

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 10 de junio de 2014 (ROJ: STS 3242/2014)

UN CASO MÁS DE DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES A TRAVÉS DE LAS TIC

Cuando nos encontramos con hechos como los que sustentan la Sentencia del Tribunal Supremo 3242 del 10 de junio de 2014, no es difícil tener la tentación de justificar lo injustificable. El alto Tribunal resuelve el recurso de casación interpuesto, por el hoy condenado, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 22192/2013 del 23 de octubre de 2013 y que fue noticia en varios medios de comunicación (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/07/24/actualidad/1406201063_782647.html).

La gravedad de los hechos en los que un adulto, a través de Internet, contacta con dos menores con quienes luego concierta encuentros, logrando tener en diversas oportunidades relaciones sexuales, dentro de un entramado escabroso y espeluznantemente ideado, parece inclinarte a justificar todo tipo de intervención penal en razón de la seguridad.

Si bien se reconoce que las TIC han revolucionado la sociedad contemporánea, variando la forma en que el ser humano construye, entiende, e interviene en las relaciones sociales, en materia de menores nos movemos en un terreno que oscila entre la aceptación y el temor. En efecto, pasamos de la asunción acrítica de los menores como *nativos digitales*, esto es aquellos sujetos que «han crecido inmersos en la tecnología digital» (GARCÍA, F.; PORTILLO, ROMO Y BENITO), al pánico absoluto por los riesgos a los que se pueden ver expuestos. Y este pánico es el que acompañó la introducción del que hemos llamado «Contacto TIC preordenado a la actividad sexual con menores», en el artículo 183 bis, y que sigue el que se proponga en el Proyecto de Ley Orgánica de octubre de 2013, la introducción de un segundo apartado a dicho delito, a través del artículo 183 ter. Cuando nos encontramos con casos tan atroces, que involucran a menores, podemos caer en la falsa creencia de que el establecimiento de tipos penales que anticipen la barrera de protección es lo único que puede frenar el que se puedan cometer hechos que causen tanto daño a los menores.

En los hechos de la sentencia, se refiere como el autor nacido en el año 1955 ingeniero de sistemas de energía avanzada, con importantes conocimientos de informática, ocultando datos relativos a su sexo y edad real, y utilizando el *lenguaje* propio de los adolescentes, con fines sexuales se introduce durante los años 2006 a 2011 en comunidades virtuales de Internet y en canales temáticos utilizados por personas menores de edad. En dicho periodo, contacta, entre otras, con dos niñas de 12 años, a quienes bajo un perfil falso –correspondiente a un menor de 17 años– logra convencer para que se muestren desnudas y se masturben ante la webcam, en situaciones que graba sin que las menores se percaten de ello. Posteriormente, a cada una de ellas –ya con 13 años–, las logra convencer para que se encuentren en una habitación oscura de un hotel. Dicha oscuridad, planeada para ocultar su verdadera edad, facilita

los primeros encuentros sexuales. Concretamente respecto a una de ellas, con quien logra mantener una relación más larga, después de varios encuentros muestra su verdadera imagen, identificándose como un sujeto de 35 años. El autor realiza grabaciones con y sin autorización de la menor, de las relaciones sexuales que mantenían. Posteriormente, los hechos describen como ante el deseo de la menor de acabar la relación, el autor crea un escenario de intimidación y manipulación, que incluye la participación de personajes creados por el mismo que coaccionan a la menor a continuar la relación. Bajo esta misma intención, el autor difunde vídeos pornográficos de la menor a terceros en los que se incluyen menores, conocidos por la víctima.

Respecto a la segunda menor, si bien no se generó una relación tan escabrosa como la primera –pero no por ello menos grave–, lo cierto es que se probó la situación de engaño creada por el actor para tener relaciones sexuales.

Por los anteriores hechos, la Audiencia Provincial de Madrid condenó al sujeto como autor responsable de delitos de abusos sexuales, pornografía infantil, exhibicionismo y provocación sexual, amenazas condicionales agravadas, descubrimiento y revelación de secretos y un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP.

Particularmente interesante en este punto es la diferenciación que estableció la Audiencia Provincial, y que después fue confirmada por el Supremo, respecto al establecimiento con relación a la primera menor de un delito continuado de abusos sexuales en su modalidad de acceso carnal con prevalimiento y respecto a la segunda, un delito continuado de abusos sexuales en su modalidad de acceso carnal con engaño. La Audiencia Provincial consideró que, respecto a la primera menor, se había dado un abuso sexual con prevalimiento ya que se había dado «la doble exigencia de que la situación de superioridad sea, al mismo tiempo, notoria o evidente (“manifiesta”), es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también “eficaz”, es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce».

