



FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE *ONLINE CHILD GROOMING*
DEL ART. 183.TER.1º DEL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL**

Autor: Sofía Santos Santa Cruz.

5ºE3C

Derecho Penal

Tutor: Francisco Javier Gómez Lanz.

Madrid
Abril 2017

RESUMEN

El presente trabajo se propone llevar a cabo un estudio sobre la controvertida creación de un nuevo delito contra la libertad e indemnidad sexual de los menores de 16 años con la reforma penal de 2010, introducido por el art.183.bis. La figura delictiva en cuestión, cuya denominación más extendida en el ámbito internacional es la de *online child grooming*, ocupa actualmente el art.183.ter.1º a raíz de la reciente reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y constituye el tema central de la presente investigación, que abordará, en primer lugar, cuáles fueron las razones que motivaron al legislador penal español a su incriminación. Seguidamente, se procederá a realizar un análisis pormenorizado de su estructura típica, abordando las diferentes problemáticas que su configuración plantea así como las diversas posturas doctrinales existentes al respecto, en un intento de sentar las bases para una adecuada interpretación de este novedoso delito, no exento de críticas.

Palabras clave: *online child grooming*, menores, libertad sexual, indemnidad sexual, TICs, online, contacto, propuesta de encuentro, actos materiales encaminados al acercamiento, delito sexual, *groomer*.

ABSTRACT

The main aim of this paper is to carry out a study on the controversial introduction with the reform of the Spanish criminal code in 2010 of a new sexual offence against children under 16 years old, regulated by the art.183.bis. This criminal figure, most commonly known in the international scene under the denomination of online child grooming is currently regulated by the art.183.ter.1º since the recent reform operated by the LO 1/2015, and will be the main topic discussed in this paper. Firstly, the reasons that motivated the incrimination of this figure by the Spanish legislator will be addressed. Such study will be followed by a detailed analysis of the structure of the offence, attending the different problems generated by its configuration, as well as the different existing doctrinal postures, in an attempt to lay the foundations for an adequate interpretation of this newly created offence.

Key words: *online child grooming, minor, sexual liberty, sexual indemnity, ICT, online, contact, proposal of encounter, material acts aimed at the approach, sexual crime, groomer.*

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: LAS <i>TICs</i> Y LOS MENORES O <i>NATIVOS DIGITALES</i>.	3
CAPÍTULO II.- CUESTIONES PRELIMINARES: EL CAPÍTULO II BIS DEL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL.	7
CAPÍTULO III.- EL DELITO DE <i>ONLINE CHILD GROOMING</i> DEL ART. 183.TER.1º DEL CÓDIGO PENAL.	12
3.1.- Origen terminológico y delimitación del concepto.	12
3.2.- Orígenes de la incriminación del delito a la luz del Derecho europeo.	16
3.3.- Análisis de la estructura del delito.....	22
3.3.1.- La tipicidad.	22
3.3.2.- Ausencia de causas de justificación.....	32
3.3.3. La culpabilidad.....	33
3.3.4.- Cláusula de exclusión de responsabilidad penal: el art. 183.quáter del Código Penal.	40
3.4.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: el tipo cualificado del art. 183. ter.1 del Código Penal.	43
3.5.- Formas imperfectas de ejecución.	45
3.6.- Conflictos concursales.....	47
CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES.	53
BIBLIOGRAFÍA.	56
ANEXO.	61

CAPÍTULO I.- INTRODUCCIÓN: LAS TICs Y LOS MENORES O NATIVOS DIGITALES.

Con la irrupción de las nuevas tecnologías y la generalización de su uso en la vida cotidiana en los últimos años, se ha producido un cambio en la forma en que las personas se relacionan y participan en la sociedad, pues la denominada “*sociedad de la información*” ha traído consigo nuevas formas de comunicación que permiten el intercambio de datos de manera instantánea.

A modo introductorio, cabe señalar que no son escasas las aportaciones de los diversos autores a la hora de conceptualizar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, *TICs*), que pueden definirse de la manera siguiente:

*“Aquel conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, transmisión, registro y presentación de informaciones, en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Lo más significativo de las nuevas tecnologías, y lo que ha supuesto la verdadera revolución comunicativa, es la creación de redes de comunicación globales”*¹.

La mayoría de las definiciones propuestas coinciden en un aspecto: la enorme capacidad que presentan las nuevas tecnologías para construir nuevas realidades comunicativas², debido a su dimensión interactiva y relacional, dando lugar a una interacción constante entre tecnología y la sociedad, donde Internet y las redes sociales juegan un papel fundamental³. Estas nuevas tecnologías han traído consigo numerosos avances y oportunidades, siendo estos beneficiosos para el progreso como norma general. Sin embargo, algunos autores han señalado que la red ostenta ciertas características que pueden favorecer la creación de un entorno de oportunidad para la comisión de

¹ A. GARCÍA-VALCÁRCEL MUÑOZ-REPISO, “*Tecnología educativa: implicaciones educativas del desarrollo tecnológico*”, La Muralla, Madrid, 2003, pág. 289.

² J. CABERO, “*Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. 1998*”, en M. LORENZO et al, “*Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales*”, Grupo Editorial Universitario, Granada, 1998.

³ C. BELLOCH, “*Las TICs en el aprendizaje*”, material docente en línea, Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación, Universidad de Valencia, 2012, pág. 1.

determinados delitos, como son el anonimato y la potencialidad de su alcance⁴. Al respecto, el Centro Europeo de Ciberdelincuencia⁵ afirma que las *TICs* han ido adquiriendo un mayor impacto en la sociedad y las previsiones parecen mostrar una tendencia al alza en la comisión delictiva haciendo uso de las nuevas tecnologías, si bien los datos no parecen del todo concluyentes⁶. Con independencia de que su proliferación conlleve o no un incremento en la comisión de actividades delictivas, sí cabe afirmar que las *TICs* han configurado un nuevo entorno donde pueden encontrarse un delincuente potencial y una víctima -en el caso de los menores, además, en ausencia de un guardián capaz⁷-.

