3 define también los casos en que «el delito se considera cometido públicamente», mencionado en el número 1), junto a la «prensa» o cualquier «otro medio de propaganda», categoría a la que hace ya tiempo que doctrina y jurisprudencia reconducen la difusión a través de Internet y las redes telemáticas. En este sentido, Picotti (1999), pág. 283 y s., y las sentencias del Tribunal de Casación Cass. sección V, 17 de noviembre de 2000, nº 4741 y Cass. sección V, 21 de junio de 2006, nº 25875.
15. Para la actuación, aunque con retraso, de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, cuyo plazo venció en 2010, se anunció públicamente la presentación ante el Senado el 8 de octubre de 2012 del decreto legislativo nº 3511 firmado por Amati y otros, que prevé añadir al art. 3 de la Ley 654/1975 un nuevo delito que castiga con la reclusión de hasta tres años al que, mediante comportamientos idóneos para turbar el orden público o que constituyan amenaza, ofensa o injuria, haga apología de los crímenes de genocidio, de los crímenes contra la Humanidad o de los crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto que instituye el Tribunal Penal Internacional, ratificado mediante Ley de 12 julio de 1999, nº 232, y de los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, o bien niega la realidad, la dimensión o el carácter genocida de los mismos». Sobre esta materia, véase, recientemente, con acento crítico, Fronza (2012), con amplias referencias a sus trabajos precedentes, además de a la doctrina y fuentes italianas e internacionales.
16. El art. 11 de la Carta de Niza asocia a la «libertad de expresión» la «libertad de información» estableciendo que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». Para una aplicación de tales principios por parte del Tribunal de Justicia de la UE en materia de límites de la intervención y control sobre las redes sociales por parte de los *Internet service providers*, cfr. *infra* epígrafe 7.

que partiendo del carácter no absoluto de estos últimos derechos reconoce la legitimidad de tales incriminaciones basándose en que son necesarias para garantizar la tutela de exigencias de rango igual o superior, en los límites permitidos en una sociedad democrática.¹⁷ Sin embargo, con la expansión de las comunicaciones y la mayor facilidad de los intercambios de informaciones y datos en Internet, la materia ha alcanzado una importancia particular, ya que cuando estos delitos se realizan a través de Internet o de las redes sociales (denominándose entonces delitos informáticos o cibernéticos «en sentido amplio»), aparecen como mucho más peligrosos y presentan una potencialidad de difusión mucho más elevada: por ello reciben una especial atención no solo ya de la doctrina y la jurisprudencia, sino también por parte del mismo legislador, como demuestran fuentes supranacionales como el Protocolo Adicional al Convenio sobre Delito Cibernético relativa a la penalización de actos de naturaleza racista por medio de sistemas informáticos de Estrasburgo de 28 de enero de 2003, que impone a los Estados Parte (entre otras cosas) incriminar «difundir o poner a disposición del público de otro modo material racista y xenófobo por medio de un sistema informático» (art. 3.1).¹⁸

Más reciente es la introducción en el ordenamiento italiano de un nuevo delito de opinión: la instigación y apología de «prácticas de pedofilia y pornografía infantil»¹⁹ del art. 414-bis del CPI. Para ser punibles, ambas conductas deber tener

lugar «públicamente» y además, con un pleonástico inciso, el legislador ha añadido: «con cualquier medio y con cualquier forma de expresión», despejando así toda duda acerca del hecho de que incluye también la difusión o puesta a disposición en red, y por tanto también a través de las redes sociales.²⁰

El objeto de la instigación y de la apología (punibles con la severa pena de reclusión de un año y seis meses a cinco años) abarca los delitos de abuso sexual «con daño a menores», cuyo elenco coincide sustancialmente con el de los delitos cuya comisión es objeto de la finalidad específica de las «proposiciones» a menores (art. 609-*undicies* del CPI: cfr. párrafo 4).²¹ El último párrafo añade que no podrán ser invocados por el autor, para exculparse, razones o finalidades de carácter artístico, literario, histórico o de costumbres.

