

## 6.1 Menores de edad

Es casi innecesario explicar las razones de la especial fragilidad de niños/as y adolescentes frente a las agresiones de las que son objeto en el entorno tecnológico. Son *nativos digitales* porque han nacido y crecido en la era digital tras la irrupción y vertiginosa expansión de las tecnologías y por ello poseen una habilidad innata para su uso que han llegado a ocupar un lugar central en su cotidianidad pues dependen de ellas para su actividad diaria, para relacionarse con los demás, para estudiar, divertirse, adquirir productos o contratar servicios, etc. De hecho, quienes integran la llamada *Generación Z o Millennial* en muchos casos ni tan siquiera son capaces de imaginar una forma de vida y de relación social al margen del entorno virtual.

Esa tendencia y habilidad natural para el uso de las TIC, y por ende su utilización masiva para cualquier clase de actuaciones y contactos, confluye inevitablemente con las limitaciones que les son propias, por su edad y falta de madurez, para prevenir los riesgos que asumen al mantener determinados contactos en la red o al «volcar» información sobre sí mismos en los foros o chats que habitualmente frecuentan, lo que les hace víctimas fáciles de quienes aprovechan esa permanente conectividad, y las posibilidades que les brinda el ciberespacio, para ocultar su verdadera identidad y entablar con ellos/as ilícitos contactos que pueden afectar muy seriamente a sus derechos y libertades y a su normal desarrollo y evolución.

Estas agresiones en el ciberespacio pueden ser de diversa naturaleza e incidir en bienes jurídicos distintos. Así, por ejemplo, es conocida la utilización de las TIC para la planificación y ejecución de acciones agresivas intencionadas y reiteradas entre menores –*ciberbullying*– así como sus graves consecuencias en quienes se ven afectados por ellas. Sin embargo, en esta área de especialización –responsable de actuar frente a delitos *online* cometidos por mayores de edad– la delincuencia respecto a menores ofrece en los actos contra su libertad e indemnidad sexual su vertiente más grave y preocupante.

Esta situación ha ido agravándose con el paso del tiempo, a medida que la penetración de las tecnologías en el tejido social se iba acrecentando, y ha encontrado en los últimos años un entorno claramente facilitador en las medidas de aislamiento derivadas de la pandemia. Las circunstancias no podían ser más favorables: los/las menores obligados al uso permanente de internet para toda clase de acciones, incluidas las actividades escolares, sus progenitores, tutores o guardadores, en ocasiones, más pendientes de la problemática sanitaria, económica o social que de los contactos *online* de sus pupilos, una buena

parte de la población adulta con más tiempo y sin otro medio de entretenimiento y/o diversión que el recurso al uso de las tecnologías y, por último, los cuerpos policiales y organismos estatales centrados esencialmente en atajar la pandemia y en proteger la seguridad y salud pública. Todo ello determinó –y así se refirió en la Memoria anterior– un aumento en la demanda y tráfico de pornografía infantil en la red y, por ende, un mayor riesgo para este colectivo de sufrir conductas de ciberacoso con el objetivo de elaborar material pornográfico o incluso de abusar sexualmente de ellos/as en el entorno virtual.

Ha de reconocerse que el preocupante repunte de las conductas relacionadas con la elaboración y tráfico *online* de material de abuso sexual infantil durante el confinamiento más severo se redujo de forma considerable con la progresiva vuelta a la normalidad de la vida social, pero el efecto perverso persiste y es perceptible el constante incremento de este tipo de conductas y –lo que es muy preocupante– una cierta tendencia a la normalización por parte de algunos menores –no necesariamente *menores maduros*<sup>3</sup>– de los contactos *online* de carácter sexual con adultos a cambio de compensaciones de carácter económico.

Este problema no es exclusivo de nuestro país, sino que tiene una clara dimensión transnacional. De ello es buen ejemplo la Comunicación remitida por la Comisión Europea en julio de 2020, en pleno periodo de pandemia, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Comités Económico y Social y de las Regiones, en la que ese organismo alertaba sobre la situación y sugería la elaboración de una estrategia europea para combatir de forma más eficaz el abuso sexual de menores, tanto en forma física como virtual.

Según dicho documento, Europa se ha convertido en el mayor centro mundial de actuaciones relacionadas con pornografía infantil, vergonzante récord que muy probablemente tiene como sustrato la realización en territorio comunitario de actividades de producción de dicho material, es decir, abusos sobre menores, parte de los cuales se planifican y ejecutan *online*. Así, en esa Comunicación se deja constancia del progresivo aumento en la UE de denuncias por abuso sexual infantil *online*, cuya cifra se ha incrementado con ocasión de la pandemia, hasta el punto de que se estima –según mención expresa en el texto de la comunicación– que actualmente en Europa uno de cada cinco niños/as es víctima de alguna forma de violencia sexual.

---

<sup>3</sup> Se entiende por menores maduros los menores comprendidos entre los 16 y 18 años de edad.

