

LOS MENORES Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: QUÉ TEMER Y CÓMO PROTEGERSE

*Análisis jurídico-penal de las conductas delictivas cometidas
a través de las nuevas tecnologías y enfoque desde una
perspectiva psicológica de las medidas preventivas para su uso
saludable.*



AUTORES:

Marta Masip Montaner.

Laia Tejada Pinyol.

Marc Masip Montaner.

AUTORES

MARTA MASIP MONTANER



Marta Masip es abogada penalista en el despacho MOLINS&PARÉS.

Es licenciada en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (2008-2012), habiendo cursado el Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra (2019-2020).

En el ámbito docente, actualmente es profesora asociada de la Universidad Ramón Llull.

Laia Tejada es abogada penalista en el despacho MOLINS&PARÉS.

Es licenciada en Derecho (2005-2008) y Ciencias Políticas y de la Administración (2001-2005) por la Universidad Pompeu Fabra, habiendo cursado el Máster en Abogacía Penal del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona (2008-2009), el posgrado en "Corporate Compliance" en ESADE (2016) y el Máster Universitario en Ciberdelincuencia por la Universidad Internacional de Cataluña, Beca Excelencia, (2018-2019).

En el ámbito docente, actualmente es profesora asociada de la Universidad de Barcelona.

LAIA TEJADA PINYOL



MARC MASIP MONTANER



Marc Masip es psicólogo y experto en adicción a las Nuevas Tecnologías.

Es licenciado en Psicología por la Universidad de Barcelona, habiendo cursado el Máster Executive MBA en EAE Business School.

Es CEO fundador y director del Instituto psicológico Desconnect@, con un programa pionero nacido en 2012 para aprender a hacer un buen uso de las nuevas tecnologías. Imparte conferencias en escuelas e institutos de ESO y bachillerato, en España y en el extranjero. Además, organiza campamentos y tiene una unidad especial para escolarizar a jóvenes que por su adicción no pueden asistir a una formación reglada.

Es autor del libro DESCONECTA.



Molins & Parés es una firma de abogados dedicada exclusivamente al Derecho Penal y al Compliance y que desde su constitución, no solo ha aspirado a ser un despacho de referencia en estos ámbitos, sino también una firma reconocida por la forma de entender el trabajo y por su relación con los clientes, caracterizada por la proximidad y la inmediatez en la respuesta a sus necesidades.

Los profesionales de la firma tenemos claro que con independencia del rol que se asume en el procedimiento, el paso por la jurisdicción penal siempre obedece a una circunstancia indeseada por la persona llamada a comparecer. Por este motivo, entre los valores de la firma otorgamos una especial importancia a la proximidad y al seguimiento de nuestro defendido, tratando de auxiliarle en todo momento para que a través de la comprensión cabal de lo que sucede, pueda convertirse en el custodio del proyecto.

DESCONECT@

www.programadesconecta.com



Desconect@ es un programa Psicoeducativo que tiene como objetivo que todos tomemos conciencia de los riesgos de un uso inadecuado y excesivo de las nuevas tecnologías.

De este modo, podremos identificar conductas inapropiadas y aprenderemos estrategias para modificarlas en busca de un futuro más real y mejor armado.

Desconect@ es una herramienta educativa que busca retroalimentarse de padres y escuelas para poder crear una hoja de ruta donde exista una mezcla de rigidez y confianza. Tan solo así conseguiremos cuidar con su debida importancia las relaciones interpersonales que tanto necesita el ser humano.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
DELITOS COMETIDOS CONTRA MENORES A TRAVÉS DE INTERNET - LAIA & MARTA.	6
DELITO DE SEXTING.....	6
DELITO DE CIBERSTALKING.	8
DELITO DE CIBERBULLYING.	9
DELITO DE CHILD GROOMING.	11
DELITO DE EMBAUCAMIENTO DE MENORES DE 16 AÑOS.....	13
DELITO DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL.	14
DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.	15
DELITO DE INDUCCIÓN AL SUICIDIO.....	16
DELITOS CONTRA EL HONOR.....	17
SEXTORSIÓN.....	18
VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL.....	19
CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL.....	19
INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS - LAIA & MARTA	21
LÍMITES LEGALES AL CONTROL PARENTAL SIN AUTORIZACIÓN DEL MENOR - LAIA & MARTA ..	22
MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA EVITAR SER AUTORES O VÍCTIMAS - MARC	23

INTRODUCCIÓN.

La expansión y el uso masivo de las nuevas tecnologías es una realidad que ha venido para quedarse y con la que indiscutiblemente debemos aprender a convivir.

Es evidente que la tecnología no sólo es una herramienta que nos ha facilitado la mayoría de las tareas que realizamos a lo largo de la jornada, sino que, además, ha cambiado la manera que teníamos de relacionarnos.

Para los jóvenes, Internet es un espacio en el que se desarrollan, interaccionan y construyen su propia identidad, a veces, incluso de forma distinta a su identidad física.

El uso -en ocasiones indebido- de la tecnología y, concretamente, de las redes sociales o de las aplicaciones de mensajería instantánea pone en una situación de riesgo a los más pequeños de la sociedad, que se convierten en un blanco fácil de aquellos que, tras el anonimato que garantiza la red, aprovechan para convertirlos en víctimas de delitos que suelen provocar consecuencias devastadoras para los más jóvenes.