Según la AP, dicho prevalimiento se encontraba probado por seis puntos: 1. Por la gran diferencia de edad. 2. El aprovechamiento que tiene de conocer a la niña cuando tenía 12 años de edad. 3. El que haya ocultado datos relativos a edad real y utilización del *lenguaje* propio de los adolescentes, haciéndose pasar por un joven atractivo de 17 años de edad. 4. La iniciación de la relación con la menor, a los 12 años, lo cual aprovechó para acercarse a ella, y posteriormente proponerle encuentro, que (él mismo orientaba) sólo se podría dar una vez ella hubiera cumplido los 13 años –atendiendo que es la edad en materia de consentimiento sexual–. 5. El empleo por el acusado de especiales dotes prácticas de persuasión sobre menores para despertar su curiosidad hacia lo sexual e inicio de la misma en la exhibición sexual y 6. La:

utilización intencional de la vulnerabilidad de la menor por su forma de ser, por la problemática afectiva que sufría por la separación de sus padres, por la carencia que tenía

de un referente paterno sólido al que sólo veía cuando ejercía los fines de semana el derecho de visitas, y la utilización asimismo de esos fines de semana en que la menor se trasladaba del domicilio familiar del padre, menos desconfiado del amigo que por primera vez se había «echado» su hija y más permisivo en el control que ejercía sobre la menor.

En lo que respecta a la segunda menor, los puntos 1 a 5 coinciden prácticamente en lo mismo, por lo cual, el factor que determinó que respecto a la primera menor, se diera prevalimiento, y por ende una mayor pena, fue la especial vulnerabilidad que presentaba la menor a raíz de una problemática afectiva derivada de la separación de sus padres.

La Sentencia del Supremo nos dibuja, en parte, el escenario que tiene actualmente nuestra legislación para responder frente a este tipo de hechos. Ahora bien, lo interesante de la sentencia es que la lectura de los hechos nos llevaría a que, dentro de la legislación actual, planteáramos también la aplicación del artículo 183 bis. La introducción del artículo 183 bis no tiene otra razón que la alarma generada por la utilización de las TIC por delincuentes sexuales para acceder a menores, en virtud de la cual consideramos legítimo que se adelanten las barreras de protección del Derecho Penal, y se tipifiquen como delitos autónomos actos preparatorios. Como ya lo hemos referido en otros trabajos, el artículo 183 bis castiga la conducta de aquel que a través de Internet 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 un delito sexual de los expresamente referidos, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Es claro que lo anterior se dio en este caso, lo cual se materializó en delitos sexuales concretos. Si los anteriores hechos se hubieran dado en vigencia actual del artículo 183 bis, a la condena por los delitos impuesta se le hubiera tenido que añadir la comisión de este delito. En efecto, según la actual redacción del artículo 183 bis, si se verifica el delito posterior al que iba encaminado el acercamiento, se establece la presencia de un concurso (real, que no medial) y no la absorción lógica del acto preparatorio en el delito finalmente consumado o tentado respecto del menor.

No obstante, en este punto, compartimos lo expuesto por RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, en un trabajo titulado «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio actual del artículo 183 bis y del artículo 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, 16-06: 1-25. El autor, después de un juicioso análisis, considera que la introducción del artículo 183 bis es innecesaria, citando un interesante pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Granada del 25 de mayo de 2009 –SAP GR 1482/2009–. En esta medida, entiende que el delito del artículo 183 bis actual y el que se pretende añadir con la reforma de 2013 no son necesarios, dado que las conductas que se pretenden penalizar

encuentran plenamente encaje dentro de los delitos existentes. A título de ejemplo a través de la tentativa de corrupción de menores del artículo 189.4 del CP, en el caso de que el sujeto activo haya llegado «a solicitarles, bajo la promesa de recibir distintos regalos, que se desnuden y que se toquen los genitales» y éstos no hayan accedido a sus deseos.

Ahora bien, en el caso expuesto por el Tribunal Supremo, nos encontramos, entre otros, frente a un delito consumado de pornografía infantil y de abusos sexuales. Si los anteriores hechos hubiesen sucedido a la luz del 183 bis, hubieran implicado también su condena por el mismo, atendiendo la fórmula concursal que el mismo precepto señala y que ha sido ampliamente criticado por la doctrina.

En nuestra opinión, y siguiendo a RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, creemos que tenemos herramientas para luchar contra este tipo de delincuencia. Por lo anterior, es claro que anticipar la barrera de protección del Derecho Penal, y en la forma que se hizo con la redacción del artículo 183 bis –tal como lo hemos referido en otros trabajos–, no soluciona el problema. Sin duda, a los que nos dedicamos a la investigación, nos corresponde un papel fundamental, para proponer vías de *lege ferenda* que busquen controlar los riesgos que la utilización de Internet genera para nuestros menores frente a delincuentes sexuales. El camino está abierto y, sin duda, seguirá la rica discusión doctrinal. No obstante, aparte de las respuestas que se puedan dar desde el Derecho Penal, creemos, como HORTAL IBARRA, que el papel de la familia es fundamental para tratar de evitar este tipo de sucesos, ya que resulta difícil y cuestionable establecer tipos con una enorme carga subjetiva de difícil prueba. Las nuevas tecnologías deben considerarse como unos aliados dentro de nuestra sociedad, pero nunca pueden desplazar espacios en los que los padres jugamos un papel fundamental y de enorme compromiso para la seguridad de nuestro hij@s.

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Asociada Área de Derecho Penal
Investigadora Ciencias de la Seguridad
Universidad de Salamanca
ldiaz@usal.es