

Persecución jurídico-penal de la desinformación en España en el contexto de la Unión Europea

Legal and criminal prosecution of disinformation in Spain in the context of the European Union

Carlos Espaliú-Berdud

Note: This article can be read in its English original version on:
<https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/86844>

Cómo citar este artículo.

Este artículo es una traducción. Por favor cite el original inglés:

Espaliú-Berdud, Carlos (2022). "Legal and criminal prosecution of disinformation in Spain in the context of the European Union". *Profesional de la información*, v. 31, n. 3, e310322.

<https://doi.org/10.3145/epi.2022.may.22>

Artículo recibido el 20-01-2022
Aceptación definitiva: 18-04-2022



Carlos Espaliú-Berdud

<https://orcid.org/0000-0003-4441-6684>

Universidad Antonio de Nebrija
Santa Cruz de Marcenado, 27
28027 Madrid, España
cespaliu@nebrija.es

Resumen

La desinformación supone un riesgo muy importante y creciente para nuestras sociedades, en solitario o asociada a otras amenazas híbridas, a la que se está tratando de poner remedio, tanto a nivel internacional y comunitario como nacional. En la UE se ha preconizado un enfoque multidisciplinar y de cooperación entre todos los actores implicados, lejos, por tanto, de una óptica regulatoria fuerte, tan tradicional en la historia de la integración europea en el marco de la UE. Por ese motivo, junto a las limitaciones intrínsecas que la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y de información impone a cualquier posible censura administrativa o castigo penal, no se ha adoptado en España más que una norma reciente, la *Orden PCM/1030/2020* que ha establecido el procedimiento español para luchar contra la desinformación, tal como había exigido una directiva europea. Por lo demás, aunque no se puedan perseguir las noticias falsas por vía penal de forma directa en España fuera de la excepción de los delitos contra el mercado y los consumidores, las noticias falsas pueden llegar a integrar muy diferentes tipos penales dependiendo de su contenido y la intención con que sean difundidas. Hemos ilustrado esas posibilidades con algunas de las decisiones jurisprudenciales recientes en la materia y referencias de la *Fiscalía General del Estado*. Está por ver si este enfoque blando de lucha contra la desinformación será suficiente para luchar con eficacia contra esta nueva plaga de nuestras sociedades contemporáneas.

Palabras clave

Desinformación; *Fake news*; Libertad de expresión y de información; Censura; Ciberseguridad; Plataformas online; Medios de comunicación tradicionales; Normas de *soft law*; Normas de *hard law*.

Abstract

Disinformation poses a very important and growing risk to our society, either alone or in association with other hybrid threats, which is being addressed at both the international and European Union (EU) as well as national level. Within the EU, a multidisciplinary and cooperative approach has been advocated between all the actors involved, in contrast to the strong regulatory perspective traditionally adopted in the history of European integration within the EU framework. For this reason, together with the inherent limitations imposed by the nature of the right to freedom of expression and information on any possible administrative censorship or criminal punishment, Spain has adopted only one recent regulation (*Decree PCM/1030/2020*) to establish the Spanish procedure to combat disinformation as required by European

directive. Moreover, although fake news cannot be prosecuted directly in Spain outside the scope of crimes against the market and consumers, fake news can include very different types of criminal offence depending on the content and the intention with which it is disseminated. We illustrate these possibilities through some recent judicial decisions on this matter and declarations by the Office of the Attorney-General. It remains to be seen whether this soft approach to combating disinformation will be sufficient to combat this new plague on our contemporary society effectively.

Keywords

Disinformation; Fake news; Freedom of expression; Freedom of information; Censorship; Cybersecurity; Online platforms; Traditional media; Legacy media; Soft law norms; Hard law norms.

Financiación

Este artículo es un resultado del proyecto *Mediatized EU, Mediatized discourses on europeanization and their representations in public perceptions*. Unión Europea H2020 Research and Innovation Programme, Grant agreement no 101004534. SC6, Transformations, 2020.

<https://ror.org/00k4n6c32>

1. Introducción

En los últimos años, en todos los países se han multiplicado los ciberataques, tanto a instituciones públicas como privadas. Según el *Centro Criptológico Nacional* del *Ministerio de Defensa*, España es objeto de tres ciberataques diarios de peligrosidad crítica o muy alta contra el sector público y empresas estratégicas (*Centro Criptológico Nacional*, 2019). El origen y fines de esos ataques son diversos, pero es especialmente preocupante el hecho de que algunos de ellos procedan de Estados,

“que tienen entre sus propósitos debilitar y comprometer la capacidad económica, tecnológica y política de España en un mundo cada vez más complejo, competitivo y globalizado” (*Centro Criptológico Nacional*, 2019, p. 4).

Junto a esos ciberataques de gran relevancia para los intereses nacionales, se producen frecuentes ataques a todo tipo de entidades y personas, de menor importancia para los intereses globales, pero por supuesto de gran trascendencia para la vida de esas entidades y personas.

De forma paralela a esos ciberataques centrados en alterar los sistemas informáticos de los afectados, se están produciendo, cada vez con más frecuencia, otros ataques cuyo objetivo radica en alterar la opinión pública, y con ello dañar el funcionamiento democrático tanto de los Estados como de las organizaciones internacionales. A este último tipo de acciones se les ha englobado bajo el término ya célebre de campañas de “desinformación”. Más precisamente, podemos definir tal expresión como

“[...] la difusión intencionada de información no rigurosa que busca minar la confianza pública, distorsionar los hechos, transmitir una determinada forma de percibir la realidad y explotar vulnerabilidades con el objetivo de desestabilizar” (*Olmo-y-Romero*, 2019, p. 4).

Sobre este particular hay que advertir que no es infrecuente asociar campañas de desinformación exclusivamente a las conocidas *fake news* o “noticias falsas” o “bulos”, aunque otras diversas acciones, como se puede constatar por los diversos elementos de la definición propuesta, también se deben tener presentes al hablar de campañas de “desinformación”. Entre ellos, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar el enfoque de las noticias, o la utilización de medios técnicos para manipular la realidad, como algoritmos, cuentas automatizadas de comportamiento no humano (*bots*), etc. Así, por ejemplo, el Director del centro de la *NATO Stratcom Center of Excellence*, Janis Sarts, en su comparecencia ante la *Comisión Parlamentaria de Seguridad Nacional* de España puso como ejemplo el hecho de que según datos recabados por investigadores del centro que él dirigía, el 85% de los contenidos en ruso de *Twitter* en los cuales aparece la palabra *NATO*, Letonia o Estonia era generado por robots (*Cortes Generales*, 2017, p. 15).

A título ilustrativo, indiquemos la metodología que suelen seguir algunas de esas campañas de desinformación más graves, tendentes a la desestabilización de la sociedad atacada. En primer lugar, se procede al análisis y detección de vulnerabilidades sociales y políticas de la entidad víctima del ataque. En segundo lugar, se elaboran narrativas transmedia, que se difundirán por diversos canales de comunicación. En tercer lugar, se lleva a cabo la puesta en pie de una red de medios propios y finalmente, en cuarto lugar, se procede a la creación de canales de distribución automatizados (*Centro Criptológico Nacional*, 2019, pp. 17-19).