Los efectos derivados de un delito cometido a través de la tecnología suelen ser, si cabe, más arrolladores que aquellos que nacen cuando

éstos se cometen por los medios convencionales puesto que, en multitud de ocasiones, las víctimas son expuestas ante millones de personas.

Además, no podemos obviar que, en la mayoría de casos, el daño sufrido por las víctimas es permanente ya que el contenido vejatorio o denigrante perdura para siempre en la red, impidiéndoles que puedan ejercer el denominado derecho al olvido en Internet, lo que provoca que acaben siendo revictimizadas.

Ante esta nueva realidad, el Derecho y, más concretamente, el Derecho Penal, ha interpretado los delitos tradicionales permitiendo que éstos abarquen su comisión a través del uso de las nuevas tecnologías o, incluso, ha introducido nuevos delitos en los que se castiga la comisión de determinados hechos a través de Internet (como por ejemplo, el denominado delito de sexting).

No olvidemos que la tecnología, a pesar de ser una herramienta que, indiscutiblemente, facilita nuestras vidas es también la mejor arma para aquellos que quieren aprovecharse de la debilidad y la inocencia de los más pequeños.

Guidemos de ellos.

DELITOS COMETIDOS CONTRA MENORES A TRAVÉS DE INTERNET.

A continuación, detallaremos los delitos que han aparecido como consecuencia del uso masivo de las nuevas tecnologías y que, por tanto, tienen como medio de comisión los smartphones, tablets, portátiles, videoconsolas y/o las redes sociales. Asimismo, analizaremos un listado de delitos convencionales -cuyo medio de comisión no son necesariamente las nuevas tecnologías- pero que también se castigan cuando se cometen a través de Internet.

DELITO DE SEXTING.

En el año 2015, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, se recogió entre los delitos contra la intimidad, el denominado delito de sexting, con el objetivo de evitar que ciertas conductas cometidas a través de las nuevas tecnologías quedaran impunes.

De este modo, tras mediatizarse el

caso de la Concejala socialista de los Yébenes Olvido Hormigos, se patentizó la necesidad de elevar a delito conductas que vulneran de manera flagrante la intimidad de las personas.

Concretamente, es el apartado séptimo del artículo 197 del Código Penal el que recoge el delito de sexting al castigar a aquel que, habiendo recibido con el consentimiento de la persona afectada imágenes o grabaciones audiovisuales de contenido íntimo, las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la misma, siempre que dicha divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

“ El artículo 197.7 del Código Penal castiga el delito de sexting con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses. ”

Pues bien, no es difícil imaginar -sobre todo si tenemos en cuenta la cantidad de casos que constantemente recogen los medios de comunicación- aquellas situaciones en las que los menores pueden ser víctimas de un delito de sexting, ilícito que, precisamente por el medio a través del cual se comete, comporta unas consecuencias destructivas para los mismos.

Es indiscutible que los adolescentes, a día de hoy, mantienen una relación constante con sus amigos o parejas a través de las aplicaciones de mensajería instantánea y las redes sociales, lo que conlleva, en muchas ocasiones, que éstos compartan imágenes de contenido íntimo y/o sexual como parte del proceso de exploración sexual propio de esta etapa vital.

- EJEMPLOS -

1 Una pareja de adolescentes decide grabarse manteniendo relaciones sexuales y, tras la ruptura, un miembro de la pareja, sin el consentimiento del otro, difunde las imágenes a través del WhatsApp y las cuelga en páginas de pornografía.

2 Un joven convence a una adolescente para que le mande una foto sin ropa y, posteriormente, éste la reenvía a todos los compañeros de clase de la menor.

Un meta-análisis reciente situaba la prevalencia media entre adolescentes de envío de contenido sexual en el 14,8%; la recepción en el 27,4%; el reenvío de contenido sexual sin consentimiento en el 12,0%; y la recepción de mensajes sexuales reenviados en el 8,4%¹.

Pues bien, esta conducta, aparentemente inocua y muy normalizada entre los adolescentes, es constitutiva de delito cuando el sujeto receptor de una imagen de contenido íntimo -normalmente de carácter sexual- decide, sin el consentimiento de la persona afectada, difundir las imágenes o las grabaciones audiovisuales.

La normalización de dicha actividad y la ausencia de conocimiento de los menores de los riesgos que puede comportar el envío de fotografías de contenido íntimo son factores determinantes que pueden convertir a los menores en víctimas de estos delitos, pero también en autores de los mismos, lo que implicaría que el menor o adolescente se viera inmerso en un procedimiento penal como investigado.

Además, no podemos obviar que la transmisión de las mentadas imágenes o grabaciones se produce también a través de las nuevas tecnologías lo que puede comportar que en pocos segundos las imágenes lleguen a centenares de grupos o personas, perdiéndose el control sobre las mismas.

¹ Madigan, S., Ly, A., Rash, C.L., Ouytsel, J.V., & Temple, J.R. (2018). Prevalence of multiple forms of sexting behavior among youth. *JAMA Pediatrics*, 172(4), 327-327. <https://doi.org/10.1001/jamapediatrics.2017.5314>.

Finalmente, es importante señalar que los supuestos de redifusión o reenvío de dichas imágenes o grabaciones por parte de personas distintas de la persona afectada y del emisor de las imágenes no podrá castigarse por medio de este artículo 197.7 CP. Sin perjuicio que el reenvío de dichas imágenes pueda encontrar acomodo en otros tipos penales como podría ser el de distribución de pornografía infantil (art. 189 CP), para el caso que las imágenes afecten a menores de edad, o en un delito contra la integridad moral (art. 173 CP) cuando el reenvío realizado suponga una grave vulneración de la integridad moral de la persona afectada.

