

Amistades peligrosas: el delito de *child grooming*

MARTA ORTEGA BALANZA

Licenciada en Derecho (UB). Investigadora de Tàcita Muta. Grup d'Estudis de Dones i Gènere a la Antiquitat.

Universitat de Barcelona

LUIS RAMÍREZ ROMERO

Ex Magistrado-Juez sustituto. Abogado

Iuris, Nº 217/218, Sección Análisis, Julio 2014, Editorial LA LEY

Este artículo sobre delitos sexuales en la red cuando la víctima es un menor (*grooming*), analiza cómo la práctica jurídica se adapta a las nuevas realidades social y familiar. La gravedad del problema ha llevado a legislar sobre los denominados derechos de cuarta generación (los que nacen en la era digital), entre los que se encuentra el *child grooming*, castigándose la acción preparatoria del abusador que busca la confianza con el menor para lograr un encuentro personal, cuya finalidad es la comisión de un delito sexual.

Nuestros jóvenes son una generación digital e interactiva. Han nacido y crecido en el mundo de las nuevas tecnologías, siendo su medio natural de comunicación y expresión y al que dedican gran parte de su tiempo libre y desde una edad cada vez más temprana (Informe de 2004 de la Fundació Catalana per a la Recerca sobre los hábitos de uso en Internet entre jóvenes de 12 a 17 años). Esta cotidianidad con las TIC les genera una confianza excesiva en su uso, que junto al anonimato y desinhibición que facilita la red (BERNETE), propicia que caigan en contenidos nocivos (ilegales o no) que atentan contra su privacidad y su intimidad de forma inmediata (PRIEGO). Todo ello ayuda al delincuente a la comisión del tipo delictivo.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a menores han aumentando preocupantemente en los últimos años, siendo las TIC la herramienta idónea para perpetuar el abuso y la comercialización del cuerpo; pero en un mundo globalizado y conectado en tiempo real y de forma inmediata un grave problema a la hora de perseguir y sancionar este tipo de delitos es la falta de armonización del derecho sustantivo de cada país (agravado por la lentitud de la cooperación internacional), que genera huecos legales en los que se cuele el riesgo y la agresión: principalmente en cuanto a la diferente fijación del mínimo de edad legal para prestar válidamente consentimiento sexual (en España a partir de los 13 años) y si se condena o no hospedar páginas web con material de abusos sexuales a menores. Los abusadores aprovechan estas contradicciones legislativas para quedar impunes. Es entonces cuando entra en juego el art. 23.4 LOPJ (LA LEY. 19669/1985) que establece que los delitos de prostitución y corrupción de menores o incapaces pueden ser perseguidos por la jurisdicción española, ya sean cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional. Muestra de la preocupación del legislador por la protección de los menores es la LO 5/2010, de 22 de junio (LA LEY. 962/2010) incorporó en el Título VIII, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual», un nuevo Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en cuyo art. 183bis se regula el internacionalmente denominado *child grooming* o ciberacoso a menores. Esta reforma obedece no solo a razones de política criminal (acrecentar el nivel de protección de las víctimas más desvalidas como dice la Exposición de Motivos en su apartado XIII), sino también a la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI (LA LEY. 196748/2003) del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

TIPO PENAL Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CON *CHILD GROOMING*?

Las nuevas tecnologías han cambiado la forma de relacionarnos: las redes sociales se llenan de imágenes (alimentadas por el uso de las *webcams*) en una libre abolición de la privacidad, que favorece la actividad de pedófilos (que sienten atracción por los menores) y pederastas (abusadores y agresores sexuales de menores).

La gravedad del problema ha llevado a legislar sobre los denominados derechos de cuarta generación (los que nacen en la era digital), entre los que se encuentra el *child grooming*, castigándose la acción preparatoria del abusador que busca la confianza con el menor para lograr un encuentro personal, cuya finalidad es la comisión de un delito sexual. Fijándose para este tipo 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; imponiéndose en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El art. 183 bis CP regula el posible concurso con otros delitos al decir que el autor será castigado por este delito sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. En este sentido GÓMEZ entiende que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión ya que este último absorbería al primero.