Existen numerosos términos en la comunidad científica que hacen referencia al empleo de las *TICs* en la realización de actividades delictivas; entre otros, “*delincuencia informática*”, “*virtual criminality*” o “*e-crime*”, pero quizás el término más apropiado para referirse a este tipo de delitos sea el de “*cibercrimen*”⁸, que aparece definido como “*cualquier acto ilegal cometido por medio o con asistencia de sistemas informáticos, redes digitales, Internet y demás TIC*”⁹, o incluso “*cibercriminalidad social*”¹⁰, para referirse a la comisión de ilícitos en el ámbito de las relaciones interpersonales en el ciberespacio, donde no resulta necesario que exista una proximidad física entre el agresor y su víctima.

Algunos autores consideran que estas conductas no son más que una nueva forma de perpetrar delitos ya existentes con anterioridad que únicamente tenían lugar fuera de la realidad virtual, pero en cuya comisión se emplean ahora las *TICs*, lo que hace necesario desde el punto de vista criminológico adoptar nuevas pautas para hacerles frente. Es decir, estos delitos no deben entenderse como una nueva categoría delictiva autónoma,

⁴ L.M. DÍAZ CORTÉS. “El denominado child grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, núm. 2138, 2012, pág. 3.

⁵ EUROPOL, “The Internet Organised Crime Threat Assessment”, en *Informe iOCTA*, 2014.

⁶ Remisión al apartado IV del Anexo.

⁷ F. MIRÓ LLINARES, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, 2011, pág. 4.

⁸ F. MIRÓ LLINARES, “*El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 122-125.

⁹ Y. JEWKES, citado por F. MIRÓ LLINARES, “La oportunidad criminal en el ciberespacio (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 4.

¹⁰ F. MIRÓ LLINARES, “*El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, *op.cit.*, págs. 122-125.

ya que por lo general, el objeto de lesión o puesta en peligro es el mismo que el que se protegía antes de que surgieran las *TICs*¹¹.

Por el contrario, sí existen determinadas figuras delictivas que únicamente cometidas haciendo uso de las nuevas tecnologías parecen adquirir relevancia penal, como sucede con el fenómeno del *online child grooming*, y que, sin embargo, no parecen encontrar una figura equivalente cuando esa misma conducta es realizada en el entorno físico, a pesar del mayor riesgo que pueda entrañar para el sujeto pasivo¹².

En este sentido, cabe traer a colación la habitualidad y frecuencia de uso de las *TICs* entre los menores, cuya edad de inicio en el uso de Internet resulta cada vez más temprana -la media se sitúa en los siete años-, de ahí que algunos autores hayan optado por otorgar a estas nuevas generaciones la denominación de *nativos digitales*¹³. Los datos del Instituto Nacional de Estadística reflejaron en el año 2015 que la penetración de las *TICs* entre los menores de entre diez y quince años era prácticamente absoluta, con un 95% de los menores que hacen uso del ordenador y un 93,6% de los mismos tienen acceso a Internet¹⁴. Este uso generalizado de las *TICs* hace que los menores se encuentren expuestos ante situaciones de peligro cuando navegan, especialmente cuando hacen uso de las denominadas “*redes sociales*”, que permiten la comunicación en tiempo real con cualquier persona, sea o no conocida. A esto se suma, además, la existencia de estudios que demuestran que el uso de Internet en las interacciones y relaciones afectivo-sexuales se encuentra bastante extendido entre los menores¹⁵.

Esto indica que las nuevas tecnologías se han convertido en una herramienta para la comisión de delitos sexuales contra los menores de edad, que generan una gran alarma social por la especial vulnerabilidad de los sujetos contra los que van dirigidas, quienes aún no han desarrollado por completo sus capacidades, convirtiéndose en objetivo fácil para los “*sexual predators*” o predadores sexuales, especialmente aquellos menores con

¹¹ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *ADPCP*, vol. LXV, 2012, págs. 190 y 191.

¹² C. VILLACAMPA ESTIARTE y M.J. GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, núm. 18-02, 2016.

¹³ M. PRENSKY, “Nativos e inmigrantes digitales”, en *On the Horizon*, vol. 9, núm. 5, 2001.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadística, “*Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*”, 2015.

¹⁵ S. LIVINGSTONE, L. HADDON, A. GORZIG, K. OLAFSSON, “*Risks and safety on the internet: The perspective of European children*”, Full findings, LSE, Londres, 2009.

baja autoestima, así como aquellos adolescentes sexualmente curiosos, quienes muestran una mayor predisposición a adoptar riesgos¹⁶.

En base a esto, se advierte una tendencia creciente en la protección de la esfera sexual de los menores de edad respecto de aquellos delitos cometidos a través de la red¹⁷, lo cual se pone de manifiesto con la aparición de nuevas conductas ilícitas merecedoras de reproche penal, como el delito que aquí nos ocupa, el *online child grooming*, que reviste de gran importancia debido a la necesidad de proteger a los menores de aquellos adultos que presentan un interés sexual patológico hacia niños y adolescentes, que se sirven de las favorables premisas que ofrece el entorno virtual para establecer contacto con ellos y tratar de ganarse su confianza, con el fin de propiciar un posterior encuentro sexual¹⁸.

¹⁶ K. K. R. CHOO, "Online Child Grooming: A Literature Review on the Misuse of Social Networking Sites for Grooming Children for Sexual Offences", en *AIC Reports, Research and Public Policy Series 103*, Canberra, 2009.

¹⁷ C. PULIDO, "Abusos sexuales a menores: ¿Internet un medio para prevenir?", Trabajo de Investigación DEA, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

¹⁸ F. MIRÓ LLINARES, "La oportunidad criminal en el ciberespacio", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*

CAPÍTULO II.- CUESTIONES PRELIMINARES: EL CAPÍTULO II BIS DEL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL.

2.1.- La edad del consentimiento sexual en España y su reforma con la entrada en vigor de la LO 1/2015.

