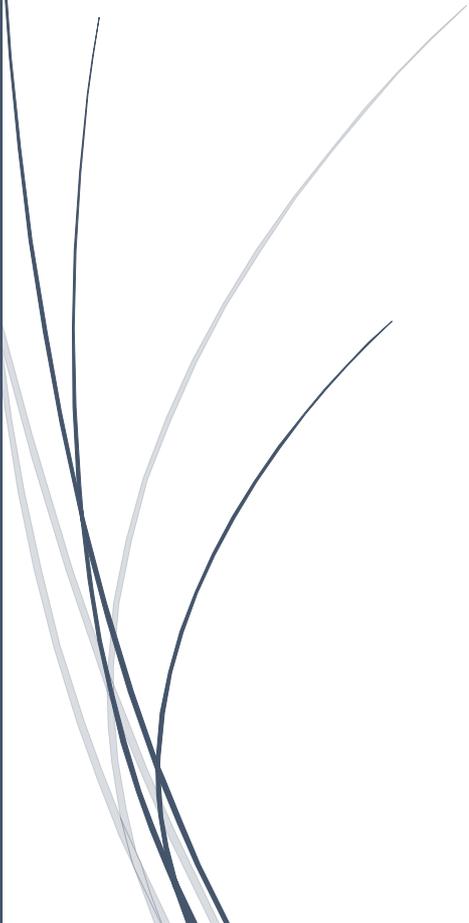




1-11-2016

CIBERDELITOS Y VÍCTIMA MENOR DE EDAD



**Realizado por
V́ctor Merino Ṕrez**

Índice

1. Introducción.....	3
2. Menores y Cibercrimitos.....	5
2.1 Child grooming y Sexting	5
2.1.1 Child grooming.....	7
2.1.2 Bien jurídico protegido.....	7
2.1.3 Conducta típica	8
2.1.4 Modalidad agravada	9
2.1.5 Precisiones	9
2.1.6 Sexting	10
2.1.7 Conducta típica	10
2.1.9 Precisiones	11
2.2 Exhibicionismo y provocación sexual	12
2.2.1 Conducta típica	12
2.2.2 Sujetos pasivos.....	13
2.2.3 Tipo subjetivo.....	13
2.2.4 Exhibición obscena	13
2.3 Pornografía infantil.....	14
2.3.1 Introducción	14
2.3.2 Precisiones	15
2.3.3 Modalidades típicas.....	16
2.3.4 Subtipo agravado e hiperagravado	17
2.3.5 Modificaciones LO 1/2015.....	17
2.4 <i>Cyberbullying</i>	18
2.4.1 Introducción.	18
2.4.2 Elementos	18
2.4.3 Formas de acoso.....	18
2.4.4 El <i>Cyberbullying</i>	19
2.4.5 Conducta típica	19
2.4.5 ¿Cuándo se puede exigir responsabilidad penal al acosador?	20
2.4.6 Responsabilidad Civil.	21
2.5 <i>Cyberstalking</i> o acoso a través de las TIC.	22
2.5.1 Introducción	22
2.5.2 Conducta típica.	23
2.5.3 Tipos agravados.....	24
2.5.4 Bien jurídico protegido.....	24
2.5.5 Sentencia de referencia.....	24

2.5.6 Perfil del acosador y de la víctima	25
3. Agente encubierto	25
4. Redes sociales y padres.....	27
5. Conclusiones	29
6. Bibliografía	31
Anexos	32

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es realizar un examen de las conductas delictivas cometidas a través de medios informáticos o tecnológicos cuando la víctima es menor de edad.

Durante las últimas décadas hemos vivido un cambio substancial en el mundo de las comunicaciones. De hecho, las TIC -Tecnologías de la Información y la Comunicación- son utilizadas de forma habitual por personas de todas las edades, y a la vez permiten la interconexión con cualquier parte del planeta, convirtiéndose éstas en una herramienta imprescindible en todos los ámbitos de la sociedad.

Consecuentemente, el uso de las TIC ha desarrollado nuevas formas de comunicación entre los usuarios, creándose infinidad de redes sociales tales como *Facebook* o *Twitter*, o de programas que facilitan la comunicación como *Whatsapp*, *Telegram* o *Line*. Es más, algunas de ellas están destinadas a conocer gente nueva como es la aplicación de *Tinder*, incluso tenemos la posibilidad de compartir los gastos del viaje a través de *Blablacar*.

En algunas ocasiones, sabremos quién está al otro lado de la pantalla, pero en otras, se desconocerá por completo a nuestro interlocutor. Esta premisa, ha provocado o mejor dicho incita a la evolución de dos perfiles, el de la víctima y el del ciberdelincuente, ya que muchas personas que cometen un delito en el espacio, no serían capaces de cometerlo de manera presencial. Por otra parte, la persona más indefensa a través de las TIC son los menores, los cuales, junto a su preexistente inocencia reciben su primer móvil alrededor de los 7 años de edad.

De hecho, teniendo en cuenta los datos facilitados por el Sistema Estadístico de Criminalidad, en cuanto a los ciberdelitos cometidos a personas adultas, vemos que solo un 1,8% responden a delitos sexuales, un 4,6% a delitos contra el honor y un 21,4% a amenazas y coacciones. Sin embargo, si tenemos en cuenta los mismos delitos cometidos a menores de 18 años la cifra asciende a un 33%, un 10% y por último al 33% respectivamente. Por último, vemos que el 76,3% de

las cifras registradas por cibercrimitos sexuales afectan a menores, registrándose un total de 647 víctimas.¹

Por todo esto, vemos que junto a la aparición de las TIC han surgido nuevas maneras delictivas que pasan a ser consumadas en el ciberespacio, y es aquí donde el Derecho debe adaptarse y dar respuesta a las nuevas conductas que surgen a través de las ellas.

Por otro lado, en cuanto a la estructura del estudio, el presente trabajo se divide en dos partes. La primera parte, siendo ésta la más extensa, se centra en analizar las distintas modalidades delictivas en que puede verse afectado el menor de edad a través de las TIC (Pornografía infantil, *Sexting*, Exhibicionismo, *Ciberbullying* etc.). En segundo lugar, se examina la figura del agente encubierto y los delitos desde una perspectiva social, centrándonos en la figura que pueden desarrollar los padres y madres para prevenir las conductas analizadas.

En relación a la metodología, se ha optado por utilizar una metodología mixta, ya que aunque la base sea el análisis de textos legales, el trabajo se complementa con el estudio de diversas resoluciones judiciales que analizan las diferentes conductas delictivas enunciadas, así como opiniones doctrinales de diferentes autores que analizan la efectividad de la norma, sobretodo de sus últimas modificaciones.

Por último, la motivación para efectuar el presente trabajo, el cual, se centra en los menores y los delitos informáticos, se debe a mi doble condición de informático y de jurista.

¹ Ministerio del Interior. (03 de Diciembre de 2012). *Estudio sobre la cibercriminalidad en España*, año 2015. Recuperado de <http://www.interior.gob.es/es/prensa/balances-e-informes/2015>.

2. Menores y Cibercrimitos

2.1 Child grooming y Sexting

Introducción.