DELITO DE CIBERSTALKING.

El artículo 172 ter del Código Penal recoge el delito de acoso, también denominado, “stalking” que cuando se comete o ejecuta a través de Internet se conoce como “ciberstalking”.

El ciberstalking se caracteriza, en primer lugar, por la necesidad de que el acoso o los actos intrusivos (vigilancia, persecución, aproximación...) se lleven a cabo de forma insistente y reiterada², siempre que el autor no esté legítimamente autorizado para realizar las conductas intrusivas.

Además de lo anterior, para que la conducta pueda constituir delito será necesario que dicho hostigamiento

comporte una alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, resultado que debe exceder de las meras molestias, habiéndose interpretado dicha alteración por el Tribunal Supremo como la necesidad de que las referidas conductas “causen directamente una limitación trascendente en alguno de los aspectos integrantes de la libertad de obrar del sujeto pasivo, ya sea en la capacidad de decidir, ya en la capacidad de actuar según lo ya decidido³”.

“ El artículo 172 ter del Código Penal castiga el delito de cyberstalking con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses. ”

El anterior comportamiento se ha visto agravado por el acceso de los menores a las nuevas tecnologías a edades muy tempranas y, sobre todo, por la nueva forma de relacionarse que tienen los menores que han normalizado el

² Lo que ha sido interpretado por nuestros Tribunales como la necesidad de reiteración de actos intrusivos y de una cierta prolongación temporal en su desarrollo, sin haberse fijado un mínimo número de actos intrusivos ni un mínimo lapso temporal.

³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 554/2017 de 12 de julio. Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García.

contacto permanente -y en ocasiones obsesivo- con sus amigos o parejas.

- EJEMPLOS -

1 Joven que escribe constantemente a su expareja a través de WhatsApp a pesar de que el último le ha pedido en reiteradas ocasiones que cesen los mensajes, provocando que la víctima tenga que cambiar el número de teléfono.

2 Adolescente que habitualmente escribe a un “instagramer” de moda e intenta establecer contacto físico con él, provocando terror en la víctima.

Asimismo, la facilidad con la que se pueden crear perfiles falsos, la dificultad de rastrear a los autores de dichas conductas -que refuerza la seguridad del acosador- y la posibilidad de hostigar a una persona sin la necesidad de un contacto directo con la víctima han provocado que nuestros menores se vean expuestos, cada vez más, a ser víctimas de los acosadores.

Para terminar, cumple significar que la comisión del delito de ciberstalking puede comportar la presencia de otros delitos como, por ejemplo, delitos de amenazas, descubrimiento y revelación de secretos o delitos contra el honor.

DELITO DE CIBERBULLYING.

Una de las lacras que más afecta a nuestros menores y adolescentes en las escuelas es el tradicional acoso escolar o bullying, conducta que también se ha transformado con la aparición de las redes sociales y el uso masivo del teléfono móvil, provocando que el acoso se produzca más allá del horario escolar.

“ El artículo 173 del Código Penal castiga el delito de ciberbullying con una pena de prisión de seis meses a dos años. ”

Así, el tradicional bullying a los compañeros de clase ya no sólo se produce con actos de marginación, insultos y/o agresiones físicas mientras la víctima está en la escuela, sino que pueden producirse también al terminar la jornada escolar y durante el fin de semana, lo que, indiscutiblemente, genera un mayor padecimiento psicológico para la víctima que no consigue zafarse de sus agresores.

Las anteriores conductas tradicionalmente se han venido castigando como un delito contra la integridad moral, tipificado en el artículo 173 del Código Penal y son perseguidas en aquellos casos en los

que se cometan uno o varios actos de contenido clara e inequívocamente vejatorio⁴ para la víctima, siempre que dicho acto sea degradante⁵ o humillante e incida en el concepto de dignidad de la víctima. Asimismo, el mentado precepto exige que, a resultas del acto vejatorio, la víctima sufra un padecimiento físico o psíquico.

Sin embargo, el tradicional acoso escolar se ha adaptado a la nueva realidad social, lo que ha comportado que los menores y adolescentes utilicen su teléfono móvil y/o las redes sociales para humillar a los compañeros con los que comparten pupitre.

- EJEMPLOS -

1 La práctica del “*happy slapping*”, consistente en grabar a la víctima mientras se le agrede físicamente con la finalidad de subir el vídeo a las redes sociales o mandarlo por grupos de WhatsApp.

⁴Nuestros Tribunales exigen continuidad y/o especial intensidad en la conducta para considerarla delictiva, pero admite la posibilidad de que se castigue la conducta penalmente si únicamente se ha producido un único episodio siempre que éste revista especial gravedad (STS de 21 de junio de 2016).

⁵ Humillar, rebajar o envilecer [...] desconocer el valor que el ser humano tiene como tal por el hecho de serlo, donde caben las más variadas manifestaciones de desprecio, humillación, envilecimiento o cualquier otra análoga que desconozca lo primero (STS de 24 de marzo de 2017).

