

## VIOLENCIA SEXUAL ONLINE DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

### V Seminario Estatal sobre Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia

26, 27, 28 y 29 de octubre de 2020

#### PONENCIA

#### EL MARCO LEGAL PARA HACER FRENTE A LA VIOLENCIA SEXUAL ONLINE CONTRA NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. PROPUESTAS DE MEJORA

Myriam Cabrera Martín, Profesora de Derecho Penal, investigadora de la Cátedra Santander de los Derechos del Niño, Universidad Pontificia Comillas  
mcabrera@comillas.edu

#### Resumen/Abstract.

A la hora de analizar si el Derecho Penal sexual resulta suficiente y adecuado a las necesidades de tutela de la libertad sexual que presenta la sociedad actual, es esencial valorar su capacidad para abarcar las nuevas formas de manifestación de la sexualidad y, en particular, la creciente realidad del *cibersexo* o del *sexo virtual*, en el cual, del mismo modo que en las prácticas hasta ahora más convencionales de sexo con contacto físico, se están produciendo conductas abusivas y gravemente atentatorias contra los derechos de las víctimas.

Con la expresión *cibersexo* o *sexo virtual* queremos hacer referencia a una forma de interacción sexual sin contacto físico, a través del ordenador o del teléfono, en la que dos o más personas se transmiten mensajes y/o imágenes explícitamente sexuales. Se trata de encuentros sexuales en tiempo real a través del ordenador o del teléfono, en los que se busque la mutua activación sexual, esto es, generar una respuesta sexual en el interlocutor. Normalmente estas relaciones de carácter virtual consisten en que los participantes se envían instrucciones de lo que quieren que el otro haga, así como descripciones de lo que ellos mismos están haciendo, siendo habitual que se recurra a la masturbación simultánea; cuando además media el uso de cámaras, las personas se están viendo y ello les permite combinar el contenido de su conversación con poses

Organiza:



Con el apoyo y financiación de:



y actividades de contenido sexual, que son contempladas y respondidas por el otro interlocutor, al tiempo que se puede grabar y dejar registro de la actividad.

El objetivo de esta ponencia es determinar si la vigente regulación de los delitos sexuales permite abarcar las interacciones sexuales que se producen online; si es adecuada para ello; si realmente se está utilizando con este fin; así como exponer las controversias que pueda suscitar su aplicación. También se tendrá en cuenta la proyectada reforma de los delitos sexuales a efectos de valorar en qué medida pueda afectar a esta cuestión.

Teniendo en cuenta que nuestra regulación penal, en relación con la protección de los niños y adolescentes frente al abuso y a la explotación sexual, en gran medida es tributaria de las obligaciones internacionales contraídas por España sobre la materia, fundamentalmente, de las derivadas del Convenio Lanzarote (Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007) y de la Directiva europea 2011/93/UE (relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, de 13 de diciembre de 2011) tomamos como punto de partida ambos textos para el análisis de la cuestión.

La Directiva hace referencia a las interacciones online cuando llama la atención acerca de que su intención no es regular los actos de carácter sexual consentidos en los que puedan participar los menores en el marco del normal descubrimiento de la sexualidad entre adolescentes, “habida cuenta de las nuevas formas de entablar y mantener relaciones de los menores y adolescentes, **incluso mediante tecnologías de la información y la comunicación**” (considerando 20). La reciente Comunicación de la Comisión Europea sobre la Estrategia de la UE para una lucha más eficaz contra el abuso sexual infantil (24 de julio de 2020), al tiempo que califica la Directiva como el primer instrumento legal integral de la UE que estableció reglas mínimas sobre la definición de delitos en el área del abuso sexual y la explotación sexual de niños, afirma que **los delitos abarcan situaciones en línea y fuera de línea**, poniendo como ejemplo **el abuso sexual por cámara web**.