El uso de la tecnología ofrece al conjunto de la sociedad que éstos se comuniquen sin límites. No obstante, su uso no es inocuo; en primer lugar, porque es patente que el gran volumen de información que almacena la red tiende a que se vulneren derechos fundamentales, y en segundo lugar, la existencia de cibercriminales que amparados bajo una mayor ocultación de su identidad aprovechan para cometer abusos a menores en el ciberespacio².

De las diferentes utilidades que ofrece la utilización de las TIC, es especialmente relevante el uso de las redes sociales, donde en general parece que se diluya la preocupación sobre la intimidad que se tiene en la vida real. Sobre todo, inquieta el uso de las TIC de los nativos digitales³, ya que éstos han crecido en la revolución digital. Consecuentemente, ocurre que a muchos de ellos pareciera que les importe más el mundo virtual que el real.

Debido a este fenómeno, están surgiendo nuevos anglicismos que tienen la finalidad de recoger diferentes tipos de abusos hacia el menor de edad. Entre otros podemos nombrar el *sexting*, la pornografía infantil y el *grooming*. Pues bien, una primera diferenciación entre estos términos, es la separación de aquellas modalidades delictivas que incluyen un elemento de carácter sexual de las que no. Por lo tanto, vemos que se puede dividir en dos grandes grupos las diferentes modalidades que son objeto de estudio, y por este motivo se emprende el estudio con las modalidades que integran carácter sexual.

Comenzando por el *grooming*, según el Consejo de Europa el término *grooming* proviene del término inglés *groom*, el cual, si lo traducimos de manera literal significa “acicalamiento”. Sin embargo, en nuestro Código Penal dicho término

² El contexto en que se crean estas conductas puede venir motivado de elementos como: sensación de anonimato e impunidad en internet; facilidad en crear, enviar y publicar material audiovisual; creciente número de usuarios y de redes sociales; así como la existencia de herramientas cada vez más sofisticadas como por ejemplo The Onion Router (más conocido como Tor) que permite usar internet de forma anónima.

³ Gil Antón, A. M. *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*. Revista de Derecho UNED. Número 10, 2012. P. 211.

hace referencia a las proposiciones que se realizan a un menor con el fin de abusar de él y de obtener una gratificación sexual. Esto es lo que denominamos ciberacoso sexual de menores o *child grooming*.

Raymond Choo define el término como “*Un comportamiento premeditado que intenta asegurar la confianza y cooperación de un menor, previo a llevar a cabo una conducta sexual*”.⁴ Por otra parte, Ana Maria Gil Antón entiende que el *grooming* está relacionado con otras figuras delictivas como las amenazas o coacciones al entender que se da una situación de extorsión online a través de amenazas y coacciones⁵.

Esta conducta delictiva fue recogida por primera vez en la reforma del Código Penal de 23 de diciembre de 2010 introduciéndose un nuevo artículo 183 BIS, mediante el que se regula el internamente conocido como “*child grooming*”, se estableció lo siguiente:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Según el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, la introducción de aquella conducta tiene la finalidad no solo de proteger el derecho del menor a no verse

⁴ “A premeditated behaviour intended to secure the trust and cooperation of children prior to engaging in sexual conduct”. Raymond Choo, K. *Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences*. AIC Reports. Research and Public Policy Series. Number 103, July 2009. P. 7.

⁵ No compartimos la definición de Ana Maria Gil, ya que ésta entiende que el grooming conlleva siempre una situación de extorsión bajo amenazas o coacciones. En primer lugar, el grooming no tiene por qué ir acompañado de amenazas o coacciones, de hecho, lo normal es que el ciberacosador en sus inicios muestre una actitud cercana para lograr sus objetivos. Además, nuestro Código Penal entiende que se dará la modalidad agravada cuando medie coacción, engaño o intimidación. Consecuentemente, vemos que puede existir el tipo básico del delito sin necesidad de amenazas o coacciones.

involucrado en un contexto sexual sin su consentimiento, sino que un abuso de estas características marcará la personalidad y sexualidad del menor.

De manera más reciente, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha querido reforzar la protección dispensada a los menores a través de internet u otros medios de comunicación, por lo que el delito *child grooming* ha sido modificado y se ha tipificado expresamente la conducta del *sexting*, que genéricamente se define como el hecho de contactar con un menor a través de las nuevas tecnologías y embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes. Durante los últimos años hemos podido observar que cada vez es más habitual que los usuarios de internet realicen este tipo de prácticas, por lo que el legislador en 2015 ha querido proteger aún más al menor frente este tipo de comportamientos.

2.1.1 Child grooming

Como se ha expuesto, la reforma de 2015 modificó la regulación existente. Aunque no supuso una modificación sustancial de la conducta delictiva, el legislador introdujo ciertas modificaciones que afectaron a dos elementos:

- 1) Se modifica el límite de edad del menor, substituyéndose el consentimiento en materia sexual de trece a dieciséis años⁶. Por lo tanto, a partir del 1 de julio de 2015 el sujeto pasivo de este delito será todo menor de 16 años.

- 2) Se disminuyen los tipos penales a los que afectaría el encuentro con el menor.
 - a. Abusos sexuales y agresiones (183 CP).
 - b. Pornografía infantil (189 CP).

2.1.2 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 16 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La

⁶ Dicha modificación obedece al Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño que sugirió a España una reforma del Código penal Español por mantener una edad inferior a sus vecinos europeos, donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años.

limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 16 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 16 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.

2.1.3 Conducta típica

En todos los supuestos la conducta típica consiste en contactar con un menor de 16 años, a través de cualquier tecnología de la información y de la comunicación (internet, teléfono etc.)⁷. Existen dos tipos de conducta:

- Se le propone un encuentro para cometer un delito sexual.
- Ejecutar actos dirigidos a engañarle para obtener o exhibir material pornográfico.

Así pues, la tipificación queda definida como la preparación de ulteriores delitos, exigiéndose actos materiales encaminados al acercamiento y con proposición de encuentro.

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos. En cuanto a los primeros, la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años, proponer un encuentro y, por otra parte, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. Respecto a los elementos subjetivos: voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 CP. En cuanto al dolo del autor, se exige que el autor sea consciente de que el menor tenía menos de 16 años, es decir, una presunción de que se trata de un menor de 16 años.⁸

Por otra parte, si vemos la conducta desde el punto de vista psicosocial, el *grooming* consta de las siguientes etapas:

⁷ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2015 vemos que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 febrero en que se alega desconocimiento de la edad como argumento cognoscitivo de defensa, con resultado desfavorable.

- **Contacto:** como primera fase el ciberdelincuente mirará de contactar con el menor a través de cualquier medio (chats, redes sociales etc.).
- **Confianza:** intentará generar confianza creando vínculos emocionales con la víctima.
- **Sedución:** aunque no siempre se dé este elemento, el abusador puede que intente seducir al menor para que éste le envíe material sexual.
- **Amenazas y coacciones:** como se ha comentado anteriormente, el grooming no tiene por qué ir acompañado de amenazas y coacciones, pero lo cierto es que habitualmente se intenta amenazar al menor con difundir material sexual si no consiente una cita.
- **Encuentro:** por último, y con propósito sexual logra establecer una cita con el menor de edad.