2 Las páginas de “*gossiping*” o los foros de cotilleos en los que se humilla a un adolescente.

3 La creación de grupos de WhatsApp para humillar a un compañero de clase.

En este sentido, cada vez son más habituales los episodios de “*happy slapping*”, supuestos en los que menores y adolescentes graban con su teléfono móvil diversas agresiones físicas a compañeros de colegio y, posteriormente, cuelgan dichas imágenes en las redes sociales o las envían masivamente a distintos grupos de WhatsApp con la finalidad de ridiculizar y humillar todavía más a las víctimas.

Asimismo, también son comportamientos habituales aquellos consistentes en la creación de nuevos grupos en las redes sociales o en WhatsApp destinados a humillar y denigrar a uno o varios compañeros de clase, llegándose incluso a crear foros en Internet a través del cual se humilla públicamente a los menores y/o adolescentes.

En conclusión, el uso masivo de la telefonía móvil y de las redes sociales por los menores y/o adolescentes facilita que éstos puedan realizar o ser víctimas de actos denigrantes y

humillantes de forma permanente y constante, causando en las víctimas un daño mucho mayor.

DELITO DE CHILD GROOMING.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, el Código Penal tipificó el delito de embaucamiento de menores o delito de “child grooming” en el artículo 183 ter.1 que, actualmente, castiga a aquellas personas que contacten con un menor de 16 años⁶ a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y le proponga concertar un encuentro con la finalidad de cometer sobre éste un delito de agresión o abuso sexual o para utilizar al menor con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o, en su caso, para producir material pornográfico infantil, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

“ El artículo 183 ter 1 del Código Penal castiga el delito de “child grooming” con una pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.”

El mentado precepto protege no solo la indemnidad sexual del menor, sino que también preserva el bienestar psíquico, desarrollo y formación en el ámbito sexual de los menores de 16 años. Precisamente por ello, el Derecho Penal adelanta las barreras de protección y castiga lo que en realidad es un acto preparatorio para la comisión de otros delitos.

- EJEMPLOS -

1 Un adulto se crea un perfil falso en Facebook y contacta con una menor de 16 años haciéndose pasar por un chico de su misma edad y proponiéndole un encuentro con la finalidad de mantener relaciones sexuales.

2 Una profesora contacta con un alumno menor de 16 años y le propone un encuentro con la finalidad de hacerle fotografías desnudo.

⁶ Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se elevó la edad de los menores de 13 a 16 años como resultado de la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y para adecuarse a la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

En relación con los requisitos que deben concurrir para poder castigar esta conducta, el Código Penal exige, en primer lugar, que se contacte con un menor de 16 años, en segundo lugar, que se proponga un encuentro con el fin de cometer cualquiera de los delitos mencionados anteriormente y, finalmente, que el autor del delito realice actos materiales encaminados al acercamiento a la víctima. En relación a este último requisito, destacar que el Código Penal no ha establecido un listado cerrado de los actos que implican dicho acercamiento, lo que comporta que sean nuestros Tribunales los que determinen si los actos realizados por el autor implican el acercamiento exigido.

Para la comisión de esta figura delictiva, el autor suele utilizar técnicas de acercamiento que le permitan conseguir su objetivo final, esto es, el encuentro con el menor para posteriormente mantener relaciones sexuales con éste o, en su caso, para utilizar al menor con fines pornográficos o exhibicionistas.

Habitualmente dicho acercamiento se produce creando perfiles falsos en Internet en los que el autor simula ser una persona con los mismos gustos que la víctima y con una edad cercana a la misma, ganándose su confianza y consiguiendo concertar el encuentro.

En el caso que finalmente se materialice el encuentro propuesto por el autor y éste, cumpliendo su objetivo,

agreda o abuse sexualmente del menor o, en su caso, utilice al menor para los fines pornográficos o exhibicionistas señalados anteriormente, se castigará al autor también por el delito concreto que haya cometido en el encuentro.

Finalmente, debemos destacar que nuestro legislador en el año 2015 introdujo una cláusula de exclusión aplicable al mentado delito. Concretamente, el artículo 183 quater del Código Penal excluye la responsabilidad del autor en aquellos supuestos en los que el menor de 16 años haya prestado su consentimiento libre siempre que el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. El fundamento de la mentada excepción radica en evitar interpretaciones estrictas que criminalicen las relaciones consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existen diferencias sustanciales en edad y madurez, atendiendo, por tanto, a un parámetro cronológico y a otro biopsicosocial que excluyen la existencia de abuso o prevalimiento.

Sin embargo, dicha exclusión tiene como principal problema su indeterminación puesto que el precepto no fija los parámetros o franjas concretas de edad y madurez. En este sentido, el Tribunal Supremo⁷

⁷ *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 478/2019 de 14 de octubre. Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.*

ha establecido, acogiendo los criterios de la Fiscalía General del Estado recogidos en la Circular núm. 1/2017 de 6 de junio, un triple criterio para la aplicación de la mentada exclusión que deben ser considerados como criterios orientadores. En primer lugar, para el caso de que las víctimas sean impúberes (niños en los que todavía no se ha producido el proceso de cambios físicos en el cual el cuerpo adquiere la capacidad de la reproducción sexual) la protección debe ser absoluta y, por tanto, no procede la exclusión de la responsabilidad del autor. En segundo lugar, para los menores en los que ya se ha iniciado el periodo de la pubertad y hasta los 13 años de edad, se permitiría la aplicación de la exclusión de la responsabilidad en los casos en los que el autor no fuera mayor de 18 años. Finalmente, para las víctimas entre 14 y 15 años de edad, se permitiría la exclusión siempre que el autor no sea mayor de 20 años, admitiéndose, excepcionalmente, que abarque hasta los jóvenes de 24 años en atención al grado de desarrollo y madurez de los dos jóvenes.