Los delitos sexuales constituyen uno de los ámbitos que se han visto más afectados por las reformas de los últimos años, siendo la edad mínima del consentimiento sexual uno de los aspectos que mayores modificaciones ha sufrido a lo largo de la historia. Con su promulgación, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹, fijó en los doce años la edad mínima a partir de la cual se castigaban los actos sexuales cometidos contra menores. Posteriormente, con la reforma efectuada en el año 1999²⁰, el legislador penal propuso un tratamiento distinto para el consentimiento de los menores en materia sexual, elevando el límite mínimo para el acceso con menores hasta los trece años. De esta forma, el Código Penal propugnaba que cualquier menor de trece años no estaba dotado de un grado de madurez suficiente para consentir en relación con su sexualidad y, por tanto, para actuar consecuentemente. La fijación de una edad concreta restaba todo tipo de valor al consentimiento otorgado por el menor que no alcanzara ese mínimo, lo cual constituye una presunción “*iuris et de iure*” de que cualquier actividad de carácter sexual con una persona menor de trece años era constitutiva de delito²¹, tal y como viene confirmado por la jurisprudencia²².

Sin embargo, no parece ser del todo correcto afirmar que la edad mínima para consentir de manera libre y válida se encontrara en los trece años, pues conforme a la citada legislación, resultaban castigados los actos de exhibicionismo, difusión de pornografía, los actos de prostitución y corrupción y la elaboración de material pornográfico que

¹⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

²⁰ Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. BOE, núm. 104, de 1 de mayo de 1999.

²¹ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, pág. 60.

²² Así, la STS 355/2015, de 28 de Mayo de 2015, “*señala la presunción iuris et de iure sobre la falta de consentimiento válido de cualquier acción de contenido sexual con un menor de trece años, por estimar que la inmadurez psíquica de los menores les impide la libertad de decisión necesaria, por lo que estas acciones son constitutivas en cualquier caso de un delito de abuso sexual*”. En C. ESCOBAR JIMÉNEZ. “*Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.4áter*”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, 2015.

afectaren a cualquier menor de dieciocho años (arts.185, 186, 187, 188 y 189 respectivamente)²³. Por consiguiente, cabría hablar de los trece años como aquella edad a partir de la cual el consentimiento del menor en materia sexual comenzaba a adquirir relevancia, pero sin alcanzar una operatividad absoluta²⁴.

Con la reforma del año 2010²⁵ se eliminó la cláusula del anterior art.181.2, que contenía la presunción sobre la invalidez de todo consentimiento del menor de trece años prestado en el ámbito sexual²⁶. Su supresión lleva a un planteamiento más flexible, debiendo entenderse que el menor tiene derecho a “*no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado*”²⁷ y que dicho consentimiento puede adquirir relevancia, según el caso, en atención al grado de madurez del menor²⁸, aunque algunos autores siguen rechazando que los que se encuentran por debajo de la edad fijada por el legislador puedan otorgar consentimiento legalmente válido²⁹.

Más recientemente, con la aprobación de la vigente LO 1/2015³⁰, se introdujeron diversas modificaciones en relación con los delitos contra la libertad sexual para dar cumplimiento a la transposición 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, que define la edad de consentimiento sexual como aquella “*edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*”³¹.

Con carácter previo a la citada reforma, la edad para el consentimiento sexual para los menores en España -fijada en los trece años- era una de las más bajas en comparación

²³ M. CUGAT MAURI, “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley Penal*, núm. 35, 2007, págs. 27-40.

²⁴ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 60.

²⁵ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

²⁶ F.J. ALVÁREZ GARCÍA y J.L GONZÁLEZ CUSSAC (dirs), “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 229.

²⁷ Apartado XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

²⁸ F.J. ALVÁREZ GARCÍA y J.L GONZÁLEZ CUSSAC (dirs), “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, *op.cit.*, pág. 229.

²⁹ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios al Código Penal* (2ª edición), Lex Nova, Madrid, 2011, pág. 728.

³⁰ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

³¹ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

con las establecidas por los demás países del entorno europeo, cuya cifra se situaba dentro de la franja de los catorce a los dieciséis años de edad; así, países como Alemania, Austria, Italia o Portugal fijaban entonces su edad mínima para otorgar consentimiento en los catorce años, mientras que Francia, Dinamarca o Grecia la situaban en los quince, y en última instancia, Bélgica, Holanda o Reino Unido la elevaban hasta los dieciséis³². De este modo, diversos organismos internacionales realizaron un llamamiento para que España reformara en este aspecto su legislación, en aras de adaptarla a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

Durante el trámite parlamentario del proyecto de ley, la fijación de una edad mínima concreta para prestar consentimiento válido no estuvo exenta de debate a través de las múltiples enmiendas propuestas por los diversos grupos parlamentarios. Finalmente, la reforma operada por la LO 1/2015 trajo consigo la elevación de la edad mínima para el consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años, dotando así de relevancia penal a todo acto de naturaleza sexual con un menor de dieciséis años, siendo ésta *“la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales”*³³.

Sin embargo, esta elevación en la edad mínima para prestar consentimiento sexual podría suponer un problema, pues atendiendo a diversos estudios llevados a cabo en España, la edad más común en el inicio de las relaciones sexuales entre adolescentes suele producirse entre los catorce y los dieciséis años, de manera que se estarían incriminando comportamientos que forman parte de la realidad social³⁴. Ante esto, se puso de manifiesto la necesidad de incluir una cláusula de asimetría³⁵, de forma que *“la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*³⁶, dejando el legislador la puerta abierta para excluir aquellas relaciones entre

³² J.J. HUETE NOGUERAS, *“Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”*, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, págs. 14-17.

³³ STS 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

³⁴ J.J. HUETE NOGUERAS, *“Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales”*, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 15.

³⁵ Informe del Consejo Fiscal, de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley de 2013.

³⁶ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013.

un menor y otra persona cuyas capacidades y madurez fueran similares a las del menor. Con ello, queda patente que la intención no es tipificar las actividades sexuales entre adolescentes cuando medie consentimiento³⁷, sino que podría asumirse la teoría de que un menor de dieciséis años no está capacitado para otorgar consentimiento para mantener relaciones de carácter sexual con un adulto con quien la diferencia de edad y madurez es significativa, pues este desequilibrio es el que impide que su decisión sea verdaderamente libre³⁸.