2.1.4 Modalidad agravada

El tipo penal se agrava cuando la conducta de la acción de “acercamiento” es mediante coacción, engaño o intimidación. Ante este supuesto el código penal castiga la acción con las penas en su mitad superior.

2.1.5 Precisiones

Derecho de armonización de la Unión Europea.

La regulación en el Código Penal Español obedece a la trasposición española de la Dir 2011/93/UE y de la decisión MARCO 2004/68/JAI. La presente regulación deriva de un ambiente político criminal donde las conductas sexuales a menores contienen sanciones más duras. De hecho, el legislador español en varias ocasiones duplica o incluso triplica las penas mínimas descritas por los instrumentos de armonización de la Unión Europea.

Aplicación del delito.

En cuanto a la aplicación el mismo, de manera totalmente contraria a lo que de un inicio pudiera pensarse, desde su entrada en vigor en el año 2010, la eficacia del mismo ha sido prácticamente nula⁹. De hecho, RAMOS VÁZQUEZ, quien ha

⁹ Lorenzo Morillas, David. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Capítulo decimocuarto. Murcia.

constatado que durante este periodo solo existen tres sentencias condenatorias, resalta que los tribunales ni siquiera en la toma de decisiones aplicaban correctamente el precepto¹⁰.

2.1.6 Sexting

El nombre proviene de un neologismo derivado de las palabras inglesas “sex” más “texting”. Es decir, sexo más envío de mensajes. En definitiva significa, la práctica de envío de mensajes de contenido sexual a terceras personas por parte de menores.

En nuestro país un 4% de menores españoles de entre diez a dieciséis años ha reconocido haber enviado material con carácter sexual y un 8,1% reconoce haber recibido semejante material¹¹. Consecuentemente, el uso de esta actividad puede conllevar connotaciones negativas y el legislador ha considerado que es necesaria la intervención penal.

2.1.7 Conducta típica

La conducta típica se define en este caso como contactar con un menor de dieciséis años, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, y realizar actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor. De acuerdo con el segundo apartado del artículo 183 ter CP la pena prevista es prisión de 6 meses a 2 años.

2.1.8 Cláusula de exclusión

De acuerdo con el art. 183 quater CP *“el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*.

Dicha cláusula adquiere relevancia al haberse fijado la edad límite del consentimiento sexual en los 16 años, con el fin de evitar que se criminalicen

¹⁰ Ramos Vázquez, J. A. 2015. *Ciberacoso*. Aranzadi. Pág. 439.

¹¹ Ramos Vázquez, J. A. 2015. *Grooming y sexting: artículo 183 ter CP*. Tirant Lo Blanch. Pág. 623.

conductas sexuales entre pares en las que no se aprecie pre valimiento ni abuso. Seguidamente, el consentimiento del menor excluye la responsabilidad penal y esto implica una ausencia de tipicidad.

Por otra parte, el legislador no ha aumentado la edad del consentimiento sexual a lo estipulado en la legalidad civil, por lo que pueden darse situaciones que pese sean aceptadas socialmente entren en conflicto con la actual regulación penal. Por ejemplo, el Derecho aragonés considera que el menor de edad mayor de 14 años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado, lo cual habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, por lo que se le permite contraer matrimonio de acuerdo con el art. 46 CC¹².

Con ello pretende confirmarse que las disposiciones del Derecho Civil no pueden ser obviadas por el Código Penal al entenderse que los menores que hayan contraído matrimonio, estén judicialmente emancipados o aquellos que tengan relaciones sexuales con su cónyuge, deberán operar como causas de extensión de la atipicidad por consentimiento¹³.

2.1.9 Precisiones

Reforma LO 1/2015

El presente precepto fue introducido en nuestro Código Penal a través de la reforma de la LO 1/2015, como consecuencia de la Directiva 2011/93/EU art. 6.2. Sin embargo, se ha constatado que la regulación en nuestro ordenamiento incurre en diversos errores y omisiones:

- El primer error en la transposición incurre en la problemática omisión de no mencionar que el sujeto activo debe ser un adulto. Por lo tanto, difiere a lo establecido en la directiva que dice “*cualquier tentativa de un adulto*”.
- En segundo lugar, se establece de manera genérica la solicitud de “*material pornográfico*”. Por lo tanto, dicha regulación no limita a que

¹² Decreto Legislativo de Aragón 1/2011 de 22 de marzo. Art.32 y 33.

¹³ Revista del Ministerio Fiscal n 1, 2016.Pág 101.

únicamente sea pornografía infantil, así como tampoco limita a que sean imágenes pornográficas de menores. De manera contraria, la norma europea se refiere exclusivamente a que el sujeto activo embauque al menor para que éste le “*proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor*”.

Al realizar el legislador la transposición con estos deslices se generan en la práctica importantes dificultades de delimitación con los delitos de captación de menores de edad para “elaborar material pornográfico” infantil, o de “facilitar la difusión” de pornografía infantil del art. 189.1 CP y castigado con una pena de uno a cinco años de prisión.

Aparte de lo comentado, la trasposición es defectuosa también por el mero hecho de haberse traducido acríticamente el término “embaucamiento” de la directiva, incorporándose un vocablo problemático en castellano y ajeno a nuestra tradición, cuando, por ejemplo, la versión inglesa usa la palabra *solicitation*, más neutra, o la alemana se contenta con hablar de “toma de contacto”. La mera e irreflexiva copia de normas europeas afecta gravemente al mandato de determinación de las normas penales.¹⁴

2.2 Exhibicionismo y provocación sexual

Los artículos 185 y 186 CP tipifican lo que puede denominarse infracciones altamente periféricas a la libertad e indemnidad sexuales. En otras palabras, estos delitos contienen conductas ilícitas de contenido sexual, pero al ser los destinatarios menores de edad, el legislador entiende que esta falta de madurez debe ser regulada¹⁵.

2.2.1 Conducta típica

En este tipo de delito se criminalizan las conductas que conllevan actos de comunicación de contenido sexual frente a menores. Tanto la conducta de exhibición obscena en directo y comunicación pornográfica mediante soporte

¹⁴ Francis Lefebvre.2016. Memento Práctico Penal. nº9410.

¹⁵ Revista del Ministerio Fiscal n 1, 2016. Pág. 61.

son equivalentes para el legislador, teniendo la misma identidad de la amenaza de la pena.

Por otra parte, se presenta un problema a la hora de precisar qué se entiende por “*obsceno*” y por “*pornográfico*”, pues en términos generales será lo que la sociedad en su conjunto entienda en cada momento . Por lo tanto, la concepción varía con el paso del tiempo y las diferentes sociedades, así como entre diversos subgrupos sociales. En este sentido, es preciso definir de modo normativo cuál es la frontera entre la normalidad social y aquello que genera rechazo social. Sin olvidarnos que el concepto debe experimentar necesarias modulaciones en atención a la edad del menor en cuestión, ya que como es lógico lo que puede ser obsceno para un niño de 6 años, puede que no lo sea para un joven de 17 años de edad.