DELITO DE EMBAUCAMIENTO DE MENORES DE 16 AÑOS.

El artículo 183 ter.2 del Código Penal se introdujo con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, castigando, por primera vez, a aquellas personas que contacten

con un menor de 16 años a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación y realicen actos dirigidos a embaucarle para que éste facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

“ El artículo 183 ter 2 del Código Penal castiga el delito de embaucamiento de menores con una pena de prisión de seis meses a dos años.”

La mentada figura delictiva, que del mismo modo que el delito anterior protege también el bienestar psíquico, desarrollo y formación de los menores en el ámbito sexual, ha sido considerada por el Tribunal Supremo como una tentativa del delito de pornografía de menores⁸, castigándose como delito de embaucamiento el mero acto tendente a engañar al menor para que éste facilite o muestre imágenes de contenido íntimo.

Así, para que la conducta se integre dentro del mentado delito se exige que el autor contacte a través de una tecnología de la información o comunicación con un menor de 16 años

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 174/2017 de 21 de marzo. Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

y lo embauque⁹ para que el menor le facilite o le muestre material en el que aparezca él u otros menores.

Habitualmente, la comisión de estos delitos va acompañada de la perpetración de otros ilícitos penales, como por ejemplo un delito de amenazas o un delito de revelación de secretos.

- EJEMPLOS -

1 Un joven de 20 años contacta a través de WhatsApp con la hermana de un amigo que tiene 13 años y, tras asegurarle en repetidas ocasiones que quiere mantener una relación sentimental con ella, le pide que le mande fotografías de sus genitales.

2 Una joven de 22 años se crea un perfil falso de Instragram y, haciéndose pasar por un compañero de clase de un menor de 15 años, le pide que se ponga delante de la cámara del ordenador y se desnude.

Para terminar, cumple significar que en relación con la posibilidad de aplicar el artículo 183 quater del Código

⁹ Nuestros Tribunales lo han definido como engañar o alucinar, prevaleciéndose de la inexperiencia o candor del engañado (SAP de Cantabria núm. 432/2017 de 18 de diciembre).

Penal (circunstancia de exclusión de la responsabilidad penal por proximidad en edad y madurez) el Tribunal Supremo¹⁰ ha negado su aplicación en el presente delito al considerar incompatible el consentimiento libre que exige el artículo 183 quater del Código Penal con el “embaucamiento” propio del delito de sexting en menores de 16 años.

DELITO DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL.

Con el objetivo de proteger la indemnidad sexual de los menores y garantizar que éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre sin injerencias extrañas, el Código Penal castiga en el artículo 186 del Código Penal al que, por cualquier medio directo, vendiera, difundiera o exhibiera material pornográfico entre menores de edad o incapaces.

“El artículo 186 del Código Penal castiga el delito de exhibicionismo con una pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses.”

Para poder perseguir el delito de exhibicionismo se requiere, en primer

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 478/2019 de 14 de octubre. Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

lugar, que se difunda, venda o se exhiba material calificable como pornográfico, sin que sea requisito necesario que en dichas imágenes aparezca un menor de edad. El Tribunal Supremo ha entendido como material pornográfico aquel que excede de los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas, sin perjuicio de que deban interpretarse de acuerdo con la realidad social¹¹.

En segundo lugar, se exige que la mecánica comisiva se realice por cualquier medio directo, admitiéndose como medio directo el envío de imágenes a través de una red social, una página web o a través de WhatsApp.

Finalmente, es necesario que los destinatarios del material pornográfico sean menores de edad o, en su caso, personas incapaces.

- EJEMPLOS -

1 Un joven envía por WhatsApp a un menor fotografías en las que aparece desnudo y vídeos en los que se masturba.

2 Una joven envía por Instagram a un menor imágenes en las que se ve a dos personas manteniendo relaciones sexuales.

3 Exhibición a una menor de páginas web de contenido pornográfico en la que aparecen personas manteniendo relaciones sexuales.

DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.

Como apuntábamos anteriormente, es una práctica cada vez más habitual en los menores y adolescentes la de enviarse recíprocamente fotografías de contenido íntimo y sexual en las que aparecen los genitales de los jóvenes o se les visualiza manteniendo relaciones sexuales.

“ El artículo 189.5 del Código Penal castiga el delito de posesión de pornografía infantil con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años.”

Pues bien, aquellos jóvenes que hayan alcanzado la mayoría de edad, en el caso de recibir imágenes de contenido sexual de un menor de edad -aunque

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 332/2019 de 27 de junio. Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

se produzca voluntariamente por éste- podrían ser perseguidos por un delito de pornografía infantil castigado en el artículo 189.5 del Código Penal. Sin embargo, debemos matizar los requisitos que exige el Tribunal Supremo para entender que se comete un delito de posesión de pornografía infantil: en primer lugar, se exige que el autor tenga la posibilidad de acceder automáticamente al material, en segundo lugar, que el sujeto poseedor de las imágenes no haya intervenido en su filmación -en cuyo caso se entenderá que se trata de un delito de producción de pornografía-, en tercer lugar, que el material pornográfico se fije en cualquier tipo de soporte y, finalmente, que se imprima o grabe de algún modo el material, como conducta diferenciada del mero visionado¹².

Sin perjuicio de lo anterior, también se castiga como un delito de pornografía infantil aquellos casos en los que un sujeto adquiere material pornográfico en el que aparecen menores de edad tras haber engañado o embaucado al menor. En estos casos, el artículo 189.1 del Código Penal impone una pena de prisión de uno a cinco años.

“ El artículo 189.1 del Código Penal castiga el delito de pornografía infantil con una pena de prisión de uno a cinco años.”

- EJEMPLOS -

- 1 Un joven solicita a una menor que le mande fotografías en las que mantiene relaciones sexuales con otra persona y almacena esas imágenes.
- 2 Una joven se descarga de una página web vídeos en los que aparecen menores manteniendo relaciones sexuales.
- 3 Un joven se descarga de una página web imágenes en las que aparece una menor desnuda.
- 4 Una joven recibe y almacena imágenes de un menor desnudo.

DELITO DE INDUCCIÓN AL SUICIDIO.

La posibilidad de los menores y adolescentes de acceder a cualquier contenido de la red al disponer de un teléfono móvil o de un ordenador propio puede comportar que los más jóvenes accedan a páginas webs, foros

¹² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 264/2012 de 3 de abril. Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

o chats con contenido que incita al suicidio.

El mentado contenido puede invitar a los menores a realizar conductas que directamente inducen al suicidio, sin embargo, cada vez es más habitual que dicha inducción se maquille a través de juegos de rol o retos virtuales que inducen al menor a que realice ciertos desafíos que comportan, finalmente, que éste termine con su vida, lo que se castiga como un delito de inducción al suicidio regulado en el artículo 143.1 del Código Penal.

Además, la inducción al suicidio puede producirse a través de chats grupales o foros en los que se insta al menor a quitarse la vida o cuyo contenido idealiza la muerte, convirtiendo en romántica la idea del suicidio.

“El artículo 143 del Código Penal castiga el delito de inducción al suicidio con una pena de prisión de cuatro hasta ocho años.”

- EJEMPLOS -

1 Juegos de rol o retos virtuales que instan al menor o al adolescente a quitarse la vida.

2 Chats grupales en el que se insta a los menores a quitarse la vida.

3 Blogs o webs que recomiendan métodos para quitarse la vida.

4 Vídeos subidos a Internet en los que se idealiza la idea del suicidio.

DELITOS CONTRA EL HONOR.

Los menores y adolescentes han crecido de la mano de las nuevas tecnologías y muchos de ellos han normalizado realizar todo tipo de comentarios o manifestaciones -en ocasiones ofensivos- a través de las redes sociales (Twitter, Instagram, Facebook...) o en grupos de WhatsApp.

El delito de injurias se castiga con penas de multa y el delito de calumnias hasta con pena de prisión si se realiza con publicidad.

Pues bien, todas aquellas afirmaciones o comentarios que atentan contra la dignidad de las personas o que imputan la comisión de un delito

con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad son constitutivos, respectivamente, de un delito de injurias (regulado en el artículo 208 del Código Penal) y otro de calumnias (tipificado en el artículo 205 del Código Penal) que, además, de efectuarse con publicidad, esto es, por ejemplo, en redes sociales abiertas al público o en grupos integrados por un gran número de personas, se castigaría con una pena más elevada.

- EJEMPLOS -

- 1 Joven que insulta a un conocido cantante a través de Twitter.
- 2 Adolescente que imputa un delito de agresión sexual a un compañero de clase en un grupo de WhatsApp con todos los alumnos.

SEXTORSIÓN.

La sextorsión es una práctica que en muchas ocasiones se encuentra íntimamente relacionada con el sexting, sin embargo, no debe confundirse con el mismo. Se conoce como sextorsión, la práctica mediante la cual una persona, adulta o menor, es chantajeada con la difusión de material erótico y/o

sexual suyo, bien sea para obtener más imágenes sexuales, dinero o alguna otra contrapartida.

- EJEMPLOS -

- 1 Adulto que, tras obtener imágenes de contenido erótico de un menor, le pide dinero para no difundirlas.
- 2 Adolescente que, teniendo en su poder imágenes en las que un menor se masturba, le pide a éste mantener relaciones sexuales a cambio de no difundir las imágenes.

La sextorsión, al ser una práctica nueva, no tiene una regulación específica en nuestro Código Penal. Sin embargo, la misma puede implicar la comisión de varios ilícitos, como por ejemplo, los delitos de amenazas, coacciones, explotación sexual, abuso sexual de menores, producción, tenencia o distribución de pornografía infantil, entre otros.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 447/2021 de 26 de mayo, ha tipificado como agresión sexual la obtención por parte de un adulto de vídeos sexuales enviados por una menor bajo intimidación a través de las redes sociales al considerar que

la distancia física entre la víctima y el autor no desnaturaliza los requisitos de la agresión sexual puesto que, mediante intimidación, se atenta contra la libertad sexual de la menor en un escenario –el de las redes sociales– con mayor impacto nocivo y duradero.

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL.

Las nuevas tecnologías, como principal instrumento de socialización de los jóvenes, marcan también las reglas de las relaciones de pareja de nuestros adolescentes. De este modo, la violencia de género se ha trasladado del plano físico al plano virtual.

Conductas como la exigencia de revisión del móvil, de la facilitación constante de la geolocalización, de intercambio de contraseñas y claves de acceso o de imágenes íntimas como pruebas de amor por parte de la pareja, suelen ser situaciones que habitualmente viven nuestras jóvenes.