Se debe subrayar que, a pesar de que las técnicas de engaño hayan sido empleadas desde siempre con fines políticos o bélicos (*Centro Criptológico Nacional*, 2019, p. 5), en la actualidad, debido a la revolución tecnológica que se ha operado en todo el mundo, su peligrosidad y alcance se han multiplicado, constituyendo un grave riesgo global (*Shao et al.*, 2018, p. 2). Los expertos señalan algunos factores que están contribuyendo a la proliferación de estas campañas de

desinformación: en primera instancia, hay que resaltar su alto nivel de efectividad, debido a las posibilidades tecnológicas actuales y a que, normalmente, inciden en vulnerabilidades sociales ya existentes en la sociedad atacada; o a que, como la cizaña en el trigo, se insertan elementos de desinformación ilegítima en los métodos

“ En la UE se ha preconizado un enfoque multidisciplinar y de cooperación entre todos los actores implicados, lejos, por tanto, de una óptica regulatoria fuerte ”

de la comunicación social y política legítima, lo que aumenta su verosimilitud. En segunda instancia, su recurrencia se explicaría por la dificultad de atribuir la responsabilidad de las campañas y por los obstáculos para conseguir el nexo entre la campaña orquestada y los resultados sobre su influencia en los cambios en la opinión pública de las entidades víctimas de los ataques. Finalmente, el alcance y la peligrosidad de las campañas de desinformación radican en la dificultad intrínseca a las sociedades democráticas de perseguir desde el punto de vista jurídico estas acciones hostiles contra nuestras sociedades, a diferencia de otros comportamientos cuyo carácter ofensivo es más nítido, como los ataques armados, las acciones terroristas o incluso ataques informáticos a sistemas o hackeos. En efecto, es difícil contrarrestar la desinformación sin atacar al mismo tiempo principios fundamentales de los Estados y sociedades democráticas, como la libertad de expresión y de opinión, que sustentan derechos individuales fundamentales, tanto de nacionales como de extranjeros.

Conocer los instrumentos jurídicos con los que los Estados luchan contra las campañas de desinformación, no solo interesa desde una perspectiva sociológica al permitir profundizar en los rasgos y dimensiones de un nuevo fenómeno social, sino que también, al revelar la madurez democrática y el nivel de respeto del estado de derecho imperantes en los Estados, posee un alto interés jurídico y político. En este artículo nos proponemos proyectar luz sobre los medios con los que se ha dotado España para enfrentarse a ese tipo de campañas y a sus autores, en particular con las armas del derecho penal. Para ello, en primer lugar, presentaremos el contexto del derecho de la Unión Europea (UE) en el que la normativa española se enmarca. En segundo lugar, analizaremos la normativa española adoptada para contrarrestar estas nuevas formas de ataques a valores fundamentales de la sociedad y las herramientas que el derecho penal brinda para ello. Finalmente, presentaremos unas conclusiones.

Seguiremos la metodología propia de las ciencias jurídicas, analizando fuentes primarias, como los tratados internacionales y otras normas jurídicas de la UE y del *Consejo de Europa*, así como las normas jurídicas adoptadas en España ad hoc o las normas penales oportunas, junto a la jurisprudencia de los tribunales europeos y españoles en la materia. Paralelamente, en cuanto a las fuentes secundarias, destacaremos los desarrollos doctrinales más relevantes y recientes sobre la lucha contra la desinformación en España.

2. Contexto de la lucha contra la desinformación en la Unión Europea

2.1. Toma de conciencia del problema, dentro de los límites inherentes al estado de derecho

Hemos podido ya advertir en la introducción que de las campañas de desinformación no se libran ni Estados ni organizaciones internacionales, menos aún la UE.

Se ha ido reconociendo cada vez más por parte de los Estados miembros, o por la propia Unión, haber sufrido campañas masivas de desinformación, sobre todo en contextos electorales o políticos, bien a cargo de grupos internos, como en las recientes campañas electorales en Alemania (Delcker; Janosch, 2021), o bien a cargo de terceros países, con el objetivo específico de desacreditar y deslegitimar las elecciones (Comisión Europea, 2018c). Así, por ejemplo, recientemente, en septiembre de 2021, el Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, Josep Borrell, afirmó que algunos Estados miembros habían observado actividades informáticas malintencionadas, denominadas colectivamente *Ghostwriter*, que ponían en peligro la integridad y seguridad, y las habían relacionado con el Estado ruso. El Alto Representante declaró que esas actividades informáticas malintencionadas se dirigían contra parlamentarios, funcionarios de gobiernos, políticos y miembros de la prensa y de la sociedad civil de la UE, mediante el acceso a sistemas informáticos y cuentas personales y el robo de datos. Borrell concluía que esas actividades eran contrarias a las normas de comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio refrendadas por todos los miembros de las Naciones Unidas y pretendían socavar las instituciones y procesos democráticos de los Estados miembros de la Unión,

“[...] en particular posibilitando la desinformación y la manipulación de la información” (Consejo de la Unión Europea, 2021).

En efecto, como queda apuntado por las palabras del Alto Representante de la Unión, las campañas de desinformación son particularmente comprometidas en la UE al perturbar con fines dolosos el libre ejercicio de la libertad de información, muy cercana al núcleo duro de la vida democrática de la Unión y de sus Estados miembros. Conviene recordar que el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)* ha reiterado en su jurisprudencia que

“la libertad de expresión, [...] constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para su progreso” (TEDH, 1992, *Castells c. España*, párr. 42).

Esta realidad está esculpida en las normas fundamentales de la Unión. Así, el artículo 2 del *Tratado de la Unión Europea (TUE)*, establece que la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión, y se basa en la existencia de medios de comunicación libres e independientes, cuyo funcionamiento requiere la plena vigencia de la libertad de expresión y de información. Esa libertad está garantizada, a su vez, por el artículo 11 de la *Carta de los Derechos Fun-*

damentales de la Unión Europea. Recordemos que, según esta disposición, la libertad de expresión y de información comprende la libertad de opinión, la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, así como la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo. Por su parte, el artículo 10 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*, que también forma parte del derecho comunitario, reconoce el derecho a la libertad de expresión. Según sus disposiciones:

“[...] 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”.

Pero, aclara el texto de la disposición:

“[...] El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Por su parte, la jurisprudencia europea, tanto del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)*, como del *TEDH*, a la hora de interpretar y aplicar este derecho, ha reiterado que toda limitación de la libertad de expresión debe ser interpretada restrictivamente y cualquier limitación debe ser impuesta por disposiciones normativas (*TJUE*, 2001, *Connolly c Comisión Europea*, párr. 42). De particular interés, para nuestro trabajo, resulta el hecho de que el *TJUE* haya advertido que las autoridades no pueden silenciar las opiniones, aunque sean contrarias a la visión oficial (*TJUE*, 2001, *Connolly c Comisión Europea*, párr. 43). Incluso, para el *TEDH*, el artículo 10 del *CEDH*

“[...] does not prohibit discussion or dissemination of information received even if it is strongly suspected that this information might not be truthful. To suggest otherwise would deprive persons of the right to express their views and opinions about statements made in the mass media and would thus place an unreasonable restriction on the freedom of expression set forth in Article 10 of the Convention.” (*TEDH*, 2005, *Salov c Ucrania*, párr. 103).

2.2. Adopción de medidas por parte de la UE para luchar contra la desinformación

En este contexto de creciente preocupación sobre la desinformación y de la necesidad por parte de la Unión de hacerle frente, en marzo de 2015, el *Consejo Europeo* requirió a la Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad a que preparara un plan de acción sobre comunicación estratégica (*Consejo Europeo*, 2015, punto 13), lo que llevó a la creación del Grupo de trabajo *East StratCom*, operativo desde septiembre de 2015 y que forma parte de la *División de Análisis de la Información y las Comunicaciones Estratégicas* del *Servicio Europeo de Acción Exterior*. Su misión principal es desarrollar elementos de comunicación y campañas informativas orientadas a explicar mejor las políticas de la UE en los países de su vecindad oriental.

Unos meses más tarde, en junio de 2017, el *Parlamento Europeo* comenzó a reflexionar sobre la necesidad de adoptar instrumentos jurídicos en lo relativo a la desinformación y a la propagación de contenidos falsos (*Parlamento Europeo*, 2017).