Así, la relevancia penal de toda conducta sexual realizada con menores de dieciséis años resulta penalmente carecería de carácter absoluto, pues con la reforma de 2015 se añade el nuevo art.183.*quáter*, que introduce una cláusula de exclusión de responsabilidad penal cuando medie consentimiento libre del menor de dieciséis años, en aquellos casos en que “*el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*”³⁹, eliminando la citada presunción que establecía la absoluta irrelevancia del consentimiento prestado por el menor. Sin embargo, cabe aquí dejar señalado que dicha cláusula de asimetría no despliega sus efectos para los delitos de pornografía infantil, con la consiguiente problemática de que se considere el consentimiento del menor irrelevante en todo caso -mientras que en otros delitos que revisten mayor gravedad, como podría ser el delito de asesinato, el consentimiento de la víctima sí permite una atenuación significativa de la pena-, no existiendo para la pornografía una regla similar a la del art.183.*quáter* para reconocer cierta validez al consentimiento del menor.

2.2.- Incorporación del delito de *child grooming* mediante la LO 5/2010.

Con la reforma operada por la LO 5/2010 se introdujo de forma separada en el Título VIII del Libro II del Código Penal, el Capítulo II bis, que lleva por rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*”, donde aparecen recogidas las infracciones sexuales más graves cometidas contra los sujetos menores de trece años. Con este capítulo se pretendía corregir algunas deficiencias que la doctrina criticaba del Código Penal de 1995, pues aquel no realizaba una adecuada

³⁷ Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños y niñas contra el abuso sexual y la explotación sexual infantil (Convenio de Lanzarote).

³⁸ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit*, pág. 61.

³⁹ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “*Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter*”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit*, pág. 7.

singularización de los delitos sexuales cometidos contra menores, que requerían un tratamiento distinto respecto de los cometidos sobre víctimas mayores de edad⁴⁰.

Entre las novedades que trajo consigo la citada reforma, cabe citar la tipificación de nuevas conductas relativas a los delitos de prostitución y pornografía infantil, así como la nueva medida de libertad vigilada o la pena de privación de la patria potestad. Sin embargo, como objeto central del presente trabajo, cabe destacar que la creación *ex novo* de este capítulo culminó dando a luz a una nueva figura delictiva, respondiendo a la necesidad de incriminar aquellas conductas llevadas a cabo por un adulto para obtener la confianza de un menor, con el fin de concertar un encuentro de carácter sexual, fenómeno conocido comúnmente como “*online child grooming*”.

Siguiendo la Exposición de Motivos del legislador, amparada en el cumplimiento de la normativa europea, se dispone la necesidad de otorgar una especial protección a los menores de edad frente a aquellas conductas que atentan contra su sexualidad, debido al mayor contenido del injusto que suponen estos delitos para la víctima⁴¹.

Así mismo, explica el derecho de los menores de trece años “*a no verse involucrados en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*”⁴², quedando todo esto así plasmado en la nueva figura delictiva del art.183.bis⁴³, que se detalla a continuación.

⁴⁰ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “*Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter*”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*, pág. 4.

⁴¹ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “*Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter*”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*

⁴² Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁴³ Conforme a la LO 5/2010.

CAPÍTULO III.- EL DELITO DE *ONLINE CHILD GROOMING* DEL ART.183.TER.1º DEL CÓDIGO PENAL.

3.1.- Origen terminológico y delimitación del concepto.

La conducta tipificada mediante el art.183.ter.1º del Código Penal (anterior art.183.bis, que a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015 pasó a configurar el actual art.183.ter.1º) ha suscitado enfrentamientos en la doctrina debido a la falta de acuerdo para otorgar al delito una denominación concreta⁴⁴.

Esta modalidad delictiva hace referencia a la conducta de aquel sujeto que a través de las *TICs* se pone en contacto con un menor y le propone un encuentro seguido de una serie de actuaciones materiales para lograr un acercamiento con este, con el propósito de realizar actos de carácter sexual, fenómeno para el cual existen múltiples términos⁴⁵, entre los cuales cabe citar los siguientes: “*ciberacoso*”, “*ciberacoso sexual*”, “*embaucamiento*” o “*child grooming*”, siendo este último el que mayor acogida encuentra en el ámbito internacional, así como la opción utilizada por el legislador penal⁴⁶.

Desde el punto de vista gramatical, el término “*child grooming*” es un tecnicismo de origen anglosajón que proviene del verbo “*to groom*”⁴⁷, definido de la siguiente manera: “*to prepare or train somebody for an important job or position*”⁴⁸, cuya traducción literal significa “*preparar o entrenar a alguien para un trabajo o cargo importante*”. Teniendo como punto de partida esta acepción, podría entenderse que el *grooming* consiste en la preparación de alguien inexperto para el futuro desempeño de una determinada labor, sin revestir necesariamente una connotación negativa; ahora bien, desde el punto de vista jurídico-penal, el verbo “*to groom*” adquiere un significado

⁴⁴ J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho Comparado”, en *Diario La Ley*, núm. 7746, 2011, pág. 8.

⁴⁵ L.M. DÍAZ CORTÉS, “El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, *op.cit.*

⁴⁶ Apartado XII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio.

⁴⁷ E. GÓRRIZ ROYO, “Online *child grooming* en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, núm. 3, Barcelona, 2016, pág. 5.

⁴⁸ Oxford Advanced Learner’s Dictionary, Oxford University Press, Oxford. 9ª ed., 2015.

distinto, que incluye aquellos actos orientados a la “*preparación de menores para la comisión de actos sexuales*”⁴⁹.

La falta de concreción en torno al concepto del *grooming* ha dado lugar a una gran dispersión terminológica, sin existir consenso en la doctrina para dotar a este fenómeno de un concepto técnico-jurídico cerrado⁵⁰. Entre las numerosas propuestas dirigidas a otorgar un significado al término, cabe destacar la siguiente, que define el *grooming* de la siguiente manera:

*“Aquel proceso gradual mediante el que una persona establece una relación de confianza con menores, relación enmascarada como de amistad, en la que abundan los regalos y las muestras de atención y afecto y que, gradualmente, deriva en un contenido sexual en un modo que resulta natural y no intimidatorio para el propio menor”*⁵¹.

Igualmente, podría ser entendido como “*aquellas acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor*”⁵².

