

LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN
INTERNET: REFLEXIONES A LA LUZ DE LA PROPUESTA DE
REGLAMENTO*

*COMBATING CHILD SEXUAL ABUSE ON THE INTERNET:
CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF THE PROPOSAL FOR A
REGULATION*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 21, agosto 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 104-129

* Estudio redactado en el marco del Proyecto "Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género", PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.



Elena DE LUIS
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de mayo de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 1 de julio de 2024

RESUMEN: Los avances en la sociedad de la información y las nuevas tecnologías de la comunicación han traído consigo un incremento alarmante de los delitos de abuso sexual de menores a través de internet. Las herramientas disponibles hasta la fecha para la lucha contra esta clase de criminalidad han resultado insuficientes, por lo que se ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar la regulación y desarrollar nuevos mecanismos que permitan prevenir y combatir eficazmente estas conductas. Con dicho fin se presentó en el año 2022 la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores.

PALABRAS CLAVE: Abuso sexual; menores; nuevas tecnologías; internet; Unión Europea.

ABSTRACT: *Advances in the Information Society and new communication technologies have brought with them an alarming increase in the sexual abuse of minors via the Internet. The tools available so far to tackle this form of criminality have proved insufficient, which has highlighted the need to strengthen regulation and develop new mechanisms to effectively prevent and combat this type of conduct. To this end, the Proposal for a European Union Regulation to prevent and combat child sexual abuse was presented in 2022.*

KEY WORDS: *Sexual abuse; minors; new technologies; internet; European Union.*

SUMARIO.- I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA. II. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN INTERNET.- I. Antecedentes y evolución legislativa.- 2. El Reglamento provisional (UE) 2021/1232. III. PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES.- 1. Ámbito de aplicación de la norma.- 2. Centro de la Unión Europea sobre Abuso Sexual de Menores y autoridades nacionales de coordinación.- 3. Obligaciones para los proveedores de servicios.- 4. La polémica en torno a las medidas de detección.- A) *Solicitud de la orden de detección.*- B) *Requisitos para su adopción.*- C) *Procedimiento de detección.*- IV. **CONCLUSIONES.**

I. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA.

La sociedad de la información y el desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación han traído con sí indudables ventajas derivadas de la interacción en tiempo real en cualquier parte del mundo y traducidas en una mejora de la eficiencia a nivel público y privado. Sin embargo, no todo son éxitos, sino que también este desarrollo ha propiciado que se produzca un alarmante incremento en la criminalidad a través de internet y, por lo que aquí respecta, en el abuso sexual de menores a través de dicha vía. Es evidente que la clandestinidad e impunidad que caracterizan a los delitos cometidos a través de internet suponen factores que agravan la situación y que propician su comisión. A ello se suma que los mecanismos de intervención son, en la mayoría de las ocasiones, ineficaces.

Como ilustración de lo antedicho podemos citar el informe “Evaluación de la amenaza global de 2023”, presentado en octubre de 2023 por la entidad “Weprotect Global Alliance”, una alianza de expertos gubernamentales y de la sociedad civil cuyo objeto es la lucha contra la explotación y abuso de menores en internet¹. En particular, según se señala en dicho documento, en Estados Unidos se han incrementado un 87% las denuncias relativas a material de abuso sexual infantil en internet desde el año 2019. Además, en términos globales han aumentado un 360% las imágenes sexuales de menores de 7 a 10 años autogeneradas, esto es, las que han sido generadas por la propia víctima bajo engaño, coacción o intimidación. También a nivel mundial, un 54% de personas encuestadas con edades comprendidas entre los 18 y los 20 años, manifestaron haber sufrido algún tipo de daño sexual a través de internet antes de cumplir los 18 años. En consecuencia, se recoge en el informe que la mitad de los menores de edad se encuentran en riesgo de sufrir alguna clase de abuso sexual a través de internet.

¹ WE PROTECT GLOBAL ALLIANCE, Evaluación de la amenaza global de 2023, 2023. Disponible en: <https://www.weprotect.org/wp-content/uploads/Global-Threat-Assessment-2023-ES.pdf>

• **Elena de Luis García**

Profesora Permanente Laboral de Derecho Procesal, Universitat de València. Correo electrónico: elena.deluis@uv.es

En definitiva, lo que dicho informe revela es que, lejos de haber mejorado la prevención y lucha contra esta clase de conductas, año tras año se agrava la situación. Esto demuestra que las herramientas actuales son claramente insuficientes para luchar contra dicha criminalidad y, por lo tanto, pone de manifiesto la necesidad de articular nuevos sistemas que permitan actuar más eficazmente. Así pues, es evidente que estamos ante un problema global, un problema que sigue creciendo exponencialmente y que requiere de todas las medidas legislativas y ejecutivas que puedan adoptarse para combatirlo.

A las dificultades inherentes al medio de comisión de estos delitos, existe una complejidad añadida y es que no estamos ante una única clase de conducta, lo que podría facilitar su prevención y erradicación, sino que el abuso sexual de menores en internet se materializa de distintas maneras. Por un lado, a través de la creación y difusión de material de abuso sexual de menores y, por otro lado, a través del llamado embaucamiento de menores o “online child grooming”.

En primer lugar, respecto de la creación y difusión de material de abuso sexual de menores, se refiere a la tradicionalmente denominada “pornografía infantil”. Sin embargo, evitaremos tal denominación y en su lugar nos referiremos a lo largo de este trabajo a “material de abuso sexual de menores”, siguiendo la recomendación contenida en las Orientaciones de Luxemburgo². Conforme señala el documento, el término “pornografía” se emplea principalmente en relación con adultos que participan en actos sexuales consensuados que son distribuidos legal o ilegalmente al público para su satisfacción sexual. Por ello, el empleo del término “pornografía” en relación con menores podría llevar a una normalización voluntaria o involuntaria de una conducta constitutiva de delito grave, en la medida en que el material sexual que involucra a menores nunca puede considerarse producido con consentimiento y, en consecuencia, nunca podrá ser material sexual legal.

En segundo lugar, el embaucamiento de menores o “online child grooming”, consiste en el acercamiento de un adulto a un menor a través de internet con fines sexuales, que puede producirse a través de redes sociales, foros, sistemas de mensajería en juegos online, etc. En cualquier caso, la denominación “online child grooming” no encubre un concepto cerrado, sino que vendrá definida por la existencia de un “proceso de seducción y acercamiento a menores que permite la manipulación emocional de éstos con un propósito o fin deliberado, esto es, lograr un posterior contacto sexual”³. En un sentido más amplio, se podría identificar con

2 Grupo de trabajo interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales, 2016. Documento disponible en: <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-menores/Terminologia-apropiada>

3 GORRIZ ROYO, E.: “On-line child grooming en Derecho penal español”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3, p. 7.

la conducta consistente en que un adulto trate de entablar una conversación con un menor aún cuando éste no quiera, que le solicite hablar de sexo, o le solicite que le dé información sexual o que realice alguna conducta sexual no voluntaria⁴.