A este respecto, debemos hacer notar la necesidad, antes de entrar en el estudio de las medidas adoptadas por la UE en los últimos años focalizadas en la desinformación, de tener en cuenta que este fenómeno solo puede abordarse desde una óptica multidisciplinar, toda vez que afecta a multitud de aspectos, como las amenazas híbridas, el mercado único digital y la regulación de los medios de comunicación en la UE y en los Estados miembros, etc. De esta forma, no cabe duda, por tanto, de que la regulación del fenómeno de la desinformación se asienta en un marco regulatorio comunitario amplio y complejo, por lo general previo a la explosión de este fenómeno en los últimos años (*Seijas*, 2020, p. 3). Así, entre otras muchas normas comunitarias implicadas de forma más o menos colateral, podemos citar:

- la *Directiva 2013/40/UE*, dirigida a la aproximación de las normas de derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, y mejorar la cooperación entre las autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios especializados;
- la *Directiva UE 2016/1148*, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión;
- el paquete de medidas adoptadas por la *Comisión* en 2018 para garantizar unas elecciones europeas libres y justas (*Comisión Europea*, 2018c);
- la *Directiva (UE) 2018/1808* del *Parlamento Europeo y del Consejo*, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la *Directiva 2010/13/UE* sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

Volviendo a centrarnos en el estudio de las medidas adoptadas específicamente para enfrentarse a la desinformación, cabe resaltar la gran importancia que tuvo para la evolución de la acción de la UE en esta materia la constitución, por

parte de la *Comisión Europea*, en enero de 2018, de un grupo de expertos de alto nivel para asesorar sobre las iniciativas políticas tendentes a contrarrestar las noticias falsas y la desinformación difundida online. Su informe final, publicado el 12 de marzo de 2018, revisa las mejores prácticas a la luz de los principios fundamentales y las respuestas adecuadas derivadas de dichos principios, proponiendo a la *Comisión Europea* un enfoque multidimensional de la cuestión (**Renda**, 2018, p. 21), tratando de implicar en cualquier acción futura a todas las partes

“ La libertad de expresión, clave en una democracia, impide la imposición de cualquier tipo de censura en los medios de comunicación, aunque su contenido sea falso. Se permite, no obstante, la interposición tasada de límites a la desinformación, por motivos de seguridad u otros fundamentales ”

interesadas e insistiendo en la necesidad de la autorregulación. El informe recomendaba, asimismo, otra serie de medidas, como las de promover la alfabetización mediática de la población; desarrollar instrumentos que empoderen a usuarios y periodistas para hacer frente al fenómeno de la desinformación; o proteger la diversidad y la sostenibilidad de los medios informativos europeos. Como medidas dirigidas en particular a los actores privados, el informe del grupo de expertos abogaba por la elaboración de un código de principios que las plataformas online y las redes sociales deberían hacer suyo, incluyendo, por ejemplo, la necesidad de garantizar la transparencia a la hora de explicar cómo seleccionan sus algoritmos las noticias presentadas. En cuanto al control de la ejecución de las medidas propuestas, el informe sugería establecer una coalición multilateral de partes interesadas que vele por que las medidas acordadas se ejecuten, controlen y revisen periódicamente (*Comisión Europea*, 2018a). Como se podrá observar, resalta el hecho de la ausencia por completo de cualquier recomendación a las instancias comunitarias de adopción de normas jurídicas obligatorias para los Estados miembros (**Jiménez-Cruz et al.**, 2018).

En respuesta a estas indicaciones, en marzo de 2018, la *Comisión Europea* y la Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad elaboraron el Plan de Acción contra la desinformación, que fue aprobado por el *Consejo Europeo* en diciembre de 2018 (*Comisión Europea y Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*, 2018). El Plan de Acción parte del reconocimiento de la necesidad de la determinación política y de una acción unificada entre las instituciones de la Unión, los Estados miembros, la sociedad civil y el sector privado, especialmente las plataformas online. La citada acción unificada debería basarse en cuatro pilares:

- i) mejorar las capacidades de las instituciones de la Unión para detectar, analizar y exponer desinformación;
- ii) reforzar las respuestas coordinadas y conjuntas a la desinformación;
- iii) movilizar al sector privado para hacer frente a la desinformación, y
- iv) aumentar la concienciación y mejorar la resistencia de la sociedad.

Conviene advertir que, cómo lo ha realizado Fonseca Morillo, en la concepción del Plan,

“[...] la alfabetización mediática va más allá del conocimiento de las tecnologías de la información: se trata de desarrollar las habilidades de pensamiento crítico necesarias para analizar realidades complejas y distinguir hechos de opiniones o crear contenido de manera responsable” (**Fonseca-Morillo**, 2020, p. 2).

En el Plan de Acción, por lo que se refiere al desarrollo legislativo necesario, la *Comisión* y la Alta Representante pidieron a los Estados Miembros aplicar cuanto antes las disposiciones contenidas en el Artículo 33 bis de la *Directiva (UE) 2018/1808* de servicios de comunicación audiovisual que exigía a los Estados miembros que promovieran y tomaran medidas para el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática y le informaran periódicamente acerca de la imposición e implementación de las medidas señaladas.

Fruto de la implementación del Plan de Acción de 2018, se puso en marcha el mecanismo de Alerta Rápida de la UE contra la desinformación, que se ha creado entre las instituciones de la UE y los Estados miembros para facilitar el intercambio de información sobre las campañas de desinformación y coordinar las respuestas a las mismas. El mecanismo de Alerta Rápida se basa en información de fuente abierta y también se nutre de los conocimientos del mundo académico, los verificadores de hechos, las plataformas online y los socios internacionales.

En la misma línea, en abril de 2018, la *Comisión Europea*, con vistas a asociar a esta lucha contra la desinformación a los actores privados, sobre todo a las plataformas *online*, propuso un Código de buenas prácticas (*Comisión Europea*, 2018b) que implica unas normas de autorregulación que deben ser aceptadas voluntariamente por los operadores privados para alcanzar los objetivos previstos por la *Comisión*. Esas normas autorregulatorias establecen una amplia gama de compromisos, desde la transparencia en la publicidad política hasta el cierre de cuentas falsas y la desmonetización de los proveedores de desinformación. El Código de buenas prácticas ha sido posteriormente abierto a la firma de los principales operadores en este terreno, y buena parte de los mismos –*Facebook*, *Google*, *Microsoft*, *Mozilla*, *TikTok* y *Twitter*– ya la había firmado a mediados de 2020 (*Comisión Europea*, 2021).

Por otro lado, debemos recordar que la pandemia del SARS-COV-2, o más popularmente conocido como Covid-19, ha venido coreada de campañas de desinformación poderosas, ensombreciendo aún más el panorama ya descrito, llegándose a calificar la situación de “infodemia” por parte de la *Organización Mundial de la Salud* (2019, p. 34).

Así, por ejemplo, en una Comunicación conjunta, la *Comisión Europea* y el Alto Representante de la Unión advirtieron en junio de 2020, entre los múltiples elementos nocivos de la pandemia, que algunos agentes extranjeros y determinados terceros países, en particular Rusia y China, habían emprendido campañas de desinformación acerca de la Covid-19 en la UE, en su vecindad y a escala mundial, con objeto de minar el debate democrático y exacerbar la polarización social (*Comisión Europea y Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*, 2020, p. 4). En esa Comunicación la *Comisión* y el Alto Representante recomendaron seguir actuando mediante los instrumentos

de que disponía la UE, partiendo del Plan de acción contra la desinformación de diciembre de 2018, en colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, la sociedad civil, las plataformas de redes sociales, con el objetivo de aumentar la resiliencia de los ciudadanos. Al mismo tiempo, la *Comisión* y el Alto representante subrayaron la necesidad de que esa lucha contra la desinformación debe realizarse sin menoscabo alguno de la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, así como de los valores democráticos. Cabe destacar que la *Comisión* y el Alto Representante advirtieron como la crisis de la Covid-19 había puesto al descubierto el riesgo de que algunas medidas concebidas para atajar la “infodemia” se utilizaran como pretexto para socavar derechos y libertades fundamentales, o se aplicaran de forma abusiva y con fines políticos dentro y fuera de la UE. En la Comunicación se llegaba incluso a señalar algunas desviaciones por parte de los Estados miembros del delicado equilibrio entre la libertad de expresión y la represión penal de la desinformación. Por ejemplo, se trajo a colación la introducción en el *Código Penal* de Hungría de un nuevo delito específico de difusión de desinformación durante el estado de alerta (*Comisión Europea y Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*, 2020, pp. 12-13).