Este término se emplea, por tanto, para hacer referencia a la preparación de niños con fines sexuales, proceso mediante el cual se procura un acercamiento por parte de un adulto hacia un menor con una determinada intención -la comisión de otros delitos sexuales-, mediante actos dirigidos a ganarse su confianza para que ceda ante sus pretensiones⁵³.

De todas las definiciones resulta posible extraer una serie de puntos en común para conceptualizar este fenómeno: se trata de un procedimiento progresivo, a través del cual se produce un contacto entre el *groomer* y un menor, que facilita el acercamiento y el

⁴⁹ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 5.

⁵⁰ MC ALINDEN, “Grooming and the sexual abuse of children: implications for sex offender assessment, treatment and management”, en *Sexual Offender Treatment*, (8 – 1). En E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español” (...), pág. 6.

⁵¹ J. RAMOS VÁZQUEZ, “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *Boletín del Ministerio de justicia* (consulta 27/05/2011).

⁵² R. GUTIÉRREZ GALLARDO, “El nuevo delito de child grooming del artículo 183.ter.1 del Código Penal”, en *Revistas CEF Civil Mercantil*, 2016, pág. 4.

Recuperado de: <http://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/articulo_2_2016.pdf>

⁵³ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, núm. 35, 2011, pág. 216.

desarrollo de una relación de confianza entre ambos, la cual pretende ser reconducida hacia el terreno sexual⁵⁴.

La principal problemática que entraña el término “*child grooming*” se basa para algunos en su falta de adecuación al contenido del injusto regulado por el art.183.ter.1º, tratándose por tanto de una calificación impropia⁵⁵. Así mismo, también se plantean dudas sobre si únicamente cabe su comisión a través de las nuevas tecnologías o no, y por tanto, si debe incluirse el término “*online*” en su denominación.

Esta denominación fue adoptada por el legislador para tipificar esta figura que encuentra su proyección sobre los sujetos menores de dieciséis años y exige como presupuesto el empleo de cualquiera de las *TICs* en su comisión. Sin embargo, el tenor del tipo incluye un listado abierto de medios tecnológicos que resultan necesarios para afirmar la tipicidad, exigiendo que el contacto se realice “*a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. Con esto parece que el tipo no distingue entre el empleo de Internet -al que haría referencia en sentido estricto el término *online*- y los restantes medios, que no necesariamente llevan aparejado el uso de Internet, pues permiten establecer la comunicación al margen del mismo⁵⁶, haciendo que el término *online* no sea del todo adecuado.

Existe disparidad de opiniones en la doctrina respecto a la cuestión, pudiendo identificarse dos posturas distintas: por un lado, la de aquellos que entienden que el empleo de las *TICs* para el acercamiento es equivalente al empleo de cualquier otro medio de comunicación; y, por otro lado, se encuentran aquellos que entienden que el acercamiento cibernético no se puede equiparar a la aproximación física⁵⁷. Sin embargo, la mayoría opina que no es óbice para que la conducta sea típica que se produzca un primer contacto inicial en el mundo físico, posteriormente mantenido a través de medios tecnológicos⁵⁸.

⁵⁴ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 6.

⁵⁵ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 4.

⁵⁶ R. VALVERDE MEGÍAS. “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, en *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, núm. 66, 2012, pág. 10.

⁵⁷ F. MIRÓ LLINARES. “*El cibercimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, *op.cit.*, págs. 122-125.

⁵⁸ M.J. DOLZ LAGO. “*Análisis de las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183.ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP*”, en Ponencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo, pág. 36.

Dejando atrás esta cuestión, a la que se hará referencia en sede de tipicidad, también debe hacerse mención al término “*ciberacoso*”, por encontrarse extendido entre algunos autores⁵⁹. Este último no parece ser el más idóneo para denominar la conducta del art.183.ter.1º, pues su tenor no requiere el carácter reiterado de una pluralidad de conductas de similar identidad⁶⁰, sino que bastaría un único contacto para su consumación -a diferencia de lo que sucede con el acoso laboral tipificado en el art.173.1-. Cabe señalar además que la presencia del elemento sexual en el contacto resulta fundamental para la comisión del delito, por lo que algunos han adoptado el término “*ciberacoso sexual*”. Sin embargo, tampoco se ajusta este al contenido del art.183.ter.1º, pues el acoso sexual tipificado en el art.184 exige que este se encuadre en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual⁶¹.

Así, el acercamiento sexual a menores de dieciséis años por medio de las *TICs* no puede calificarse propiamente como una variedad de acoso, pues si los actos del art.183.ter.1º fueran reiterados y se emplearan en su comisión la intimidación o el engaño daría como resultado la subsunción de la conducta en el tipo agravado y, puede que, atendiendo a las circunstancias, pudiera dar lugar a la apreciación de la continuidad delictiva⁶².

Finalmente, cabe señalar que otros autores han optado por denominar esta conducta como la “*preparación on-line de menores para actividades sexuales*”, traducido literalmente del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007, también conocido como Convenio de Lanzarote -que en su art. 23 habla de “*solicitation of children for sexual purposes*”-, así como, más acertadamente, “*acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales*”⁶³ o “*propuesta sexual telemática a menores*”⁶⁴. Algunos incluso han

⁵⁹ Algunos de los que optan por esta denominación serían F. PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso(...)”, en *Diario La Ley*, núm. 3, 2012; J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso(...)” en *Diario La Ley*, *op.cit.*; y M.J. DOLZ LAGO. “*Un acercamiento...*”.

⁶⁰ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, págs. 190 y 191.

⁶¹ J. RAMOS VÁZQUEZ. “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *Boletín del Ministerio de justicia*, *op.cit.*

⁶² J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 191.

⁶³ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*

optado por calificarla como “*embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos*”⁶⁵, denominación que puede encontrarse en la versión española de determinados instrumentos comunitarios; si bien esta última tampoco parece ajustarse adecuadamente a los elementos del tipo puesto que el verbo “*embaucar*” aparece definido como “*engañar o alucinar, prevaleciendo de la inexperiencia o candor del engañado*”⁶⁶, mientras que la realización de la conducta del tipo básico no exige ninguna clase de engaño por parte del sujeto activo, pues sigue siendo esta típica aunque el autor le comunique al menor sus verdaderas intenciones de cometer uno de los delitos previstos en el tipo.