2.2.2 Sujetos pasivos

De acuerdo con el art. 19 CP el límite de edad de los sujetos pasivos se establece en la mayoría de edad. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, no puede utilizarse el mismo criterio para todos los menores, por lo que deberá producirse una adecuación a la edad de los conceptos obsceno y pornográfico.

2.2.3 Tipo subjetivo

Se requiere que el sujeto sepa qué conducta está llevando a cabo, así como también ser conocedor de que está involucrando al espectador inmaduro en la exhibición o en la pornografía. Así pues, la conciencia de estar llevando a cabo esa conducta, al constituir la esencia del tipo, no es un elemento subjetivo del injusto, sino el dolo de las dos infracciones.¹⁶

2.2.4 Exhibición obscena

Regulado en el art. 185 CP se establece que “*el que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses*”.

¹⁶ Francis Lefebvre.2016. Memento Práctico Penal. nº9474.

Cabe señalar que tras la LO 1/2015 se ha generado un problema concursal con medios jurídicos ordinarios al criminalizar una conducta idéntica, pero castigada con una pena muy superior, en relación a los menores de 16 años del art. 183 bis CP¹⁷.

2.2.5 Difusión de pornografía entre menores

Según lo establecido en el art. 186 CP *“el que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”*.

A diferencia de la infracción anterior el delito abarca la comunicación de contenido sexual inadecuado hacia destinatarios protegidos cuando sean almacenados en un soporte. Recordemos que este delito consiste en la difusión de pornografía de adultos, ya que si fuesen menores de edad deberíamos acudir a lo establecido en el art. 189 CP.

2.3 Pornografía infantil

2.3.1 Introducción

Se encuentra regulado en el artículo 189 CP y como primera cuestión nos centraremos en determinar qué se entiende por pornografía infantil. A través de la reforma LO 1/2015 se incorpora una definición legal derivada del art. 2 de la Dir 2011/93/UE¹⁸:

- a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.
- b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad con fines principalmente sexuales.

¹⁷ Revista del Ministerio Fiscal n 1, 2016.Pág. 63.

¹⁸ Francis Lefebvre.2016. Memento Práctico Penal. nº9565.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexual

2.3.2 Precisiones

Valoración jurídico penal de las imágenes de *simples desnudos* de menores.

No obstante, dicha definición no está exenta de controversias. Por ejemplo, qué sucede en el supuesto de un mero desnudo, sin que se cumpla el requisito del apartado “b” (imagen de los órganos sexuales) y se muestre el cuerpo en ropa interior o bikini. Pues bien, el Tribunal Supremo a fecha 21 de marzo de 2000¹⁹ entiende que no existe pornografía en unas fotografías que realizó una niña de unos 9 años de edad, al considerar que las fotografías realizadas por la menor no eran explícitamente sexuales, pese satisficieran a quien había encargado su elaboración²⁰.

Pornografía técnica.

Otra problemática que nos podemos encontrar es con pornografía de personas que aparentan ser menores. A método de ejemplo, material pornográfico que está representando de forma visual a una persona menor de edad. En un primer momento cabe pensar que nos encontramos ante un hecho ilícito amparado por el art. 189 CP. Sin embargo, ante este pretendido la norma introduce una cláusula de exclusión, y dejará de ser ilícito si la persona que aparenta ser un menor en el momento de obtener el material pornográfico tiene en realidad 18 años o más.

¹⁹ Vid. Anexo STS 21-3-2000.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2000, EDJ 2713.

Pornografía virtual.

Se denomina pornografía virtual aquella imagen en la que el menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio²¹. Pues bien, para evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe equipararse con “*imágenes realistas*”. En este sentido la Real Academia de la Lengua entiende por “realista” aquello que “trata de ajustarse a la realidad”.

Por lo tanto, las imágenes penalmente subsumibles al tipo penal de pornografía infantil serán aquellas que se aproximan en un alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, así como a sus órganos sexuales. Consiguientemente, no tendrá relevancia penal los supuestos de dibujos animados, manga o representaciones similares, ya que no persiguen el acercamiento a la realidad.

2.3.3 Modalidades típicas

En el artículo 189.1, 4 y 5 se regulan las siguientes modalidades:

- 1) Pena de 1 a 5 años de prisión para quien utilice a menores o discapacitados en espectáculos o para la elaboración de material pornográfico;²²
- 2) Pena similar al caso anterior para quienes producen, venden o difunden pornografía de menores o discapacitados.

* Se prevé una modalidad agravada con la pena de 5 a 9 años de prisión cuando concurra alguna de las circunstancias establecidas en el art. 189.2 y 3 CP (menores de 16 años, hechos degradantes, reincidencia etc.).

- 3) Pena de 6 meses a 2 años de prisión para aquel que asista a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores o discapacitados;
- 4) Pena de 3 meses a 1 año de prisión por la tenencia para uso propio del material pornográfico típico y acceso a sabiendas al mismo.

²¹ Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

²² En relación con el tipo del art. 189.1 a), si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados.

Podemos observar que la finalidad de este tipo penal es castigar a aquel que busque pornografía infantil, ya que la realización de estos actos hace aumentar la demanda y, mediante dicha tipificación se pretende anular el mercado de la pornografía infantil.

En estos casos se debe proceder con sumo cuidado ya que se podría llegar a inculpar a una persona que accedió al material por accidente. Para evitar una injusta criminalización se deberá de buscar indicios (servicios de pago, conducta reiterada, que haya buscado expresamente esta modalidad de pornografía etc.).

2.3.4 Subtipo agravado e hiperagravado

El subtipo agravado se encuentra regulado en el art. 189.2 c) CP donde es castigado el reflejo de la violencia física o sexual en el material pornográfico. En cuanto al subtipo hiperagravado del art. 189.3 CP vemos que se castiga la concurrencia de esa violencia física en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado.

Por lo tanto, en el supuesto que se utilice violencia para elaborar el material, y en el mismo se vea el reflejo de la misma se aplicará el delito del art. 189.1a) con la concurrencia del subtipo agravado del art. 189.2 c) así como la concurrencia del subtipo hiperagravado del art. 189.3 CP.

2.3.5 Modificaciones LO 1/2015

1. Se utiliza la expresión “pornografía infantil” en lugar de “material pornográfico”.
2. Catálogo de circunstancias agravatorias de la conducta del artículo 189.1.
3. Configuración como agravante específica de la comisión con violencia o intimidación de los hechos descritos en el artículo 189.1 a).
4. Inculparación expresa de la asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección

5. Tipificación de la adquisición, posesión simple o mero acceso a pornografía infantil.

6. Potestad judicial para retirar páginas web o aplicaciones que contengan o difundan pornografía infantil o, en su caso, bloquear el acceso.

7. Supresión del delito de corrupción de menores como modalidad delictiva encuadrada en el artículo 189 del Código Penal.

2.4 Cyberbullying

2.4.1 Introducción

En general se entiende por acoso escolar o *bullying* la forma de maltrato físico, verbal o psicológico que se produce entre escolares, de forma reiterada y a lo largo del tiempo. Por lo tanto, no entra en este tipo el caso escolar de incidentes violentos u ocasionales.

Esta figura se caracteriza por tener una continuidad en el tiempo, aparejada de actos concretos hacia el menor que integren amenazas, vejaciones, coacciones, insultos etc. Conductas que intentan cansar, intimidar o amilanar a la víctima.