Esta norma provoca no pocos problemas. Sobre todo, su formulación como delito de peligro abstracto contradice cuanto desde hace tiempo la doctrina y la jurisprudencia –especialmente constitucional– han afirmado –refiriéndose de manera vinculante a los delitos genéricos de apología de los artículos 414 y 415 del Código penal relativos a la «instigación a delinquir» y «desobedecer a las leyes»–, es decir, a la necesidad de que, por las modalidades de comisión, el hecho sea «idóneo para provocar la efectiva comisión de delitos» y trascienda, por tanto, la pura manifestación del pensamiento.²² Este requisito de peligro concreto ha

17. Véase, por todos, Nicosia (2006), pág. 209 y s., con amplias referencias jurisprudenciales.

18. Sobre la materia, permítase hacer referencia a Picotti (2005), pág. 189 y s.

19. Introducido por la mencionada Ley 172/2012 de actuación del Convenio de Lanzarote, la norma se ha colocado en el título VI del libro II del CPI entre los delitos «contra el orden público». Dice así: «Salvo que el hecho constituya delito más grave, el que por cualquier medio y con cualquier forma de expresión instigue públicamente a cometer, con daño a menores, uno o más delitos de los previstos en los artículos 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, incluso si se refieren al material pornográfico de los artículos 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater* y 609-*quinquies*, será castigado con la reclusión de un año y seis meses a cinco años. Será castigado con la misma pena quien realice apología pública de uno o más delitos previstos en el primer párrafo. No podrán ser invocados por el autor para exculparse razones o finalidades de carácter artístico, literario, histórico o de costumbres».

20. Para la jurisprudencia Internet ya constituye un «medio de publicidad» en el sentido del art. 595.3 del Código penal (cfr. Cass. sección V, 17 de noviembre de 2000, nº 4741, y *supra* nota 14) con la consecuencia de que su utilización es suficiente para integrar el requisito en examen siempre que, es necesario precisar, se trate de una «difusión» a sujetos indeterminados y no una mera «comunicación circunscrita a pocos sujetos determinados» (véase *supra* epígrafe 3.1).

21. Es decir, la prostitución de menores (artículo 600-*bis* del CP), la pornografía infantil (artículos 600-*ter* y 600-*quater* del CP, incluidos los casos relativos a material de pornografía infantil llamado virtual o aparente previsto en el art. 600-*quater*.1 del CP, que no entran en los tipos penales nombrados en el artículo 609-*undicies* del CP) y las iniciativas turísticas con finalidades de prostitución de menores (art. 600-*quinquies* del CP), además de los delitos sexuales propiamente dichos de los artículos 609-*bis*, 609-*quater* y 609-*quinquies* del CP (violencia sexual sobre un menor, actos sexuales con menores y corrupción de menores), y queda excluido únicamente –por motivos incomprensibles– la violencia sexual de grupo del art. 609-*octies* del CPI (que por el contrario sí que ha quedado incluido en el delito de proposiciones a menores: cfr. *supra* epígrafe 4).

22. Así la Corte Costituzionale, 4 de mayo de 1970, nº 65, en Giur. cost., 1970, pág. 955 y s. Id., 23 de abril de 1974, nº 180, en Giur. cost. 1974, pág. 773 y s. Sobre la materia, *ex multis*, De Vero (1993), pág. 283 y s., que subraya que tal exigencia debe ser extendida también a los casos de instigación, cfr. Cass. 5 de marzo de 2001, en Riv. Pen. 2001, pág. 637.

sido completamente ignorado por el legislador italiano de 2012, pero hay que entender que deberá ser objeto de comprobación por parte del juez en cada caso concreto en virtud de la exigencia de «interpretación conforme» a los principios constitucionales. Además, la aparente prohibición en términos taxativos y absolutos de una posible aplicación de causas de justificación (como la de ejercicio de un derecho –y aún más, de un derecho fundamental como lo es el de manifestación del pensamiento y, más genérico, el de expresión, especialmente en las materias indicadas en la última parte de la norma) contradice el alcance general y abierto de la circunstancia exculpante del art. 51 del Código penal, que implica una ponderación concreta entre los intereses y los derechos objeto de protección penal, en este caso referidos a los menores e igualmente fundamentales (*supra* párrafo 4), y aquellos cuyo ejercicio –respetando sus respectivos límites internos y externos– excluye sin embargo la antijuricidad del hecho abstractamente típico. Entre otras cosas, en la severa y criticada regulación del código Rocco en materia de delitos de «obscenidades», los límites normativos de esta noción «a los efectos de la ley penal» (del art. 529, apartado 2 del CPI) aseguran expresamente la no punibilidad de la «obra de arte» o «de ciencia», «salvo que, por motivo distinto al de estudio, se ofrezca a la venta, se venda o en cualquier modo se entregue en manos de menor de 18 años». ²³ Es cierto que en el caso de delitos que conciernen a actos y objetos obscenos nos hallamos ante un bien jurídico distinto –el del pudor sexual– como aspecto concreto de la moralidad pública y de la decencia, a todas luces obsoleto o bien percibido actualmente de manera muy distinta a como lo hacía la cultura y la ideología de los años treinta del pasado siglo, mientras que en el nuevo delito del art. 414-*bis* del CPI se ponen en juego (por otra parte de manera indirecta) los derechos fundamentales de la personalidad de los menores. Pero las fuentes supranacionales no imponían una incriminación de este tipo ²⁴ y mucho menos imponían la exclusión –como excepción al régimen general del ordenamiento italiano– de la aplicabilidad de las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad como hace la norma que estamos comentando. La locución «exculpar», sin embargo, se utiliza de manera impropia, quizá por mera