Finalmente, en diciembre de 2020 se adoptó un Plan de Acción para la Democracia Europea, en el que se insiste en los planteamientos ya conocidos sobre la desinformación y se reafirma que la UE, para preservar y reforzar su vida democrática, necesita recurrir más sistemáticamente a toda la gama de herramientas que posee para contrarrestar las injerencias extranjeras y las operaciones de influencia. Asimismo, se incide en la necesidad de seguir desarrollando esas herramientas, en particular imponiendo sanciones a los responsables (*Comisión Europea*, 2020b, p. 24). En relación con la cooperación de las plataformas online y la utilidad del Código de buenas prácticas sobre desinformación, la *Comisión* reconocía que era necesario

“[...] un enfoque más sólido, basado en compromisos claros y sujeto a mecanismos de supervisión adecuados, para luchar contra la desinformación de manera más eficaz” (*Comisión Europea*, 2020b, p. 26).

Sobre ese particular, la *Comisión* anunciaba que la futura Ley de servicios digitales propondrá

“[...] normas para garantizar que las plataformas tengan mayor responsabilidad a la hora de rendir cuentas sobre la forma en que moderan sus contenidos, publicidad y procesos algorítmicos” (*Comisión Europea*, 2020b, p. 26).

Hemos hecho repaso a la panoplia de medidas que la UE ha ido adoptando en los últimos años contra la desinformación, aunque llama la atención la ausencia de actos jurídicos obligatorios para los Estados miembros, como directivas o reglamentos, focalizados sobre el problema. Sin duda, esta falta de adopción de normas de *hard law* se debe a la sensibilidad de la materia, tan relacionada con la libertad de expresión y de información; ausencia que fue recomendada, por ejemplo, por el informe del grupo de expertos de alto nivel sobre desinformación de 2018. No obstante, por otro lado, cabe advertir que, en la medida en que las compañías de desinformación formen parte de un elemento de una amenaza híbrida proveniente del exterior, en ese caso la responsabilidad primaria a la hora de legislar en la materia recaería sobre los Estados miembros de la Unión, pues no se debe olvidar que la lucha contra éstas es, en gran medida, una cuestión de competencia nacional. Así lo pusieron de manifiesto la *Comisión Europea* y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad en su informe conjunto de 2017 al *Parlamento Europeo* y al *Consejo* relativo a la aplicación de la Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas de abril de 2016. En palabras de esas altas autoridades europeas, si bien la Unión puede ayudar a los Estados miembros a reforzar su resiliencia ante las amenazas híbridas, “[...] la responsabilidad principal recae en los Estados miembros, ya que la lucha contra las amenazas híbridas constituye un asunto de defensa y seguridad nacional” (*Comisión Europea y Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*, 2017, p. 2).

Por estos varios motivos, no existen normas comunitarias sólidas en la materia, y esa falta de mordiente jurídica, con la consiguiente repercusión negativa en cuanto a la eficacia que ello acarrea, ha sido ya puesto de manifiesto por el primer informe de evaluación de la *Comisión* sobre la aplicación y eficacia del Código de buenas prácticas en materia de desinformación en 2020 (*Comisión Europea*, 2020a) y ha sido también duramente criticada por algún autor, por ejemplo por Pamment, para quien la política de la UE en materia de desinformación se caracteriza:

“ Por el momento no se ha adoptado en España más que una norma reciente, la *Orden PCM/1030/2020*, que ha establecido el procedimiento español para luchar contra la desinformación, tal como había exigido una directiva europea. Hasta la fecha, esta orden, aunque ha sido impugnada en sede judicial y cuestionada en el *Parlamento Europeo*, no ha sido declarada contraria a Derecho ”

“[...] by a lack of terminological clarity, unclear and untested legal foundations, a weak evidence base, an unreliable political mandate, and a variety of instruments that have developed in an organic rather than a systematic manner. The limited successes the EU has achieved so far –in terms of the creation of instruments such as the Code of Practice on Disinformation, the Action Plan Against Disinformation, the *East StratCom Task Force*, and the Rapid Alert System– have been hard earned” (Pamment, 2020, p. 5).

3. Contexto jurídico-penal de la lucha contra la desinformación en España

3.1. Seguimiento de una óptica multidisciplinar ligando la desinformación a la ciberseguridad en lugar de adoptar una normativa específica contra ella

España, que se constituyó en 1978 como una sociedad democrática y es miembro de las organizaciones internacionales europeas, como el *Consejo de Europa* y la UE, que exigen el respeto del estado de derecho para adherirse a ellas, no es ajena a las exigencias jurídicas ligadas a la imposibilidad de limitar derechos que son fundamentales, como el de la libertad de expresión y de información. Por ello, el *Tribunal Constitucional (TC)* español, como no podía ser de otra manera, se ha expresado de forma similar a los altos tribunales europeos señalando, por ejemplo, que los derechos garantizados por el art. 20.1 de la *Constitución* (libertades de expresión y de información; derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; y libertad de cátedra)

“[...] no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático” (*Tribunal Constitucional*, 2007, Sentencia 235/2007, Fundamento jurídico, 4).

Por otro lado, en esta misma dirección, cuando han entrado en conflicto la libertad de información sobre otros derechos fundamentales, como el derecho al honor o a la propia imagen, el *TC* ha destacado el carácter prevalente o preferente de la libertad de información por su capacidad informadora de una opinión pública libre, elemento esencial del pluralismo político propio de los Estados democráticos (*Congreso de los Diputados, Constitución Española*, Sinopsis del artículo 20).

De esta forma, por limitaciones impuestas por la naturaleza de los derechos que acompañan la libertad de expresión en los medios de comunicación y las redes sociales, y por las recomendaciones de los instrumentos jurídicos e informes que hemos visto en el apartado anterior provenientes de fuentes comunitarias, en los que se hacía prevalecer un enfoque autorregulatorio que englobara a todos los actores implicados, sin privilegiar un protagonismo exclusivo a las autoridades comunitarias o nacionales, resalta el hecho de que no existe ninguna norma penal que combata directamente la desinformación en España. En efecto, se está tratando el problema desde una óptica multidisciplinar y ligando la desinformación a la ciberseguridad.

En esta línea, en 2013 se elaboró una Estrategia Nacional, renovada en 2019 y 2021, que integra la ciberseguridad en el *Sistema de Seguridad Nacional*. Esta Estrategia apuesta por el refuerzo de una estructura institucional sólida, aunque quizá demasiado compleja (*Consejo de Seguridad Nacional, Consejo Nacional de Ciberseguridad, Comité de Situación, Comité Permanente de Ciberseguridad, Foro Nacional de Ciberseguridad*), la cooperación público-privada, la integración en iniciativas internacionales y el desarrollo de una cultura de la ciberseguridad, en particular promoviendo un espíritu crítico en beneficio de la información veraz y de calidad que contribuya a la identificación de las noticias falsas y la desinformación. De este modo, es obvio que, en el marco de la ciberseguridad en cuanto a la protección de los sistemas de información, se han adoptado en España instrumentos jurídicos más concretos que los destinados a la protección contra la desinformación. Entre ellos, se debe destacar el *Real Decreto-ley 12/2018*, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, que transpone al ordenamiento jurídico español la *Directiva (UE) 2016/1148* ya reseñada arriba, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Sobre este particular, importa traer a colación la opinión del Director Operativo del *Departamento de Seguridad Nacional*, para quien el conjunto de estos enfoques y medidas se están demostrando útiles y España se situaría en una posición destacada, tanto a nivel europeo como mundial, en relación con la protección de la ciberseguridad (*Cortes Generales*, 2019a, p. 12).

Por otro lado, cabe destacar que el Gobierno de España aprobó, el 30 de noviembre de 2021, el *Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual* que transpone la *Directiva de servicios de comunicación audiovisual* reformada en 2018 al ordenamiento jurídico español, y que está finalizando en la actualidad su tramitación parlamentaria. En el *Proyecto de Ley*, en la materia de protección contra la desinformación, se incide en la conveniencia de adoptar de forma voluntaria códigos de conducta elaborados por los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, la industria, el comercio o las asociaciones u organizaciones profesionales o de usuarios (artículo 34). Asimismo, se insiste, en la línea de la normativa que se ha ido adoptando en la UE y en España, en la implementación de medidas dirigidas a la adquisición y el desarrollo de las capacidades de alfabetización mediática en todos los sectores de la sociedad (artículo 10) (*Congreso de los Diputados*, 2021).