Así, a mi juicio, de las diferentes alternativas propuestas, la más ajustada al contenido descrito por el tipo del art.183.ter.1º sería la del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales, si bien a efectos de la presente exposición se ha optado por el término *online child grooming* por encontrarse este más extendido entre la doctrina.

3.2.- Orígenes de la incriminación del delito a la luz del Derecho europeo.

Con carácter previo al análisis del tipo resulta interesante exponer las razones que motivaron la introducción del delito de *online child grooming* en la legislación penal española a través de la reforma operada por la LO 5/2010. La Exposición de Motivos de la citada ley justifica en su apartado XIII la creación del nuevo Capítulo II bis “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*” por la necesidad de otorgar una mayor protección a la indemnidad sexual de los menores, debido al mayor contenido de injusto que suponen las conductas que en él se tipifican. El legislador penal se ampara además en la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual

⁶⁴ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación” en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit.

⁶⁵ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. DOUE, de 17 de febrero de 2011.

⁶⁶ Real Academia Española, “*Diccionario de la lengua española*”, 2016.

de los niños y la pornografía infantil⁶⁷, con el fin de dar cumplimiento a los compromisos internacionales asumidos por España⁶⁸.

Más concretamente, en relación con el delito de *online child grooming* creado *ex-novo* mediante el art.183.bis de la citada Ley, su incorporación aparece justificada en virtud de la generalización del uso de Internet y las TICs para la comisión de delitos sexuales contra menores, poniendo de relieve la necesaria incriminación de las conductas que lleva a cabo un adulto a través de estos medios para “*ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*”.

Sin embargo, partiendo de la lectura de la citada Decisión Marco, cabe poner de manifiesto la inadecuación entre las exigencias contenidas en la misma y el resultado finalmente contenido en la LO 5/2010⁶⁹. El citado instrumento exige la adopción por parte de los Estados miembros de una serie de medidas tendentes a garantizar la punibilidad de las conductas relativas a la prostitución y pornografía infantil, estableciendo unos mínimos comunes para todos ellos. En cambio, no parece hacer referencia en ningún momento a la utilización de las nuevas tecnologías para contactar con un menor con el fin de realizar actividades sexuales⁷⁰.

A pesar de la remisión expresa que hace la Exposición de Motivos a la Decisión Marco, cabría referirse con mayor acierto al Convenio número 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual⁷¹, cuya celebración tuvo lugar en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y no fue ratificado por España hasta el 22 de julio de 2010, siendo necesaria la transposición para su aplicación práctica. Cabe resaltar que su incorporación al ordenamiento jurídico español se produjo el 12 de noviembre de 2010, con posterioridad a la reforma penal operada por la LO 5/2010 por la que se introdujo el art.183.bis, con fecha de 22 de junio de 2010, lo cual parece indicar un adelantamiento por parte del Derecho penal español al regular esta

⁶⁷ Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. DOUE L13/44, de 20 de enero de 2014.

⁶⁸ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 186.

⁶⁹ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-06, 2014.

⁷⁰ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 187.

⁷¹ Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

conducta típica en aras de la protección de los menores frente a los posibles ataques sexuales cometidos por medio de las *TICs* antes incluso de que el citado instrumento fuese ratificado por España⁷².

El Convenio de Lanzarote se erige como primer texto en hacer referencia a este novedoso delito, y bajo la rúbrica “*solicitation of children for sexual purposes*”, traducida al español como “*proposiciones a niños con fines sexuales*”, insta en su art.23⁷³ a los Estados miembros a incriminar la conducta llevada a cabo por un adulto que, haciendo uso de las *TICs*, proponga un encuentro a un menor que no haya alcanzado la edad mínima de consentimiento sexual fijada por el ordenamiento nacional, con el fin de cometer algún acto constitutivo de abuso o agresión sexual, o tendente a la producción de pornografía infantil, siempre que dicha propuesta vaya seguida de actos materiales “*conducentes a dicho encuentro*”⁷⁴.

De esta manera, la conducta elevada a la categoría de delito en el tenor del art.183.*bis* por la LO 5/2010 aparece descrita en términos muy similares a los del Convenio⁷⁵, pues los elementos que configuran la estructura del tipo del art.183.*bis* serían los siguientes: establecer el contacto con un menor de trece años (edad mínima fijada para el consentimiento, conforme a la LO 5/2010) a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, realizar a aquel una propuesta de encuentro seguida de una serie de actos materialmente tendentes a conseguir un acercamiento, todo ello con la finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en los artículos 178 a 183 o 189⁷⁶.

Así, las principales diferencias que se advierten entre la regulación finalmente dada por el Código Penal español y la del Convenio residen, por un lado, en que el Convenio no prevé el agravamiento de las penas por el empleo en la conducta de los elementos de coacción, intimidación o engaño, ni tampoco prevé los delitos relativos a la pornografía infantil entre las conductas cuya comisión se pretende -únicamente la producción-; además, el Convenio establece una limitación a la condición de sujeto activo, que queda

⁷² V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 4.

⁷³ Transcripción del artículo en el apartado II del Anexo.

⁷⁴ J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho Comparado”, en *Diario La Ley*, *op.cit.*, pág. 8.

⁷⁵ Remisión al apartado II del Anexo.

⁷⁶ J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “*Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 155 y ss.

circunscrita únicamente a personas adultas⁷⁷. Por otro lado, también cabe poner de relieve que el Código Penal exige que los actos materiales sean tendentes a conseguir el acercamiento con el menor, mientras que el texto del Convenio exige que los actos materiales vayan encaminados a conseguir que se produzca el encuentro.