asonancia con la que, en un contexto distinto, aparece en el nuevo art. 602-*quater* y en el reformulado 609-*sexies* del CPI, resultantes de la reforma introducida por la Ley nº 172 de 2012, relativa a las situaciones meramente subjetivas de ignorancia o error inevitable sobre la edad (menor de edad) de la persona ofendida por los delitos en examen, de conformidad con la fórmula tradicional proveniente del art. 5 del CPI aunque en referencia a la ignorancia del error sobre la «ley penal». Por tanto, tal exclusión debe ser interpretada de manera restrictiva, entendiéndose que se refiere únicamente a las causas subjetivas de exclusión de la culpabilidad y no a las justificantes o de justificación objetiva, cuya aplicación se deberá realizar de conformidad con los principios generales establecidos en el art. 59.1 del CPI, limitando la excepción establecida en la norma en examen únicamente a los casos de «justificantes» putativas, es decir, erróneamente supuesto por error en el hecho que las constituye (art. 59.4 del CPI).

6. Violaciones de los derechos de autor y delitos conexos

Por último, hay que reconocer una importancia particular a las violaciones de los derechos de autor y a los delitos conexos que se realizan en la red, y de manera especial a los cometidos en las redes sociales.

Se trata de un fenómeno que hoy asume dimensiones muy importantes precisamente porque es una prerrogativa de las redes sociales –que las hace progresivamente más apetecibles y frecuentadas, en especial por los más jóvenes– ofrecer la libertad de poner a disposición de otras personas y de «compartir» no solo informaciones, escritos e imágenes «propias», sino también datos, «materiales» y contenidos de terceros comprendidos por tanto las obras musicales, artísticas, literarias, cinematográficas y en general culturales, cuya circulación y difusión llega a ser un hecho frecuente y de gran impacto a pesar de que constituya una violación de la normativa de protección de los derechos de autor y de los derechos a estos conexos.

23. A este respecto, Fiandaca (1984), pág. 152 y s. y Picotti (1993), pág. 158, con referencia a doctrina y jurisprudencia sobre el tema, entre la cual cabe destacar Bricola (1960), pág. 63 y s.

24. El Convenio de Lanzarote no prevé nada al respecto, excepto la obligación de castigar la complicidad en los delitos que prevé (art. 24), mientras que la Directiva europea, en el artículo 7 menciona la obligación de castigar la instigación, pero únicamente como forma de complicidad o participación en el delito de abuso sexual de menores, sin que requiera la previsión de un delito específico y autónomo de instigación y apología que por el contrario sí que ha introducido el legislador italiano

Este fenómeno existe desde hace ya mucho tiempo, incluso antes de la aparición de las redes sociales, con la posibilidad de acceso a Internet especialmente mediante el uso de programas de *filesharing* con los sistemas *peer to peer*, que permiten a los usuarios compartir -mediante una cadena de cargas y descargas- obras, fragmentos de obras, películas y contenidos de cualquier tipo sin necesidad de memorizarlas en los servidores de un *provider* o en páginas web específicas que frecuentemente existen, aunque actualmente se utilicen sobre todo para gestionar, organizar e indexar el material disponible.²⁵