2.4.2 Elementos

Para que se dé la presente situación se requiere de los siguientes elementos:

- **Reiteración:** se requiere que la acción violenta se repita en el tiempo.
- **Intencionalidad:** se debe ser consciente de herir o amenazar al sujeto pasivo.
- **Desequilibrio de poder:** debe existir un desequilibrio entre el acosador y el acosado de la fuerza verbal y física utilizada.

2.4.3 Formas de acoso

La conducta puede ser física o psicológica; activa (no dejar participar) o pasiva (ignorar) o bien, una combinación de ambas; en grupo o de manera individual; y por último, a través de un medio de comunicación digital.

Cuando la forma se realiza a través de un medio de comunicación digital es lo que denominados *Ciberbullying*. Dicho concepto es el que pasaremos a desarrollar y como define Smith es “una acción agresiva e intencional, desarrollada por un grupo o un individuo, usando formas electrónicas de contacto, repetidas veces a lo largo del tiempo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente”²³.

2.4.4 El Ciberbullying

Por lo tanto, entendemos la figura del *Ciberbullying* como el abuso de poder continuado de un menor sobre otro a través de las TIC. El *Ciberbullying* igual que el acoso escolar se seguirá caracterizando por conductas centradas en humillar, atormentar etc. Pero éstas a diferencia del acoso escolar o *bullying* no tienen un espacio físico, sino que sucederá en el ciberespacio. Además, esta moderna modalidad puede constituir un acoso autónomo, es decir, que solo se realiza a través de las TIC, o bien es una prolongación del acoso realizado en el ámbito escolar.

Como resultado, los menores pueden sufrir, por compañeros o de adultos, una serie de ataques que pueden afectar gravemente a su honor, intimidad o dignidad etc. Consecuentemente al no existir un tipo penal que regule expresamente el *Ciberbullying*, habrá que acudir a los distintos bienes jurídicos que hayan sido afectados por los ataques.

2.4.5 Conducta típica

De acuerdo con el Código Penal, son varios los delitos informáticos que se pueden incluir en esta figura delictiva (lesiones, amenazas, coacciones, acoso, injurias, etc.).

Además de las conductas típicas mencionadas, cabe decir que cuando los hechos sean de gran envergadura, la conducta del ciberacosador se podrá calificar conforme a lo dispuesto en el art. 173.1 CP, el cual, castiga al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su

²³ J. Child. 2008. *Cyberbullying: its nature and impact in secondary school pupils*.

integridad moral, así como realizar actos hostiles o humillantes de forma reiterada.

Por otra parte, cabe mencionar la figura del suicidio²⁴, ya que desafortunadamente en los supuestos de mayor gravedad, el acoso puede desencadenar que la víctima se suicide. Esta figura delictiva está regulada en el art. 143.1 CP, y sanciona a aquel que induzca al suicidio de otro. No obstante, para calificar estos hechos en el tipo, de acuerdo con la sentencia del TS de 23 de noviembre de 1994 *“se requiere una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia, es decir, una conducta por parte del sujeto activo de colaboración prestada a la muerte querida por otra persona, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma (...)”*.

2.4.5 ¿Cuándo se puede exigir responsabilidad penal al acosador?

Si el acosador es menor de 14 años: cuando el acoso provenga de un menor de 14 años, se deberá denunciar, y si llega al Ministerio Fiscal éste procederá a comunicarse con el centro con el fin de que se adopten las medidas necesarias para poner fin a los abusos denunciados.

Cuando se trate de un acosador menor de 18 años y mayor de 14: en estos supuestos se podrá exigir responsabilidad penal y civil del menor conforme al CP, regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que en su artículo primero establece de lo siguiente:

“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

²⁴ Como establece la STS de 5 de mayo de 1988 la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción y por lo que ahora nos interesa que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión... y de que el crimen (el suicidio en este caso) efectivamente se ejecute. (En el mismo sentido, STS de 25 de Junio de 1985, 16 de diciembre de 1989, 12 de noviembre de 1991 y 11 de junio de 1992).

Por otra parte, no será subsumible la conducta que consista en “forzar” al suicidio, ya que en este supuesto hablaríamos de homicidio o asesinato, dado que el suicida decide libremente de su muerte.

Si el acosador es mayor de 18 años: se le podrá exigir responsabilidad penal y civil conforme al Código Penal Español²⁵.

2.4.6 Responsabilidad Civil

Ante los actos ilícitos de un menor de edad, se plantea la dificultad de quién afrontará la responsabilidad civil derivada del delito, porque aunque haya sido cometida por un menor, el acto no está exento de responsabilidad. Como es obvio el menor no puede responder por su insolvencia y serán los progenitores o tutores quienes se encarguen de responder civilmente de los menores art. 1903 CC.

En esta línea, cabe recordar que los centros docentes deben garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios y disfrutar de las horas de recreo en paz. Por consiguiente, de acuerdo con el art. 1905 CC se entiende que se podrá demandar como responsables civiles a los titulares de los centros docentes de enseñanza por daños y perjuicios derivados de delitos contra menores de edad.

No obstante, se es consciente de la dificultad de atribuir los delitos expuestos al control y vigilancia del profesorado del centro, ya que muchos de ellos se realizarán de forma extraescolar a través de las TIC. Sin embargo, se ha considerado como propio incluir como posible responsable subsidiario al centro educativo, ya que difícilmente exista la figura del ciberacoso sin pasar previamente por un acoso real en el centro educativo.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Cantabria, Sentencia de 23 de diciembre de 2003 al establecer la tesis de poder demandar al centro educativo en la pieza separada de responsabilidad civil como guardador de hecho. Dicha Sentencia equipara al centro de enseñanza al guardador de hecho,

²⁵ Junto a lo anteriormente expuesto, cabe resaltar la Instrucción 10/2005, de 6 de Octubre que presentó la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil. Pues bien, en dicha circular se establecen las directrices que se deben seguir en el tratamiento del acoso escolar. Por este motivo, los expertos coinciden que el primer eslabón para frenar el acoso escolar debe estar liderados por los profesores del centro educativo y, por consiguiente, el abordaje debe ser un conjunto formado por: madres, padres, comunidad escolar y profesor. Como podemos observar, no se quiere caer en una simplificación normativa mediante medidas puramente represivas.

“ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar”.²⁶

2.5 Ciberstalking o acoso a través de las TIC

2.5.1 Introducción

Se entiende por *ciberstalking* el uso de internet u otra tecnología de la comunicación para perseguir o amenazar a la víctima menor²⁷. Anteriormente, antes de la era tecnológica ya se hacía referencia al término *stalking* y éste hacía referencia a conductas obsesivas hacia la víctima. Conductas orientadas a perseguir y amedrantar a la víctima mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia. Consecuentemente, con el uso de las TIC esta obsesión se dirige mediante el terreno virtual y se realiza a través de imágenes, correos, redes sociales, páginas web, chats, foros etc.

Tras esta nueva modalidad, muchos autores se plantean si es una extensión del stalking tradicional o de lo contrario estamos ante un nuevo tipo de acoso. Los autores que defienden la terminología del *ciberstalking* se basan en²⁸:

- Hay ciberacosadores que solo se atreven a acosar en el mundo virtual y no en el mundo físico.
- Proximidad entre víctima y acosador. En el stalking ambas partes deben compartir el mismo espacio físico, en la nueva modalidad no es necesario.
- Las nuevas tecnologías, por lo general conllevan a nuevos delitos.
- Medios de protección. Se entiende que si el acosador utiliza como medio de uso la tecnología, la víctima utilizará diferentes medios de protección. Por ejemplo, si estás siendo acusado de stalking puedes acudir a amigos,

²⁶ De manera contraria a la Sentencia de la AP de Cantabria, la SAP de Álava de 27 de mayo de 2005, declara que el centro desplegó toda la diligencia de un buen padre de familia conforme al 1903 CC y que por consiguiente, no se le puede imputar la responsabilidad civil subsidiaria.

²⁷ Basu, S., Jones, R. 2007. *Regulation Cyberstalking*. Pág. 13.

²⁸ Mcfarlane, L., Bocij, P. 2003. *An exploration of predatory behaviour in cyberspace: Towards a typology of cyberstalkers*.

seguridad del hogar etc. Mientras que en la nueva modalidad tu seguridad vendrá determinada por elementos electrónicos como privatizar cuentas sociales, cortafuegos etc.

2.5.2 Conducta típica

Regulado en el art. 172 ter CP se establece que será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes (vigilar, perseguir, atentar contra su patrimonio, contra su libertad etc.) y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.

Este delito se configura como un tipo mixto alternativo cuya conducta típica de acosar a la víctima se crea por la insistencia y reiteración de diferentes posibilidades previstas expresamente en el tipo, las cuales, afectaran al desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. En cuanto a la conducta de acosar se configura por la reiteración insistente de diferentes conductas, independientemente de que se repita la misma o mediante una modalidad distinta²⁹.

Por otra parte, se exige para este tipo de delitos una serie de requerimientos:

- Sin denuncia no serán perseguibles los hechos.
- Al ser el acoso un delito de resultado, el precepto exige que la realización de la conducta típica altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana del sujeto pasivo. Es por este motivo que se configura como un delito contra la libertad de obrar.
- Acoso reiterado e insistente. No obstante, debe exigir la existencia de una estrategia sistemática de persecución, integrada por diferentes acciones dirigidas al logro de una determinada finalidad que las vincule entre ellas.
- La conducta llevada por el ciberacosador no debe estar legítimamente autorizada por la víctima.

²⁹ Francis Lefebvre.2016. Memento Práctico Penal. nº8640.

2.5.3 Tipos agravados

La modalidad agravada impone una pena de 6 meses a 2 años de prisión cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación. Como podemos observar, la modalidad agravada no supone una elevación de la pena de prisión ya que se mantiene en 2 años. Sin embargo, sí que eleva el límite mínimo de 6 meses a 1 año de prisión, y se añade además la posibilidad de penas alternativas como la de trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días en lugar de la multa de 6 a 24 meses que se puede imponer como opcional en el caso de que entre las partes no exista una relación de las recogidas en el art.84.2 CP.

2.5.4 Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de *stalking* afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acecho por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo.

2.5.5 Sentencia de referencia

La Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3, de Tudela del 23-3-2016 sirve como precedente al ser la primera sentencia dictada por esta modalidad de acoso, donde queda probado que el acusado, durante diferentes días del mismo mes, después de conocer a la víctima por la pérdida y recuperación de un perro de su propiedad, comenzó a realizar llamadas al teléfono de la misma, mensajes de *whatsapp*, le remite fotografías y finalmente comienza a remitirle mensaje de contenido sexual. Con la consecuencia que acabaron alterando la vida cotidiana de la víctima.

2.5.6 Perfil del acosador y de la víctima

Se calcula que el perfil de la persona que realiza el *ciberstalking* es un hombre de 41 años. No obstante, el rango también es elevado entre los 18 y 67 años de edad. Por lo general, suelen estar solteros y tienen conocimientos informáticos.³⁰

El *ciberstalking* se puede clasificar en cuatro tipos:

- Vengativo: es el más violento y se realiza por venganza. El acosador tiene un alto nivel de conocimientos informáticos y los métodos utilizados por éste son: el envío de correos masivos, robo de identidad, troyano etc.
- Integrado: Tiene como objetivo molestar e irritar a la víctima. Sin embargo, en contraposición con el anterior no tiene intención de mantener ningún tipo de relación con la víctima.
- Íntimo: El ciberacosador tiene como finalidad establecer una relación íntima con la víctima. A diferencia de los dos anteriores perfiles, los conocimientos en informática del acosador puede variar, desde aquel que no tiene conocimiento hasta el que tiene un alto nivel de manejo de internet.
- Colectivo: Como indica su nombre, existe cuando dos o más personas acosan a la misma víctima a través de medios tecnológicos. En este supuesto, los acosadores acostumbra a tener grandes conocimientos de informática.

En cuanto a la víctima decir que las personas que tienen más probabilidad de sufrir este tipo de acoso son las mujeres y los menores.

3. Agente encubierto

Los delitos anteriores tienen una cosa en común: la dificultad de poder identificar al ciber-acosador. Para poder iniciar el proceso de investigación es necesario recoger en la denuncia todas aquellas pruebas necesarias, ya que de lo contrario no se incoará el proceso.

³⁰ Mcfarlane, L., Bocij, P. 2003. An exploration of predatory behaviour in cyberspace: Towards a typology of cyberstalkers. Tabla 1. Intrinsic characteristics of victims and cyberstalkers.

Por lo tanto, para poder salvar las evidencias digitales, se recomienda hacer la denuncia lo más breve posible por un agente especializado en investigación tecnológica, el cual, casi seguro que requerirá el ordenador de la víctima para buscar cualquier pista.

Además de requerir el ordenador de la víctima, es muy recomendable mantener una entrevista con el menor, ya que lo que sucede en la mayoría de los casos es que el menor oculta determinada información a sus padres. Por ello es muy importante que se inicie una relación de confianza entre el menor y el investigador y al mismo tiempo que la entrevista sea reservada, cosa que requerirá autorización de los padres.

Un supuesto muy común es que el menor ha tenido sexo virtual consentido con otro menor, de la misma edad o similar (*sexting*), y ambos se envían contenido erótico a través de las TIC a modo de intercambio. El problema aparece cuando son descubiertos por sus padres, pues es muy probable que por miedo o vergüenza el menor comente que fue obligado a sus padres. De manera razonable éstos últimos acudirán a denunciar los hechos. Sin embargo, estos hechos al ser consentido entre los menores se desvirtúa la figura del ciber-acosador, ya que los menores lo entienden como un juego sexual³¹.

La otra cara de la moneda es que el menor esté siendo víctima de un ciber-acoso y desarrolle un sentimiento de culpa, el cual, ocultará a sus padres que está siendo acosado. Esta conducta puede acarrear que le cambie el carácter al menor, se vuelva más retraído y busque cualquier momento para ponerse delante del ordenador. Finalmente, en estos supuestos es muy difícil que se llegue a interponer denuncia, porque ni sus padres ni sus amigos son conocedores de lo que está sucediendo mientras el menor continúa siendo agredido por el ciber-acosador.