Estamos, en consecuencia, ante una gran variedad de conductas atentatorias contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de edad, contra las cuales existe un deber de protección y actuación de los poderes públicos.

Precisamente con dicha finalidad, la Unión Europea ha desplegado una importante actividad legislativa en las últimas décadas, encaminada tanto a mejorar la protección desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, como desde la perspectiva de la investigación y enjuiciamiento de tales delitos. Aun cuando actualmente se encuentran en tramitación distintas normas en este ámbito, sus borradores y propuestas permiten aventurar cuál va a ser el futuro en materia de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores cometido a través de las nuevas tecnologías. A todo ello, dedicaremos precisamente los siguientes apartados del presente trabajo.

II. EL PAPEL DE UNIÓN EUROPEA EN LA LUCHA CONTRA EL ABUSO SEXUAL DE MENORES EN INTERNET.

I. Antecedentes y evolución legislativa.

En las últimas dos décadas hemos asistido a un importante desarrollo legislativo en el ámbito comunitario en materia de lucha contra el abuso sexual de menores, en general y, por lo que aquí respecta, contra el abuso sexual cometido a través de internet. Así pues, destacaremos a continuación algunos de los principales hitos que han contribuido al fortalecimiento de las medidas y a la armonización de la legislación en los distintos Estados Miembros.

El punto de partida lo encontramos en la Decisión marco 2004/68/JAI relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁵. Dicha norma tenía por objeto establecer unos mínimos para la tipificación de las conductas constitutivas de abuso sexual de menores en el territorio de la Unión, para lo cual se definían las conductas que debían ser sancionadas, junto con las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y también otras cuestiones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos.

4 VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes", *Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2017, núm. 2, p. 2.

5 Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Esta norma fue sustituida por la Directiva 2011/93/UE⁶ de lucha contra el abuso sexual de menores, que modifica y amplía considerablemente las disposiciones de la Decisión marco. Uno de los aspectos más relevantes de la Directiva es la definición de qué conductas son constitutivas de delitos de abuso sexual de menores, a las que luego nos referiremos, pues es dicha conceptualización la que siguen las restantes normas en materia de lucha contra el abuso sexual de menores que han sido aprobadas en el seno de la UE. Además, no se limita únicamente a la descripción de las conductas delictivas, sino que va un paso más allá y establece las penas privativas de libertad que deberán imponerse como mínimo para cada una de las conductas. Junto con las disposiciones de carácter sustantivo, incorpora también disposiciones de naturaleza procesal, relativas a la competencia judicial, el apoyo y protección de las víctimas menores en los procesos penal y la investigación y enjuiciamiento, entre otras cuestiones.

Por todo ello, la Directiva constituye la principal norma de derecho comunitario en la materia, pues ha traído como consecuencia la armonización de los Códigos Penales de los Estados Miembros en materia de abuso sexual de menores. Es evidente que en una materia como la que estamos tratando en la cual el carácter transfronterizo es frecuente, es esencial contar con una legislación penal unificada que facilite la investigación y enjuiciamiento.

En el año 2020 se aprobó la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores⁷. En ella se incide en que la lucha contra esta clase de delitos es prioritaria para la Unión, así como en el hecho de que “el mundo en conjunto está perdiendo la batalla contra estos delitos y no protege de manera efectiva el derecho de cada niño de vivir a salvo de la violencia”. La Estrategia se basa en una serie de iniciativas para luchar contra el abuso sexual, que se concretan en las siguientes: garantizar la plena aplicación de la Directiva 2011/93/UE; garantizar que la legislación de la UE permita una respuesta eficaz; identificar lagunas jurídicas, mejores prácticas y acciones prioritarias; fortalecer los esfuerzos de las fuerzas y cuerpos de seguridad a escala nacional y de la UE; capacitar a los Estados miembros para proteger mejor a los menores a través de la prevención; crear un centro europeo de prevención y lucha contra el abuso sexual de menores; estimular los esfuerzos de las empresas del sector para garantizar la protección de los niños en sus productos; y, por último, mejorar la protección de los menores en el mundo mediante la cooperación multilateral. En definitiva, constituye un plan de acción para combatir la criminalidad sexual que involucra a menores de edad.

6 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.

7 Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores [COM(2020) 607 final], de 24 de julio de 2020.

Apenas un año después se aprobó la Estrategia de la UE sobre los Derechos de los Niños⁸. En el tercer pilar, centrado en “Combatir la violencia contra los niños y garantizar la protección de la infancia: una UE que ayude a los niños a crecer sin violencia”, se incide sobre la violencia sexual, señalando que se complementarán y reforzarán las acciones previstas en la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores.

En la misma línea, este mes de abril de 2024 se ha publicado la Recomendación de la Comisión Europea sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño⁹, en la cual se vuelve a poner de relieve la acción prioritaria de la UE en la lucha contra el abuso sexual de menores, tanto en línea como fuera de ella. En concreto, señala la necesidad de establecer medidas que permitan denunciar situaciones de inseguridad, recibir apoyo (psicológico y de otra clase) y recibir información sobre los riesgos relacionados con cualquier forma de violencia, incluida la violencia sexual.

Finalmente, como continuación de la labor legislativa en materia de lucha contra el abuso sexual de menores iniciada hace dos décadas, este mismo año 2024 se ha presentado una Propuesta de Directiva sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores¹⁰. Como señala en su Exposición de Motivos, el texto nace con el objetivo de dar respuesta a las nuevas formas de criminalidad y de cubrir las lagunas detectadas en la Directiva del año 2011.

En este sentido, se señala la necesidad de garantizar que se tipifiquen como delito todas las formas de abuso y explotación de menores “incluidas aquellas que son posibles o se ven facilitadas por los avances tecnológicos” y, de igual forma, mejorar las normas de investigación y enjuiciamiento “teniendo en cuenta los últimos avances tecnológicos”. Excedería el objeto del presente el análisis de las novedades que incorpora, pero sí que consideramos necesario destacar que, por primera vez, se quiere incluir en las conductas tipificadas la creación de material de abuso sexual de menores a través de las denominadas “ultrafalsificaciones” o “deep fakes”¹¹ e incluso la realidad virtual¹², así como el embaucamiento de menores

8 Estrategia de la UE sobre los Derechos de los Niños, COM(2021) 142 final, de 24 de marzo de 2021.

9 Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 2024 sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño, C(2024) 2680 final.