Para finalizar esta sección y para ilustrar en concreto la puesta en marcha de campañas en España en materia de alfabetización digital, implicando a los actores privados y la sociedad civil, se puede poner de ejemplo, como han señalado Gallardo-Camacho y Marta-Lazo, la iniciativa del grupo *Atresmedia*, que ha apostado por poner en marcha mecanismos

que garantizan la credibilidad de las noticias de los servicios informativos de sus dos grandes cadenas, *Antena 3 Noticias* y la *Sexta Noticias*, así como la apertura de sitios online donde ayudan a los ciudadanos a filtrar la veracidad de los contenidos en prensa (Gallardo-Camacho; Marta-Lazo, 2020, p. 5).

3.2. Opciones para la persecución penal de las conductas que impliquen desinformación en España, de forma indirecta

Como ya hemos advertido, en España la difusión de bulos o noticias falsas, por sí solos, o como posibles elementos de campañas de desinformación, no constituyen conductas delictivas en el *Código Penal*. Así, si bien el tema ha sido objeto de un fuerte debate en los últimos meses con ocasión de la pandemia y la cantidad de noticias falsas que se han generado al respecto, el hecho de criminalizar esas conductas, en sí mismas consideradas, iría en contra del derecho fundamental de la libertad de expresión recogido en el artículo 20 de la *Constitución Española* de 1978, que reproducimos casi íntegramente por su centralidad en materia de desinformación:

“Artículo 20. 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. [...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. [...] 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. [...] 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

De este modo, en el ordenamiento jurídico español, salvo contadas excepciones, solo se pueden perseguir penalmente las campañas de desinformación de forma indirecta, por las consecuencias de las acciones que integran esa campaña sobre otros bienes jurídicos protegidos, y ello con independencia de que la información o la expresión se haya volcado en un canal tradicional u online. A este último respecto, de modo incidental señalemos que, como lo ha advertido el profesor Pere Simón, la respuesta penal a la emisión de opiniones vertidas en el contexto online no requiere inventar respuestas especializadas a ese medio por parte del legislador, sino más bien se deben aplicar a esos efectos, adaptándolos cuando sea necesario, los principios que operan en el mundo analógico (Simón-Castellano, 2021, p. 189). Si bien, no obstante, algún autor ha advertido diferencias en el tratamiento judicial de la desinformación dependiendo del canal donde aparezca. Así, como lo ha puesto de manifiesto el profesor Cabellos-Espiérrez, la gran capacidad de difusión de contenidos, intrínseca a internet y a las redes sociales, conlleva que, en la práctica jurisprudencial en España, el tratamiento penal de los contenidos que aparecen en esos canales,

“[...] se haga de un modo que tiende a restringir la efectividad de la libertad de expresión [...]” (Cabellos-Espiérrez, 2018, p. 47).

Una de esas excepciones puntuales, en las que se persigue de forma directa el recurso a las noticias falsas, entendidas en un sentido amplio, tal como lo pone de manifiesto un informe de la Secretaría Técnica de la *Fiscalía General del Estado* (2020, p. 1) titulado “Tratamiento penal de las ‘Fake News’”, viene constituida por la falsedad informativa en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores. En efecto, el artículo 282 del *Código Penal* castiga

“[...] a los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

Asimismo, el artículo 284.1.2º del *Código Penal* sanciona con pena de prisión o multa a los que, por cualquier vía, con fines lucrativos, difundieren noticias o rumores falsos o engañosos sobre personas o empresas, introduciendo datos falsos.

Como decíamos más arriba, fuera de estos casos contados, que por otro lado no caerían propiamente dentro del marco de la desinformación en el sentido que hemos expuesto al principio, más ligado a motivaciones políticas, las noticias falsas pueden llegar a integrar muy diferentes tipos penales dependiendo de su contenido y la intención con que sean difundidas. Por nuestra parte, seguiremos en la presentación de los posibles delitos la clasificación que proponía el informe de la Secretaría Técnica de la *Fiscalía General del Estado* “Tratamiento penal de las ‘Fake news’” antes señalado.

Así, las noticias falsas pueden llegar a constituir delitos de odio tipificados en el artículo 510 del *Código Penal*, que castiga

“[...] la expresión de epítetos, calificativos, o expresiones, que contienen un mensaje de odio que se transmite de forma genérica [...]” (Tribunal Supremo, 2018, Fundamento de Derecho Único),

susceptibles de generar un clima de odio, discriminación, hostilidad o violencia contra determinados colectivos. Recordemos a este respecto que el párrafo 3º de ese artículo del *Código Penal* establece que:

“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

De hecho, recientemente, el *Tribunal Supremo* condenó en apelación a una persona por delito de odio al emitir expresiones generadoras de esa pasión contra un colectivo a través de la red social *Twitter* en 2015 y 2016, aplicándose en concreto la agravante del artículo 510.3 del *Código Penal*, ya que el autor tenía dos cuentas en esa red social que contaban con una cantidad de seguidores en torno a los dos mil (*Tribunal Supremo*, 2018, Fundamento de Derecho Único).

En el supuesto de que el recurso a las noticias falsas u otras posibles formas de desinformación vaya acompañado de revelación de datos personales auténticos, la *Fiscalía General del Estado* estima que la conducta en cuestión puede ser constitutiva del delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197 del *Código Penal* (*Fiscalía General del Estado*, 2020, p. 2). Recordemos que la redacción de este artículo del *Código Penal* es fruto de la transposición al ordenamiento jurídico español de la *Directiva 2013/40/UE* relativa a los ataques contra los sistemas de información, que trata de armonizar las normas penales de los Estados miembros para frenar la

“[...] amenaza que supone para la Unión el riesgo de ataques informáticos de carácter terrorista o de naturaleza política contra los sistemas informáticos de las infraestructuras críticas de los Estados Miembros o de las Instituciones de la Unión, e igualmente a la tendencia creciente hacia ataques a gran escala a partir de nuevos métodos de actuación como la creación y utilización de redes infectadas de ordenadores (*botnets*)” (*Fiscalía General del Estado*, 2017, p. 2)

Asimismo, tratándose de *fake news* que puedan afectar de modo destacable a una persona individual, se podría incurrir en el delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del *Código Penal* (*Fiscalía General del Estado*, 2020, p. 2). A este respecto, debemos señalar cómo, en el recurso de apelación en uno de los juicios derivados de las acciones llevadas a cabo por la tristemente célebre en España “manada”, no se tuvo en cuenta, como descargo de la comisión del delito contra la integridad moral del artículo 173 del *Código Penal*, el argumento del acusado según el cual había creado un portal web bajo el nombre “tourlaManada.com”, para criticar las frecuentes campañas de desinformación que aparecen en los medios de comunicación. En efecto, para el acusado, no se había creado el sitio internet para ofertar un paseo guiado por los lugares que los cinco miembros del grupo recorrieron antes de los actos constitutivos de delito de abuso sexual,

“[...] sino un acto reivindicativo para llamar la atención sobre la desinformación de los medios y su tendencia a recoger noticias escabrosas sin contrastar fuentes” (*Audiencia Provincial de Navarra*, 2020, pp. 4-5).

También es posible que las campañas de desinformación o la utilización de noticias falsas integre algún elemento de los delitos relativos al terrorismo. Así, en alguna ocasión, se ha condenado al autor de una campaña de desinformación como responsable de un delito de captación y adoctrinamiento terrorista. Ese fue el caso, por ejemplo, de un militante del autodenominado Estado Islámico residente en Melilla que recurrió a una campaña de desinformación al introducir noticias falsas en *Facebook* sobre la conquista de Mosul por el *Daesh*, siendo finalmente condenado en una sentencia de la *Audiencia Nacional* (2021, p. 6) por el delito de captación y adoctrinamiento terrorista, previsto y penado en el art. 577. 1 y 2 del *Código Penal*.