La decisión de incorporar el precepto a la legislación penal no tuvo una gran acogida entre la doctrina, siendo mayoría los que opinaban que su inclusión era innecesaria, suscitando numerosas críticas y llegando algunos autores a otorgar a este precepto la consideración de “*Derecho penal de autor*”⁷⁸, incluso más allá, señalando la falta de auténtico contenido lesivo del mismo⁷⁹. Frente a sus detractores, se encuentran también muchos otros que defienden la inclusión del tipo amparándose en el incremento de estas conductas favorecidas por las especiales dimensiones que entrañan las nuevas tecnologías⁸⁰. En este sentido, considero acertado el planteamiento que algún autor sostiene acerca de que el mero cumplimiento de las exigencias impuestas por las autoridades internacionales no es un argumento de peso para justificar la incriminación de una conducta sin contenido lesivo suficiente, sino que sería conveniente llevar a cabo más investigaciones acerca de la realidad social del fenómeno en cuestión para llevar a cabo una correcta política criminal⁸¹, pues los recientes estudios llevados a cabo sobre este delito parecen desdecir el supuesto incremento que se atribuye a la victimización por estas conductas⁸². Así mismo, las investigaciones ponen de manifiesto que las conductas de este tipo llevadas a cabo por adultos que se encuentran fuera del entorno más próximo del menor no son las más habituales, y se constata que en la mayoría de los casos no llega a producirse efectivamente el encuentro con el menor, así como la escasa afectación emocional para los menores que son objeto de este tipo de propuestas,

⁷⁷ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 188.

⁷⁸ De esta opinión, F. MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal. Parte especial*”, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 240.

⁷⁹ J.C. HORTAL IBARRA, “El nuevo delito de *Online Child Grooming* del art. 183 bis CP: ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?, en S. MIR PUIG, en *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 430 y ss.

⁸⁰ F. PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español” en *Diario La Ley*, núm. 3, 2012, pág. 1778.

⁸¹ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, pág. 675.

⁸² C. VILLACAMPA ESTIARTE y M.J. GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, págs. 23 y 24

de manera que la incriminación efectuada por el legislador español parece no revestir la suficiente gravedad desde el punto de vista de su capacidad lesiva⁸³.

Así mismo, cabe aquí mencionar que este precepto no fue previsto en la versión inicial del Proyecto de reforma del Código Penal de 2010, sino que su incorporación fue planteada a través de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario popular en el Congreso⁸⁴. La misma se justificó mediante el argumento de que muchos pederastas “*sustituyen las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas*”, poniendo de manifiesto el entorno más favorable que crean las nuevas tecnologías para la comisión de este tipo de delitos contra los menores. Además, la redacción del tipo propuesta por el Grupo Popular fue notablemente distinta de la finalmente otorgada por el legislador en el art.183.*bis*, siendo las principales diferencias la comisión a través de cualesquiera medios que favorezcan el anonimato, así como la inclusión de los elementos de coacción, engaño, intimidación u otro ardid en el tipo básico⁸⁵.

Con posterioridad, a raíz de la reciente reforma operada por la LO 1/2015, con incidencia en el tipo delictivo en cuestión, resulta necesario traer a colación la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil⁸⁶, que derogó la referida Decisión Marco. Como ya se ha señalado, el preámbulo de la LO 1/2015 justifica algunas modificaciones en virtud de la necesaria transposición de la Directiva europea, cuyo principal resultado consistió en la elevación de la edad mínima del consentimiento sexual a los dieciséis años, con incidencia directa en la nueva redacción del tipo del art.183.*bis*, ahora recogido en el art.183.*ter*.

Así, la Directiva emplea en su art.6 la misma rúbrica que la Decisión Marco, “*solicitation of children for sexual purposes*”, pero en la versión española ha sido traducida por “*embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos*”, y en ella se prevé la necesaria adopción de medidas por parte de los Estados miembros

⁸³ C. VILLACAMPA ESTIARTE y M.J. GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, págs. 23 y 24.

⁸⁴ Enmienda 351. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 52-9, de 18 de marzo de 2010, págs.156-157.

⁸⁵ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, pág. 669.

⁸⁶ Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. DOUE L18, de 2 de enero de 2012.

para garantizar la incriminación de toda propuesta de encuentro llevada a cabo por un adulto a través de las TICs, a un menor que no alcanza la edad mínima del consentimiento sexual, con el fin de cometer uno de los delitos de abusos o agresiones sexuales o de producción de pornografía infantil, siempre que dicha propuesta vaya acompañada de actos materiales encaminados al encuentro⁸⁷.

La conducta definida en el vigente Código Penal español aparece en idénticos términos a los empleados por la Directiva, con la única salvedad en relación con los tipos agravados derivados del empleo de coacción, intimidación o engaño para lograr el acercamiento, que no se prevén en la regulación europea, así como en relación con la condición de adulto del sujeto activo, extremo no determinado por la regulación española, cuya trascendencia será atendida más adelante⁸⁸.

El tipo del art.183.ter.1º quedó configurado de la siguiente manera, conforme a su redacción otorgada por la LO 1/2015:

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con 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. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

En este precepto cabe advertir tres grandes diferencias que lo alejan de su redacción original⁸⁹. En primer lugar, de manera obvia, la elevación de la edad mínima del consentimiento en materia sexual de los trece a los dieciséis años, siguiendo la línea de la nueva regulación otorgada por el Capítulo II bis. En segundo lugar, la reducción de los delitos que se configuran como propósito del sujeto activo al proponer el encuentro con el menor, pues el legislador de 2015 deja de hacer referencia a los delitos del art.

⁸⁷ Transcripción del artículo en el apartado II del Anexo.

⁸⁸ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit, págs. 667 y 668.

⁸⁹ La versión original del precepto consta en el apartado II del Anexo.

178 a 182, con gran acierto para parte de la doctrina; y por último, la tipificación en su segundo apartado de una nueva conducta relativa al embaucamiento de un menor a través de medios tecnológicos con el fin de que le facilite material pornográfico, considerada como una nueva modalidad de *online child grooming*⁹⁰.

Finalmente, una vez expuestas sus diferentes versiones, es la conducta típica regulada por el art.183.ter.1º la que constituye el principal objeto del presente trabajo, a cuyo análisis se procede a continuación.

3.3.- Análisis de la estructura del delito.