Esta situación se ve agravada por las dificultades cada vez mayores para la investigación de estos comportamientos. Los avances técnicos y científicos ofrecen cada día nuevas posibilidades para la transmisión de contenidos de forma segura y anónima: la mensajería instantánea, el cifrado de comunicaciones punto a punto, el uso de redes Tor o el sistema de almacenamiento de archivos en la «nube» que permite el acceso a los mismos sin previa descarga, son sin duda mecanismos que refuerzan la privacidad de las comunicaciones y de la navegación en el ciberespacio, pero que al tiempo constituyen serios obstáculos para la investigación criminal.

Además –y de nuevo hemos de señalarlo expresamente– la endémica carencia de medios personales y materiales en la lucha contra la ciberdelincuencia tiene en este ámbito unas consecuencias especialmente graves. Resulta imprescindible ampliar las unidades policiales dedicadas específicamente a esta materia y dotarlas de los mejores medios materiales –los más avanzados y sofisticados– y de la formación especializada que requieren para superar las dificultades técnicas que presenta la investigación de estos ilícitos; al igual que es necesario mejorar las capacidades en informática forense, dotando de mayores medios a los laboratorios de criminalística o policía científica y/o diseñando un sistema más adecuado y ágil en la elaboración de informes técnico-policiales o periciales. Asimismo, ha de impulsarse una actuación más ágil y eficaz de la Fiscalía y de los órganos judiciales, que aproveche al máximo los mecanismos legales de que se dispone y otorgue la prioridad necesaria a las diligencias de investigación imprescindibles en estos procedimientos para evitar dilaciones indebidas que ponen en riesgo la posterior disponibilidad de las evidencias del delito.

También se refiere expresamente a ello la Comisión Europea, en la citada Comunicación de julio de 2020, al promover un trabajo conjunto en el marco comunitario basado en la cooperación entre las autoridades policiales y judiciales de los distintos Estados y en el impulso de una mayor armonización normativa, que abarque tanto la definición de conductas delictivas como la articulación de técnicas de investigación que sean realmente eficaces para esclarecer este tipo de acciones criminales, tales como las relacionadas con la investigación secreta *online*, la infiltración policial o las que hacen factible el acceso a comunicaciones cifradas. En esta misma línea de acción, la propuesta europea apuesta por la creación de un Centro contra la explotación sexual de los/las menores, proyecto en el que ya se está trabajando y al que ya se han efectuado algunas aportaciones desde esta Unidad Especializada.

Plenamente conscientes de esta compleja situación, todos los que forman la Unidad de criminalidad informática presta una atención prioritaria a la investigación y persecución penal de estos ilícitos y a la defensa y protección de los/las menores afectados.

Así, en primer término, hace años se acordó que todos escritos de acusación en procesos penales por delitos de pornografía infantil fueran objeto de seguimiento y supervisión por la Unidad Especializada. Esta medida pretende facilitar la coordinación y unificación de criterios en esta materia, cuya complejidad es evidente no solo por las dificultades técnicas inherentes al esclarecimiento de estas conductas y la determinación de sus autores sino, también, por los problemas que frecuentemente plantea su calificación jurídica, dada la multiplicidad y variedad de sus manifestaciones y los inevitables concursos con otras figuras típicas, como los abusos o agresiones *online* a menores de edad o el *child grooming*. Esta línea de actuación ha permitido percibir las discrepancias jurídico-técnicas que iban surgiendo en la investigación y enjuiciamiento de estos ilícitos, analizarlas y reflexionar conjuntamente sobre ellas –aprovechando las Jornadas de Especialistas o cualquier otra oportunidad de trabajo en común– y, en definitiva, adoptar posturas definidas acerca de la respuesta penal adecuada, que posteriormente se hace valer ante los órganos judiciales, ya sea en fase de instrucción, al formular el escrito de acusación, o posteriormente, mediante la interposición de recursos frente a resoluciones judiciales discrepantes, dando lugar, de esta forma, a la consolidación de doctrina jurisprudencial sobre aquellos aspectos que son más controvertidos en esta materia.

Buen ejemplo de ello es el criterio establecido por el Tribunal Supremo, en recurso interpuesto por la Fiscalía de Tarragona, en Sentencia n.º 395/2021 de 6 de mayo, en la que, modificando la doctrina establecida hasta ese momento por el propio Tribunal, admite la posibilidad de apreciar la continuidad delictiva (art. 74 CP) en los supuestos en que un mismo sujeto activo elabora, en acciones sucesivas y separadas temporalmente, material pornográfico respecto de un mismo menor. O también el pronunciamiento claro y rotundo del mismo Tribunal en Sentencia STS 447/2021, de 26 de mayo, a instancias en esta ocasión de la Fiscalía de Valencia, acerca de la intensidad con que puede ejercerse la violencia y/o intimidación en el entorno virtual y de la idoneidad de los contactos *online* para la ejecución de actos de carácter sexual o de acciones que atenten contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona.