El problema es que cuando se acude a los artículos de la Directiva que se refieren a la definición de las conductas delictivas, en ellos no se hace referencia explícita a la inclusión de los comportamientos en línea, salvo en relación con los espectáculos pornográficos, en los que sí se considera que entraría la exhibición en directo dirigida a un público, **incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación**. Es más, en relación con el resto de delitos, las expresiones utilizadas, aunque admitirían una interpretación que abarcara las conductas desarrolladas *online*, parecen estar más pensadas para conductas *offline*: “realizar actos de carácter sexual con un menor”, “presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos”. Incluso en el denominado delito de *online grooming*, que sanciona el hecho de embaucar a menores por medios tecnológicos con vistas a la comisión de delitos sexuales sobre ellos, lo que se precisa que ha de tener lugar por medios tecnológicos es la propuesta de encuentro, no la actividad sexual en sí, que se deduce que ha de tener lugar **en un encuentro físico**. En este sentido, se habla de la propuesta, **por medio de las tecnologías**

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:



**de la información y la comunicación**, de **encontrarse con un menor**, con el fin de cometer un delito sexual de abuso, prostitución, espectáculos pornográficos o producción de pornografía, cuando tal propuesta vaya acompañada de **actos materiales encaminados al encuentro**.

Del mismo modo, el Convenio Lanzarote, si bien comienza señalando que la explotación y el abuso sexual de los niños **han adquirido dimensiones preocupantes debido al uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores**, a la hora de describir las conductas delictivas utiliza expresiones como **“realizar actividades sexuales con un niño”** o **“hacer presenciar”** que, por sí mismas y sin mayores precisiones, no permiten deducir con claridad la inclusión de los comportamientos online. De nuevo, solo en relación con las disposiciones sobre espectáculos pornográficos el Informe explicativo del Convenio señala que, según los Estados, las mismas también podrán abarcar a los espectadores de espectáculos en los que participan niños a través de medios de comunicación como las cámaras web. Además, igual que en la Directiva, la conducta de *online grooming*, que constituye una especie de fase previa o acto preparatorio de los abusos/agresiones sexuales, se refiere a **propuestas de encuentro físico** realizadas a través de medios tecnológicos, no contemplándose que estos encuentros sexuales también tengan lugar por medios tecnológicos.

## LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El Código Penal español tampoco se pronuncia acerca de la admisión o no de las interacciones online en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Si a esto se añade la diversidad de expresiones utilizadas para hacer referencia a las distintas conductas delictivas, la falta de coherencia entre la regulación de las agresiones y abusos sexuales a personas que hayan alcanzado la edad de 16 años y la de las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, o la falta de definición del término *prostitución*, la inseguridad acerca del alcance de la normativa se acrecienta.

Por tratarse de la figura que, de una manera expresa, se refiere a la utilización de la tecnología, aunque relativa al contacto y preparación del menor con vistas a un encuentro sexual, y no como medio en el cual se desarrolle la propia actividad sexual, comenzaremos por explicar el denominado delito de *online child grooming*. A partir de ahí, la cuestión será determinar si, además, existen cauces para perseguir y sancionar aquellos supuestos en los que, no son los contactos los que se producen *online*, sino las propias interacciones sexuales, lo cual, en nuestra regulación actual pasaría, fundamentalmente, por la posibilidad de acudir a alguna de las modalidades de agresión o de abuso sexual

### **Online child grooming**

En su primera modalidad sanciona al que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:



encuentro a fin de cometer un delito de abuso o de agresión sexual o de utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento (artículo 183 ter 1 CP).

El delito está configurado de tal manera que cualquier persona puede ser autor del mismo, incluido un menor. No obstante, cuando un menor entable contacto con otro menor y concierte con él un encuentro con la finalidad de mantener con él relaciones sexuales, la conducta no constituirá delito si únicamente se piensa actuar con el consentimiento libremente emitido por el otro menor y entre ambos se dan las condiciones de proximidad de edad y de grado de desarrollo o madurez a las que se refiere el artículo 183 quáter CP.