10 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (versión refundida) [COM(2024) 60 final].

11 Sobre esta nueva forma de criminalidad puede verse más: SIMÓ SOLER, E.: “Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2024, núm. 2, pp. 493-515.

12 Señala el texto, en relación la modificación del artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE que “El desarrollo de entornos de realidad aumentada, ampliada y virtual y la posibilidad de hacer un uso indebido de la

mediante “chatbots” desarrollados para tal fin. Por lo tanto, consideramos que se trata de una actualización necesaria, dado el vertiginoso desarrollo en materia de inteligencia artificial y otras herramientas tecnológicas desde la aprobación de la primera Directiva en el año 2011, que han dado lugar a nuevas formas de criminalidad que deben ser afrontadas adecuadamente.

A las normas antedichas debemos sumar las relativas específicamente a la detección de abusos sexuales de menores en línea, a las que nos referiremos en los apartados siguientes, en particular el Reglamento provisional y la propuesta de Reglamento que vendrá a sustituirlo en un futuro.

2. El Reglamento provisional (UE) 2021/1232.

Como se ha puesto de manifiesto, el abuso sexual de menores a través de internet no solo no se ha reducido, sino que año tras año los informes que publican distintas organizaciones revelan que estamos ante un fenómeno criminológico creciente. Las primeras actuaciones para tratar de detener la comisión de estos delitos fueron llevadas a cabo voluntariamente por los proveedores de servicios de internet, a través de sus propios mecanismos de control. El amparo legal lo encontraban en el Reglamento General de Protección de Datos¹³, concretamente en su artículo 6, cuando dispone que el tratamiento será lícito si: “es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño”.

Sin embargo, a partir del 21 de diciembre de 2020 dejaban de poder acogerse a dicho precepto para ser incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y comunicaciones electrónicas¹⁴, en virtud del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, aprobado mediante la Directiva (UE) 2018/1972¹⁵. Por lo tanto, surgió la necesidad de establecer un marco jurídico para amparar dichas actuaciones que ya estaban llevando a cabo

inteligencia artificial para crear 'ultrafalsificaciones', es decir, material de abuso sexual de menores creado de forma sintética, ya han ampliado la definición de 'imagen', ya que dichos materiales pueden hacer uso de avatares, incluida la retroalimentación sensorial, por ejemplo, a través de dispositivos que proporcionan una percepción del tacto.”

- 13 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- 14 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).
- 15 Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

los proveedores de servicios de internet para luchar contra el abuso de menores. Para ello, el Parlamento Europeo aprobó el Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021¹⁶ por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE y permite a los proveedores de servicios seguir aplicando la excepción del artículo 6 del Reglamento General de Protección de Datos y llevando a cabo actuaciones voluntarias para luchar contra el abuso de menores. Así pues, nació con vocación de provisionalidad, hasta en tanto se apruebe una norma definitiva.

La Directiva 2002/58/CE, cuyas disposiciones exceptúa la norma provisional, tiene por objeto velar por el adecuado tratamiento de los datos personales y el respeto de la intimidad de las personas en el ámbito concreto de las comunicaciones electrónicas. Para ello, se prevén en la misma una serie de garantías, traducidas en deberes para los prestadores de servicios y derechos para los individuales que, en síntesis, conllevan la prohibición de escucha, grabación, almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas, conforme dispone su artículo 5. De igual forma, la norma prevé en su artículo 6 que los datos de tráfico vinculados a un usuario que sean tratados y almacenados deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación.

Sin embargo, dada la impunidad y clandestinidad que caracterizan a los delitos de abuso sexual de menores, y ante el vacío legal al que nos hemos referido, era necesario regular una serie de excepciones a esta garantía de intimidad cuando se basen en la lucha contra esta clase de criminalidad.

Para ello el Reglamento (UE) 2021/1232 exceptúa las garantías previstas en los citados artículos 5 y 6 de la Directiva 2002/58/CE, a las que nos hemos referido antes, y permite a los proveedores de servicios la utilización de “tecnologías específicas para el tratamiento de datos personales y de otro tipo en la medida estrictamente necesaria para detectar abusos sexuales de menores en línea cometidos en sus servicios y denunciarlos y para retirar el material de abuso sexual de menores en línea de sus servicios”, conforme dispone en su artículo 1.

Ahora bien, la excepción solamente se aplicará bajo las siguientes circunstancias, conforme recoge su artículo 3:

- Respecto del tratamiento de los datos, debe ser necesario para detectar, retirar y denunciar el material de abuso de menores, así como el embaucamiento.

¹⁶ Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

Además, debe ser proporcionado y limitado estrictamente a los datos de contenido y datos de tráfico conexos que sea necesario.

- En cuanto a las tecnologías empleadas, deben ser las menos intrusivas para la intimidad y limitarse a detectar patrones de comportamiento, pero no a deducir el contenido de las comunicaciones. Además, deben ser lo suficientemente fiables para reducir la tasa de errores en la detección de contenidos y rectificar las consecuencias de estos cuando se produzcan. Por último, deben limitarse al uso de indicadores fundamentales y factores objetivos de riesgo para detectar los patrones de abuso.

- Finalmente, los proveedores deben establecer mecanismos internos para prevenir cualquier acceso o transferencia no autorizado de datos personales, así como para supervisar el tratamiento de la información. Asimismo, deben poner a disposición de los usuarios mecanismos de reclamación adecuados para ser oídos ante actuaciones de los proveedores que afecten a su derecho a la privacidad.

Esta norma provisional entró en vigor en julio de 2021 y su vigencia finalizaba el 3 de agosto de 2024. Sin embargo, el pasado 29 de abril de 2024, el Parlamento Europeo aprobó su prórroga hasta el 3 de agosto de 2026¹⁷, mientras sigan las negociaciones para la aprobación de un nuevo Reglamento que con carácter definitivo regule las medidas a adoptar en la lucha contra el abuso de menores en internet.

En particular, se trata de la Propuesta de Reglamento para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores¹⁸, presentada el 22 de mayo de 2022 y a la que nos referiremos seguidamente.