Estos comportamientos ilícitos no suelen ser advertidos como tales por los adolescentes, quienes parecen normalizar este tipo de prácticas e incorporarlas como normales en el marco de una relación de pareja.

Estas formas de violencias podrán ser castigadas a través de los delitos de stalking y/o sexting, delito de injurias,

delito contra la integridad moral o acoso sexual, entre otros.

- EJEMPLOS -

- 1 Adolescente que le exige a su pareja conocer las contraseñas para poder acceder a su teléfono móvil.
- 2 Joven que le pide a su pareja que active la geolocalización del móvil para saber en todo momento donde se encuentra.
- 3 Adolescente le pide a su pareja que le mande fotos que demuestren que está en casa.

CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN PENAL.

Como apuntábamos al principio, el Derecho Penal debe continuar adaptándose a los retos que nacen por el hecho de que el espacio virtual sea el principal lugar de socialización de las personas, especialmente, de nuestros jóvenes, auténticos nativos digitales.

La reciente Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la

Adolescencia frente a la Violencia¹³, incorpora cambios en nuestra legislación penal, tanto procesales como sustantivos, en aras a proteger a nuestros pequeños y más jóvenes.

Con dicha ley, conductas como las que llevan a cabo páginas web de promoción y apología de la anorexia y la bulimia¹⁴ finalmente podrán ser castigadas por nuestra legislación penal. Conductas que hasta ahora tenía difícil encaje en nuestro Código Penal.

Por último, desde el punto de vista procesal, la Ley Orgánica de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia incorpora la obligatoriedad de la prueba preconstituida en la toma de declaración, en la condición de testigos, de los menores de catorce años o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, para evitar su revictimización, en relación a aquellos procedimientos que se sigan contra determinados delitos, como, por ejemplo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

¹³ *Aprobada el pasado 20 de mayo de 2021.*

¹⁴ *Entre otras, las páginas webs “pro-ana” y “pro-mía”.*

INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LOS CIBERDELITOS.

Una de las principales dificultades con la que se encuentran los operadores jurídicos a la hora de investigar los delitos que se cometen a través de las nuevas tecnologías, es la volatilidad de la evidencia electrónica. Muchas investigaciones se ven frustradas debido a la imposibilidad de acreditar por parte de la policía judicial, peritos y otros profesionales los hechos denunciados.

Por este motivo, es importantísimo que desde el primer momento en que se producen hechos que pueden calificarse como cualquiera de los delitos que hemos visto, se proceda a hacer un aseguramiento rápido y correcto de la evidencia digital, pues en caso contrario, en muchas ocasiones, será muy difícil acabar condenando al autor de los hechos.

Para evitar espacios de impunidad, es necesario asesorarse rápidamente respecto los principales pasos a seguir en orden a asegurar las pruebas y hacerlo de manera que luego puedan hacerse valer como tal en el marco de un procedimiento penal. Las pruebas dentro de un procedimiento penal han

de contar con una serie de garantías para que puedan ser valoradas por los Jueces y Tribunales, pues de lo contrario, nos podemos encontrar que sean nulas y no puedan ser utilizadas en contra de una persona dentro de un proceso judicial.

Finalmente, otra de las dificultades con la que cuenta la investigación de los ciberdelitos, es la falta de conciencia de victimización, la vergüenza de la víctima y/o la falta de acompañamiento a la misma de manera que, en muchos casos, la víctima no acaba denunciando los hechos y los mismos no llegan al conocimiento del sistema judicial. Es importante que en el momento en el que una persona sufra alguno de los delitos estudiados, reciba un acompañamiento por parte de la familia y otros profesionales en aras a impedir una futura revictimización habida cuenta de la alta capacidad lesiva de bienes jurídicos que tiene la ciberdelincuencia.

Actuar rápido puede asegurar el éxito de un procedimiento. Sin embargo, debemos acompañar en todo momento a la víctima y tratar de impedir que el procedimiento penal suponga una nueva situación de sufrimiento para la misma.

LÍMITES LEGALES AL CONTROL PARENTAL SIN AUTORIZACIÓN DEL MENOR.

A pesar de que se recomienda el uso de un contrato tecnológico¹⁵ entre los progenitores y los menores para que los primeros puedan realizar un control del contenido del teléfono de sus hijos o, en su caso, de sus redes sociales, en ocasiones los progenitores controlan el teléfono de sus hijos sin autorización de los pequeños.

La anterior conducta consistente en espiar el teléfono de un hijo, a priori, podría suponer una intromisión ilegítima en la intimidad de aquél.

Sin embargo, en multitud de supuestos los progenitores, titulares de la patria potestad, se ven en la necesidad de supervisar las comunicaciones de sus hijos al tener conocimiento o sospecha que éstos se pueden encontrar en situación de riesgo o ser víctimas de una actividad criminal.

La controversia que se plantea -si prima más el ejercicio de la patria potestad o el derecho a la intimidad del menor- ya ha sido resuelta por el Tribunal Supremo¹⁶ que ha concluido

que en aquellos supuestos en los que los padres acceden al contenido del teléfono de su hijo realizando una función tuitiva y de cuidado del menor no pueden ser sancionados puesto que el ordenamiento obliga a los padres a velar por sus hijos y, por tanto, la inhibición de los padres ante un supuesto ataque a su hijo, contrariaría los deberes que exige el correcto ejercicio de la patria potestad.

