

TRADUCCIONES DE NUEVAS INVESTIGACIONES PENALES

DIRECCIÓN: Marcelo D. Lerman y María Lucila Tuñón Corti

# Doping, redes sociales y *fake news* en la obra de Carsten Kusche

TRADUCE:  
Leandro Dias



Editores  
del Sur

TRADUCCIONES DE NUEVAS  
INVESTIGACIONES PENALES

---

Doping, redes sociales y  
*fake news* en la obra de  
**Carsten Kusche**

TRADUCE  
Leandro Dias



# Contenido

Presentación .....	13
--------------------	----

La responsabilidad penal de los operadores de redes sociales. Una prueba de fuego (no solo) para la dogmática de la parte general del derecho penal.....	17
--	----

## **Carsten Kusche**

I. Introducción.....	17
II. Responsabilidad penal del operador de la plataforma según el derecho vigente, como máximo, por la omisión de eliminar contenidos punibles.....	19
1. El hecho de operar la plataforma como punto de conexión actualmente inadecuado.....	19
2. No borrar una contribución a pesar de tener conocimiento de ella .....	23
a) ¿Posición de garante del proveedor? .....	23
b) ¿Participación después de la consumación? .....	33
III. Resultado y perspectiva de la política jurídica .....	35

La responsabilidad penal <i>de lege ferenda</i> del operador de plataformas comerciales delictivas en Internet .....	39
---	----

## **Carsten Kusche**

I. Introducción.....	39
II. La fundamentación de derecho material del ilícito en el caso de operar plataformas comerciales delictivas .....	43
1. La afirmación de la existencia de lagunas de protección de derecho penal material no es correcta.....	45
2. Efecto de incentivo y de repercusión de amplio alcance de la plataforma online como legitimación de la responsabilidad penal autónoma en el ámbito previo a la lesión de un bien jurídico .....	47

III. Directrices para una posible configuración del tipo penal.....	48
1. Rechazo de una restricción a la Darknet .....	48
2. Contorno de una necesaria “cláusula de orientación” .....	50
a) Cobertura básica de las plataformas de uso dual.....	51
b) Objetivación del elemento orientación: el aumento del grado de peligrosidad del encuentro de dos intereses comerciales delictivos como criterio de valoración.....	52
c) Concreciones y casos de uso.....	54
IV. Conclusión .....	59
 El significado jurídico-penal de las <i>fake news de lege lata</i> y <i>de lege ferenda</i> .....	61
<b>Carsten Kusche</b>	
I. Introducción.....	61
II. Las formas de aparición de la difusión de <i>fake news</i> .....	62
III. La situación según el derecho penal vigente en Alemania.....	64
1. Injurias, §§ 185 ss.....	65
2. Incitación a la violencia, § 130.....	69
IV. Responsabilidad penal <i>de lege ferenda</i> .....	70
1. Punibilidad de quien difunde: supraindividualización y descontextualización de las noticias falsas como característica de futuras normas penales.....	70
a) Posibles bienes a ser protegidos: la paz pública y la libertad de expresión .....	72
b) ¿Punibilidad de representaciones distorsionantes? .....	73
2. Responsabilidad de las redes sociales .....	74
V. Conclusión.....	77
 Derecho penal e Internet: nuevos desafíos.....	79
<b>Carsten Kusche</b>	
 La pandemia del coronavirus y el derecho penal de la medicina. Criterios de selección para la decisión de triaje en Alemania.....	85
<b>Carsten Kusche</b>	
I. Introducción.....	85
II. Los criterios de selección jurídicamente no vinculantes de las sociedades médicas y del Consejo de Ética de Alemania .....	87