El bien jurídico protegido, es pues, la indemnidad sexual del menor (término acuñado por COBO). Si la libertad sexual presupone, en cuanto «libertad valorativa» que es, la capacidad cognoscitiva y volitiva en el sujeto pasivo, es decir entender la trascendencia del acto sexual y consentir a él, donde falte esa capacidad, faltará también la libertad sexual que, por tanto, no podrá ser violada ni menoscabada quedando impunes los ataques que tienen por sujeto pasivo a un menor o un incapaz, ya que no pueden ser objeto de protección de una libertad de la que carecen.

TIPO OBJETIVO Y BREVE APUNTE DE LA CONDUCTA DEL ACOSADOR

La naturaleza del tipo se corresponde con la penalización de la conducta de peligro que puede dar lugar a la lesión efectiva del bien jurídico protegido (STS 476/2006 de 2 de mayo; STS 51/2008 de 6 de febrero y STS 796/2007 de 1 de octubre), es decir, el legislador adelanta la reacción penal sin necesidad de esperar a la efectiva materialización del daño.

¿Delito de peligro abstracto o concreto? El precepto exige la existencia de un menor de trece años y la de actos materiales encaminados al acercamiento, lo que abonaría la tesis del peligro concreto, si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor. En cambio, si ampliamos el bien jurídico protegido a la infancia podríamos entender que se trata de un delito de peligro abstracto (DOLZ).

¿Unidad de acción o delito continuado de abusos sexuales? tema importante a la hora de calibrar la pena aplicable. Estaríamos ante una pluralidad de acciones, ejecutadas en un período temporal más o menos amplio, en días sucesivos, con interrupciones temporales entre unas y otras. Primero, contacta con un menor de trece años; segundo, proponer un encuentro; y, tercero, la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento. En cuanto al primer contacto este debe ser «virtual», advirtiendo TAMARIT que debe obtener respuesta por parte del menor, de modo que no se entenderá por «contacto» el mero envío de mensajes o e-mails que no hayan sido contestados por el menor; considerándose las sugerencias como propuestas verbales indirectas (*reframing*), lo cual hay que tener en cuenta en vistas a su punibilidad.

La propuesta del encuentro «físico» no requiere que el menor se presente, pero entendemos, junto con MARTÍN, que debe de haber sido aceptado por el menor, descartándose las proposiciones poco serias, sin credibilidad en su intención y sin actos que le den verosimilitud y solidez. Siendo el problema la prueba del propósito del sujeto activo, es necesario que el acto preparatorio trascienda a su ejecución a fin de cometer el delito de abuso sexual (DOLZ; STS 6/2003 de 9 de enero; STS 548/2009 de 1 de junio y STS 1064/2009 de 23 de octubre (LA LEY.

3635946/2009)). Estos «actos materiales encaminados al acercamiento» son un *numerus apertus* en que la doctrina contempla: el ingreso en chats públicos con *nicks* (nombres de usuario) llamativos para el menor o haciéndose pasar por menor subiendo a su perfil una foto-trampa; la petición de la dirección de mail o el envío de privados a la víctima, donde se incrementan las referencias sexuales; solicitud de imágenes sexuales del menor a través de la webcam; amenazas y chantajes emocionales (acoso) para que acceda a sus pretensiones sexuales y la propuesta del encuentro físico.

Por supuesto este es un esquema básico, ya que la seducción de un menor es un acto insidioso y continuado con variantes que ni tan siquiera el acosador puede prever; pero el anonimato y los medios de reproducción de la imagen son una pauta invariable.

TIPO SUBJETIVO

Se exige al sujeto activo dolo para cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 (LA LEY. 3996/1995) a 183 (LA LEY. 3996/1995) y 189 CP (LA LEY. 3996/1995). En la práctica puede resultar muy complicado probar que el dolo del autor abarca la minoría de edad del sujeto pasivo ya que, en ocasiones (si no se consuma el encuentro físico entre el menor y el sujeto activo) al no existir un contacto ni siquiera visual con el menor se pierden las posibilidades que ofrece la percepción física. Los criterios de culpabilidad deberán ser otros en estos casos, como la presencia de determinados datos o alusiones a la edad del menor en el texto que acompaña a los envíos (CORCOY y MIR).