El delito requiere, como primer elemento, un **contacto** con un menor. Por ello, no bastará que un sujeto envíe un mensaje a un menor, si éste no responde, pues se precisa algún tipo de comunicación. Además, el contacto habrá de tener lugar a **través de las TIC**. Una cuestión que ha suscitado duda ha sido la de si el delito se puede aplicar en casos en los que los sujetos se conozcan con anterioridad al contacto mediante las TICs o en los que se simultaneen contactos *online* y *offline*. En principio, la idea era que el delito sirviera para proteger a los menores de contactos con desconocidos, pero lo cierto es que la configuración actual del mismo no impide que se aplique a supuestos de contactos *online* entre personas que también se conocen físicamente y de hecho así se está haciendo (entre otras, SAP Málaga 268/2017, de 3 de mayo y SAP Madrid 412/2017, de 23 de junio).

La persona con la que se contacte tendrá que ser en todo caso **menor de 16 años** y el contacto habrá de ir acompañado de una **propuesta de encuentro** y de la **realización de actos materiales conducentes a dicho encuentro**. El encuentro se entiende que tiene que ser **físico**; sin embargo, los supuestos en los que se proponga al menor el envío de pornografía veremos que pueden encuadrarse en la otra modalidad de *online grooming*, y aquellos en los que se proponga un encuentro virtual en el delito de utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos o veremos si también en los de abusos/agresiones sexuales. Si el acercamiento efectivamente se consigue por empleo de coacción, intimidación o engaño, se estará ante un tipo agravado.

La segunda modalidad de *grooming* sanciona al que, **a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años** y realice actos dirigidos a **embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor** (artículo 183 ter 2 CP). La utilización del verbo *embaucar* indica que será necesario que el sujeto activo utilice algún engaño o ardid para lograr convencer al menor.

### Agresiones y abusos sexuales

Lo primero que nos encontramos al abordar el análisis de la conducta típica en el ámbito de estos delitos es la disparidad terminológica y el carácter impreciso de las expresiones utilizadas:

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:



- Agresión sexual genérica (sobre personas que tengan 16 años o más): **atentar contra la libertad sexual**
- Abuso sexual genérico (sobre personas que tengan 16 años o más): **realizar actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual**
- Abuso sexual específico sobre adolescentes de 16/17 años: **realizar actos de carácter sexual con el menor.**
- Abuso sexual sobre menor de 16 años: **realizar actos de carácter sexual con un menor**
- Agresión sexual a menor de 16 años: **realizar actos de carácter sexual con un menor, compelerlo a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero, compelerlo a realizar actos de naturaleza sexual sobre sí mismo.**
- Otras modalidades de abuso sobre menor de 16 años: **determinar al menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, hacer presenciar al menor actos de naturaleza sexual**

Con carácter general cabe decir que la diferencia entre las agresiones y los abusos sexuales viene determinada por la necesaria presencia de violencia o intimidación en las primeras. Más allá de ello, se ha venido considerando que, al menos en relación con las agresiones y abusos sexuales genéricos, el tipo de actividad sexual que puede encuadrarse en unas y otros es el mismo. A los efectos que nos ocupan lo determinante es establecer si para sancionar por abusos y agresiones sexuales resulta preciso contacto físico y, de ser así, si este ha de tener lugar necesariamente entre el autor y la víctima o caben otras posibilidades. Aunque ha habido opiniones divergentes, ya antes de la introducción en el Código Penal de la regulación específica de los abusos y agresiones sexuales a menores de determinada edad, los tribunales venían admitiendo un concepto amplio de atentado contra la libertad sexual que permitía abarcar tanto los supuestos de contacto sexual entre los sujetos activo y pasivo del delito, como los supuestos de contacto sexual de la víctima con un tercero, como los realizados por la víctima sobre su propio cuerpo, e incluso algunas sentencias llegaban más allá y calificaban como tales delitos conductas en las que a la víctima solo se le exigía la contemplación de las actividades sexuales realizadas por otra persona.