Por otro lado, las noticias falsas o las campañas de desinformación pueden ser tenidas en cuenta como actos atentatorios del derecho al honor. Así, por ejemplo, recientemente, la publicación en redes sociales de determinados videos de una persona de relevancia pública, cortados de un modo sesgado, fue considerada por un juez como distorsión del contenido real del conjunto de la publicación original; incurriéndose así en manipulación de la opinión pública y, por tanto, en una actuación calificada de desinformación y manipulación intencionada. Se debe añadir que éste fue uno de los elementos que acarreó en el caso la condena del acusado por violación del derecho al honor del demandante (*Audiencia Provincial de Granada*, 2020, Fundamentos de Derecho Primero). Del mismo modo, la *Fiscalía General del Estado* estima que las noticias falsas pueden integrar los tipos penales del delito de calumnias de los artículos 205-206 del *Código Penal* o del delito de injurias de los artículos 208-209 del *Código Penal* (*Fiscalía General del Estado*, 2020, pp. 2-3).

Asimismo, las *fake news* relativas a posibles métodos curativos sin contrastar médicamente o claramente ineficaces podrían llegar a constituir alguno de los delitos contra la salud pública previstos en los artículos 359 y siguientes del *Código Penal*. No obstante, si esas conductas, además, implican la intención de hacer negocio, estaríamos ante un delito de estafa de los artículos 248 y siguientes del *Código Penal* (*Fiscalía General del Estado*, 2020, p. 3).

3.3. Recientes intentos de luchar de forma más directa contra la desinformación

Tras este sucinto repaso al estado actual de la situación en cuanto a la posible persecución penal de la desinformación de forma indirecta a través de los variados bienes jurídicos que puede dañar, debemos abordar los diversos intentos recientes de regular la cuestión de forma directa, una vez que el problema ha aparecido en los últimos años en nuestras sociedades de modo tan acuciante. A este respecto, conviene tener presente que países de nuestro entorno han mostrado la misma preocupación, en particular en materia electoral. Así, por ejemplo, Alemania promulgó una ley específica en junio de 2017 contra la publicación en redes sociales de discursos de odio, pornografía infantil, artículos relacionados con el terrorismo e información falsa, dada la insuficiencia de las medidas voluntarias adoptadas por las plataformas de redes sociales (*Bundesrepublik Deutschland*, 2017). Asimismo, Francia adoptó en noviembre de 2018 una ley contra la manipulación de la información, cuyo objetivo es proteger mejor la democracia contra diversas formas de difusión intencionada de noticias falsas (*République Française*, 2018).

En relación ya con España, en primer lugar, debemos recordar que el *Grupo Parlamentario Popular* presentó en diciembre de 2017 una propuesta en el *Congreso de los Diputados* tendente a regular de forma directa las noticias falsas (*Congreso de los Diputados*, 2018). Sin embargo, esa propuesta fue rechazada en marzo de 2018 y no se le dio curso (*Cortes Generales*, 2018, p. 5). Junto a ello, en esos meses, algún colectivo también se opuso a regular las noticias falsas por entender que esa regulación podría ir en contra del derecho fundamental a la libertad de expresión y era innecesaria por existir ya regulación sobre noticias falsas y propaganda en la *Ley de Régimen Electoral*, así como en el *Código Penal* (*Cortes Generales*, 2019b).

Unos meses más tarde, ya en medio de la pandemia, el Gobierno de coalición del *Partido Socialista Obrero Español* y *Unidas Podemos* adoptó una Orden, en octubre de 2020 para luchar contra la desinformación. Según su propio texto, la finalidad de la Orden no es otra que dar respuesta a los requerimientos de la UE e

“[...] implementar a nivel nacional las políticas y estrategias promulgadas en el ámbito de la lucha contra la desinformación[...].”

y definir los órganos, organismos y autoridades que forman el sistema, así como marcar el procedimiento de sus actuaciones (*Gobierno de España*, 2020, *Orden PCM/1030/2020*). En concreto, dentro del *Sistema de Seguridad Nacional*, se establece un entramado institucional para la lucha contra la desinformación: 1. El *Consejo de Seguridad Nacional*. 2. El *Comité de Situación*. 3. La *Secretaría de Estado de Comunicación*. 4. La *Comisión Permanente contra la desinformación*. 5. Las Autoridades públicas competentes. 6. El sector privado y la sociedad civil. En el marco del procedimiento previsto, la Orden establece una serie de niveles de actuación o activación del *Sistema de Seguridad Nacional* dirigido a la lucha contra la desinformación en atención a la peligrosidad de la amenaza. Destacaríamos que se prevé un nivel 4, en el que se llevará a cabo una coordinación

“[...] de la respuesta a nivel político por parte del *Consejo de Seguridad Nacional* en caso de atribución pública de una campaña de desinformación a un tercer Estado” (*Gobierno de España*, 2020, *Orden PCM/1030/2020*).

A este respecto conviene poner de manifiesto cómo la doctrina suele advertir de los riesgos y peligros de dejar en manos de las autoridades administrativas facultades controladoras y limitadoras en materias relacionadas con la libertad de expresión, avanzando al mismo tiempo la conveniencia de atribuir esas competencias al poder judicial (**Cabellos-Espíerrez**, 2018, p. 48). De hecho, la referida Orden de 2020 para luchar contra la desinformación fue recurrida ante el *Tribunal Supremo*, por diversas instituciones y por diversos motivos, pero en particular porque que su implementación implicaría una especie de censura previa, susceptible de poner en peligro el derecho de libertad de expresión y el derecho a la información, sin las debidas garantías exigidas en la *Constitución Española* para la limitación de los derechos fundamentales, o por no respetar la estructura orgánica prevista en la *Ley 36/2015 de Seguridad Nacional*. El *Tribunal Supremo* ha ido dictando decisiones sobre cuestiones incidentales o de legitimidad procesal de los demandantes (*Tribunal Supremo*, 2021a; 2021b; 2021c; 2021d), pero en una sentencia reciente, de 18 de octubre de 2021, ha entrado al fondo de la cuestión. En ella, el *Tribunal Supremo* ha rechazado el fundamento del recurso contencioso administrativo presentado por *Confilegal*, que, en esencia, atacaba lo dispuesto en la *Orden PCM/1030/2020* porque atribuía en materia del Procedimiento de Actuación contra la Desinformación el protagonismo al *Departamento de Seguridad Nacional* cuya actuación escapa al control judicial, privando de protagonismo al *Centro Nacional de Inteligencia*,

“[...] que queda desapoderado de las funciones atribuidas por el artículo 4 de la Ley 11/2002, funciones que desempeña —y aquí estaría el meollo de su impugnación— bajo control judicial[...].” (*Tribunal Supremo*, 2021e, Fundamento de Derecho Sexto). Sin embargo, para el *Tribunal Supremo* la Orden impugnada respeta plenamente la estructura orgánica y competencial prevista en la *Ley 36/2015 de Seguridad Nacional* y, por tanto, declaró a la Orden conforme a Derecho (*Tribunal Supremo*, 2021e, Fallo).

Sobre la *Orden PCM/1030/2020* también se dirigió una pregunta a la *Comisión* en el *Parlamento Europeo* en noviembre de 2020. En concreto se cuestionó a la *Comisión* en primer lugar, si había analizado el hecho de que el comité de vigilancia propuesto en la Orden examinada

“[...] está controlado por la Secretaría de Estado de Comunicación, que depende directamente del *Ministerio de la Presidencia*, y de que la orden habla de examinar ‘la libertad y pluralismo de los medios?’.”

En segundo lugar, se preguntaba a la *Comisión* si consideraba

“[...] que el contenido de la decisión gubernamental no tiene relevancia y que es suficiente con utilizar el pretexto de la lucha contra la desinformación para aceptar cualquier medida?” (*Parlamento Europeo*, 2020).

Y, el 15 de febrero de 2021, la Vicepresidenta Jourová, en nombre de la *Comisión*, respondió por escrito señalando que la Orden ministerial en cuestión

“[...] actualiza el sistema español existente para prevenir, detectar y responder a las campañas de desinformación y para establecer estructuras de coordinación” [...], y “[...] no constituye una base jurídica para decidir sobre el contenido de la información facilitada por los medios de comunicación”.

Junto a ello, en opinión de la *Comisión*,

“[...] el Comité Permanente se encarga de supervisar y evaluar las campañas de desinformación online, investigar su origen y determinar si el caso debe elevarse al *Consejo de Seguridad Nacional* para que se adopte una respuesta política, como actuaciones diplomáticas o medidas de represalia cuando el autor sea un Estado extranjero. Esta labor es responsabilidad del Gobierno central y está en consonancia con el Plan de Acción contra la Desinformación de 2018, en el que se pedía a los Estados miembros que reforzaran sus capacidades en la lucha contra la desinformación” (*Parlamento Europeo*, 2021).

4. Conclusiones

En el presente trabajo hemos analizado las distintas vías jurídicas para perseguir la desinformación en España, que ofrecía ya el derecho penal, y los intentos que se han producido en los últimos años, cuando el fenómeno ha alcanzado dimensiones altamente preocupantes, de legislarlo y controlarlo por otros cauces. Hemos situado este estudio jurídico en el ámbito de la lucha contra la desinformación en la UE, para conocer, en su caso, el posible origen, el contexto y la motivación de las normas españolas.

En este sentido, resalta de nuestra investigación el importante límite que encuentra toda entidad democrática a la hora de luchar contra la desinformación en el derecho a la libertad de expresión y de información. Debemos poner de relieve que esa libertad ha sido reconocida como fundamental e inherente al estado de derecho, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en el español, por los instrumentos europeos y nacionales más relevantes en la materia, como el *TUE*, la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, el *CEDH*, o la *Constitución Española*, así como por la jurisprudencia consolidada de los tribunales europeos y nacionales. Así, la libertad de expresión va tan lejos como para permitir críticas a las autoridades comunitarias o nacionales, vertidas a través de los medios de comunicación tradicionales o de las nuevas redes sociales, incluso aunque no fueran verdad. Y cualquier limitación a la misma, que debe basarse en motivos tasados de seguridad nacional u otros legítimos, debe ser impuesta por ley, así como someterse a las garantías parlamentarias y judiciales pertinentes. Cualquier tipo de censura administrativa de contenido, fuera de esos parámetros, es ajena a los valores europeos y extranjera al ordenamiento jurídico español.

Por estos motivos, nos hemos encontrado con que a nivel comunitario se ha luchado contra la desinformación con una serie de medidas, no normativas, que preconizaban un enfoque multidisciplinar y cooperativo entre todos los actores implicados, desde las autoridades comunitarias, a las plataformas online, pasando por los Estados miembros de la UE. Como corolario, esa misma ha sido la óptica que se ha seguido en España, por lo que no encontramos más que una norma reciente para luchar contra la desinformación de modo directo y específico, la *Orden PCM/1030/2020*, que más que regular contenidos ha tratado de responder a la directiva europea que requería la implementación de procedimientos y de estructuras orgánicas en cada Estado miembro para luchar contra la desinformación. Aunque la Orden en cuestión ha sido recurrida por la vía judicial por temor a la ausencia principalmente de garantías judiciales en el procedimiento, hasta el momento todas las decisiones judiciales han declarado la misma conforme a Derecho, lo mismo que ha hecho la *Comisión Europea* cuando ha sido cuestionada en el *Parlamento Europeo* sobre el particular.

De esta forma, aunque el debate sobre la adecuación de luchar contra la desinformación por medio de normas jurídicas solidas o de *hard law* sigue abierto (**Maga-Illón-Rosa**, 2019, p. 345), parece que se va decantando en favor de aquellos partidarios más bien de la cooperación entre autoridades internacionales y nacionales, de la autorregulación por parte de los actores privados, como las plataformas online, o de poner en marcha campañas educativas entre la población para aumentar su resiliencia al problema. En esta línea, hemos presentado el caso concreto de alfabetización digital promovido por un grupo audiovisual importante en España, para tratar de garantizar la veracidad del contenido ofrecido en sus noticiarios, y para enseñar a los usuarios a identificar bulos en las redes sociales.

“ Está por ver si este enfoque blando, o de recurso de medidas de *soft law* para la lucha contra la desinformación, será suficiente para vencer a esta nueva plaga de nuestras sociedades contemporáneas ”

Está por ver si este enfoque blando, o de recurso de medidas de *soft law* para la lucha contra la desinformación será suficiente para vencer a esta nueva plaga de nuestras sociedades contemporáneas.

Sería altamente deseable que la invasión rusa de Ucrania y las noticias falsas que están acompañando al conflicto bélico, puedan servir de llamada de atención definitiva para concienciarnos en la importancia de estas cuestiones.

5. Referencias

5.1. Referencias documentales oficiales, normativas y jurisprudenciales

Audiencia Nacional (2021). Sala de lo Penal, Sentencia 18/2021, de 6 de octubre.

Audiencia Provincial de Granada (2020). Sentencia 414/2020, de 18 de diciembre.

Audiencia Provincial de Navarra (2020). Sentencia 155/2020, de 3 de junio.

- Bundesrepublik Deutschland* (2017). “Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG)”.
<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html>
- Centro Criptológico Nacional, Ministerio de Defensa* (2019). “Desinformación en el ciberespacio”, CCN-CERT, BP/13.
https://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/CCN-CERT_BP_13_Desinformaci%C3%B3n%20en%20el%20Ciberespacio.pdf
- Comisión Europea* (2018a). “A multi-dimensional approach to disinformation”. *Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*.
<https://www.ecsite.eu/sites/default/files/amulti-dimensionalapproachtodisinformation-reportoftheindependenthighlevelgrouponfakenewsandonlinedisinformation.pdf>
- Comisión Europea* (2018b). “Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación”.
https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=59111
- Comisión Europea* (2018c). “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. ‘Garantizar unas elecciones europeas libres y justas - Contribución de la Comisión Europea a la reunión de dirigentes en Salzburgo’ los días 19 y 20 de septiembre de 2018”, COM(2018) 637, Bruselas, 12 de septiembre.
- Comisión Europea* (2020a). “Comisión Staff Working Document. Assessment of the Code of Practice on Disinformation - Achievements and areas for further improvement, SWD(2020) 180 final”, Brussels, 10 September.
<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/assessment-code-practice-disinformation-achievements-and-areas-further-improvement>
- Comisión Europea* (2020b). “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea, COM(2020) 790 final”, Bruselas, 3 de diciembre.
- Comisión Europea* (2021). “Comunicado de Prensa, 1 de octubre de 2021. Código de Buenas Prácticas en materia de Desinformación: la Comisión se congratula de los nuevos signatarios previstos y reclama una revisión firme y oportuna”.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_4945.eu
- Comisión Europea y Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad* (2016). “Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo. Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas - Una respuesta de la Unión Europea”, JOIN (2016) 18 final, Bruselas, Bruselas, 6 de abril.
- Comisión Europea y Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad* (2017). “Informe conjunto al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Comunicación conjunta sobre la lucha contra las amenazas híbridas - Una respuesta de la Unión Europea, JOIN(2017) 30 final”, Bruselas, 19 de julio.
- Comisión Europea y Alta Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad* (2018). “Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción contra la desinformación, JOIN(2018) 36 final”, Bruselas, 12 de diciembre.
<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15431-2018-INIT/es/pdf>
- Comisión Europea y Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad* (2020). “Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La lucha contra la desinformación acerca de la Covid-19: contrastando los datos, JOIN(2020) 8 final”, Bruselas, 10 de junio.
- Congreso de los Diputados* (2011). “Constitución Española, Sinopsis del artículo 20, Libertades de expresión y de información. Sinopsis realizada por: Elvira Perales, Ascensión (2003). Actualizada por González-Escudero, Ángeles” (2011).
<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=20&tipo=2>
- Congreso de los Diputados* (2018). “Proposición no de Ley relativa al impulso de las medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por servicios conectados a Internet y evitar injerencias que pongan en peligro la estabilidad institucional en España (162/000550)”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie D*, n. 280, 12 de enero.
- Congreso de los Diputados* (2021). “Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual (121/000076)”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A*, n. 77-1, 17 de diciembre.
- Consejo de la UE* (2021). “Comunicado de prensa, 24 de septiembre de 2021, Declaración del alto representante, en nombre de la Unión Europea, sobre el respeto de los procesos democráticos de la UE”.
<https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/09/24/declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-respect-for-the-eu-s-democratic-processes>

- Consejo Europeo* (2015). “Conclusiones de la Reunión del 19 y 20 de marzo de 2015, Documento EUCO 11/15 CO EUR 1 CONCL 1”. Bruselas, 20 de marzo.
<https://www.consilium.europa.eu/media/21872/st00011es15.pdf>
- Cortes Generales* (2017). Comisión Mixta de Seguridad Nacional. “Comparecencia del Director of the NATO Stratacom Center of Excellence, Señor Sarts, para informar sobre diversas cuestiones relativas a la ciberseguridad en España”. [Núm. expte. 219/000926 (CD) y núm. expte. 715/000308 (S)]. Sesión de 14 de diciembre, p. 15.
- Cortes Generales* (2018). *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie D, n. 322 21 de marzo.
- Cortes Generales* (2019a). “Comparecencia del Director Operativo del Departamento de Seguridad Nacional, señor Castellón Moreno, para informar sobre diversas cuestiones relativas a la ciberseguridad en España, Cortes Generales, Comisión Mixta de Seguridad Nacional, aprobación del Informe de la Ponencia para el estudio de diversas cuestiones relativas a la ciberseguridad en España”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A: Actividades Parlamentarias, 13 de marzo, n. 277.
- Cortes Generales* (2019b). Comisión Mixta de Seguridad Nacional, “Aprobación del Informe de la Ponencia para el estudio de diversas cuestiones relativas a la ciberseguridad en España”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A: Actividades Parlamentarias, 13 de marzo, n. 277.
- Fiscalía General del Estado* (2017). “Circular 3/2017, de 21 de septiembre, sobre la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos”.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=fiscalia&id=FIS-C-2017-00003>
- Fiscalía General del Estado* (2020). Secretaría Técnica. “Tratamiento penal de las “Fake News””.
<https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/tratamiento-penal-de-las-fake-news-fiscalia-general-del-estado.pdf>
- Gobierno de España* (2018). “Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión”. *BOE*, n. 218, de 8 de septiembre.
- Gobierno de España* (2019). Presidencia del Gobierno, “Estrategia Nacional de Ciberseguridad”, febrero.
- Gobierno de España* (2020). “Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional”, *BOE* n. 292, de 5 de noviembre.
- Organización Mundial de la Salud* (2018). World Health Organization, “Managing epidemics: key facts about major deadly diseases”.
<https://www.who.int/emergencies/diseases/managing-epidemics-interactive.pdf>
- Parlamento Europeo y Consejo* (2013). “Directiva (UE) 2013/40 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo”, *DOUE* L 218/8, de 14 de agosto.
- Parlamento Europeo y Consejo* (2016). “Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión”, *DOUE* L 194, de 19 de julio.
- Parlamento Europeo* (2017). “Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre las plataformas en línea y el mercado único digital (2016/2276(INI))”.
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0272_ES.pdf?redirect
- Parlamento Europeo* (2020). “Preguntas Parlamentarias, Pregunta con solicitud de respuesta escrita E-006087/2020 a la Comisión, de 10 de noviembre de 2020, Asunto: Plan del Gobierno de España contra la desinformación”.
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087_ES.html
- Parlamento Europeo* (2021). “Preguntas Parlamentarias, Respuesta de la Vicepresidenta Jourová en nombre de la Comisión Europea, de 15 de febrero de 2021. Referencia de la pregunta: E-006087/2020”.
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-006087-ASW_ES.html
- République Française* (2018). “Loi no 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information”.
https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=6-nJtAIQpD8-Ugn4wumM7q3PzXyh2U2x_naRfEud_Wg=
- TEDH* (1992). Sentencia de 23 de abril, *Castells c. España*.
- TEDH* (2005). Judgment of 6 September, *Salov v. Ukraine*.

- TJUE* (2001). Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo, *Bernard Connolly c Comisión Europea*.
- Tribunal Constitucional* (2007). Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre.
- Tribunal Supremo* (2018). Sala de lo Penal, Sentencia 72/2018, de 09 de febrero.
- Tribunal Supremo* (2021a). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Auto de 4 de enero.
- Tribunal Supremo* (2021b). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Auto de 3 de marzo.
- Tribunal Supremo* (2021c). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Auto de 12 de abril.
- Tribunal Supremo* (2021d). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Auto de 13 de mayo.
- Tribunal Supremo* (2021e). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 1238/2021, de 18 de octubre.

5.2. Referencias bibliográficas

- Cabellos-Espiérrez, Miguel-Ángel** (2018). "Opinar, enaltecer, humillar: respuesta penal e interpretación constitucionalmente adecuada en el tiempo de las redes sociales". *Revista española de derecho constitucional*, n. 112.
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.02>
- Delcker, Janosch** (2021). "Alemania: desinformación y noticias falsas asedian la campaña electoral". *DW*, 7 septiembre.
<https://www.dw.com/es/alemania-desinformaci%C3%B3n-y-noticias-falsas-asedian-la-campa%C3%B1a-electoral/a-59113186>
- Fonseca-Morillo, Francisco** (2020). "Prólogo: La Europa que protege, de la teoría a la práctica gracias al pensamiento crítico y la alfabetización digital". *Revista de estilos de aprendizaje*, v. 13, n. 26, pp. 1-3.
<https://doi.org/10.55777/rea.v13i26.2593>
- Gallardo-Camacho, Jorge; Marta-Lazo, Carmen** (2020). "La verificación de hechos (fact checking) y el pensamiento crítico para luchar contra las noticias falsas: alfabetización digital como reto comunicativo y educativo". *Revista de estilos de aprendizaje*, v. 13, n. 26, pp. 4-6.
<https://doi.org/10.55777/rea.v13i26.2594>
- Jiménez-Cruz, Clara; Wardle, Claire; Kelis Nielsen, Rasmus; Mantzarlis, Alexios** (2018). "Seis puntos claves del informe sobre desinformación del grupo de expertos de la Comisión Europea". *Maldita*, 12 marzo.
<https://maldita.es/maldita/20180312/seis-puntos-claves-del-informe-sobre-desinformacion-del-grupo-de-expertos-de-la-comision-europea>
- Magallón-Rosa, Raúl** (2019). "La (no) regulación de la desinformación en la Unión Europea. Una perspectiva comparada". *UNED. Revista de derecho político*, n. 106, pp. 319-347.
<https://doi.org/10.5944/rdp.106.2019.26159>
- Olmo-y-Romero, Julia-Alicia** (2019). "Desinformación: concepto y perspectivas". *Real Instituto Elcano*, ARI 41/2019.
http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari41-2019-olmoromero-desinformacion-concepto-y-perspectivas
- Pamment, James** (2020). "The EU's role in fighting disinformation: Taking back the initiative". *Carnegie Endowment for International Peace*, working paper, June.
https://carnegieendowment.org/files/Pamment_-_Future_Threats.pdf
- Renda, Andrea** (2018). "The legal framework to address 'fake news': possible policy actions at the EU level". *CEPS research report*.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/619013/IPOL_IDA\(2018\)619013_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/619013/IPOL_IDA(2018)619013_EN.pdf)
- Seijas, Raquel** (2020). "Las soluciones europeas a la desinformación y su riesgo de impacto en los derechos fundamentales". *IDP, Revista de internet, derecho y política*, n. 31.
<https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/373664/467277>
- Shao, Chengcheng; Ciampaglia, Giovanni-Luca; Varol, Onur; Yang, Kai-Cheng; Flammini, Alessandro; Menczer, Filippo** (2018). "The spread of low-credibility content by social bots". *Nature communications*, v. 9, 4787.
<https://doi.org/10.1038/s41467-018-06930-7>
- Simón-Castellano, Pere** (2021). "Internet, redes sociales y juicios paralelos: un viejo conocido en un nuevo escenario". *Revista de derecho político*, n. 110.
<https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30332>