III. Perspectiva del Consejo de Ética de Alemania y la opinión dominante en el derecho penal .....	89
IV. La dignidad humana como argumento para basar la decisión en la perspectiva de éxito del tratamiento .....	90
V. Alegato a favor de una acción legislativa .....	92
VI. Conclusión.....	93
El doping desde el derecho penal.....	95
<b>Carsten Kusche</b>	
I. Introducción.....	95
II. ¿Qué es el doping?.....	96
III. La situación jurídica vigente en Alemania .....	98
1. Punibilidad del doping ajeno .....	98
a) Lesiones corporales, § 223 s., StGB.....	98
b) Punibilidad según la ley antidoping .....	100
2. Punibilidad del autodoping.....	101
a) Punibilidad según la Ley Antidoping.....	102
IV. Evaluación de política jurídica de la reciente criminalización del autodoping.....	102
1. Probable ausencia de efecto disuasorio de la prohibición de autodoping .....	103
2. El problema básico de la prevención general positiva en el autodoping: la Ley Antidoping como creadora de valores y no meramente como confirmadora de valores .....	103
a) Absolutización de la idea de rendimiento por medio de la economía.....	104
b) Absolutización de la idea de rendimiento por medio del Estado .....	104
c) Absolutización de la idea de rendimiento por medio del público.....	106
d) Resultado intermedio.....	107
V. Panorama .....	108

La regulación del testigo de la corona del § 4a, Proyecto de Ley Antidoping. Solo un punto de partida .....	111
---	-----

**Carsten Kusche**

I. Introducción.....	112
II. Contenido normativo del § 4a, Proyecto de Ley Antidoping .....	115
1. Delito principal: cualquier hecho punible de doping según el § 4, Ley Antidoping .....	116
2. Diferenciación de los delitos conexos adecuados en el caso de la asistencia de esclarecimiento y preventiva.....	116
3. La relación necesaria entre el delito principal y el delito conexo.....	117
4. La eximición de pena por autodoping siempre es posible .....	120
III. Evaluación de política jurídica .....	121
1. No hay una laguna normativa sustancial en el derecho vigente en lo que respecta al privilegio del informante que realiza una conducta de antidoping .....	122
2. La visibilidad de la disminución de la pena como factor débil .....	124
3. El fallo fundamental: el riesgo de ser descubierto aumenta la disposición a hablar, y no al revés.....	125
4. Engranaje con el sistema de sanciones del deporte .....	129
5. Ampliación del sistema de denuncia de irregularidades.....	130
6. El problema fundamental de la lucha contra el doping con los medios del derecho penal: crear valor en lugar de limitarse a confirmarlo .....	131

---

## Presentación

Me complace mucho poder publicar en español, por iniciativa de María Lucila Tuñón Corti y Leandro Dias, algunas reflexiones sobre temas de actualidad en dos áreas de mi interés: el derecho penal en la digitalización y el derecho penal de la medicina. Mi más sincero agradecimiento también por la excelente y ciertamente agotadora traducción de los trabajos. Mi gratitud por ello apenas puede expresarse con palabras. Además, me gustaría agradecer al Prof. Dr. Marcelo Lerman, quien también es director de esta colección. Me siento muy honrado de poder aportar textos para el tercer volumen de esta colección, después del Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf y de la Prof. Dra. Tatjana Hörnle.

Mi participación surge de una visita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA) en otoño de 2019. Durante ella, la sagacidad que caracterizó todas las discusiones sobre cuestiones de dogmática del derecho penal de la parte argentina me impresionó tanto como la cálida hospitalidad que se me brindó. Ambas han despertado en mí un profundo deseo de cooperación a largo plazo con los académicos del derecho penal latinoamericano.

Este tercer número contiene principalmente conferencias adaptadas a la publicación que realicé en Buenos Aires en 2019 o que debería haber realizado allí en 2020, si la pandemia

del Coronavirus no hubiera impedido una segunda visita. El libro contiene contribuciones centradas en la doctrina del derecho penal, así como aquellas que ponen en primer plano el debate sobre la posible necesidad de una reforma legislativa (penal).