Como podemos observar, estos delitos conllevan una gran dificultad probatoria que dificultará el inicio de una investigación. Por este motivo, se creó la figura del agente encubierto, el cual, está regulado en el art. 282 bis LECr.

³¹ Panizo Galenze, Victoriano. 2011. *Ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*. Pág. 27.

Dicho agente opera en investigaciones referidas a la delincuencia organizada y a través del juez de instrucción o del Ministerio Fiscal podrán solicitar a los funcionarios de la policía judicial, que actúen bajo una nueva identidad.

Lo más probable es que el agente encubierto durante el curso de la investigación deberá realizar acciones típicas. Sin embargo, para el agente encubierto estas acciones están exentas de responsabilidad criminal. Los requisitos establecidos por la ley son:

- Se debe realizar ante delitos relativos a la criminalidad organizada.
- La actuación realizada por el agente debe ser proporcional.
- No puede provocarse el delito. Por lo que se prohíbe la figura del agente provocador.
- En el supuesto que las acciones del agente afecten a derechos fundamentales se deberá pedir expresa autorización judicial.³²

En este punto cabe destacar la Sentencia del TS 6-4-16, EDJ 35061³³ donde se establece que el agente infiltrado no requiere autorización judicial para actuaciones de escasa entidad. Por lo tanto, la realización de las mismas serán lícitas, entre otras cosas, porque llevarlas a cabo puede que sean imprescindibles para poder justificar una posterior petición al juez:

“El acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la confianza hasta la pactada creación de una cuenta de correo electrónico no son gestiones que precisasen de esa autorización judicial que se hizo ya insoslayable a la hora de reclamar la intervención de unas comunicaciones y, sobre todo, ante la inminencia de una operación concreta delictiva”.

4. Redes sociales y padres

Puede suceder que si el hijo menor está siendo acosado, sus padres entren sin su consentimiento a las cuentas que tiene en las redes sociales. Ante estos hechos cabe preguntarse si este tipo de acceso vulnera el derecho a la intimidad

³² Francis Lefebvre.2016. Memento Práctico Penal. nº1890.

³³ Vid. Anexo STS 6-4-2016.

de los comunicantes y constituyen una prueba ilícita, la cual, favorecería al ciber-acosador.

Pues para esclarecer esta duda se pronunció recientemente la Sala segunda del Tribunal Supremo a fecha 10-12-2015³⁴, concluyendo que los padres pueden acceder a las cuentas de los hijos menores a fin de evitar que sufran ciber-acoso.

La presente sentencia trata sobre la desestimación de un recurso que presentó un hombre tras ser condenado a tres años de prisión por un delito de abusos sexuales, y a cinco delitos continuados de exhibicionismo. Como consta en los hechos, el acosador contactó en *Facebook* con la menor, que en el momento de los hechos tenía 15 años.

En dicho supuesto el objeto de controversia es que la madre de la menor accedió a la red social sin autorización previa de ninguno de los comunicantes y, una vez dentro tuvo conocimiento de lo que estaba sucediendo. Pues bien, el hecho que la madre entrara en la red social sin consentimiento, fue planteado por la defensa, solicitando que se anularan como prueba los mensajes, alegando que se había vulnerado el derecho a la intimidad de los comunicantes y, como consecuencia se trataba de una prueba ilícita.

El Tribunal Supremo en su sentencia establece que la madre de la menor accedió a la red social con las claves de su hija porque tenía claro que estaba siendo víctima de una actividad criminal. Consecuentemente, el tribunal afirma que el ordenamiento jurídico no puede descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo “*desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección*”.

³⁴ Vid. Anexo STS 10-12-2015.

5. Conclusiones

Primera.- Las TIC han generado una serie de conductas delictivas hasta ahora desconocidas que han precisado respuesta por parte del legislador. Se trata de nuevas formas penales que han exigido una respuesta concreta habida cuenta la insuficiencia de la normativa penal tradicional para poder reprimirlas.

Segunda.- En la práctica se observa que el uso incorrecto de las TIC facilita la comisión de delitos virtuales hacia los menores de edad. El anonimato del ciberespacio y la sensación de seguridad para el agresor incrementan y generan conductas delictivas que en el mundo real no tendrían correspondencia. El hecho de interactuar desde casa proporciona cierto efecto de seguridad, ya que psicológicamente los comunicantes se sienten más protegidos pensando que lo que suceda en el mundo virtual no tendrá consecuencias en el mundo real.

Tercera.- El examen de las conductas criminalizadas permite observar que el legislador dirige un especial castigo hacia la pornografía infantil. Abarcando no solo el material que representa un menor, sino que a través de la directiva 2011/93/UE también se tipifica aquellas imágenes reales de menores que participen en conductas sexualmente explícitas, pese a que éstas no reflejen una realidad. Además, faculta expresamente a los jueces y tribunales para que puedan adoptar las medidas necesarias para que se retire el contenido sexual de internet, así como sancionar a aquel que acceda a sabiendas a este tipo de páginas web.

Cuarta.- Aunque es cuestionable la necesidad de introducir nuevos preceptos que recojan de manera expresa las prácticas realizadas por los ciberdelincuentes por ejemplo, el delito de sexting regulado en el art. 183. Ter.2 CP podría estar subsumido en el artículo 189.1.a) CP, que regula la captación o utilización de menores para producir material pornográfico- debe tenerse en cuenta que la seguridad jurídica justifica la expresa regulación de estas nuevas formas delictivas.

Quinta.- Cabe plantearse los problemas concursales con otros tipos penales del Título VIII del Código Penal. Del apartado primero del artículo 183 ter CP decir

que éste concurrirá en concurso real con los tipos del 183 y 189 CP, consecuentemente, se penará por separado cada una de las conductas. En cuanto al apartado segundo del presente precepto, al no contemplar la posibilidad de concurso real, se deberá estudiar la acción, y por último comprobar si puede existir concurso ideal o medial con alguna otra acción.

Sexta.- Con respecto a la fijación de la edad de consentimiento en materia sexual en dieciséis años, debe puntualizarse dos aspectos. En primer lugar, es cuestionable la fijación del límite en los dieciséis años. En este punto el legislador, además de tomar la referencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, no toma en consideración que en la práctica los jóvenes españoles tienen sus primeras relaciones antes de la franja establecida.

En segundo lugar, no se ha establecido un límite de edad común para todos los comportamientos de naturaleza sexual. Por ejemplo, la franja de edad para tener relaciones sexuales, es diferente a la establecida a aquella que permite ser grabado durante el mismo acto sexual. Por este motivo, cabe preguntarse por qué no se aprovechó la reforma del 2015 para igualar y reconocer al menor plena autonomía sexual a partir de los dieciséis años; de lo contrario vemos que una pareja formada por un menor de edad pueden tener todo tipo de actos sexuales, pero al mismo tiempo el legislador no permite que se graben conjuntamente, así como tampoco a que el mayor de edad almacene un vídeo de su pareja.

6. Bibliografía

- Basu, S., Jones, R. 2007. *Regulation Cyberstalking*.
- Fernández Teruelo, Javier. 2011. *Derecho Penal e Internet*. Lex Nova.
- González, J. L., Vives, T. S., Buján, C. M., Orts, E., Cuerda, M. L., Carbonell, J. L., Borja, E., 2015. *Derecho Penal Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Lorenzo Morillas, David. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Murcia.
- Mcfarlane, L., Bocij, P., 2003. *An exploration of predatory behaviour in cyberspace: Towards a typology of cyberstalkers*.
- Miró, F. 2012. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid. Ed. Marcial Pons.
- Panizo Galenze, Victoriano. 2011. *Ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3795512>
- Ramos Vázquez, J. A. 2015. *Ciberacoso*. Aranzadi.
- Ramos Vázquez, J. A. 2015. *Grooming y sexting: artículo 183 ter CP*. Tirant Lo Blanch.

Anexos

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 21-3-2000: Delito de exhibicionismo.

“La conducta enjuiciada en la presente causa, en los términos en que la misma es descrita en la sentencia recurrida EDJ 1998/41713, no parece que pueda afirmarse categóricamente que pudiera afectar a la formación de la personalidad de la menor y comprometer su formación, afectando negativamente a su futuro desenvolvimiento sexual. Para la adecuada calificación jurídica de la conducta del recurrente, es preciso tener en cuenta que la intervención de la menor se limitó a posar para que su madre la fotografiase. Ninguna de la fotografías aportadas a los autos refleja, por lo demás, posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno; la niña -que a la sazón tenía entre ocho y nueve años- solamente aparece desnuda en una de ellas y con braguitas, bikini o normalmente vestida en las restantes, mostrándose con la ingenuidad propia de su corta edad y de la confianza inherente a la presencia de su madre. La peculiaridad de la conducta enjuiciada radica en que la contemplación de las fotografías de niñas de corta edad desnudas o semidesnudas producía al hoy recurrente un placer sexual como consecuencia de los trastornos de la personalidad que el mismo padecía. A este respecto, dice el Tribunal de instancia que "las fotografías descritas de la niña B una vez obtenidas fueron entregadas.. al acusado, quien las contemplaba para satisfacer sus apetencias sexuales". Desde este punto de vista, pues, difícilmente podría calificarse de corruptor para la menor, en los términos antes expuestos, el hecho de haber sido fotografiada por su madre, en la forma que se ha dicho, sin ninguna otra connotación reflejada en el relato fáctico de la sentencia recurrida EDJ 1998/41713”.

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 6-4-2016: Agente infiltrado.

“Por eso, cuestionar la existencia de investigaciones previas a la entrada en acción del agente encubierto como tal, y, al mismo tiempo, pedir que su habilitación cuente con apoyo en elementos de juicio dotados de suficiente base empírica para dar racionalidad a la medida, tiene algo de contradictorio.

En el caso, no cabe duda, los propios datos aportados ahora por el recurrente y que constan en las actuaciones, permiten advertir que quien luego se convertiría en agente encubierto, venía actuando durante algunos meses, antes de recibir esta investidura judicial conforme a la ley; es decir, ejerciendo, pura y simplemente, un cometido propio de policía, que podría muy bien haber tenido otro desenlace, de haber sido también otro el curso de las acciones objeto de investigación. Y lo cierto es que lo que consta al respecto no sugiere la existencia de ninguna incorrección. Y, no solo, sino que, a tenor de todo lo que ahora se sabe, cabe hablar más bien de un comportamiento regular, pues desembocó en la solicitud de esa especial cobertura judicial, justo cuando el desarrollo de los acontecimientos iba a exigir del agente una mayor y más delicada implicación en ellos...”.

En el momento ahora analizado ninguna actuación de las precisadas de habilitación judicial fue realizada antes de que llegase tal autorización. El acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la confianza hasta la pactada creación de consuno de una cuenta de correo electrónico no son gestiones que precisasen de esa autorización judicial que se hizo ya insoslayable a la hora de reclamar la intervención de unas comunicaciones y, sobre todo, ante la inminencia de una operación concreta delictiva. No se había traspasado el umbral de la investigación previa admisible.”

Sentencia de Tribunal Supremo, sala 2ª, de lo penal, 10 de diciembre de 2015: Redes sociales. Abusos sexuales. Derecho a la intimidad del menor de edad.

“Secuenciamos las razones que llevan aquí a convalidar la legitimidad de la valoración de ese material probatorio. Son variadas y confluyen todas en apoyo de esa conclusión.

- a. *Aunque la Sala expresa que no se ha determinado cómo llegó a conocimiento de la madre la clave a través de la que accedió a la cuenta de Facebook de la menor, es palmario que contaba con ella. Es presumible, hasta el punto de poder descartarse otra hipótesis que sería inverosímil, que si la conocía no es a través de artilugios o métodos de indagación informática que permitiesen su descubrimiento al margen de la voluntad de la titular de la cuenta. Es inferencia fundada que la contraseña pudo ser conocida a raíz de una comunicación voluntaria de la propia menor titular, bien directamente; bien a través de su hermana. Esta realidad nos sitúa en un escenario peculiar. Lo mismo que no hay prueba ilícita cuando un interlocutor revela lo que bajo compromiso expreso o tácito de confidencia o secreto, le comunica otro (aunque sean contenidos del ámbito de privacidad) o cuando el receptor violando obviamente el deber natural -expreso o tácito- de confidencialidad que, le liga con el remitente entrega una carta privada que desvela la comisión de un delito a los agentes policiales; o incluso cuando esa misma carta es entregada por el conviviente quien la recibió, tampoco en la hipótesis propuesta como más verosímil (comunicación a través de la hermana) se puede hablar aquí de prueba inutilizable. Si la afectación a la intimidad proviene de un particular que está autorizado para acceder a ese ámbito de privacidad, que desvela, aunque abuse de la confianza concedida, no se activa la garantía reforzada del art. 11.1 LOPJ.*

Es sabido que el art. 18 CE no garantiza el secreto de los pensamientos que una persona ha transmitido a otra, por lo que el receptor es libre de transmitir estas comunicaciones a terceros.

- b. Además estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección. La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil. Se trataba además de actividad delictiva no agotada, sino viva: es objetivo prioritario hacerla cesar. Tienen componentes muy distintos las valoraciones y ponderación a efectuar cuando se trata de investigar una actividad delictiva ya sucedida, que cuando se trata además de impedir que se perpetúe, más en una materia tan sensible como esta en que las víctimas son menores.*
- c. No podemos tampoco ignorar que la menor titular de la cuenta no solo no ha protestado por esa intromisión en su intimidad (lo que permite presumir un consentimiento o anuencia ex post), sino que además ha refrendado con sus declaraciones el contenido de esas comunicaciones ya producidas en lo que constituiría una prueba independiente de la anterior y no enlazada por vínculos de antijuricidad, lo que autoriza su valoración plena y autónoma aún en el supuesto -que no es el caso como hemos argumentado- de que aquélla se reputase inutilizable. Sería prueba independiente, al haberse roto toda conexión de antijuricidad.*
- d. Una cosa es el acceso y otra desvelar el contenido. Que estaba autorizada a acceder lo demuestra la posesión de la contraseña”.*