En otras palabras, es posible apreciar error en el sujeto activo acerca de la edad del menor, siendo necesario para ello atender a las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra —naturaleza del hecho delictivo y características— (STS de 20 de julio de 2000). Ahora bien, la SAP de Valencia (119/2008 de 30 abril (LA LEY. 1580/2008)) restringe la posibilidad de apreciar el error si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho, de la misma. Basta, pues, con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad no la seguridad absoluta del proceder incorrecto, no pudiéndose invocar error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente. Un ejemplo nos lo brinda la Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense (de 13 mayo 2013, recurso 171/2012; SJME OU 43/2013) no puede alegar error de prohibición sobre el elemento esencial del tipo, la edad, si se lo dijo, si tiene modo de conocerlo o la duda suficiente para proceder a averiguarlo.

SUJETO PASIVO

Si bien es cierto que el art. 183 bis se concibe para proteger al menor de trece años hay que tener en cuenta, según las conductas que se lleven a cabo, preceptos legales como el art. 183 CP (LA LEY. 3996/1995), sobre abuso sexual al menor de trece años del CP; la corrupción de menores del art. 189.4; la difusión de pornografía entre menores del art. 186; la captación o utilización de un menor para elaborar material pornográfico (art. 189.1) y los agravantes de prevalerse de superioridad o utilizar engaño.

También es preciso advertir lo peligroso que resulta asimilar la incapacidad a la minoría de edad ya que no siempre la incapacidad conlleva falta de consentimiento. No basta la objetiva existencia de retraso sino que es necesario que se manifieste externamente de forma perceptible por el sujeto (ATS 7735/2013). Aunque los abusos sexuales sobre personas con trastorno mental se contempla en el art. 181 CP (LA LEY. 3996/1995), este precepto sólo contempla la comunicación personal por lo que la apreciación de esa minusvalía es detectable; por ello cuando el contacto y los actos preparatorios se realizan *on line* y considerándose, como a los menores de 13 años, personas especialmente vulnerables puede realizarse la equiparación de ambos en relación al *grooming*.

ROMPER ESTEREOTIPOS RESPECTO AL SUJETO ACTIVO DEL DELITO

En Internet abusadores y agresores sexuales de menores forman comunidades cada vez más elaboradas y encriptadas, donde ingresan con un TDA —tipo de atractivo—, intercambian archivos y publican manuales de abuso, donde elaboran un discurso de justificación para normalizar su conducta (QUAYLE, 2001): es un acto de amor, es una práctica más dentro de la libertad sexual de la orientación sexual de un colectivo minoritario (comparándose con la persecución de los homosexuales), es una «economía de intercambio» de imágenes como los que intercambian cromos (teniendo uno de estos grupos alrededor de 10.000 fotos y vídeos) lo cual justifica a su vez que hay otras personas adultas que comprenden y ejercen esa conducta (QUAYLE, 2003). Incluso en 2006 uno de esos colectivos pretendió convertirse en partido político en Holanda reclamando: la rebaja a los 12 años para permitir el consentimiento legal del menor, la participación de estos en películas pornográficas y el derecho a su prostitución (<http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=253385>. El gobierno holandés no impidió su constitución basándose en la libertad de expresión. Por otro lado Holanda fue de los primeros donde los proveedores de acceso establecieron una línea especial para la denuncia de la presencia de pornografía infantil en la red).

El sujeto activo del art. 183bis es, en la imagen colectiva, un varón adulto, que se esconde tras una falsa identidad presentándose como un adolescente, con una orientación sexual desviada e incapacidad de relacionarse con adultos del sexo que sea y desconocido para la víctima; pero diferentes investigaciones realizadas al respecto muestran que esto no es cierto y saberlo ayuda a defenderse de estos agresores y a desmontar «excusas jurídicas» que pueden llevar a dudar sobre su intencionalidad supliéndola por una actitud culposa o imprudente, lo que conlleva una rebaja en la pena. Según estos estudios el abusador es mayoritariamente un varón (un 13% son mujeres); aunque la pedofilia puede aparecer junto a otras parafilias no siempre es así, pues no son «enfermos» ni psicóticos, tienen una apariencia normal, una vida convencional e inteligencia media; con una edad comprendida entre los 30 y 50 años (el 50% de los abusadores comenzó como tal con menos de 16 años —E. LÓPEZ—); suelen estar casados y hasta un 85% de los casos son familiares (padres, hermanos mayores, tíos, etc.) o allegados (profesores, tutores, vecinos, etc.) de la víctima, lo que les facilita el acceso al niño; sólo el 5% de abusadores se hicieron pasar por adolescentes, el otro 95% no ocultó su identidad, y pueden tener esa práctica sexual de manera reincidente y buscada o bien circunstancial aprovechando la ocasión, careciendo de antecedentes penales en un 75% (*National Center of Child Abuse and Neglect*, proyecto europeo Copine Project; ECHEBURÚA y PERIS).