En el seno de las redes sociales, los comportamientos más usuales no suelen tener fines comerciales o especulativos, sino únicamente finalidades de uso personal y/o intercambio con otros usuarios, por lo que -a pesar de realizar una reproducción, difusión o circulación no conformes con las limitaciones establecidas en protección de los derechos de autor- no presentan los elementos constitutivos de los más graves delitos en este campo que, según las previsiones del Convenio *Cybercrime*, deben presentar una «deliberada voluntad» de cometer las violaciones a «escala comercial».²⁶ Sin embargo, los tipos penales vigentes en el ordenamiento italiano no solicitan estos requisitos, y en ellos es suficiente el simple ánimo «comercial o empresarial», como por ejemplo «la posesión de programas contenidos en soporte no marcados por parte de la SIAE» (*Società Italiana degli Autori*

ed Editori, equivalente a la SGAE española) (art. 171-*bis*1 de la Ley de 21 de abril 1941, nº 633) o bien la mera «finalidad de obtener un provecho» (artículos 171-*bis*, párrafos 1 y 2 de la misma norma), que se interpreta de manera mucho más amplia que el «ánimo de lucro» que aparece en otros casos,²⁷ sin dar importancia -más que como circunstancia agravante- a la cantidad o el número de las obras objeto de las conductas ilegítimas, o bien la objetiva dimensión comercial de las violaciones normativas.²⁸ Por ello, la «cifra negra» de los delitos de este tipo cometidos en las redes sociales es con toda seguridad muy elevada, y aún más si tenemos en cuenta que para la mayoría de ellos se prevé la perseguibilidad de oficio.

Añádase que pueden ser penalmente relevantes incluso actividades prodrómicas e instrumentales que se dirijan a una efectiva violación de los derechos de autor sobre obras protegidas: como el hecho de «señalar» páginas web externas o URL que permitan compartir programas y dispositivos software capaces de violar las llamadas medidas tecnológicas de protección puestas por los titulares de los derechos sobre los distintos tipos de obras protegidas, que a su vez ya están penalmente tuteladas por normativa específica siguiendo los requerimientos de las fuentes supranacionales en la materia.²⁹

Como última anotación al tema, considérese que las infracciones cometidas en el ciberespacio tienen a menudo una

25. Véase al respecto en emblemático caso de *Pirate Bay*, en que se ha afirmado (en vía cautelar) la posibilidad de configurar una responsabilidad penal de los *Internet service providers* por haber «facilitado» las actividades de intercambio entre usuarios realizadas a través de los ficheros *peer-to-peer* en base a que en la página web, diseñada a ese propósito, indexaba y hacía más fácil identificar y descargar productos musicales y otras obras protegidas por los derechos de autor que infringían la normativa al respecto: Cass. sección III, 23 de diciembre de 2009, nº 49437, en Foro it., 2010, pág. 136.
26. Flor (2010) hace notar que el legislador italiano no ha realizado la transposición de las previsiones del art. 10 del Convenio *Cybercrime*, como tampoco ha llevado a cabo la deseada reordenación sistemática de la materia dejando -incluso en tres de los delitos presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas y de los entes- aquellos que no consisten en una infracción de derecho de autor a escala comercial realizada a través de instrumentos informáticos.
27. Ténganse en cuenta los delitos previstos en los artículos 171-*ter*.1 y 171-*ter*.2.a-bis de la Ley 633/1941 y posteriores modificaciones (sobre esta cuestión, véase Flor (2010), pág. 216 y s., y en especial págs. 218-219), así como la falta del art. 171-*quater* de la misma ley, en que de la misma manera aparece el requisito del ánimo de lucro confirmando la falta de una técnica de formulación legislativa sistemáticamente coherente con objetivos claros de política criminal en el sector.
28. Solo en la circunstancia agravante «indefinida» prevista en la última parte del párrafo 1 y del párrafo 2 del artículo 171-*bis* «si el hecho es de gravedad relevante» así como en los tipos cualificados del art. 171-*ter*.2.b) (si las conductas abusivas tienen como objeto «más de 50 copias o ejemplares») emerge en la Ley 633/1941 alguna importancia de la «escala comercial» de los hechos punibles, sin que jamás sea un elemento constitutivo esencial.
29. Ténganse en cuenta los artículos 171-*bis*.1, segunda parte, de la Ley 633/1941 («cualquier medio dirigido únicamente a consentir o facilitar la eliminación arbitraria o a eludir funcionalmente los dispositivos aplicados en protección de un programa para elaboradores») y 171-*ter* f) y f-*bis* de la Ley 633/1941 (que se refiere más ampliamente a instrumental, productos, componentes o [...] servicios que tengan la finalidad prevalente o el uso comercial de eludir eficaces medidas tecnológicas, etc.). Acerca de tales tendencias emergentes en el objeto y en la anticipación de la tutela penal del derecho de autor, cfr., críticamente, Picotti (2004 B) pág. 65 y s., y ampliamente, Flor (2010), pág. 194 y s. y 509 y s. y especialmente 515 y s.

dimensión internacional, por lo que pueden recaer sobre normativas penales diversas en cada ordenamiento, sea en cuanto a la formulación de los tipos penales en cada ordenamiento como en cuanto a los límites de licitud de los propios comportamientos, por ejemplo, por la distinta extensión del *fair use* o de los límites mínimos establecidos para la punibilidad de determinados hechos, además de por cuanto concierne a la tipología y a la entidad de las sanciones. En tal contexto, el sistema italiano de protección penal de los derechos de autor se presenta especialmente farragoso y severo, ya que se basa en tipos penales de carácter meramente sancionador de una compleja normativa extrapenal llena de formulaciones excesivamente casuísticas y frecuentemente superpuestas, fruto de múltiples «estratificaciones» normativas que hacen difícil una coordinación sistemática y la reconstrucción de un marco coherente. Ello hasta el punto de que parece urgente una revisión general que vuelva a determinar, en cumplimiento del principio de *extrema ratio* del Derecho penal, un ámbito más reducido de hechos realmente merecedores de pena, tal como se sugiere en la propuesta de Directiva de la Unión Europea en materia de protección penal de los derechos de propiedad intelectual.³⁰

Efectivamente, si bien no cabe duda de que los derechos de propiedad intelectual tienen rango de derechos fundamentales, cuya protección es requerida expresamente por el artículo 17.2 de la Carta de Niza -tal como lo ha afirmado el Tribunal de Justicia en recientes sentencias de 2011 y 2012 que se examinarán *infra* en el epígrafe 7-, son derechos fundamentales que no tienen un carácter absoluto, por lo que es necesario que se ponderen con los demás intereses que en cada caso se presenten junto a ellos; y la tutela penal debe operar de manera selectiva, únicamente donde se demuestren insuficientes otros instrumentos de protección alternativos, desde medidas tecnológicas de autotutela hasta los instrumentos civiles. Por tanto, en este ámbito queda patente que el incisivo y amplio desarrollo de los fenómenos sociales ligados a la rápida evolución de las nuevas tecnologías -de las que la expansión de las redes

sociales es emblema- deberían llevar al legislador -y no solo al legislador italiano- a rediseñar los límites y las técnicas de la intervención penal.

7. Sobre el fundamento y los límites de la posible responsabilidad penal de los gestores de las redes sociales

Una última cuestión que analizar en esta sede que ha emergido en la jurisprudencia y especialmente en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere a la posible responsabilidad penal de los *providers* por la gestión de las redes sociales. Ejemplo de ello es la antes mencionada decisión del 16 de febrero de 2012 (causa C-360, recurrente *Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SA-BAM, c/ Netlog NV*), que en realidad hace referencia y aplica los principios ya expresados en la sentencia inmediatamente anterior de 24 de noviembre 2011 (causa C-70, recurrente *Scarlett Extended SA, c/ Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SBAM*).

El Tribunal de Justicia, en unos términos con los que se puede estar de acuerdo, ha tomado una clara posición acerca de la necesaria ponderación entre las exigencias de tutela del derecho de autor por un lado, y por el otro las exigencias de la libertad de empresa ejercitada por los *Internet service providers* en referencia a la específica gestión de una red social y los derechos fundamentales a la protección de los datos personales y de libertad de información que atañen a los usuarios.

El Tribunal ha establecido en particular que no se puede pretender del gestor de una red social que introduzca «sistemas de filtrado generalizado» sobre el tráfico de comunicaciones y de datos de los usuarios en aras a prevenir cualquier (fu-

30. La propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa al refuerzo del marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual (2005/0127 [COD]), tras haber sido objeto de una proposición de modificación de la Comisión Europea (COM [2006] 168 definitivo) aprobada con enmiendas del Parlamento, teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03 Comisión contra Consejo), en materia de protección del medio ambiente a través del Derecho penal, introducía la previsión de una obligación de castigar penalmente, superando la llamada técnica del doble texto, nacida a raíz de la división de competencias entre primer y tercer pilar de la Unión Europea): pero posteriormente ha debido ser vista de nuevo y luego presentada de nuevo por parte de la Comisión Europea, a la luz de la nueva base jurídica de las competencias en materia penal que -tras el Tratado de Lisboa- se encuentra en el artículo 83, especialmente en su párrafo 3, del TFUE. Sobre la materia, véanse Picotti (2008 B) y Flor (2010).

tura) violación de los derechos de propiedad intelectual que pudiera realizarse a través de esa red social. Un sistema de filtrado de este tipo constituiría una «vigilancia preventiva» que precisaría de una observación activa sobre la totalidad de las comunicaciones electrónicas realizadas en la red de este gestor, y por tanto incluiría todas las informaciones que hubiera que transmitir a cada cliente que utiliza esa red (párrafo 37 de la sentencia de 2012, que se remite al 39 de la sentencia de 2011). Sin embargo, una vigilancia generalizada de este tipo estaría prohibida en virtud del artículo 15.1 de la Directiva CE 2000/31 sobre el comercio electrónico que el mismo Tribunal, en la ponderación de los varios intereses, ha demostrado de manera convincente que debe prevalecer sobre lo dispuesto por las Directivas CE 2001/29 y la CE 2004/48, dirigidas a una más eficaz tutela de los derechos de autor en los Estados Miembros. Precisamente estas últimas Directivas -especialmente en el considerando decimosexto de la primera y en el artículo 2.3.a) de la segunda- prevén explícitamente que no van a menoscabar las reglas generales de la Directiva CE 2000/31 y en especial de las contenidas en los artículos 12 a 15, que regulan y limitan la responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información. Y dado que estas normas, como se ha dicho, prohíben a las autoridades nacionales adoptar medidas que impongan a los prestadores de servicios que deban proceder a una vigilancia generalizada de las informaciones que se transmiten en sus redes, hay que negar que estos gestores tengan cualquier tipo de responsabilidad, y aún más si esta es de tipo penal, por carecer de tales sistemas de filtrado y vigilancia. Por ello, se puede afirmar que a estos no compete una genérica «obligación de prevención» y por tanto, desde un punto de vista penal, no se hallan en «posición de garante» alguna que les obligue a impedir las violaciones a los derechos de autor en las redes sociales que gestionen. Por una parte, el Tribunal ha reconocido que el derecho de propiedad intelectual queda tutelado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en especial en el artículo 17.2 antes citado. Por la otra, sin embargo, afirma que esta tutela no es absoluta y que tal derecho no es intangible, debiéndose ponderar, incluso como derecho fundamental, con otros derechos fundamentales (cfr. párrafo 43 y 44 de la sentencia del 2011, a los que se hace referencia en los párrafos 41 y 42 de la sentencia de 2012).

El equilibrio adecuado, por tanto, debe considerar la libertad de empresa, prerrogativa de los prestadores de servicios en la sociedad de la información, relevante en paridad de condiciones como derecho fundamental según el artículo 16

de la propia Carta de Niza (párrafo 44), y los demás derechos fundamentales de los usuarios (párrafo 4 y s.), determinados por el Tribunal como aquellos que conciernen a la protección de los datos personales y a la libertad de recibir y comunicar informaciones, respectivamente reconocidos en los artículos 8 y 11 de la misma Carta (que como antes se ha dicho, se corresponden con los contenidos en los artículos 8 y 10 de la CEDH).

Para terminar, el Tribunal no ha dejado pasar la ocasión de poner de relieve la posible diversidad de las regulaciones de los Estados Miembros en materia de derechos de autor, sobre todo con relación a la aplicación de excepciones de tutela, por lo que ha establecido en sus conclusiones que este motivo refuerza el hecho de que al proveedor de servicios en Internet no se le puede imponer que predisponga un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que transitan por sus *servers*, en particular mediante programas que se apliquen de manera preventiva indistintamente a toda la clientela y además hacerle cargar de manera exclusiva con los gastos que ello comportase, sin límite de tiempo, de manera que se bloquee la transferencia de ficheros cuyo intercambio perjudicara los derechos de autor, hasta el punto de que podría tratarse de comunicaciones lícitas en un Estado Miembro sin serlo en otro. Especialmente interesantes a este respecto son las consideraciones del Tribunal de Justicia que, yendo más allá del ámbito de protección de los derechos de autor, se pueden entender igualmente aplicables a otras infracciones de la ley penal de posible comisión en las redes sociales, como las que hasta ahora hemos analizado.

Sustancialmente, por tanto, hay que excluir la posibilidad de creación de una excesivamente onerosa y genérica esfera de deberes de acción dirigidos a descubrir e impedir delitos cometidos por los usuarios y proteger sus derechos -incluso siendo estos fundamentales- o los de terceros (posición de garante). Sin embargo, si bien sobre el prestador de servicios que gestiona una red social no recae ninguna obligación genérica de impedir delitos cometidos por otros sujetos, sí que será necesario determinar en cada caso concreto, y para cada una de las materias que hemos considerado, las obligaciones de protección autónomas y específicas sobre las que se pueda fundamentar su posible responsabilidad penal según el artículo 40, cpv, del Código penal en caso de delitos cometidos por los usuarios en la red.

Tales principios pueden representar un importante punto de referencia -y a *contrario*- servir de base en los casos en que

existan deberes específicos de señalamiento de conductas o de cooperación con las autoridades competentes, o de intervenciones preventivas o impeditivas³¹ para delimitar el ámbito de las responsabilidades penales de los gestores, cuya existencia, ciertamente, no se puede negar en abstracto y en términos generales, y que deben mantenerse dentro de los límites de lo previsto en la Directiva 2000/31 y de los artículos 15, 16 y 17 del Decreto Legislativo 70 del 2003, que la ha traspuesto al ordenamiento italiano.

8. Cuestiones críticas y exigencias de protección penal de los derechos fundamentales

Como ya se ha anticipado, no es posible llegar a conclusiones de carácter general en esta fase preliminar de análisis de las posibles responsabilidades penales que impliquen la violación de derechos fundamentales cometida en el ámbito de las redes sociales. Sin embargo, sí que es posible retomar algunas de las exigencias que han ido emergiendo en esta investigación, de entre las cuales hay que destacar, sobre todo, la de una reconsideración del ámbito de protección de la *privacy* y de las reglas en materia de tratamiento de datos personales, reconociendo la «disponibilidad» de muchos derechos y facultades de las personas interesadas, de manera que se pueda realizar una selección y se limite de manera razonable la aplicación de los tipos penales aplicando un régimen de perseguibilidad mediante *querela*³² (al menos para los casos menos graves), sin que ello afecte a una posible responsabilidad civil y administrativa –sobre todo en las necesarias intervenciones del Garante de la *privacy*, que sin duda asume una muy relevante función en este ámbito de conformidad con las previsiones del artículo 8.3 de la Carta de Niza.

Para atraer y guiar la sensibilidad de los usuarios de las redes sociales, especialmente de los más jóvenes, cierta-

mente no hay que negar el valor de la *privacy*, pero para que este sea percibido y compartido es necesario modularlo mediante una ponderación más flexible, al menos en lo que a sus efectos penales se refiere, respecto a otros valores e intereses, y por ello hay que reconducirlo, al menos en parte, a que la persona interesada pueda disponer de su *privacy*, sin perjuicio de la vigilancia del Garante de la *privacy*.

En segundo lugar, en lo que respecta a los delitos de manifestación y comunicación del pensamiento, sin perjuicio de la preeminencia de la protección de los derechos fundamentales de los menores y otras prohibiciones de discriminación o de violación de derechos fundamentales esenciales para la convivencia social en una sociedad democrática, es necesario que la tutela penal se adecue a los criterios de ponderación y a las opciones de protección que han tomado las fuentes y jurisdicciones supranacionales y especialmente las del Consejo de Europa y las de la Unión Europea.

Este enfoque metodológico hace que surja la necesidad de adecuar la técnica de protección penal en los muchos casos de delitos que consisten en meras infracciones de la normativa extrapenal de los derechos de autor, mediante una ponderación con otros derechos fundamentales e intereses de este sector que también merecen ser tutelados, especialmente cuando nos hallamos ante delitos que tienen una función meramente preventiva frente a futuras violaciones.

Por último, en lo que se refiere al tema general de la responsabilidad de los prestadores de servicios en la sociedad de la información –que cumplen sin duda un papel clave en el correcto desarrollo de las actividades que se realizan con creciente frecuencia en Internet y en el ciberespacio–, las equilibradas indicaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha interpretado y aplicado el Derecho de la Unión con mucha atención a la luz de una perspectiva más general de ponderación entre los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto en ese sector, parecen repre-

31. A este respecto, permítase hacer referencia a Picotti (2006), pág. 175 y s., especialmente pág. 209, para determinar, como posible fuente de responsabilidad penal prevista en el art. 40.2 del Código penal, por omisión de impedir delitos por parte de los *Internet service providers*, la infracción de deberes específicos de señalamiento, información y conservación de noticias relevantes para la lucha contra la pornografía infantil, así como la utilización de «sistemas de filtrado» según los requisitos técnicos determinados en un decreto ministerial *ad hoc* tal como se prevé en los artículos 14-*bis*, 14-*ter* y 14-*quater* de la Ley de 3 de agosto de 1998, nº 269, introducidos por la Ley de 6 de febrero de 2006, nº 38. Más en general, acerca del fundamento y los límites de la responsabilidad penal de los *service providers*, véanse nuestros primeros trabajos: Picotti (1999 B), pág. 379 y s. (1999 C), pág. 501. Véase también, en la hoy copiosa literatura, la atenta investigación, también comparada, de Flor (2013).

32. Véase la nota 10.

sentar un punto de referencia sólido para sus posteriores desarrollos jurídicos. Estos deberán abarcar también las cuestiones de naturaleza procesal acerca de la adquisición y validez de las pruebas electrónicas en las redes sociales y la posibilidad de que estas sean utilizadas, garantizando al mismo tiempo la intangibilidad de los «nuevos» derechos fundamentales de los ciudadanos en el ciberespacio (tal

como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional alemán), incluyendo los casos en que se vean involucrados servers y sectores de la red deslocalizados en el extranjero. Para ello será necesario reforzar la armonización normativa y asegurar una eficaz cooperación judicial y de policía internacionalmente, en el respeto de las básicas garantías del Derecho y del proceso penal.

Bibliografía

- AA.VV. (2009). «L'élargissement des formes de préparation et de participation. Résolution». *Revue internationale de droit pénal*. Vol. 80. Núm. 3. Págs. 515-518. URL: www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2009-3-page-655.htm
- BRICOLA, F. (1960). «Limiti esegetici: elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e atti osceni». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- DE VERO, G. (1993). «Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi». En *Digesto delle discipline penali*. Vol. VII.
- FIANDACA, G. (1984). *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: Profili penali, costituzionali e politico-criminali*. Padua: Cedam.
- IORE, C. (1972). *I reati di opinione*. Padua: Cedam.
- FLOR, R. (2010). *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet: Un'indagine comparata in prospettiva europea e internazionale*. Padua: Cedam.
- FRONZA, E. (2010). *Il negazionismo come reato*. Milán: Giuffrè.
- MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. (2001). *Corso di diritto penale*. Vol. 1. 3ª ed. Milán: Giuffrè.
- NICOSIA, E. (2006). *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Turín: Giappichelli.
- PICOTTI, L. (1993). *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*. Milán: Giuffrè.
- PICOTTI, L. (1999a). «Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet». *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*. Núm. 2. Págs. 283-330.
- PICOTTI, L. (1999b). «Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-providers». En *Diritto penale e processo*. Núm. 3.
- PICOTTI, L. (2004). «Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati», *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di Internet*. Padua: Cedam, pág. 21 y s.
- PICOTTI, L. (2005). «Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale». En *Diritto dell'Internet*. Pág. 189 y s.
- PICOTTI, L. (2006). «Comentario all'Art. 600-ter, III comma c.p.». En A. CADOPPI (coord.). *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed. Padua.
- PICOTTI, L. (2007a). *L'élargissement des formes de préparation et de participation. Rapport général*. Número monográfico de la *Revue internationale de droit pénal*. Vol. 78. Núm. 3-4/2007. Toulouse: Eres.
- PICOTTI, L. (2007b). «Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero». En S. RIONDATO (coord.). *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*. Padua: Cedam.

- PICOTTI, L. (2008). «Superamento della c.d. tecnica del “doppio testo” e tutela penale degli interessi europei». En G. GRASSO; R. SICURELLA (coords.). *Per un rilancio del Progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*. Milán: Giuffrè.
- PICOTTI, L. (2013) «“Dolo specifico” und Absichtsdelikte. Der sog. Handlungszweck zwischen gesetzlicher Formulierungstechnik und dogmatischen Begriffen». En *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlín: Dunkcker & Humblot. Pág. 363 y s.
- VISCONTI, C. (2008). *Aspetti penalistici del discorso pubblico*. Turín: Giappichelli.

Cita recomendada

PICOTTI, Lorenzo (2013). «Los derechos fundamentales en el uso y abuso de las redes sociales en Italia: aspectos penales (II)». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. Núm. 17, pág. 63-76. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa]
 <<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n17-picotti/n17-picotti-es>>
 <<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i17.2287>>



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite a su autor y la revista y la institución que los publica (IDP. Revista de Internet, Derecho y Política; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre el autor

Lorenzo Picotti
 lorenzo.picotti@univr.it

Catedrático de Derecho penal y de Derecho penal de la informática
 Università degli Studi di Verona

Web personal <http://www.studiopicotti.com>

Palazzo di Giurisprudenza, piso 2, despacho 12
 Università degli Studi di Verona
 Via Carlo Montanari, 9
 37122 Verona
 Italia