Paradigmática en este sentido es la STS 1397/2009, 29 de diciembre, según la cual, "**el delito de agresión sexual se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual.**" En sentencias más recientes se señala que **lo que resulta necesario es la realización conjunta del hecho entre los sujetos activo y pasivo, sin la exigencia de un contacto corporal.** Conforme a estos argumentos, en la STS 450/2018, de 10 de octubre, **se sanciona por un delito de abuso sexual al adulto que, en un polideportivo, consigue que un menor de 12 años le acompañe a la ducha y al vestuario de chicos donde le dice que se baje los pantalones y se masturbe indicándole cómo hacerlo, al tiempo que el adulto también se masturba.** Considera el TS que **se trata de una interacción sexual, pues el comportamiento mediante el cual el sujeto activo le dice al menor -que carece de capacidad de**

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:



**autodeterminación sexual- lo que tiene que hacer y cómo hacerlo, es el propio de una acción conjunta** (así también, STS 468/2017, de 22 de junio).

Una vez que en el ámbito de las interacciones con intermediación física no se venía exigiendo contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo, se allanaba el camino para calificar como abuso/agresión sexual las interacciones sexuales online. La puerta lo abrió, en gran medida, la STS 301/2016, de 12 de abril, al condenar por abuso sexual en un caso de prácticas de sexo *virtual* utilizando *web cam* de un adulto con una niña de diez años con la que había contactado a través de Facebook. A partir de ahí, un importante número de sentencias admiten la inclusión de las interacciones sexuales online en los delitos de agresión sexual (cuando media intimidación) o de abuso sexual.

Utilizando palabras del Tribunal Supremo en varias de dichas sentencias, **"las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual, la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad, la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet, son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores"**. Así, es posible considerar delictivos supuestos en los que, sin contacto físico entre autor y víctima, se ejecuten actos de carácter sexual por parte del menor, simultáneos o no a otros ejecutados por el autor, que incita, impulsa, guía o acompaña con actos propios, los primeros.

El problema es entonces el de la delimitación del espacio propio de cada figura delictiva del Código Penal, dada la imprecisión de la terminología utilizada a la hora de definir las conductas típicas: agresiones/abusos sexuales, determinación a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, hacerle presenciar actos de carácter sexual, utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos. Cabe entender que a las agresiones/abusos sexuales solo podrán ir los supuestos en los que de alguna forma haya una actuación conjunta, a distancia pero conjunta, esto es, en los que el autor participe en la actividad mediante la dirección de los actos del menor y su implicación con conversaciones o imágenes propias de contenido sexual (STS 158/2019 de 26 marzo; también SSTS 377/2018, de 23 de julio; 320/2019, de 19 junio; y 311/2020, de 15 junio; sin embargo, en la STS 478/2019 de 14 octubre, solo se califican como abuso sexual los actos llevados a cabo con contacto físico con una niña, no las interacciones sexuales online mantenidas con otras niñas).

Organiza:



Con el apoyo y financiación de:





Conforme a la regulación actual, consideramos que los casos que no supongan para la víctima una implicación corporal que vaya más allá de una actitud meramente pasiva de contemplación de las actividades sexuales realizadas por otra persona sería preferible conducirlos, según los casos, a los delitos del artículo 183 bis (hacer presenciar) o del 185 (exhibicionismo ante menores) CP. Más discutible resulta el tratamiento de los casos en los que el sujeto activo consiga que un menor realice actos sexuales con un tercero o sobre su propio cuerpo que aquel se limite a visionar: ¿autoría o inducción de abuso sexual?, ¿hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual?, ¿utilización del menor con fines exhibicionistas o pornográficos? Se hace necesario, por tanto, una revisión de la redacción de los tipos penales contenidos en todo el Título VIII del Libro II del Código Penal para armonizar la terminología y clarificar si se quiere o no dar el mismo tratamiento y en qué casos a las interacciones sexuales online que a las que tengan lugar con inmediatez física, cuestiones estas que tampoco resuelve el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual ("realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona").