- Especial referencia al agresor menor

Se hace necesario un breve apunte en el supuesto de que el sujeto activo del *Child Grooming* sea un mayor de 14 y menor de 18 años (el 20% del abuso sexual en la infancia está provocado por otros menores —ECHEBURÚA—) pues dos elementos importantes entran en juego: uno es la imputabilidad como elemento integrante de la culpabilidad, pilar básico de la existencia del delito y que la doctrina entiende como «la posibilidad de conocer el sentido de los mandatos y prohibiciones del derecho y de actuar conforme a esa comprensión» o «conjunto de las facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico» y de ahí que al carecer los menores de esa capacidad o de esas facultades mínimas puedan ser declarados exentos de responsabilidad conforme a la legislación penal de adultos (inimputabilidad) de conformidad con el art. 19 CP (LA LEY. 3996/1995), si bien pueden ser responsables penalmente conforme a la LO 5/2000 de 12 de enero (LA LEY. 147/2000), Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; otro son las medidas impuestas a menores (cuya aplicación y duración se establece en los arts. 9 y 69) que difieren de las penas aplicadas al sujeto activo adulto.

DIFICULTAD EN LA IDENTIFICACIÓN AL CIBERDELINCUENTE

No se trata sólo de identificar la dirección IP, sino concretar el usuario del sistema informático al que se ha concedido la misma, lo que es especialmente difícil si el ordenador está ubicado en lugares de acceso público. La determinación del *locus commisi delicti* resulta esencial para concretar la ley aplicable conforme al principio de territorialidad: el problema surge con los delitos a distancia, característico de internet, que son los que se inician o se llevan a cabo en un lugar diferente al que se consuman. En general, la doctrina se manifiesta de acuerdo con la teoría del resultado, según la cual el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo; acudiendo las autoridades judiciales españolas a la teoría de la ubicuidad admitida por el TS (Auto de 20 de mayo de 1992): «Cuando la acción y el resultado no tengan lugar dentro de una misma jurisdicción, es de aplicación el principio de la ubicuidad, según el cual tanto el lugar de la acción como el lugar del resultado deben ser relevantes a los efectos del art. 14.2 LECrim (LA LEY. 1/1882)».

INCIDENCIA DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA EN EL INJUSTO PENAL

Según las investigaciones del *Center for Media Education*, una de las mayores amenazas para los menores en Internet es la invasión de su privacidad a través de la solicitud *on line* de datos de carácter personal, el seguimiento de sus actuaciones en la Red y el ciberacoso sexual. Las estadísticas muestran un uso masivo del Messenger y las redes sociales (un 40% de los menores entre 9 y 13 años tiene su propio perfil), donde contactan con desconocidos (en un 40% según el estudio internacional de la empresa Norton de 2012) y hablar de temas personales: un 14% de menores se citó en el mundo real con el desconocido de Internet y la mitad de ellos no comentaron a nadie su decisión. [En nuestro país son escasos los estudios victimológicos que evalúan el *online grooming* y no hay estadísticas actualizadas al respecto, por ello los datos utilizados han sido: Estudio de la Comunidad de Madrid: *Seguridad infantil y costumbres de los menores en Internet*, Madrid, 2002; ACPI y Protégeles: *Estudi sobre Seguretat Infantil y costums dels menors en Internet*, 2002 (http://www.protegeles.es/docs/estudio_internet.pf); Fundació Catalana per a la recerca: *Estudi sobre els hàbits d'ús a Internet entre joves de 12 a 17 anys*, 2004; Lorente, S., et. al. *Jóvenes, relaciones familiares y tecnologías de la información y de la comunicación*, Injuve, Ministerio de trabajo y asuntos sociales, Madrid, 2004; Universidad Ramón Llull: *Les noves adiccions en l'adolescència: Internet, mòbil i videojocs*, 2007; INTECO de 2009; Ararteko (Defensor del Pueblo en el País Vasco): *La transmisión de valores a menores*, 2009; BRINGUÉ, X. y SÁDABA, C.: *La generación interactiva en España. Niños y adolescentes ante las pantallas*, Barcelona, Ariel, 2009; GARMENDIA, M., et. al.: *Riesgos y seguridad en internet: los menores españoles en el contexto europeo. Resultados de la encuesta de EU Kids Online a menores de entre 9 y 16 años y a sus padres y madres*, Universidad del País Vasco, 2011.]

El elevado índice de ciberacoso sexual a menores y jóvenes, que aumenta conforme la edad de la víctima, es propiciado por ellos mismos al publicar en la web sus fotos y vídeos. Que la víctima participe, por acción u omisión, del acto dañoso, se denomina por la doctrina «acciones a propio riesgo» —la conformidad que presta la víctima no se refiere a la lesión que *ex post* se produzca (consentimiento del resultado), sino a la actividad de riesgo implícita en el comportamiento en cuestión (consentimiento del riesgo)— dando lugar a la concurrencia/compensación de culpas, de modo que quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos no queda protegido en ellos. Al aplicar este principio estamos imponiendo una carga a los ciudadanos o un deber de protección frente a sus propios bienes jurídicos. Los menores víctimas de *grooming* presentan conductas de riesgo que les lleva a situaciones no deseadas; en este sentido, la contribución de la víctima al hecho delictivo y los efectos que sobre la responsabilidad penal del autor pueda tener, se ha analizado desde la dogmática jurídico-penal, siendo especialmente relevante en los denominados «delitos de relación», como los abusos sexuales.

En relación a la colaboración imprudente en la propia lesión (MACHADO) hay que tener en cuenta dos aspectos

clave: uno, que el agresor presenta el abuso como una relación de noviazgo o de amistad, ganándose la confianza y afecto del menor, dando como resultado que en un 73% de casos en los cuales se produjeron encuentros sexuales *offline* entre menores de edad y abusadores, las víctimas declararon sentir amor por ellos; por ello el abuso sexual facilitado por la previa relación en línea se caracteriza más como estupro que como violación. Y dos, que los menores, como tales, inmaduros, no sólo no alcanzan a ver el peligro de contactar con desconocidos — según *Kids Online* el mayor riesgo que perciben es que les entren virus en el ordenador— sino que precisamente por ser menores son irresponsables penalmente.

RESPONSABILIDAD PARENTAL

UNICEF advirtió en 2007 que los servicios y chats con contenidos nocivos dirigidos a los niños no estaban vigilados o moderados, debido a que los padres subestiman la exposición de sus hijos a contenidos sexuales (GARMENDIA): sólo un 20% utiliza un software de control parental para bloquear el acceso a determinadas webs o programas, un 50% revisa el historial de navegación, un 28% su mensajería instantánea y un 20% su móvil. Aunque la opción mayoritaria (el 79%) es hablar con los hijos sobre lo que hacen en internet y explicarles porqué deben evitar ciertas webs (el 63%), son muchos los menores que no reciben información alguna sobre las normas básicas de seguridad a la hora de utilizar internet, que además usan sin supervisión, lo que aumenta el porcentaje de riesgo.

Así, aunque las campañas de información y prevención funcionan (estudio de *The First Youth Internet Safety Survey* de 2001 y de *National Center Exploited and Missing Children y Crimes Against Children Research Center* de 2005) no son suficientes, siendo lo más efectivo el control paternal, en su obligación de educar a sus hijos y velar por estos (art. 154 Cc (LA LEY. 1/1889)), que conlleva la responsabilidad que tienen sobre el uso que hacen de la red —no pudiéndose justificar esta falta de responsabilidad paternal en la denominada brecha digital— sin que esto vulnere su derecho a la intimidad, pues se fundamenta en la necesidad de proteger un bien mayor, que es su indemnidad sexual (TC 173/2011, de 7 de noviembre y STC 159/2009, de 29 de junio (LA LEY. 1273/2009)).

Tuenti, la red más visitada por los jóvenes españoles (46% de 10 a 13 años y 77% de 14 a 16), presume de ser muy escrupulosa y dedicar muchos recursos a detectar registros falsos. Facebook (44% de 10 a 13 años y 72% de 14 a 16) también ha intentado poner en práctica fórmulas para que descienda este tipo de registros prematuros. Pero saltarse los filtros no parece complicado, por lo que si queremos evitar que nuestros hijos frecuenten estas redes sociales antes de tiempo es preferible que no confiemos esa tarea a las propias compañías.

En relación al acosador menor de edad, se ha de tener en cuenta que son responsables civilmente de los hechos cometidos por el menor, sus progenitores o quienes lo tengan bajo su potestad o guarda legal, si hubiera culpa o negligencia por su parte (art. 120 Cc (LA LEY. 1/1889)., art. 63.1 LORPM (LA LEY. 147/2000) y SSTS de 26 marzo 1999 y de 13 septiembre 2002).

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES DE INTERNET

La Convención Europea para la protección de los niños de 2007 en su art. 23 tipifica el *grooming* telemático con las mismas características que nuestro art. 183 bis CP., pero el anonimato que ofrece Internet y la falta de verificación de la edad de los menores que acceden a la red dificultan evitar el riesgo (que como advierte la Agencia Española de Protección de Datos se solucionaría con un DNI electrónico), correspondiendo al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales (art. 13 LOPD (LA LEY. 4633/1999)). Ello ha dado lugar a poder exigir responsabilidad a los proveedores (de acceso, de servicios, de alojamiento de sitios web) y a los operadores (de telecomunicaciones, de líneas de distribución o foros de discusión, de grupos de noticias y de conversaciones a tiempo real) de Internet, aplicando

las categorías generales de la autoría y participación (MORALES):

- El proveedor del servicio podrá ser imputado como autor en caso de elaboración de contenidos propios o selección de contenidos ajenos.
- Como proveedor de servicios puede ser imputado por infracción del deber de cuidado en la selección de los contenidos pero limitándose a los tipos en que sea posible la comisión imprudente.
- A título de partícipe, es responsable de la información que otros alojan en su servidor, requiriéndose la concurrencia de dos elementos: el efectivo conocimiento del contenido ilícito (art. 15 Ley 34/2002, de 11 de julio (LA LEY. 1100/2002), de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) y la posibilidad técnica de control de tales contenidos; si estos elementos faltan la realización de hecho principal dependerá íntegramente del proveedor de contenidos. Otra cuestión es cuando conoce un dato ilícito o actividad ilegal y decide no retirar la información o no bloquear el acceso a la misma (el actuar diligente al que se refiere el art. 15 LSSI).
- Como cooperador necesario o cómplice propone MORALES dos argumentos de incriminación: «si el proveedor conoce el contenido antes de permitir el acceso al mismo, su participación podrá ser calificada de cooperación necesaria, atendida la doctrina de los bienes escasos o incluso del dominio del hecho. Si, por el contrario, no tuvo dicha posibilidad, pero adquiere conocimiento con posterioridad a su difusión deberán diferenciarse varias hipótesis. Si el delito es permanente en cuanto a su consumación, el proveedor podrá responder a título de participación, toda vez que el hecho permite la intervención de terceros en cualquier momento previo al agotamiento del delito. Si el hecho es de consumación instantánea, no responderá de los hechos producidos con anterioridad a su conocimiento. En cambio, el mantenimiento del contenido ilícito permitirá la interrupción de la unidad de hecho, de modo que los actos posteriores fueran constitutivos de un nuevo delito en el que el proveedor del servicio debe responder a título de participación». Entendemos, sin embargo, que esta teoría debe ser aplicada a la luz del art. 15 LSSI teniendo en cuenta particularmente si el proveedor ha actuado o no con diligencia para retirar los contenidos después de conocer su ilicitud.
- Más complicada es la imputación a título omisivo en la difusión de pornografía infantil, no pudiéndose establecer una nítida separación entre acción y resultado: puede imputarse participación omisiva en hecho ajeno cuando el proveedor que presta el servicio de alojamiento de material ilícito conoce el carácter ilegal de los datos alojados y, a pesar de ello, los mantiene en el servidor. Así pues es necesario: el conocimiento de la actividad ilícita desarrollada, el mantenimiento doloso de la prestación del servicio y la existencia de un deber jurídico de actuar, es decir, de proceder a la retirada del material ilícito o bloquear el acceso a la información.
- En orden a la cooperación necesaria en concepto de coautor de los responsables de los medios tecnológicos empleados (páginas web, servidores, plataformas digitales, etc.) cuando específicamente incurran en lo establecido en el art. 189 CP (LA LEY. 3996/1995) y como coautores en relación al art. 183 bis, con las consecuencias penales y civiles inherentes a tal responsabilidad.

Concluyendo, la delgada línea que separa la pedofilia de la pederastia puede ser cruzada con más facilidad gracias a las herramientas que nos proporciona internet. Si bien el mero hecho de obtener satisfacción sexual con la contemplación de imágenes de menores queda dentro de la *moral sexual* de cada uno, las especiales características de la red (descentralización, universalidad, amplitud y diversidad de contenidos, deslocalización,

alto grado de automatismo en su funcionamiento —pues son los mismos usuarios quienes asumen la responsabilidad de su funcionamiento— facilitan la obtención y consumo de tales imágenes y han dado lugar a la aparición de nuevas formas de acoso y de nuevos perfiles de delincuente. Hay quienes usan internet como fuente de satisfacción sexual trabando contacto con menores y hay quien busca ese contacto para obtener material con el que comerciar (fotografías, vídeos, etc). Sea como sea, bienes como la intimidad, la imagen, la dignidad, el honor y la libertad e indemnidad sexual de los menores, merecen una protección extra que cubra todas sus facetas. Ello constituye una obligación básica e ineludible de nuestro sistema jurídico: garantizar al menor el derecho a no sufrir interferencias por parte de terceros en cuanto a su bienestar psíquico y al normal y adecuado proceso de formación sexual (STS 767/2007 de 3 de octubre; SAP Madrid 608/2008 de 17 de septiembre (LA LEY. 3206992/2008); SAP Madrid 99/2008 de 9 de julio; Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado; STS de 2 de marzo de 1983 y STS 5 de febrero de 1991).

BIBLIOGRAFÍA

Bernete, F.: «Opiniones de los jóvenes sobre las repercusiones sociales de las TIC», en Lorente, S. et. al., *Child & Youth Care Forum* 38, 3, 2004.

Cobo Del Rosa, M.: *Comentarios al código penal: segunda época*, Madrid, CESEJ, 2011.

Corcoy, M. y Mir, S.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010 (LA LEY. 962/2010) (LA LEY 13038/2010)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Dolz, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*», en *La Ley* 2565/2011.

Echeburúa, E., y Guerricaechevarría, C.: *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*, Barcelona, Ariel, 2000.

Gómez, M.: «Comentario al art.178 CP (LA LEY. 3996/1995)», *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

López, E.: «Abuso sexual: un problema desconocido», en J. Casado, J.A. Díaz y C. Martínez (eds.), *Niños maltratados*, Madrid, Díaz de Santos, 1997.

Machado, C.I.: «La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor. (Hacia una teoría unívoca)», en Pérez Álvarez, Fernando (ed.), *Temas actuales de investigación en ciencias penales*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009.

Martín, M.: «Delito de ciberacoso sexual», en AA.VV., *Memento experto: reforma penal 2010*, Madrid, Francis Lefebvre, 2010.

Morales, O.: *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información*, 2001.

<http://www.uoc.edu/in3/dt/20008/20008.pdf>

Peris, I.: «Explotación sexual comercial de la infancia y de la adolescencia: contextualización y consideración legal», en Ravetllat, I. (coord.), *Derecho de la persona*, Barcelona, Bosch, 2011.

Priego, V.: «La protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores en la red», en Jordá, E.: *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, Madrid, El Derecho, 2012.

Quayle, E. y Taylor, M.: «Child seduction and self-representation on the Internet», en *Cyberpsychology Behavior*, 4(5), 2001.

Quayle, E. y Taylor, M.: «Model of problematic Internet use in people with a sexual interest in children», en

Cyberpsychology & Behavior: The Impact of the Internet, Multimedia and Virtual Reality on Behavior and Society, 6 (1).

Tamarit Sumalla, J. M.: «Acoso sexual cibernético de menores de trece años», en Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi-Thomson. Reuters, Cizur Menor, 2010.