III. PROPUESTA DE REGLAMENTO PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES.

Como se ha adelantado, el Reglamento para prevenir y combatir el abuso sexual de menores en internet, sustituirá al Reglamento provisional cuando sea definitivamente aprobado. Sin embargo, la aprobación del texto definitivo no está siendo tan sencilla como sería lo deseable, dada la finalidad con la que nace el texto, sino que el borrador presentado ha suscitado controversia desde el principio por su injerencia en la intimidad de los usuarios de internet. Ello le ha valido

¹⁷ Reglamento (UE) 2024/1307 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1232 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

¹⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores COM/2022/209 final.

el sobrenombre de “chat control”, pues, como posteriormente expondremos, desde algunos sectores se ha criticado que las medidas que establece podrían estar menoscabando la intimidad de las personas y dando lugar a un escaneo generalizado de las conversaciones de todos los usuarios de la Unión Europea.

Pasaremos a continuación a examinar algunas de sus principales características y medidas que impone.

I. Ámbito de aplicación de la norma.

El objeto de la Propuesta de Reglamento es, como hemos adelantado, luchar contra el abuso sexual de menores en internet, pero conviene precisar qué conductas se entienden incluidas dentro de dicho concepto. Para ello, debemos acudir al artículo 2 de definiciones en el cual se incluye dentro del concepto de “abuso sexual de menores en línea”, tanto la difusión de material de abuso sexual, como el embaucamiento de menores. Para una definición más amplia de tales conceptos el texto remite a la Directiva 2011/93/UE, a la que antes nos hemos referido, y que contiene una detallada definición de tales conductas. Todo ello sin perjuicio de la conceptualización que se ha ofrecido en el apartado primero del presente trabajo.

Así pues, siguiendo lo dispuesto en el artículo 2 de la citada Directiva, apartados c) y e), se entiende incluido en el concepto “material de abuso sexual”, cualquier representación visual de un menor participando en una conducta sexual (sea real o simulada), así como de sus órganos sexuales, incluso cuando la persona involucrada en la conducta no sea menor de edad, pero parezca serlo. Y ello con independencia de que sea material creado y difundido posteriormente o se trate de una exhibición en directo, a través de las tecnologías de la comunicación y de la información.

Respecto de lo antedicho, destaca el hecho de que la conducta también se califique como material de abuso sexual de menores cuando represente a “una persona que parezca ser un menor”. Es decir, con esta disposición no se está protegiendo la libertad e indemnidad sexuales de un menor de edad que haya sido obligado de cualquier modo a participar en la actividad sexual, sino que se castiga la mera representación de un menor de edad. En este sentido, podría decirse que se sanciona el deseo de obtener satisfacción sexual con la idealización de menores de edad¹⁹, aun cuando ningún menor haya participado realmente.

19 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: “Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se tipifique como tal)”, en AA.VV.: *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia* (dir. por M.L. CUERDA ARNAU y coord. por A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 177.

Por lo que respecta a la conducta de embaucamiento de menores o “child grooming”, el artículo 6 de la Directiva lo define como “La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro”. En particular, el objetivo debe ser llevar a cabo un acto sexual o producir material de abuso sexual de menores, por remisión del artículo 6 a los artículos 3 y 5 de la misma norma.

Como característica común a la regulación europea, debe indicarse que no se exige en ningún caso la presencia de violencia o intimidación, sino que el abuso sexual de menores (en este caso a través de internet) se entenderá cometido siempre que afecte a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual²⁰.

Por lo tanto, estas dos formas delictivas, la creación de material y la captación de menores, con sus múltiples variantes, son contra las que se quiere reforzar la protección y para cuya investigación se regulan las medidas que posteriormente se expondrán.

2. Centro de la Unión Europea sobre Abuso Sexual de Menores y autoridades nacionales de coordinación.

La Propuesta de Reglamento contiene una importante novedad y es la creación del Centro de la Unión Europea para prevenir y combatir el abuso sexual de menores (en adelante, Centro de la UE), creado con el encargo de velar por la aplicación de las disposiciones de la norma relativas a la detección, denuncia, eliminación del contenido de abuso sexual y recopilación de información, entre otras. Ello en consonancia con lo manifestado en la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores. Su creación se prevé en el artículo 40 de la Propuesta, con la finalidad de contribuir a la consecución del objetivo de la norma. Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del Centro de la UE, se constituye como un organismo de la Unión Europea con personalidad jurídica y se prevé que su sede se establecerá en La Haya.

Por lo que respecta a sus funciones, pueden concretarse en las siguientes, desarrolladas ampliamente en el artículo 43 de la Propuesta:

- Apoyar y facilitar la aplicación de sus disposiciones relativas a la detección, la denuncia, la eliminación del contenido de abuso sexual de menores en línea, la inhabilitación del acceso a él y su bloqueo.

²⁰ TAPIA BALLESTEROS, P.: “Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores”, *Revista de Estudios Europeos*, 2013, núm. 1, p. 437.

- Recopilar y compartir información y conocimientos especializados.
- Facilitar la cooperación entre las partes públicas y privadas.

Además de las funciones antedichas, el Centro de la UE será el encargado de crear, mantener y gestionar una base de datos de indicadores y otra de denuncias. La primera de ellas, prevista en el artículo 44, tiene por objeto la recogida de identificadores digitales que permitan detectar la difusión de material de abuso sexual infantil nuevo o ya conocido, así como detectar conductas de embaucamiento de menores. La segunda de las bases, como su nombre sugiere, se destinará a la recogida de todas las denuncias que se reciban de los prestadores de servicios, así como de ciertos datos relacionados relativos a su tramitación anterior y posterior, e información sobre la actuación del prestador de servicios en cuanto a la eliminación y bloqueo de la información. Finalmente, incluirá también los indicadores y etiquetas que estén asociadas al material detectado.

Además, debe destacarse que el Centro de la UE colaborará directamente con Europol en la persecución de esta clase de criminalidad. En particular, dicha colaboración lo será mediante la recepción de las denuncias de los proveedores de servicios, su verificación para evitar denuncias improcedentes y se remisión a Europol y a las autoridades nacionales competentes para la investigación.

Junto al Centro de la UE, otro de los actores principales en materia de lucha contra el abuso de menores en internet, lo serán las autoridades nacionales de coordinación. Conforme dispone el artículo 25 de la Propuesta se designará en cada Estado Miembro una autoridad nacional de coordinación en materia de abuso sexual de menores (en adelante, autoridad de coordinación). Esta autoridad es competente sobre todas las materias relacionadas con la aplicación y ejecución del Reglamento.

Por lo que respecta a los requisitos para su designación, el artículo 26 de la Propuesta indica que debe tratarse de entidades públicas jurídica y funcionalmente independientes, deben gozar de un estatuto propio que les permita actuar con objetividad e imparcialidad, deben estar libres de cualquier influencia externa -directa o indirecta-, no deben solicitar ni aceptar instrucciones de otras autoridades públicas o privadas y no deben encargarse de otras tareas en el ámbito de la lucha contra el abuso sexual de menores distintas de las encomendadas en virtud del Reglamento.

Finalmente, en cuanto a las competencias que tienen atribuidas, se pueden clasificar en investigación, ejecución, verificación del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Reglamento por los prestadores de servicios y notificación de material conocido de abuso sexual de menores. En particular,

respecto de la investigación, se les atribuye la competencia para exigir a los prestadores de servicios y cualquier otra persona relacionada que les preste información en relación con presuntas infracciones, así como para inspeccionar sobre el terreno cualquier instalación que se utilice para la prestación del servicio o solicitar a otras autoridades que lleven a cabo tal inspección e incluso la obtención de información. Cabe suponer que siempre que las actuaciones de investigación puedan conllevar alguna clase de injerencia en los derechos de las partes afectadas, podrán solicitar a la autoridad judicial competente una orden pertinente para su ejecución. Es también destacable que se les atribuye competencia para la imposición de sanciones administrativas ante el incumplimiento por parte de los prestadores de las obligaciones adquiridas en virtud de la norma.

A tenor de lo expuesto, queda patente que las autoridades de coordinación gozan de un papel esencial en la aplicación y ejecución de las disposiciones del Reglamento, tanto en lo que respecta a las propias funciones que tienen atribuidas, como en la medida en que actuarán como interlocutoras entre las autoridades nacionales judiciales o administrativas que tengan competencias para emitir las órdenes de eliminación, bloqueo o detección, así como con el Centro de la UE y las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado Miembro competente para la investigación.

3. Obligaciones para los proveedores de servicios.

La esencia de la Propuesta de Reglamento reside en el establecimiento de una serie de deberes para los proveedores de servicios de datos y comunicaciones, que se clasifican en obligaciones de evaluación de riesgos, detección, información y eliminación y bloqueo. Dentro de estas, las de detección son las que mayores dudas han planteado desde el punto de vista de los derechos y que han convertido a este texto en una de las normas más polémicas de los últimos años. Por dicho motivo, las desarrollaremos posteriormente.

En primer lugar, conforme dispone el artículo 3 de la Propuesta, los prestadores de servicios deberán determinar, analizar y evaluar para cada servicio que ofrezcan, el riesgo que existe de que el mismo sea utilizado con fines de abuso sexual de menores. En concreto, se establecen como criterios para la evaluación del riesgo los siguientes: casos previos detectados, la política ya establecida por el prestador y su aplicación, la forma en que los usuarios utilizan el servicio, así como el diseño y forma de explotación del mismo. Respecto del embaucamiento de menores, se tendrá en cuenta la edad de los usuarios y si existen funcionalidades que pueden reforzar el riesgo (entre otras: que se permita buscar a otros usuarios, que se permita el contacto a través de comunicaciones directas privadas y que se permita compartir imágenes y vídeos de forma privada).

Además, en función del riesgo que se haya determinado, los prestadores de servicios deberán adoptar las medidas pertinentes para reducirlo. En particular, dispone el artículo 4 de la Propuesta que deberán incluir, al menos, una de las acciones siguientes: adaptar los sistemas de moderación de contenidos o de recomendación, sus funcionalidades o la aplicación de sus condiciones, entre otras; reforzar los procesos y la supervisión interna; y, finalmente, cooperar con otros prestadores de servicios, así como con otras instituciones públicas y privadas.

Estas medidas de mitigación del riesgo deberán ser eficaces, específicas, proporcionadas y no discriminatorias. Además, serán susceptibles de introducirse, revisarse, suspenderse o ampliarse, según proceda, cada vez que se lleve a cabo una nueva evaluación de riesgos.

En segundo lugar, los artículos 7 a 11 de la Propuesta se refieren las obligaciones de detección. A grandes rasgos, estas imponen sobre los prestadores de servicios el deber de ejecutar las actuaciones necesarias para detectar las conductas de abuso sexual de menores, tanto de material de abuso como de embaucamiento, bajo determinadas circunstancias, con la finalidad de su denuncia, eliminación y bloqueo. Como ya hemos adelantado, nos limitaremos aquí a mencionar las obligaciones de detección, en tanto que serán objeto del siguiente apartado, dada su relevancia.

En tercer lugar, las obligaciones relativas a la información se concretan en los artículos 12 y 13 de la Propuestas y consisten en el deber de denunciar que pesa sobre los prestadores de servicios siempre que tengan conocimiento de cualquier indicio que indique un posible abuso sexual de menores a través de sus servicios. La denuncia se presentará ante el Centro de la UE y deberán contener cuantos datos sean necesarios para identificar al usuario o usuarios implicados, su ubicación geográfica, la dirección IP, así como acompañarla de todos los datos de contenido de los que se disponga. Cabe señalar que el usuario afectado será informado sobre la presentación de la denuncia, el contenido principal, el modo en que se ha obtenido y las posibilidades de alegación que tiene frente a la denuncia presentada en su contra.

Finalmente, dentro de las obligaciones de información, cabe destacar la creación y gestión de un mecanismo accesible y de fácil uso que permita a los usuarios informar al prestador de posibles abusos sexuales de menores.

En cuarto y último lugar, la Propuesta contempla la obligación de eliminar y bloquear los contenidos de abuso sexual de menores.

Por un lado, en cuanto a la eliminación de contenidos (artículos 14 y 15), la Propuesta regula las denominadas “órdenes de eliminación”, que deberá ejecutar el

prestador de servicios cuando se haya identificado y confirmado que determinado contenido constituye material de abuso sexual de menores. Las órdenes serán emitidas por una autoridad judicial a petición de la autoridad de coordinación y contendrán un requerimiento a un prestador de servicios de alojamiento de datos para que elimine el material ilícito. Lo más destacable es que la eliminación se llevará a cabo en todos los Estados miembros de la UE y deberá ser ejecutada por el prestador de servicios en el plazo máximo de 24 horas desde la recepción de la orden.

Cabe señalar que el artículo 15 prevé la necesidad de informar al usuario afectado de la eliminación del contenido y garantizar que tenga acceso a un recurso efectivo para impugnar la orden de eliminación ante las autoridades judiciales o administrativas que sean competentes para conocer de la impugnación, según el órgano que haya dictado la orden. Transcurrido el plazo para presentar recurso (de conformidad con el derecho nacional) o una vez confirmada una orden de eliminación tras un recurso, se procederá a la eliminación definitiva de los contenidos afectados por la orden.

Por otro lado, se regulan las “órdenes de bloqueo”. Sobre este respecto, dispone el artículo 16 de la Propuesta que tendrán por objeto exigir a un prestador de servicios la adopción de medidas para impedir el acceso a material conocido de abuso sexual de menores. Igual que en el caso de la eliminación, la orden deberá ser solicitada por la autoridad nacional de coordinación a la autoridad nacional judicial o administrativa competente para la emisión de la orden.

Una vez hechas las comprobaciones oportunas por parte de la autoridad de coordinación y solicitada la emisión de la misma a la autoridad competente, se acordará siempre que concurran las siguientes condiciones: a) haya pruebas de que el servicio se ha utilizado en los últimos 12 meses para acceder o intentar acceder a material conocido de abuso de menores; b) la orden sea necesaria para impedir la difusión de material ilícito a los usuarios de la UE, considerando la cantidad y calidad de dicho material; c) los indicadores señalen de manera suficientemente fiable que se trata de material de abuso sexual de menores; d) los motivos para emitir la orden compensen las consecuencias negativas en los derechos e intereses de las partes.

Finalmente, como garantía ante el bloqueo de contenidos, la autoridad que las emita deberá especificar los límites y salvaguardias efectivos y proporcionados para minimizar las consecuencias negativas en los derechos e intereses, así como asegurar que el periodo de aplicación se limite al necesario. El periodo de vigencia se establecerá por la autoridad de coordinación y no podrá exceder de cinco años.

4. La polémica en torno a las medidas de detección.

Tras exponer sucintamente en qué consisten las obligaciones de evaluación y mitigación de riesgos, información y eliminación y bloqueo de contenidos, pasaremos a continuación a abordar en mayor profundidad las obligaciones de detección, en la medida en que constituyen uno de los pilares esenciales en la lucha contra el abuso de menores en la Propuesta. Sin embargo, como ya hemos adelantado, el deber de detección ha suscitado dudas desde la publicación del primer texto de la Propuesta y desde organismos públicos y privados se ha puesto de manifiesto la necesidad de retirar o, al menos, modificar, la forma en que se había configurado inicialmente.

Analizaremos a continuación sus elementos y los aspectos más controvertidos de la regulación que se propone.

A) Solicitud de la orden de detección.

El procedimiento de detección comienza con la emisión de una orden de detección por la autoridad judicial o administrativa nacional competente, a solicitud de la autoridad nacional de coordinación, como en el caso de las órdenes de eliminación y bloqueo.

Como dispone el artículo 7 de la Propuesta, con carácter preliminar, la autoridad de coordinación deberá elaborar el proyecto de solicitud de emisión de la orden con el contenido de la misma y los motivos que la fundamentan, que deberá presentar al prestador de servicios, así como al Centro de la UE. A la vista del proyecto, el prestador de servicios podrá presentar observaciones y el Centro de la UE emitirá un dictamen sobre el mismo. Una vez recibidas las observaciones y el dictamen, del prestador y del Centro de la UE, respectivamente, la autoridad de coordinación presentará un nuevo proyecto modificado. Finalmente, considerando el segundo proyecto de la autoridad de coordinación, el prestador de servicios presentará su plan de ejecución de la orden. Una vez recibido el plan de ejecución, procederá la autoridad de coordinación a solicitar la emisión de la orden, acompañando, en su caso, el dictamen del Centro de la UE y el plan de ejecución.

B) Requisitos para su adopción.

Según regula el artículo 7 de la Propuesta, los requisitos para la solicitud y emisión de la orden son, en primer lugar, que exista un riesgo significativo de que el servicio se está utilizando para abuso sexual de menores y, en segundo lugar, que la medida de detección sea proporcionada, en el sentido de que los motivos para emitir la orden compensen los efectos negativos sobre los derechos de las

partes implicadas. Estos elementos serán los que la autoridad de coordinación deberá tener en cuenta para decidir solicitar la orden y, asimismo, son los que valorará la autoridad judicial o administrativa competente para su emisión.

Respecto de las situaciones en que habrá riesgo significativo, quedan definidas en el mismo artículo, en los apartados 5, 6 y 7 del mismo artículo, en función de si se trata de difusión de material ya conocido o de nuevo material, o, en el tercer caso, de embaucamiento de menores. En concreto, señala el precepto lo siguiente:

- Primero, en cuanto a la difusión de material conocido de abuso sexual de menores, habrá riesgo significativo cuando sea probable que el servicio se utilice con dicho fin, a pesar de las medidas de mitigación del riesgo y, además, haya pruebas de que se haya utilizado con dicha finalidad en los últimos doce meses y en una medida apreciable.

- Segundo, respecto de la difusión de nuevo material de abuso sexual de menores, se valorarán las mismas circunstancias que en el caso anterior, con la circunstancia añadida de que el prestador haya presentado un número significativo de denuncias relativas a dicho material ilícito.

- Tercero, en cuanto al embaucamiento de menores, las circunstancias de las que se desprenderá la existencia de riesgo significativo son que se trate de un servicio de comunicaciones interpersonales y, además, igual que en los casos anteriores, que sea probable que el servicio se utilice con dicho fin y así haya sido en los últimos doce meses. En todo caso, las órdenes de detección relativas al embaucamiento de menores solamente se podrán aplicar cuando uno de los usuarios implicados sea un menor.

A la vista de lo antedicho, consideramos que el concepto de “riesgo significativo” no está adecuadamente definido, pues se utilizan en el texto expresiones como “que sea probable” que el servicio se utilice con fines ilícitos o que se haya utilizado “en una medida apreciable”. Por ello, entendemos que esto podría conducir a una situación de inseguridad jurídica y a una posible aplicación diferenciada y arbitraria según cada autoridad nacional de coordinación e incluso cada juzgado dentro del mismo Estado Miembro. Máxime si consideramos que dichos elementos serán valorados, en primer lugar, por la autoridad de coordinación, y, en segundo lugar, por la autoridad judicial o administrativa competente a la hora de decidir sobre la emisión de la orden. Por ello, entendemos que podría ponerse en riesgo el derecho de defensa y el derecho a una resolución judicial motivada, al no poder conocer exactamente a qué hacen referencia dichos términos que sirven de parámetros para decidir o no la interceptación de las comunicaciones.

Cabe señalar que la Propuesta contempla en su artículo 9 que la orden debe poder ser recurrida ante la autoridad judicial o administrativa competente, tanto por el proveedor de servicios como por el usuario afectado. Sin embargo, respecto de este último, como es lógico, también se prevé que no se le notifique la orden cuando pueda frustrar su finalidad.

En concreto, el artículo 10 prevé dicha excepción de información en dos situaciones. Primero, respecto de la información general ofrecida a los usuarios del servicio de que se están empleando tecnologías para ejecutar una orden de detección, de que debe denunciar cualquier posible abuso sexual de menores y del derecho al recurso de los usuarios afectados. Y, segundo, en relación con los usuarios directamente afectados. En particular, señala el texto que se informará a los usuarios tras formular denuncia ante Europol o las autoridades nacionales y recibir la confirmación de que la información no interferirá en las actividades de “prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de abuso sexual de menores”. Por ello, debemos entender que lo habitual será que la notificación no se produzca con carácter previo, sino, en todo caso, una vez ejecutada la orden y asegurado el buen fin de la investigación.

C) Procedimiento de detección.

Respecto a la forma de ejecutar la detección de conductas ilícitas, el artículo 10 de la Propuesta regula una serie de garantías que deben regir respecto de las tecnologías a emplear:

En primer lugar, en relación con las herramientas que se utilizarán, se prevé que el Centro de la UE ponga a disposición de los prestadores de servicios tecnologías específicas que podrán adquirir, instalar y explotar gratuitamente (artículo 50). No obstante, los prestadores no están en ningún caso obligados a utilizar dichas tecnologías, sino que podrán emplear cualesquiera otras, siempre que cumplan los requisitos previstos en dicho artículo.

Por lo que respecta a las condiciones que las tecnologías deben cumplir, señala el artículo 10, apartado 3, de la Propuesta que las tecnologías deben ser: eficaces para detectar la difusión de material ilícito o el embaucamiento de menores, lo suficientemente fiables para reducir los errores en la detección, que no puedan extraer de las comunicaciones ninguna otra información que no sea la estrictamente necesaria para detectar la conducta de abuso sexual y, finalmente, que sean lo menos intrusivas posibles en términos de derechos a la vida privada, el secreto de las comunicaciones y los datos personales.

En relación con esto último, debe señalarse que la proporcionalidad de la medida de detección podría verse en riesgo, tanto por el componente tecnológico

inherente a la misma, como por la precisión de los indicadores que se emplearán para la detección de las conductas de embaucamiento de menores²¹. Asimismo, es criticable que no se establezcan mayores garantías o requisitos en cuanto a la fiabilidad, lo que podría hacerse estableciendo en la norma un grado de éxito cuantificable necesario, así como regulando la necesidad de que exista una evaluación independiente de un tercero o del propio Centro de la UE²².

Además de lo antedicho, el texto prevé una serie de actuaciones adicionales que deberá llevar a cabo el prestador del servicio. En particular, debe adoptar todas las medidas posibles para garantizar que las tecnologías empleadas y el tratamiento de datos lo sean con el único fin de detectar las conductas de abusos sexual de menores. Además, debe establecer procedimientos internos para prevenir y remediar cualquier uso indebido de las herramientas y de los datos personales obtenidos a través de las mismas, así como implantar mecanismos de supervisión humana para detectar posibles errores. De igual forma, deberá establecer mecanismos accesibles de reclamaciones para los usuarios. Y, en último lugar, debe informar a la autoridad nacional de coordinación de la aplicación de las medidas de la orden de detección. Como garantía adicional a todo ello, deberá periódicamente revisar el funcionamiento de las medidas anteriores y revisarlas cuando sea necesario.

En cualquier caso, el proceso de detección será más intrusivo cuando se trate de captación de menores porque lo que se analiza es directamente el contenido de las comunicaciones personales, aun cuando según el texto, solo se deben escanear aquellas en las que haya un menor implicado.

Sobre el análisis de las comunicaciones, fue muy crítico el informe conjunto sobre la Propuesta de Reglamento elaborado por el Comité Europeo de Protección de Datos y el Supervisor Europeo de Protección de Datos en el año 2022²³. En dicho documento se afirma que las tecnologías actualmente disponibles se basan en el tratamiento automatizado de datos de contenido de todos los usuarios. A ello su suma que la Propuesta permite aplicar la medida a todo un servicio (no a una comunicación concreta) y por plazos de hasta 24 meses en el caso de material de abuso sexual y 12 meses en el caso de embaucamiento. Por estos motivos, el informe referido pone de relieve que la medida detección podría convertirse

21 FIODOROVA, A.: "La lucha contra abusos de menores en línea: hacia una nueva regulación", *Revista de Estudios Europeos*, 2023, núm. 1, p. 469.

22 MONTORO SÁNCHEZ, J.A.: "Análisis crítico de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, 2023, núm. 8, p. 94.

23 Comité Europeo de Protección de Datos y Supervisor Europeo de Protección de Datos, Dictamen conjunto 4/2022 sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores, adoptado el 28 de julio de 2022. Documento disponible en: https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_edps_jointopinion_202204_csam_es.pdf

en “un escaneo generalizado e indiscriminado del contenido de prácticamente cualquier comunicación electrónica de todos los usuarios de la Unión”. Por ello, concluyen las autoridades europeas en materia de protección de datos que el sistema de detección plantea serias dudas desde el punto de vista de la protección de datos, la vida privada, la necesidad y proporcionalidad de las medidas.

Asimismo, se critica también que las garantías a adoptar desde el punto de vista del procedimiento para la ejecución de la orden de detección residen principalmente en la actuación del prestador de servicios y no en las autoridades. Y es que, conforme hemos expuesto, estos tendrán libertad para elegir qué tecnologías emplean. Además, es en ellos donde recae la adopción de las medidas de garantía, aun cuando el texto de la Propuesta establezca qué condiciones deben cumplir y se prevea asimismo la presentación de un plan de ejecución, tal y como hemos referido anteriormente. En todo caso, dadas las circunstancias y, especialmente, la injerencia en los derechos de las personas, consideramos que sería deseable que la redacción definitiva otorgase mayores facultades de control efectivo a la hora de la ejecución de las órdenes de detección.

En el mismo sentido crítico, en julio de 2023 se presentó una carta firmada por más de 300 académicos de todo el mundo solicitando al Parlamento y al Consejo que diesen marcha atrás en la Propuesta del Reglamento conforme estaba planteado, pues reiteran que la tecnología actual o de previsible desarrollo a medio plazo no permite una detección con garantías²⁴. Lo que señala este documento es que las herramientas de inteligencia artificial con la que contamos en la actualidad, aun cuando pueden ser entrenadas para detectar patrones, cometen errores continuamente, máxime cuando se trata de detectar delitos como el “child grooming”; pues, dice el documento, “carecen del contexto y el sentido común de los seres humanos”. Por ello, proponen que los recursos que se necesitarían para revisar todos los falsos positivos se empleen en desarrollar otras estrategias para proteger a los menores.

Junto a estas no han sido pocas las voces que se han alzado en contra de la Propuesta de Reglamento con base en argumentos similares a los que se acaban de exponer, lo que revela, como decíamos al inicio, que ha causado una enorme controversia desde su presentación y cabe esperar que las negociaciones no sean pacíficas. No obstante, a la vista de su desarrollo legislativo, parece que algunas de las objeciones planteadas al texto desde distintos sectores podrían ser acogidas. En este sentido, el Parlamento Europeo dio el primer paso al rechazar, en su informe de noviembre de 2023 sobre la Propuesta, que se pueda producir un escaneo generalizado y propone que las órdenes de detección tengan un

24 Joint statement of scientists and researchers on EU's proposed Child Sexual Abuse Regulation: 4 July 2023. Disponible en: <https://edri.org/wp-content/uploads/2023/07/Open-Letter-CSA-Scientific-community.pdf>

carácter fundamentalmente subsidiario, cuando todos los demás mecanismos de prevención hayan fallado²⁵. En consecuencia, deberemos estar atentos a la tramitación en el Parlamento Europeo y a las negociaciones sobre la norma definitiva que presumiblemente se vayan a producir en los próximos meses.

IV. CONCLUSIONES.

Haciendo nuestras las palabras contenidas en la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores, se puede afirmar rotundamente que estamos perdiendo la batalla contra el abuso sexual de menores y no estamos protegiendo de manera efectiva el derecho de los menores a vivir libres de violencia. Por ello, como afirmábamos al inicio del presente, deben necesariamente buscarse nuevas formas de prevención y lucha contra esta clase de conductas, pues lejos de ver reducidos sus números, aumentan alarmantemente año tras año.

En la Unión Europea ha habido en las últimas décadas un importante desarrollo legislativo para luchar contra el abuso sexual de menores, en general, y contra el abuso cometido a través de internet y las nuevas tecnologías, en especial. Tanto es así que actualmente existen dos importantes normas en tramitación: la Propuesta de Directiva sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores del año 2024 y la Propuesta de Reglamento para prevenir y combatir el abuso sexual de menores del año 2022. Ambos textos tienen el mismo objetivo: fortalecer y actualizar las medidas para luchar contra dichas conductas, especialmente teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico y las nuevas formas de criminalidad que ha propiciado.

Sin embargo, no está siendo cuestión pacífica, pues cuando se trata de investigar estos delitos cometidos a través de internet, bien sea mediante foros, herramientas de mensajería, redes sociales o en cualquier otro sistema, entran en juego derechos fundamentales tan esenciales como la privacidad, la protección de datos personales y la intimidad personal y familiar. Son precisamente estos riesgos los que han convertido a la Propuesta de Reglamento en uno de los textos más polémicos y criticados de los últimos años.

Es evidente que no estamos ante un asunto sencillo, pues se trata de poner en una balanza el derecho de los usuarios a la privacidad de sus comunicaciones electrónicas frente a la lucha contra una de las formas de criminalidad más reprochables que existen, el abuso sexual de menores. No obstante, sí que entendemos que la regulación propuesta presenta algunas áreas de mejora, fundamentalmente en lo relativo a las medidas de detección que tan censuradas han sido desde distintos

25 Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules to prevent and combat child sexual abuse, 16.11.2023 - (COM(2022)0209).

sectores. Para ello sería conveniente, entre otras cuestiones, que se definiese con mayor claridad en qué supuestos podrá acordarse la orden de detección y, asimismo, se concrete qué tecnologías se usarán y cómo se podrá garantizar por las autoridades (y no por los prestadores de servicios) que se respetan los derechos fundamentales de las personas. Además, como el Parlamento Europeo ha puesto de manifiesto, la detección debe ser absolutamente residual cuando todo lo demás haya fallado. En definitiva, el principio de proporcionalidad exigible a cualquier injerencia en los derechos fundamentales debe ser rigurosamente respetado.

Por todo ello, el próximo paso en las negociaciones de la norma residirá en hallar el necesario equilibrio entre la protección del interés superior del menor y el respeto de los derechos de las personas, pues si en algo existe consenso mundial es en la necesidad de mejorar la protección ofrecida a los menores y luchar eficazmente contra tan reprensibles conductas.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.: "Concepto de pornografía infantil y modalidades típicas comisivas tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo: la pornografía infantil y la que no lo es (aunque se tipifique como tal)", en AA.VV.: *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia* (dir. por M.L. CUERDA ARNAU y coord. por A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FIDOROVA, A.: "La lucha contra abusos de menores en línea: hacía una nueva regulación", *Revista de Estudios Europeos*, 2023, núm. 1.

GÓRRIZ ROYO, E.: "On-line child grooming en Derecho penal español", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2016, núm. 3.

MONTORO SÁNCHEZ, J.A.: "Análisis crítico de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las universidades españolas*, 2023, núm. 8.

SIMÓ SOLER, E.: "Retos jurídicos derivados de la Inteligencia Artificial Generativa. Deepfakes y violencia contra las mujeres como supuesto de hecho", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2024, núm. 2.

TAPIA BALLESTEROS, P.: "Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual de menores", *Revista de Estudios Europeos*, 2013, núm. 1.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "Predadores sexuales online y menores: grooming y sexting en adolescentes", *Revista electrónica de Ciencias Criminológicas*, 2017, núm. 2.

LEGISLACIÓN

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

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.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Reglamento (UE) 2021/1232 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de julio de 2021 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

Reglamento (UE) 2024/1307 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/1232 por el que se establece una excepción temporal a determinadas disposiciones de la Directiva 2002/58/CE en lo que respecta al uso de tecnologías por proveedores de servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración para el tratamiento de datos personales y de otro tipo con fines de lucha contra los abusos sexuales de menores en línea.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas para prevenir y combatir el abuso sexual de los menores COM/2022/209 final.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y el material de abuso sexual de menores y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (versión refundida) [COM(2024) 60 final].