En particular proponemos:

- Aprovechar la proyectada reforma para homogeneizar y aclarar el ámbito de las conductas típicas, eliminando las discordancias y los solapamientos existentes actualmente.
- Adoptar una decisión acerca de si se le da un tratamiento expreso a las interacciones sexuales online o, al menos, si se clarifica que quedan incluidas en los tipos penales existentes (dada la gravedad, la capacidad intrusiva y los efectos derivados de las interacciones sexuales online que hemos apreciado en los casos analizados, nos mostramos propicios a su inclusión).
- Adoptar una decisión expresa acerca del alcance del concepto de *prostitución*, pues dependiendo de ello se podrá incluir o no en los correspondientes delitos la conducta de quienes, mediando remuneración, reciba la prestación de un servicio sexual *online* y la de quienes promuevan o se lucren con este tipo de transacciones (sanciona por el delito de utilización de menores con fines pornográficos, y no por uno de prostitución, en un caso en el que se propone a niñas de 16 y 17 años realizar sesiones de sexo virtual a cambio de dinero, la STS 268/2017, de 18 de abril).
- Dejar claro que quedan al margen de la intervención penal las interacciones sexuales consentidas entre iguales, llevadas a cabo en las condiciones del artículo 183 quáter siempre que no medien grabaciones o estas sean para uso exclusivo de los intervinientes, teniendo en cuenta que actualmente el artículo 183 quáter opera en relación con los delitos de abuso sexual pero no en relación con los de producción del pornografía infantil.

#### Palabras Clave / Keywords.

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:



Cibersexo, sexo virtual, abuso sexual, agresión sexual, contacto físico, exhibicionismo, utilización con fines pornográficos, online grooming.

### Referencias bibliográficas / Webgrafía.

AGUSTINA, J.R., "¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el Sexting," en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-11, 2010, pp. 1-44.

CABRERA MARTÍN, M., *La victimización sexual de menores en el Código Penal español y en la Política Criminal internacional*, Dykinson, Madrid, 2019.

CUGAT MAURI, M., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales," en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Álvarez García, F.J. y González Cussac, J.L., Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., "Los riesgos de las TIC para la libertad e indemnidad sexual de los menores y su repercusión en la legislación penal española," en *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pp. 327-353.

LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. y ORTS BERENGUER, E. (Coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Bosch Editor, 2011.

ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, Sexo y Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política Criminal, Cultura y Abuso sexual de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal," en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-06, 2014, pp. 1-25.

TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y Explotación Sexual*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- "Delitos contra la indemnidad sexual de menores," en *Comentario a la reforma penal de 2015. Parte Especial* (Quintero, Olivares, G., Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 421-433.

- "¿Son abuso sexual las interacciones sexuales en línea? Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC", IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Núm. 26, 2018, pp. 30-42.

Peculiaridades de la victimización sexual de menores a través de las TIC

Organiza:

Con el apoyo y financiación de:





TAYLOR, M. y QUAYLE, E., *Child Pornography: An Internet Crime*, Routledge, Londres y Nueva York, 2003.

QUAYLE, E., LOOF, L. y PALMER T., "El uso de niños, niñas y adolescentes en pornografía y la explotación sexual de menores en Internet," III Congreso Mundial contra la Explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, Río de Janeiro, 2008.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., "Libertad e indemnidad sexuales: arts. 178 y 180," en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Álvarez García, F.J. y González Cussac, J.L., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 219-223.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., "Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP," en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (González Cussac, J.L., Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 603-620.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- "Propuesta sexual telemática a menores u ONLINE CHILD GROOMING: configuración presente del delito y perspectivas de modificación," en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 639-712.

- (Coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

Organiza:



Con el apoyo y financiación de:



Organiza:



Con el apoyo y financiación de:

