



**DELITOS DE ACOSO
EL ACOSO ESCOLAR O BULLYING. EL DELITO DE SEXTING
DEL ART. 197. 7 DEL CODIGO PENAL**

**José Javier Huete Noguera
Fiscal de Sala Coordinador de Menores**

**Curso: “Delitos de Acoso”
Fecha: 12 al 14 de marzo de 2018**

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN	3
1. PRELIMINAR.....	4
2. Acoso Escolar: Elementos	7
2.1. Concepto de acoso escolar.....	7
2.2. Bien Jurídico Protegido	9
2.3. TIPOS PENALES.....	10
2.3.1 Art. 173.1 Código Penal.....	11
2.3.1.1 Trato degradante.....	11
2.3.1.2 Resultado de menoscabar gravemente la integridad moral	
2.3.1.3 Norma Concursal.....	13
3.- Sexting	13
3.1. Introducción.....	13
3.2. Requisitos del tipo.....	15
3.2.1. Bien jurídico protegido	15
3.2.2. Naturaleza jurídica	15
3.2.3 Acción	15
3.2.4. Ámbito	16
3.2.4.1. Objetivo	16
3.2.4.2. Subjetivo	17
3.2.5. Conducta típica	17
3.2.6. Formas de participación	17
3.3. Tipos agravados	18
3.4. Concursos	19



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

Se pretende llevar a cabo un análisis de la situación actual desde la perspectiva penal del acoso escolar con expresa referencia a la posición de la Fiscalía General del Estado y de la afectación de las nuevas disposiciones legales recientemente publicadas con una visión específica desde la perspectiva de la justicia juvenil. Igualmente se analiza el delito de sexting a la luz de la doctrina de la Fiscalía General del Estado al respecto.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1. PRELIMINAR

La primera cuestión que se suscita ante el fenómeno del acoso escolar o Bullying, que se encuentra cada vez más presente en los medios de comunicación, hace expresamente referencia a la consideración que ha de darse al fenómeno, ya que es inevitable plantearse, incluso cuando la perspectiva que se emplee sea estrictamente jurídica, la trascendencia que el componente mediático tiene en el análisis del fenómeno.

Y es que no podemos olvidar que algunas de las propuestas que se formulan para plasmarlas en modificaciones legales, acuden de forma primordial, a la respuesta de carácter penal sobre las conductas de acoso escolar, y, más concretamente, a un endurecimiento de la respuesta, meramente retributiva, que consideran debe ofrecer el sistema de justicia juvenil.

Esta realidad viene a aceptar la falta de eficacia de otros mecanismos de control que debieran de materializarse antes de acudir al derecho penal, y en concreto al derecho penal de menores, admitiendo con ello que la respuesta penal no es que haya de ser la última instancia sino, por contrario, se convierte en la primera y, en muchas ocasiones, la única instancia a la que acudir para afrontar el problema, bajo el presupuesto de la seriedad y eficacia que comporta la perspectiva penal del mismo.

Este tipo de planteamiento es el que, a mi modo de ver, restringe innecesariamente el abordaje de la cuestión que precisa de una respuesta integral.

No creo que el hecho de que desde la perspectiva socio-educativa se detecten deficiencias notoriamente manifiestas, ello tenga que significar, como consecuencia inexcusable, el dar entrada al derecho penal como única respuesta adecuada al problema, y menos aún si esa opción se realiza, precisamente, desde el punto de partida de una información transmitida a la sociedad que, aún referida puntualmente a casos graves, no es la que contempla este problema desde una observación global del mismo, consideración ésta que se hace desde la perspectiva que aporta la visión que las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales reflejan en las memorias anuales en los últimos años.

Por otro lado, no es posible prescindir de un extremo que ya se refleja en la Instrucción 10/2005, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil que es el instrumento a través del que la Fiscalía General del Estado aborda las cuestiones referidas al acoso escolar, y que no es otro que la tensión percibida entre aquellos que consideran que gran parte de los hechos que se incluyen en el concepto de acoso escolar, son propios de la experiencia escolar y de la dinámica que surge en el entorno convivencial del patio del colegio, que no es otra cosa que un anticipo de la vida social, donde el niño va a tener que aprender a resistir y a defenderse haciéndose respetar, incluso llegando a responder y devolver los golpes, ya que se trata de una realidad que siempre ha existido dentro de los colegios, que no precisa ninguna respuesta penal, puesto que el mejor lugar de resolución para tales situaciones, es el propio centro educativo a través de la disciplina escolar, e incluso, como algo interno a resolver entre los propios alumnos y los padres.

Semejante planteamiento supone banalizar la intensidad y gravedad del problema, banalización que se manifiesta a través de expresiones que aluden a que esas conductas siempre han existido o son simples gamberradas y que no es malo que los niños se tengan que

enfrentar a estas dificultades, mientras que por el contrario se descalifican aquellas otras opiniones y noticias¹ por considerar que lo sobredimensionan generando una alarma innecesaria, de forma tal que cualquier acto mínimamente violento o intimidatorio que sufre el alumno en el ámbito escolar es calificado, sin más, como acoso escolar.²

Como acertadamente expresa la Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, no es posible errar en el diagnóstico y en la terapia de las patologías que afectan a la comunidad escolar de forma que negar, por relativizar el problema o magnificarlo, comporta un grave error.

Pese a que el término en castellano es lo suficientemente explícito -acoso escolar-, es lo cierto que ha hecho fortuna la utilización del vocablo anglosajón *bullying*. No está de más, siguiendo a García Ingelmo, Francisco Manuel³, hacer referencia a que su origen no responde al término anglosajón referido al *toro* (bull), sino que tiene su origen en un vocablo holandés (boel) cuyo significado curiosamente es *amante*, que fue progresivamente adquiriendo una connotación meramente peyorativa por su aplicación probable a los proxenetas y que, en nuestro idioma, viene a hacer referencia al arquetipo de rufián o chulo de burdel del que deriva también su acercamiento al concepto de matón, que ha dado lugar a la expresión de matonismo escolar, que viene a recoger gran parte del contenido engloba la expresión referida al acoso escolar.

No obstante, sí es necesario destacar que frente a lo que ha ocurrido en otros países, la preocupación por la materia en España, es de fechas recientes. *En efecto los primeros trabajos y estadísticas se llevaron a cabo en Noruega por Dan Olweus en 1973 en Bergen, y en 1983 este mismo estudioso realizó una estadística en toda Noruega sobre una muestra de 130.000 estudiantes, confeccionando otra nueva en el año 2001. En Reino Unido, siguiendo el cuestionario de Dan Olweus se verificó un primer estudio en 1985, existiendo un segundo en el año 2000; en Italia el primer estudio data del año 1996, llevándose a cabo nuevos estudios en 2001; en Francia hubo también dos estudios en la década de los 90, concretamente en 1996 y 1999. Por el contrario, como decimos, en nuestro país la preocupación por esta clase de hechos es mucho más reciente. El primer estudio es el del Defensor del Pueblo del año 2000, sobre una muestra de 3.000 estudiantes pertenecientes a 300 colegios públicos, privados y concertados. Los siguientes fueron el del Centro Reina Sofía (2005) y el llamado "Estudio Cisneros" (2006), si bien cuando estos dos últimos estudios aparecieron la preocupación por el tema estaba ya extendida y generalizada debido a la repercusión en la opinión pública del conocido como "Caso Jokin", la trágica muerte en Hondarribia, el 21 de setiembre de 2004, del adolescente que respondía a tal nombre, que dio lugar a las posteriores e importantes sentencias del Juzgado de Menores de Guipúzcoa y la de la*

¹ Es cierto que el tratamiento informativo del tema en muchas ocasiones no es muy afortunado ni ayuda a comprender la dimensión real del problema máxime cuando en muchas ocasiones se difunden imágenes de los padres y las propias víctimas bien sea de espaldas o con pixelación de la imagen por ser menores lo que dudosamente contribuye a paliar el problema existente y contribuye a alarmar y difundir en el propio entorno a situaciones que por ser humillantes demandarían una mayor delicadeza en el tratamiento informativo que es responsabilidad compartida de los medios de comunicación y de los padres de los afectados

² Dolz Lago, Manuel. Algunas consideraciones sobre acoso escolar. Curso nuevas formas de delincuencia juvenil (CEJ Málaga 14 a 16 de noviembre de 2007)

³ Ponencia Actuaciones desde la Fiscalía frente al acoso escolar. La instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado: soluciones extrajudiciales y medidas judiciales

Audiencia Provincial de 15-6-05 de Guipúzcoa, condenando a varios menores como responsables de delitos contra la integridad moral y la salud psíquica⁴.

Con posterioridad se han publicado numerosos trabajos y estadísticas, por diferentes Entidades, ONGs, Comunidades Autónomas, etc., destacando de los últimos: los informes de Save the Children (2015); los de la Fundación ANAR(2015 y 2016); o el Informe PISA 2015, que establece una comparativa entre los porcentajes de alumnos acosados en la OCDE con España, en el que se concluye que el porcentaje de alumnos que sufrían acoso escolar en España se sitúa en el 6% frente a la media de 8,9% del resto de la OCDE.

Resulta cuando menos llamativo en estos estudios, la disparidad de resultados que ofrecen. A la hora de buscar las razones para ello, parece que el elemento de distorsión no es otro que la diferente concepción de lo que ha de considerarse acoso. No parece que los actos de maltrato aislado o las injurias de menor entidad puedan ser considerados de igual forma y manera que los maltratos reiterados o agresiones reiteradas en el tiempo; que aquellas expresiones verbales injuriosas y los actos de agresión que sean ejecutados en grupo, o cuando alguna de tales acciones tiene una capacidad de humillación especialmente intensa, ni respecto de los supuestos en los que todos o cualesquiera de sus comportamientos, se ejecuten y se difundan a través de redes sociales o medios de carácter tecnológico.

Es interesante la referencia que García Ingelmo hace ya desde el año 2009⁵, en el sentido de *que no es un fenómeno que se encuentre más extendido hoy en día, dentro de los centros escolares, de lo que pudiera estarlo hace veinte o treinta años en cuanto a número de casos (aunque obviamente y por lo dicho antes las únicas estadísticas datan de la presente década), pero sí que los casos que se pueden producir de violencia y vejaciones entre iguales en el entorno escolar, presentan, con cierta frecuencia, un carácter especialmente virulento, a lo que contribuye, en no pocas ocasiones, la grabación y difusión de estas conductas por sus propios protagonistas a través de medios telemáticos (teléfonos móviles, cámaras digitales, videos en internet, amenazas a través de la red...), lo que supone, un plus de vejación y humillación para las víctimas. Este tipo de conductas, además, las podríamos enmarcar dentro de un fenómeno más amplio y preocupante, que se viene constatando en las Fiscalías de Menores, cual es el de la proliferación, cada vez más, de conductas de “violencia gratuita” por parte de adolescentes. Traigo a colación y cito literalmente, por su interés, el siguiente párrafo de la Memoria del año 2005 correspondiente a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: “En el ámbito de los ilícitos penales que afectan a la integridad de las personas es de resaltar que el año 2005 ha supuesto un incremento notable del número de causas incoadas por delitos de “lesiones”; en efecto, frente a 1.789 causas incoadas por tal concepto en el ejercicio anterior, durante el 2005 se han incoado un total de 2.159, lo que supone un alza del 20,70 %. Esta cifra se compadece perfectamente con la sensación personal percibida por los Fiscales de Menores en el desempeño de la labor diaria sobre la creciente virulencia que despliegan los infractores menores de edad en sus conductas; alcanzando una preocupante cota de violencia gratuita que evidencia el desprecio por el valor intrínseco de la vida humana, llegándose al extremo de proliferar*

⁴ García Ingelmo, Francisco Manuel, Curso de Formación “MENORES Y DELINCUENCIA JUVENIL”. FUNDACIÓN DIAGRAMA. TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA/ACOSO ESCOLAR EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL. Madrid, octubre 2009

⁵ García Ingelmo, Francisco Manuel (obra citada)

comportamientos agresivos contra las personas generados por el mero deseo de filmarlos en soportes electrónicos, o bien con la simple y perversa intención de buscar los propios límites de la crueldad del agente. Y en parecido sentido, en la Memoria de 2006 se vuelven a repetir análogas consideraciones: “Tal y como hemos expuesto en múltiples ocasiones, hemos resaltado la persistencia creciente de un fenómeno criminológico sumamente alarmante, nos referimos a la virulencia o agresividad gratuitas desplegadas por los menores en sus conductas delictivas, guiadas múltiples veces por la ausencia de un verdadero móvil de aprovechamiento del delito a excepción de aquel representado por la búsqueda de los propios límites del sujeto en el ejercicio de la crueldad, así como la gratuidad de la violencia innecesaria desplegada en sus acciones, significando una preocupante ausencia de valores humanos en capas sociales y sectores juveniles de la sociedad actual; decimos “violencia gratuita” en tanto en cuanto que no parece responder ni a objetivos estratégicos ni a verdaderas situaciones de marginalidad o desarraigo social; en suma es una violencia gratuita y, en este sentido, lúdica ya que se despliega como simple juego del menor irreflexivo, aunque también puede estar revestida de violencia “identitaria” en tanto que es la manifestación externa de una búsqueda de la propia identidad grupal, sin verdaderas connotaciones ideológicas, que adquiere para esos jóvenes infractores carta de naturaleza como modelo de identificación, hasta el punto que el ejercicio de la violencia se inicia como meramente instintivo y deviene, posteriormente por su repetición, en un verdadero modo de vida con sistemática y estrategia organizadas (v. gr. las bandas latinas, los grupos skins y otros similares). Y es aquí, en este contexto, en definitiva, en el que se enmarcan buena parte de las situaciones de acoso escolar y otros fenómenos de delincuencia juvenil cada vez más preocupantes como los aludidos en las Memorias de la violencia desplegada por bandas juveniles organizadas o los casos -cada vez más frecuentes- de maltrato familiar de menores sobre sus padres.

2. ELEMENTOS

2.1. Concepto de acoso escolar

Cómo se ha indicado antes la Fiscalía General del Estado ha abordado las cuestiones referidas al acoso escolar en la instrucción 10/2005.

En la misma, ya se establece la necesidad de deslindar el acoso escolar de los incidentes violentos aislados y ocasionales entre alumnos o estudiantes y que ya apunta a las características esenciales de la conducta.

Es, por tanto, característica fundamental del acoso escolar, aunque en algunas ocasiones puede no concurrir, la continuidad en el tiempo.

No podemos olvidar el entorno al que se hace referencia -el entorno escolar-, dónde los alumnos o estudiantes se encuentran en un plano de igualdad y ese plano de igualdad debería ser el determinante para establecer las relaciones entre los mismos. Las conductas que integran el acoso escolar vienen a romper ese plano de igualdad para introducir unos aspectos extraños a ese entorno y que incorporan situaciones de desequilibrio de poder, dominación y sumisión.

Las conductas que se integran en el concepto de acoso escolar se conforman mediante actos concretos de agresión física, amenaza, insulto, vejación, coacción, aislamiento de la víctima, etc., conductas todas ellas que tienen un componente común, es decir, son actos agresivos sean de la naturaleza que sean -físicos, verbales, psicológicos etc.- y en los que subyace siempre una voluntad y un deseo de amenazar, asustar e incluso lesionar

Es preciso tener presente en este ámbito, la perspectiva que aporta la Convención de Derechos del Niño que impone a los Estados determinado tipo de obligaciones especialmente en su artículo 3 en el que se establece la obligación del Estado de asegurar que cualesquiera servicios o establecimientos encargados del cuidado de los niños o de su protección cumplan las normas establecidas por la autoridad competente especialmente en materia de seguridad adoptando las medidas legislativas administrativas sociales y educativas que sean necesarias para proteger al niño contra cualquier forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación, incluido el abuso sexual, en tanto en cuanto el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de los representantes legales o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo como exige el artículo 19⁶, adoptando toda aquella medida que se adecua para velar porque la disciplina escolar se administra de forma compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la propia Convención de Derechos del Niño.

Por su parte, la Constitución Española proclama y establece el derecho fundamental a la educación en el artículo 27 que ha de perseguir el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales criterios que se recogieron en la Ley Orgánica de ordenación general del sistema educativo de 1990 en una definición programática dirigida al desarrollo de la capacidad de los niños para ejercer de manera crítica y en una sociedad plural la libertad la tolerancia y la solidaridad, que requiere la desaparición en cualquier centro educativo, de comportamientos de acoso escolar en cuanto que tales comportamientos implican necesariamente la frustración de ese objetivo básico de transmisión de valores que hagan posible la vida en sociedad mediante el respeto de los derechos y libertades fundamentales, el respeto a los bienes jurídicos ajenos mediante la instauración de hábitos de convivencia democrática y de respeto mutuo que permitan excluir cualquier tipo de discriminación y desigualdad, a la vez que se impide igualmente de forma radical el reconocimiento a cualquiera de los alumnos de sus derechos básicos entre los que se encuentra el que se respete su integridad y dignidad personal y se le protege frente a cualquier tipo de agresión física o moral.

En la recomendación número 702 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, se proclama que la noción de castigo no es el eje principal de actuación, sino que se contempla con carácter subsidiario, destacándose, por el contrario, que la respuesta adecuada es la preventiva y que ha de centrarse en la disciplina escolar que es el ámbito más adecuado donde resolver estos conflictos.

⁶Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904.

La Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado, asume tales criterios y proclama el criterio de subsidiariedad, sin desconocer la diversidad de conductas y circunstancias que pueden concurrir, extremo que determinante para que indique como principios generales qué mientras las manifestaciones más graves de acoso justificaran sobradamente la intervención de la jurisdicción de menores, las derivaciones de acoso soterrado tales como la exclusión social (el mero hecho de poner mote, hablar mal de un compañero, esconderle las cosas, etc.), tendrán su campo de solución más adecuado en el propio ámbito educativo escolar y familiar sin que ello implique nivel alguno de tolerancia, antes al contrario, cuando las mismas sean objeto de denuncia, la Fiscalía habrá de atender a su contenido aunque se podrán contemplar otro tipo de soluciones (derivadas del ejercicio del principio de oportunidad: desistimiento del art. 18 LORPM; sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa extrajudicial (art. 19 LORPM; sobreseimiento del expediente a instancia del Equipo Técnico conforme al art. 27.4 LORPM) tras la investigación que se realice en su caso.

2.2. Bien Jurídico Protegido

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral, pero si puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad". La STC 120/90 de 27.6 sirve de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE. garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular", así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia. Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el

Tribunal Constitucional viene vinculando la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de "incolumidad e integridad o inviolabilidad personal.

El Tribunal Supremo en la Sentencia 3.10.2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la 'integridad moral' y proscribire con carácter general los 'tratos degradantes'. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto"» (STS 2ª - 30/09/2009 - 1935/2008).

2.3 TIPOS PENALES

Algunos autores⁷ se ha sostenido la necesidad de introducir un nuevo tipo penal consistente específicamente en el delito de acoso escolar. Sustenta esa propuesta en atención a la evolución legislativa de tipos penales como los referidos a la violencia de género o doméstica⁸, considerando que con este nuevo tipo de delito de acoso escolar se ganaría en seguridad jurídica al tiempo que se garantizaría la prevención general tan necesaria para estas conductas todavía no valoradas socialmente de forma suficiente como intolerables, constituyéndose un instrumento más eficaz en la lucha por la erradicación de estos hechos y en defensa de la dignidad humana, especialmente de los más débiles, como son los menores víctimas de esta rechazable patología escolar.

Pese a tales opiniones y a la toma de postura en tal sentido por algún partido político, ello no se ha plasmado en las reformas legislativas llevadas a cabo en el Código Penal en los últimos años. Así, la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010 aborda en su exposición de motivos en el apartado XI, las modificaciones que se introducen en el ámbito de los delitos de tortura y contra la integridad moral, destacando que mediante la reforma se procede a la incriminación de las conductas de acoso laboral, precisando que se entiende por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional, que humilla al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad, incorporándose en el tipo penal aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas; igualmente incorpora, conforme se destaca la exposición de motivos en referencia a la proliferación de conductas acosadoras en el ámbito de la esfera de la vivienda, el denominado acoso inmobiliario pretendiendo con ello tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte

⁷ DolzLago, Manuel. Curso La infracción penal en el ámbito escolar: diversos tipos de acoso en la legislación vigente. Vitoria Gasteiz 11 y 12 de mayo de 2006

⁸ Si atendemos a la evolución legislativa de tipos penales como el del artículo 153 del Código Penal sobre la violencia de género doméstica en el que se elevan a la categoría de delito lo que anteriormente solo eran faltas o infracciones leves, para una mayor persecución y erradicación de estas conductas que se valoran como una auténtica lacra social a la lista de sus perniciosos efectos no ofrece dudas un pronóstico de similares características para el fenómeno del acoso escolar, el cual debería venir la categoría de delito desde una tipificación específica.

del propietario o inquilino frente a los ataques dirigidos a obligar tanto a unos como a otros a abandonarla para así alcanzar en la mayoría de los casos objetivos especuladores.

Posteriormente, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 expresa en su exposición de motivos en el apartado XXIX, que dentro de los delitos contra la libertad se introduce un nuevo tipo penal de acoso, destinado a ofrecer una respuesta a aquellas conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas y que se refiere a todos aquellos supuestos en los que sin llegar a producirse necesariamente el anuncio, explícito o no, de la intención de causar algún mal o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima, se producen, no obstante, conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscabe gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas y otros actos continuos de hostigamiento.

2.3.1.- Art. 173.1 Código Penal

La instrucción 10/2005 lleva a cabo un estudio en profundidad del tipo del delito contra la integridad moral contemplado en el artículo 173.1 del Código Penal qué es el tipo penal donde deben seguir subsumiéndose los supuestos de acoso escolar sin que a ello obste las reformas del Código Penal operadas por la Ley Orgánica 1/2015 salvo respecto a dos aspectos que posteriormente se analizarán.

El artículo 173.1 del Código Penal debe su actual redacción a las modificaciones introducidas con arreglo al artículo primero número 8 de la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, sancionando el precepto a aquel que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral estableciendo la pena de prisión de seis meses a dos años.

Los requisitos para que una conducta de “acoso escolar” pueda ser tipificada como el “delito contra la integridad moral” del art. 173-1 del CP son:

2.3.1.1. Trato degradante.

Con carácter general esa conducta comportara una cierta permanencia o reiteración de actos, que pudieran aisladamente ser leves o tipificarse como delitos leves de amenazas (art. 171.7 CP), las derogadas faltas de vejaciones (antiguo art. 620 CP, anterior a LO 1/2015) o malos tratos (art. 147.3 CP), pero que en su conjunto y por su repetición humillan y envilecen a la persona contra la que van dirigidos. Puede, no obstante, ocurrir, que exista un solo acto que, aún aislado, sea de una intensidad relevante tal que lo haga especialmente cruel o humillante. Los ejemplos son abundantes en la jurisprudencia.

>SAP Orense, 18/03/2011, nº 118/2011: “...el delito contra la integridad moral que recoge el art. 173.1 del Código Penal, sanciona aquellas conductas que suponen un trato contrario a la dignidad humana y una vulneración de los derechos que el ser humano tiene como tal, constituyendo un menoscabo moral a la víctima al punto de humillarla gravemente. Y en el presente caso, la consideración de las circunstancias personales de la víctima, de tiempo y lugar,

piénsese que se está en un Centro de Menores que excede con mucho del ámbito escolar, que las ofensas fueron reiteradas y no meramente ocasionales y aisladas y finalmente que recayeron en una persona con un importante retraso psíquico, dotan de la necesaria nota de la gravedad, al acoso, insultos y amenazas a la víctima, infligiendo a éste un acoso crónico que puede reputarse como trato degradante que comportó una humillación en el menor que afectó a su dignidad humana, razones estas que llevan a convenir a la sala con la Juzgadora, en la calificación jurídica articulada en la sentencia apelada”.

> SAP Castellón, sec. 1ª, nº 61/2017, de 10-2-2017, Pte: Solaz, Esteban

“...La Juez a quo, por su parte, cumpliendo el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), expone, con detalle y ordenadamente, las razones de su convicción inculpatoria contra el recurrente Juan Pablo, de modo particular por el testimonio de la víctima Edemiro que relata las burlas sistemáticas, el maltrato físico y verbal reiterado a lo largo de todo el curso 2014-2015 por parte de Estanislao y del menor ahora recurrente (llamándole "cara de rata" y "joker", empujones cuando bebía, collejas propinadas en el patio, lanzamiento de objetos como bote de tipex y otros insultos y burlas semejantes), testimonio de la víctima que viene corroborado por multitud de datos objetivos periféricos que constituyen verdaderas pruebas directas de su comisión, como lo son: a) el testimonio de los menores Everardo, Florentino, Ismael y Jorge relatando los diversos sucesos en que los menores acusados se burlaban de Edemiro y lo maltrataban física y verbalmente, sin que se tratara de bromas; b) el informe médico forense (F.205) dictaminando la credibilidad de las manifestaciones de Edemiro describiendo los hechos sufridos; c) el informe elaborado por Oscar concluyendo que el menor Edemiro había sido molestado en diversas ocasiones y que posiblemente algunas de las conductas descritas en las quejas han sido infracciones intolerables de las normas de convivencia del centro educativo; d) el testimonio del trabajador social Teodosio manifestando cómo la madre de Edemiro le manifestó que sufría acoso escolar y dio los nombres de los autores, entre ellos el menor Juan Pablo; e) el testimonio de la psicóloga Marí Trini, que trató al menor a partir del 30.04.2015, manifestando que el menor fue refiriendo las distintas situaciones de acoso en el centro escolar y la intervención en ellas del menor Juan Pablo; y f) el informe médico forense dictaminando que el menor Edemiro presenta en la actualidad un "leve afecto depresivo" y la existencia de "una relación causal entre los hechos que motivan este procedimiento y el estado mental del menor"(...)

(...)La Juez de Menores impuso la medida de libertad vigilada de doce meses al menor Juan Pablo en atención a la entidad y naturaleza de los hechos y su gravedad, en cuanto que se subsumen en un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP que lleva consigo una penalidad para los mayores de edad de prisión de seis meses a dos años, y a esta medida le añadió como contenido específico la asistencia a recurso formativo y/u ocupacional con aprovechamiento para atajar el bajo rendimiento académico del menor con pocas actividades organizadas que tenía el mismo, para así garantizar un control de las actividades formativas y lúdicas del menor.

Por todo ello, la Juez de Menores consideró más adecuada la imposición de la medida de libertad vigilada que la de amonestación -limitada ésta a las faltas, hoy delitos leves-, con razones que la Sala estima correctas y ajustadas a Derecho en orden a redundar en el interés del menor...”

Puede, no obstante, ocurrir, que exista un solo acto que aún aislado, sea de una intensidad relevante tal, que lo haga especialmente cruel o humillante. Los ejemplos de esto último abundan también en la jurisprudencia (así la STS de 29-9-98, citada por VILLEGAS FERNÁNDEZ, Jesús Manuel, que condena por delito contra la integridad moral –amén de por detención ilegal y otras infracciones- a un individuo que ata a otro, le baja la ropa interior, le coloca un preservativo que dice infectado de sífilis, le golpea con un bate de béisbol y le obliga a que le relate los pormenores de los encuentros sexuales con su mujer.

Recientemente, por poner otro ejemplo más cercano, ha habido una condena por un Juzgado de Menores de Madrid por detención ilegal, robo violento y delito contra la integridad moral, a varios menores que retuvieron a otras dos contra su voluntad por más de una hora, tiempo durante el cual les despojaron de algún efecto, se burlaron de ellas tirándoles de la camiseta hacia abajo descubriendo sus sujetadores mientras uno de los asaltantes filmaba con una cámara digital...)

2.3.1.2 Resultado de menoscabar gravemente la integridad moral.

Debe existir una cierta intensidad aquí también cuanto ese resultado de humillar, generar sentimientos de terror o angustia en la víctima, debiendo estar en cada caso a las circunstancias personales de la misma.

2.3.1.3 Norma Concursal

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 177 CP, si además del atentado a la integridad moral penado en el art. 173.1, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se calificarán también los hechos conforme a los tipos correspondientes

Ha de hacerse una referencia al tipo de la inducción al suicidio del art. 143.1 del CP, contemplando la hipótesis de que supuestos graves de acoso escolar desemboquen en el suicidio de los acosados.

La Instrucción 10/2005 recuerda, la rigurosa interpretación que debe mantenerse de tal tipo penal, pues no basta para aplicarlo que exista una relación de causalidad entre los actos de acoso y el suicidio, sino que es necesario además el elemento intencional por parte de los acosadores de provocar que la víctima se suicide.

Es por eso que no se ha aplicado tal tipo en los únicos dos casos enjuiciados víctima en que al acoso siguió el suicidio de la víctima:

3.- SEXTING

3.1. Introducción.

La viralidad, globalización y omnipresencia de las TICS hace que la pérdida de control de una imagen (sobre todo si ésta es comprometida) genere ciertos peligros: uso indebido de la imagen para fines muy distintos a los iniciales, pérdida de autoestima, lesión en la reputación de la víctima, daño a su imagen, problemas y desordenes emocionales, afectivos y psicológicos, exclusión social, vergüenza, remordimiento..., a los que se añaden otros daños: pérdida de credibilidad, vulneración de la dignidad, estigmatización, limitación del desarrollo de la libre personalidad...

El nuevo tipo penal se incardina sistemáticamente el Título X " delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio" y más concretamente en el Capítulo Primero, bajo la rúbrica "del descubrimiento y revelación de secretos", dando cobertura legal a esta figura en el ya mencionado apartado 7 del artículo 197 de dicho Cuerpo Legal.

El precepto debe su actual redacción a la reforma operada conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El preámbulo de la referida ley orgánica, concreta en su apartado XIII, las razones que sobre las que se asienta la reforma, indicando que *Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, con el fin de solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas*. Previamente, en el último párrafo del apartado I del mismo preámbulo, *buena parte de las modificaciones llevadas a cabo están justificadas por la necesidad de atender compromisos internacionales. Así, la reforma se ocupa de la transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; 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; de la Directiva 2011/36/UE, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; de la Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal; y de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea...*

Toda vez que art. 197 contemplaba como delito, por un lado, el apoderamiento de cartas, papeles, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos de naturaleza personal de la víctima y, por otro lado, la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, sea cual fuere la naturaleza y la vía de dicha comunicación interceptada, requiriendo en ambos supuestos la falta de consentimiento de la víctima.

A ello se refiere el apartado 1.2 de la Circular 3/2017 sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuando indica que *Es este un precepto con el que el*

Legislador pretende hacer posible la respuesta penal ante determinadas conductas asociadas con frecuencia, aunque no necesariamente, a supuestos de ruptura en relaciones de pareja o de amistad, que se ven favorecidas por la potencialidad que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) para el copiado y difusión de imágenes y contenidos. Este tipo de conductas, que se están detectando con relativa frecuencia, resultaban hasta ahora difícilmente encuadrables en el art. 197 CP en su redacción previa a la reforma analizada, porque el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones audiovisuales que posteriormente iban a difundirse se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resulta vulnerada. Por el contrario, lo que caracteriza a los supuestos que nos ocupan es que las imágenes/grabaciones se obtienen con la anuencia de la persona afectada, sobre la base, generalmente, de una relación de confianza, disponiéndose después de ellas, en perjuicio de la víctima, muchas veces por motivos de venganza o despecho.

El precepto sanciona con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal e íntimo determinado y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad, pretendiendo, así, superar las limitaciones de la regulación vigente para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea.

3.2. Requisitos del tipo:

3.2.1. Bien Jurídico Protegido

La inclusión del precepto en el Título X Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en su Capítulo Primero, del descubrimiento y revelación de secretos, nos sitúa en la referencia a la protección de la intimidad individual como bien jurídico protegido, por más que la referencia a secretos implique algo de mayor entidad como conocimientos solo al alcance de unos pocos, pero que en todo caso deben estar vinculados a la intimidad en cuanto que la finalidad protectora del tipo no es otra que la intimidad.

3.2.2. Naturaleza jurídica.

Se trata de un delito únicamente perseguible a instancia del agraviado o de su representante legal, tal y como establece el art. 201 CP, por lo que únicamente podría denunciar el hecho quien no habiendo autorizado la distribución se hubiera visto perjudicado por la misma.

3.2.3. Acción:

La acción consistente en difundir, revelar o ceder a terceros, se refiere a imágenes o grabaciones audiovisuales.

La expresa referencia a imágenes o grabaciones audiovisuales de otra persona, suscita la cuestión referida a su ámbito, ya que por grabaciones audiovisuales, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, han de entenderse aquellas que se refieren conjuntamente al oído y la vista, o los emplea a la vez, de forma que se trataría de contenidos perceptibles únicamente por la vista, o por la vista y el oído, interpretación que conduciría a la exclusión de la difusión de otro tipo de contenidos, como, por ejemplo, mensajes de voz o textos escritos, obtenidos con la anuencia de la víctima.

No es este el criterio que se sostiene por la FGE que destaca como *el legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión in consentida de contenidos, en cualquiera de estas formas* (contenidos perceptibles por la vista, conjuntamente por la vista y el oído, y aquellos que no mediando imágenes se perciben por el oído) *es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado. (Conclusión 2ª)*

A esos efectos, es indiferente que las imágenes o grabaciones hayan sido tomadas directamente por quien luego las difunde o por la propia víctima, lo importante es que la persona afectada haya consentido en que dichas imágenes/grabaciones estén en poder o a disposición de quien posteriormente las utiliza de forma indebida.

3.2.4 Ámbito:

3.2.4.1 Ámbito Objetivo

Las imágenes o grabaciones audiovisuales, en el sentido citado, requieren que su obtención se haya realizado en un ámbito espacial específico: *en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*. El lugar de realización o grabación, resulta así un elemento esencial en cuanto hace referencia a un espacio de intimidad, espacio físico que se excluye por la víctima en ese momento del conocimiento de terceros.

Si bien el concepto domicilio no ofrece dificultad pues jurisprudencialmente se ha abordado en múltiples ocasiones, siendo ejemplo las SSTS nº 731/2013 de 7 de octubre, con cita de otras muchas, al indicar que este concepto ha de entenderse de modo amplio y flexible ya que trata de defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona, debiendo interpretarse a la luz de los principios que tienden a extender al máximo la protección a la dignidad, a la intimidad de la persona y al desarrollo de su privacidad a través de la cual proyecta su “yo anímico” en múltiples direcciones. Entendido en este contexto, el domicilio es el reducto último de la intimidad personal y familiar (SSTC nº 69/1999 de 26 de

abril y 283/2000 de 27 de noviembre, entre otras); y, a tal fin es indiferente que se trate del correspondiente a la víctima, al agresor o a un tercero.

Sin embargo, la referencia a *cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, puede ser compleja.

La Circular FGE 1/2017 señala al respecto que Más dificultades ofrece, dada su imprecisión, la expresión otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros que puede generar problemas importantes a efectos probatorios. En teoría podría incluirse en esta expresión cualquier lugar cerrado, como una habitación de hotel o un local comercial no abierto al público, o también un lugar al aire libre, si bien en este caso habría que acreditar que reúne garantías suficientes de privacidad de tal forma que pueda asegurarse que las escenas/imágenes, captadas o grabadas, lo fueron en un contexto de estricta intimidad y sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas. En ese sentido el concepto tercero habría que entenderlo referido a personas ajenas al acto o situación objeto de grabación, pues es obvio que en dichos acontecimientos pueden intervenir más de una persona y resultaría incongruente entender que el precepto es de aplicación únicamente en los supuestos en que en las escenas objeto de captación intervienen exclusivamente la víctima y quien después dispone de ellas.

En definitiva, lo que el Legislador parece que ha pretendido con esta expresión es dejar constancia de que las imágenes que posteriormente se difunden tenían, en su origen, un carácter estrictamente privado -aunque no necesariamente con connotaciones sexuales- y que por las condiciones en que se obtuvieron -con anuencia de la víctima-, de no haber infringido el responsable criminal el deber/compromiso de sigilo o confidencialidad contraído implícitamente con la víctima, dicho carácter estaba asegurado. El problema, no obstante, es que la fórmula empleada por el Legislador para definir esta situación de privacidad o intimidad resulta en sí misma excesivamente cerrada y puede plantear dificultades prácticas en orden a su acreditación.

La Conclusión 3ª de la misma concluye que ha de entenderse la referencia a *un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*, en el sentido de cualquier lugar cerrado o también un lugar al aire libre si se acredita que reúne garantías suficientes de privacidad para asegurar que la captación de las escenas/imágenes se efectuó en un contexto de estricta intimidad sustraído a la percepción de terceros ajenos a ellas.

3.2.4.2 Ámbito Subjetivo

La referencia del tipo a *terceros* ha de entenderse en el sentido de aquellas personas ajenas al acto o situación objeto de grabación. Pueden intervenir más de una persona y no es admisible una interpretación que restrinja la aplicación del tipo penal únicamente en los supuestos en que en las escenas objeto de captación intervienen exclusivamente la víctima y quien después dispone de ellas, siendo, por tanto, terceros aquellas personas ajenas al círculo íntimo en el que se han obtenido las imágenes.

Serán víctimas o afectados, aquella o aquellas personas cuya intimidad se vea menoscabada por la cesión o distribución in consentida de las imágenes que protagonizan o en las que se encuentran reflejadas. Si las personas que aparecen en las imágenes fueran varias la

difusión solo sería atípica si hubieran accedido a la misma todas y cada una de las personas que figuran en la imagen o grabación.

3.2.5. Conducta típica:

La conducta típica consiste en difundir, revelar o ceder tales contenidos sin la autorización de la víctima, falta de autorización que requiere una concreción ad casum, resultando relevantes las circunstancias concurrentes, no requiriendo negativa expresa, sino que será suficiente la inexistencia de autorización que incluye aquellos casos en los que la víctima desconoce la posterior utilización o cesión de aquellos contenidos.

3.2.6. Formas de participación:

La difusión, revelación o cesión de las mismas a terceros, puede ser muy variada (redes sociales, Internet, WhatsApp, SMS, mail, mensajería instantánea, Line o similares...). Son apreciables dos tipos de conductas:

- a. la del receptor inmediato o destinatario de la imagen o grabación, o que había protagonizado o sido parte de la captación o grabación del vídeo o imagen y difunde la imagen sin el consentimiento de la víctima.
- b. la de los terceros receptores a los que se haya reenviado o "rebotado" la imagen o grabación, y éstos a su vez las difunden a otros, sin consentimiento de la víctima.

A esta segunda conducta se refiere la Circular indicando que dadas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de reenvío en forma casi instantánea de imágenes o grabaciones a un número ilimitado de personas -de lo que el llamado retuiteo es un excelente ejemplo-, necesariamente debe plantearse si el responsable criminal de esta conducta sería solo quien habiendo obtenido directamente la imagen íntima la difunde después, sin contar con la autorización de la víctima, o también todos aquellos que habiendo recibido dicha imagen como consecuencia del primer envío, o de una sucesión de ellos, la distribuyen a su vez a otras personas.

Aparentemente, el precepto parece referirse únicamente a aquel que inicia la cadena de difusión, pues es el único que habría obtenido con su anuencia (de la víctima) la imagen o grabación comprometida y además el único que -precisamente por ello- es plenamente consciente de esa circunstancia y de que carece de autorización para su difusión.

Los supuestos de coautoría, cooperación necesaria, inducción o complicidad, resultan igualmente sancionados cuando en la planificación y desarrollo de esta acción hubieran intervenido, de mutuo acuerdo, más de una persona, cada una de las cuales haya actuado en una u otra fase de la actividad criminal, respondiendo todos ellos por la acción en su conjunto.

Respecto de quienes sin haber participado en la obtención de la imagen o grabación -bien sea directamente o en cooperación con quien la obtuvo- realiza ulteriores transmisiones a terceros a sabiendas de que la difusión se está llevando a efecto sin contar con la autorización de la víctima, no concurren las exigencias que el tipo penal exige, sin embargo es aplicable el delito contra la integridad moral previsto y penado en el art. 173.1 del CP, si concurren los

requisitos de dicho tipo penal y concretamente cuando dicha publicitación lesiona de forma grave la integridad moral de la persona afectada.

A tal criterio se refiere la Conclusión 5ª de la Circular de la FGE precitada.

Esta misma posibilidad podría también ser tenida en cuenta respecto del propio autor de la conducta que es objeto de examen en aquellos supuestos en que la difusión in consentida lesione no solo la intimidad del afectado, sino que también, por la naturaleza de las imágenes difundidas, produzca una grave afección en la integridad moral de la persona concernida. La situación concursal generada como consecuencia de ello habría de resolverse sobre la base del art. 8.4 CP, por lo que sería de aplicación el art. 173.1 del CP que castiga la conducta con pena más grave, privativa de libertad de seis meses a dos años.

3.3. Tipos agravados

Se contemplan en el tipo una agravación de la pena, que se impone en su mitad superior, en los siguientes supuestos:

- a. Cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a él (a la víctima), por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- b. Cuando la víctima fuera un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.
- c. Cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa.

3.4. Concursos

Procede examinar los casos de posible concurrencia de este ilícito, especialmente el caso señalado en el subtipo agravado referido a víctimas menores o con capacidad necesitada de especial protección, con los delitos sancionados en el art. 189 CP cuando las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas merezcan la consideración de material pornográfico, de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto en su actual redacción, concepto en cuya interpretación habrá de tenerse en cuenta lo establecido en la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015.

En estos supuestos se produciría un concurso ideal entre el delito que se examina, art. 197.7, párrafo 2º y el art. 189.1º a) -con aplicación del art.189 2ª a) si la víctima fuera un menor de 16 años- todos ellos del CP, a penar de conformidad con el art. 77.2 del mismo texto legal dado que, como bien se explicaba en la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado, la acción ilícita, no solamente lesiona la intimidad del afectado, cuya imagen se difunde sin su autorización, sino que pone también en peligro la indemnidad sexual de los menores, genéricamente considerados, como bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil⁹.

⁹ Criterio establecido en la conclusión 7ª de la Circular 3-2017 sobre reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos.



Centro de
Estudios
Jurídicos