Por tanto, aquellas intromisiones cometidas por los padres con la única finalidad de proteger a sus hijos estarían justificadas, siempre y cuando se acredite que la afectación del derecho fundamental a la intimidad del hijo era absolutamente necesaria para la mejor defensa del interés de ese menor en el caso concreto.

¹⁵ *Se trata de un contrato entre los progenitores y el menor que se debe firmar antes de entregarle al menor un teléfono móvil. En dicho contrato se deben detallar las pautas de uso del teléfono por parte del menor, las normas concretas que permiten a los padres la revisión de cierto contenido y los límites de uso del teléfono móvil. De este modo, el menor autoriza a sus progenitores para que controlen su actividad.*

¹⁶ *Sentencia del Tribunal Supremo núm. 864/2015 de 10 de diciembre. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.*

MEDIDAS DE PREVENCIÓN PARA EVITAR SER AUTORES O VÍCTIMAS.

Para garantizar que los menores y los jóvenes utilizan de manera saludable el teléfono móvil debe realizarse un contrato tecnológico con los progenitores.

El contrato tecnológico nos da un apoyo “legal” pero sobretodo emocional porque permite a los progenitores realizar un control parental con la certeza de que sus hijos utilizan correctamente el dispositivo móvil. Es fundamental tener un documento escrito -y firmado por los progenitores y el hijo- donde queden claras las pautas de uso del teléfono móvil, los límites y las consecuencias en caso de hacer un uso incorrecto del mismo.

Este contrato debe contener castigos tecnológicos -en caso de incumplimiento de los pactos se retirará el teléfono o se reducirá su tiempo de uso- y premios no tecnológicos -en caso que se haga un buen uso del teléfono móvil se premiará al menor con actividades o beneficios no relacionados con la tecnología-. En ningún caso deben

usarse más de dos veces los castigos tecnológicos puesto que ello implica una señal clara de no capacidad de buen uso, lo que debe comportar la retirada del teléfono móvil al menor.

Es esencial que los menores entiendan, desde pequeños, la importancia de hacer un uso saludable de las nuevas tecnologías y son los progenitores los que deben asegurarse de ello.

A continuación, detallamos recomendaciones que deberían seguir los progenitores para garantizar que sus hijos utilizan correctamente la tecnología:

- ◆ Que mi hij@ no vea pantallas 2 horas antes de dormir.
- ◆ No comprar el teléfono móvil antes de los 16 a mi hij@. Antes de los 16 años no están preparados a nivel de desarrollo madurativo del cerebro y tampoco lo necesitan a edades tan tempranas. Permitted que menores de 16 años tengan su propio teléfono móvil les creamos una falsa necesidad que, a la larga, se está demostrando que les causa frustración, ansiedad, estrés, impulsividad y cobardía.
- ◆ Hacer un contrato tecnológico como condición previa a la entrega de un teléfono móvil. El premio no debe ser tecnológico

- en ningún caso debe implicar dar más tiempo de uso-. El castigo debe ser tecnológico -reducción del tiempo de uso o retirada del teléfono-. En ningún caso deben darse más de tres oportunidades.
- Tener el código de ingreso en el teléfono de mi hij@.
 - Que mi hij@ no duerma con el teléfono móvil en la habitación.
 - Nuestr@ hij@ no debe tener conexión en su habitación. El uso de la tecnología debe realizarse siempre en zonas comunes.
 - Revisar las Redes Sociales de forma pasiva. No demostrar el control pero irlo haciendo. Por ejemplo, tener a tu hij@ agregad@ pero no comentarle fotografías.
 - Tener en cuenta la edad de ley marcada para cada Red Social y únicamente permitir que nuestr@ hij@ acceda a las Redes Sociales una vez alcancen la edad estipulada.
 - No discutir por las pantallas estando enfadada alguna de las dos partes.
 - No permitir gastos extras (megas, juegos, etc.).
- Hablar mucho sobre el buen uso y peligros de las nuevas tecnologías.
 - Dar ejemplo en un buen uso adulto en casa.
 - No utilizar el teléfono móvil como moneda de cambio.
 - Nuestr@ hij@ debe estudiar sin teléfono móvil.
 - Hacer deporte, despertar inquietudes, fomentar los idiomas, instrumentos y otras actividades.
 - No permitir que nuestr@ hij@ envíe fotos de contenido sexual. Explicar bien las posibles consecuencias.
 - Explicar a nuestr@ hij@ los delitos y sus castigos penales sobre el envío de fotografías.
 - Explicar a nuestr@ hij@ los delitos y sus castigos penales sobre el uso sin permiso del teléfono de otra persona.
 - Evitar que nuestr@ hij@ hable con desconocidos a través de las Redes Sociales o el teléfono móvil. Revisar si es necesario sus conversaciones de forma aleatoria.

Para terminar, es importante tener presente que ante enfados, agresividad o cambios emocionales severos tenemos una clara señal de adicción y/o mal uso de la tecnología.

Debemos confiar en los hijos pero a una edad adecuada y teniendo en cuenta la posibilidad de engaño por inmadurez. En el caso que se produzca alguna de estas situaciones (enfados, agresividad, cambios emocionales severos o detección de engaño) debemos buscar solución al problema y contactar con un profesional.

Molins &Parés

PENAL•COMPLIANCE

Desconnect@