Por otra parte, son muchos los/as fiscales delegados/as que reflexionan, en las respectivas memorias provinciales (Girona, Alba-

cete, Ciudad Real, Toledo, Cáceres, A Coruña, Madrid, Murcia o Guipúzcoa, entre otros) sobre la labor que corresponde al Ministerio Fiscal como protector de los menores perjudicados, tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento de estos ilícitos. Así, es evidente la especial atención que desde la Fiscalía se está prestando a estas víctimas menores de edad, acompañándolas en todas las diligencias, asistiéndolas en sus declaraciones (art. 433 LECrim) y cuidando especialmente de sus derechos e intereses en el proceso. Particularmente, se refieren los fiscales al cuidado exigible en la práctica de la prueba preconstituida (art. 449 ter LECrim) en que la que procuran, de una parte, la adopción de todas las medidas de apoyo necesarias para evitar la victimización secundaria del afectado y, al tiempo, el cumplimiento de todos los requisitos legales que exige el artículo 449 bis LECrim a fin de garantizar la correcta preconstitución de la prueba y, por ende, conjurar el riesgo de una futura convocatoria del menor al acto de la vista ex artículo 703 bis párrafo último LECrim.

A su vez, la necesidad de garantizar la protección de los/as perjudicados por estas graves acciones criminales, de evitar que vuelvan a ser perturbados en el futuro por su agresor/a y de asegurar su ulterior evolución y desarrollo en condiciones de absoluta normalidad, lleva a prestar una particular atención a la solicitud y adopción de las medidas cautelares de prohibición de residencia, aproximación o comunicación, cuando resulten procedentes al amparo del artículo 544 bis LECrim, y/o de las correspondientes penas accesorias e inhabilitaciones especiales previstas en los artículos 57 y 192.3 del CP. Especialmente importante en estos casos, para evitar futuras conductas de similar naturaleza sobre los mismos u otros/as menores, es la inhabilitación que prevé el artículo 192.3 CP para el ejercicio de cualquier profesión, oficio u actividad que conlleve el contacto con personas menores de edad. También desde ese mismo planteamiento hemos de hacer mención a la solicitud de la prohibición de utilizar redes P2P o de acceder a determinados foros, al amparo de los artículos 57.1 y 48 del CP, cuando se estima procedente en atención a la reiteración por parte del acusado de este tipo de comportamientos.

Otro de los aspectos que se cuida de forma especial es el relativo a la destrucción del material pornográfico infantil, ya sea para confirmar su efectiva retirada de la red –actuación que normalmente se realiza de forma inmediata por los propios proveedores de servicios– ya sea para instar el borrado del material detectado en los dispositivos informáticos incautados, diligencia que se solicita sistemáticamente en todos y cada uno de los escritos de acusación. Precisamente, con el objetivo de solventar con mayor facilidad cualquier cuestión relacio-

nada con la retirada de la red de contenidos ilícitos de una u otra naturaleza por la Unidad Especializada, se han incrementado en los últimos meses los contactos con las representaciones de los proveedores de servicios, a fin de generar un espacio de colaboración y ayuda mutua que en definitiva revertirá en una mejor protección de los intereses de las víctimas de estos y de cualquier otro tipo de ilícitos.

Para finalizar ha de hacerse referencia, a los nuevos tipos penales incorporados al CP por la disposición final sexta de la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, *de protección integral de la infancia y adolescencia frente a la violencia*. Concretamente a los nuevos artículos 143 bis, 156 ter, 189 bis y 361 bis con los que se pretende atajar la difusión a través de las TIC de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o facilitar comportamientos que generan riesgos efectivos para la vida, salud e integridad física de menores de edad o personas con discapacidad o también de aquellos otros que incitan, fomentan o promueven la comisión de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los mismos. Estas nuevas figuras, particularmente las de los artículos 143 bis, 156 ter y 361 bis, responden a la necesidad de reforzar la protección de los integrantes de estos colectivos frente a quienes, por inexplicables razones, aprovechando su fragilidad y/o falta de madurez, intentan influir, sobre ellos/as para que realicen comportamientos en su propio perjuicio.

Aunque por el momento, no se dispone de experiencia efectiva en la interpretación y aplicación de estos tipos penales, la preocupación por las actividades *online* contra niños, niñas y adolescentes ha llevado a la Unidad a marcarse claros objetivos al respecto. En las últimas Jornadas de Especialistas, celebradas en noviembre del pasado año, se acordó hacer extensivo el trámite de supervisión de acusaciones por la Unidad Especializada a los escritos de calificación que se elaboren en el futuro sobre estos delitos. Con ello se pretende detectar de primera mano, y desde el inicio de su aplicación práctica, las cuestiones jurídicas que se vayan suscitando, así como recabar información detallada sobre todo ello, con el objetivo de poder elaborar en momento posterior algún documento de la Fiscalía General en el que se fijen los criterios esenciales que han de tenerse en cuenta en la aplicación práctica de estas nuevas figuras delictivas.