El primer tema del presente volumen se refiere a lo que considero el problema, ya urgente, de determinar un enfoque jurídico penal adecuado para el aumento de la “delincuencia en plataformas”. Gran parte de la comunicación interpersonal y del discurso (socio-)político se ha trasladado al mundo digital en el siglo XXI. Los grandes proveedores de servicios de Internet, como Google, Ebay, Amazon o Facebook, se han convertido en poderosos actores sociales. La creciente importancia de las plataformas online como medio de intercambio –de opiniones y bienes, por ejemplo– crea nuevos desafíos para el derecho penal, además de muchas ventajas. A este respecto, cabe mencionar como palabras clave la tesis común del “embrutecimiento” de la cultura del debate en Internet y el fenómeno del llamado “Hate Speech”, los intentos de ejercer influencia sociopolítica mediante la difusión de desinformación (palabra de moda: *fake news*) o plataformas comerciales delictivas en Internet. Todo esto está recibiendo actualmente mucha atención en el público, los medios de comunicación y la política, al menos en Europa. Se está debatiendo el problema de registrar adecuadamente estas nuevas formas de comportamiento ilegal y a menudo incluso delictivo por parte de los usuarios individuales de las plataformas, así como la atribución de una posición social y jurídica adecuada a los proveedores de Internet que proporcionan la “plataforma online” como medio para cometer el hecho. Las primeras contribuciones se ocupan de estas preguntas.

El primer artículo con el título “La responsabilidad penal de los operadores de redes sociales. Una prueba de fuego

(no solo) para la dogmática de la parte general del derecho penal” fue publicado de forma ligeramente modificada para el homenaje de los 70 años del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. Sancinetti en Hilgendorf/Lerman/Córdoba (Eds.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo A. Sancinetti zum 70. Geburtstag*. Se centra en la dogmática del derecho penal y analiza hasta qué punto los empleados de las redes sociales encargados de controlar los contenidos, o incluso sus operadores, pueden ser punibles ante la justicia en lo que respecta a la gestión de los contenidos penalmente relevantes publicados por sus usuarios. Las siguientes contribuciones están más orientadas a la política jurídica y discuten las posibilidades de configurar un posible tipo penal independiente para la explotación de plataformas comerciales delictivas en Internet y la difusión de desinformación.

El segundo bloque temático del presente número se refiere al derecho penal de la medicina. El sexto y séptimo artículo se refieren al *doping* (dopaje), un tema al que el autor se dedicó con bastante intensidad en el contexto de su tesis doctoral sobre la responsabilidad penal del auto-*doping* según el recién introducido § 4 AntiDopG en Alemania. Dentro de esta sección se encuentra la columna ya publicada<sup>1</sup> sobre el tratamiento del *triaje* desde el punto de vista de la dogmática de derecho penal. Se remonta temáticamente a la inquietud de la reciente pandemia, en particular en el año 2020, y personalmente a una conferencia dada por el autor en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, a principios de 2021 de forma online.

1 Kusche (2021), “La pandemia del coronavirus y el derecho penal de la medicina. Criterios de selección para la decisión de triaje en Alemania”, *En Letra: Derecho Penal*, Año VI, número 11, pp. 7-13.

Este tercer número de la Colección “Traducciones de nuevas investigaciones penales” pretende ser una pequeña contribución para que el derecho penal siga siendo objeto de debate en la cooperación latinoamericana-alemana en el futuro.

Würzburg, primavera de 2022

Dr. *Carsten Kusche*

La Parte Especial es una importante rama del derecho penal dedicada a los delitos individuales de un Código Penal. Este tercer volumen proporciona a los lectores la base necesaria para empezar a conocer sus debates contemporáneos, por ejemplo, Doping, Fake News, responsabilidad penal de las plataformas y redes sociales. Organizado en torno a cinco subtemas clave, y sin suponer conocimiento previo sobre el tema, este libro ofrece una introducción atractiva y directa a diversos problemas, a menudo con perspectivas polémicas. El autor evita usar términos técnicos o complejos y la jerga en favor de un estilo de escritura informal y fácil de seguir, diseñado para estimular el interés de los estudiantes y fomentar el debate en clase. Es un libro de texto primario perfecto para los estudiantes de derecho y un recurso valioso para los lectores generales con un interés en el derecho penal contemporáneo y que apoyan una mayor investigación sobre nuevos tipos penales.