Con carácter previo al análisis del tipo del delito recogido en el art.183.ter.1º, resulta necesario advertir sobre la adopción de una perspectiva material a la hora de abordar la configuración de los elementos del tipo; así, la tradicional consideración formal sobre los elementos descriptivos y normativos del tipo, utilizada por la gran mayoría de autores al estudiar este delito, quedaría relegada a un segundo plano por la precariedad con la que resulta posible discernir los límites entre los elementos descriptivos y los normativos⁹¹. En el análisis que se detalla a continuación, se acoge además una concepción objetiva del tipo, de manera que el elemento del dolo -exigido expresamente por el tipo- será analizado en el apartado correspondiente a la culpabilidad.

3.3.1.- La tipicidad.

• Sujetos de la conducta típica.

En primer lugar, se debe detallar quiénes son los sujetos que intervienen en la conducta típica, es decir, el sujeto activo que realiza la acción frente al sujeto pasivo.

Respecto a la persona del sujeto activo, nada cabe deducir del tipo del art.183.ter.1º sobre la existencia de algún límite o condición relativo a las personas susceptibles de cometer este delito, de modo que no cabe sostener una interpretación restrictiva del tipo que identifique al autor exclusivamente con el estereotipo del *depredador sexual* -derivada de la influencia político-criminal estadounidense-, donde generalmente se

⁹⁰ R. GUTIÉRREZ GALLARDO, “El nuevo delito de child grooming del artículo 183.ter.1 del Código Penal”, en *Revistas CEF Civil Mercantil, op.cit.*, pág 6.

⁹¹ A. OBREGÓN GARCÍA y J. GÓMEZ LANZ, “*Derecho Penal parte general: elementos básicos de la teoría del delito*”, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 71.

asocia el *grooming* con aquellos delitos sexuales cometidos por el denominado “*predatory stranger*”⁹². De este modo, quedarían también subsumidas dentro del art.183.ter.1º aquellas conductas en las que el autor forme parte del entorno más próximo del menor, sin que el sujeto activo deba ostentar obligatoriamente la condición de extraño; de ser así, el menor quedaría desprotegido frente a aquellas conductas ejercidas por personas de su círculo familiar o institucional, que resultan más frecuentes en la práctica que aquellas que proceden de auténticos desconocidos⁹³.

Esta interpretación del tipo permite dar cabida a cualquier persona como sujeto activo de la conducta, lo cual ha suscitado algunas críticas debido a la posibilidad de que el delito sea cometido por un menor que supere los catorce años de edad, tal y como establece la LO de responsabilidad penal del menor en relación con todos los tipos de la Parte Especial del Código Penal. De este modo, aun tratándose de una figura que ha nacido como medio de protección de los menores frente a las conductas abusivas por parte de adultos -tal y como se pone de manifiesto en el Convenio y en la Directiva ya citados-, cabría que un menor fuera condenado por este delito⁹⁴, cosa que ya ha ocurrido en alguna ocasión en España⁹⁵.

De este modo, cabría pensar que el legislador ha incurrido en un cierto exceso al incriminar aquellas conductas en las que el sujeto activo es un menor de edad muy próxima, incluso idéntica, a la del sujeto pasivo, las cuales no parecen revestir suficiente entidad para merecer reproche penal⁹⁶; debe recordarse en este punto la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, donde el legislador justifica la incorporación del nuevo delito para castigar aquellas conductas realizadas por personas adultas, lo cual parece entrar en contradicción con el tenor literal del artículo.

Como último apunte al respecto, cabe recordar la existencia de la cláusula del art.183.quéter que prevé la posibilidad de excluir la responsabilidad penal si la conducta sexual es cometida por “*una persona próxima al menor por edad y por grado de desarrollo o madurez*”, con lo que se pretende flexibilizar la rigidez en la apreciación de

⁹² E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 19.

⁹³ K.K.R CHOO, “Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences”, en *AIC Reports*, *op.cit.*, pág. 40.

⁹⁴ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, págs. 678-680.

⁹⁵ SAP de Ourense 373/2013, de 4 Noviembre de 2013.

⁹⁶ En este sentido, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 243.

los delitos sexuales para aquellos casos en que el autor sea otro menor, siempre y cuando el menor sujeto pasivo hubiera prestado su consentimiento libremente⁹⁷.

Por otra parte, en relación con el sujeto pasivo de la conducta del art.183.ter.1º, se exige que sea cualquier persona menor de dieciséis años. Su anterior redacción conforme a la LO 5/2010 consideraba delictivas las conductas cometidas contra sujetos menores de trece años, mientras que la redacción vigente dada por el art.183.ter.1º amplía el ámbito de aplicación del delito a las conductas contra aquellos sujetos cuya edad esté comprendida entre los trece y los dieciséis años. Como ya se ha señalado, el art.183.ter.1º trajo consigo la elevación de la edad penal hasta los dieciséis, siguiendo la edad fijada para emitir consentimiento sexual válido por la LO 1/2015, corrigiéndose así el problema derivado de la incriminación de las conductas que atentaban únicamente contra menores de trece años, cuando las mayores tasas de victimización en relación con el uso de las *TICs* correspondían a los menores mayores de catorce años. Sin embargo, sigue llamando la atención que no se haga referencia alguna a la inclusión de las personas con discapacidad en esta figura, pese a que tradicionalmente el legislador ha abordado conjuntamente la protección de los menores junto a la de las personas con discapacidad respecto de algunas conductas contra la libertad e indemnidad sexual (a modo de ejemplo, las relativas a la explotación sexual).

• **Objeto de la conducta típica.**

En el presente delito, el objeto material sobre el que recae la acción coincidiría con el sujeto pasivo, a cuya exposición debe remitirse. Cuestión distinta supone el bien jurídico tutelado por el tipo del art.183.ter.1º, a cuyo estudio se procederá una vez finalizado el análisis del tipo.

• **Conducta típica.**

La figura delictiva recogida en el art.183.ter.1º no exige la concurrencia de ningún elemento previo al desarrollo de la acción típica que funcione como presupuesto de esta última, por lo que se abordará directamente la acción típica en sentido propio.

El tipo en cuestión se configura para gran parte de la doctrina como un “*delito de tipo mixto cumulativo*”⁹⁸, pues la consumación de la conducta típica exige que se verifiquen

⁹⁷ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 245.

una serie de acciones típicas, las cuales deben quedar probadas “*en el orden del tipo penal*”⁹⁹. Esto implica que para que la conducta resulte típica, el sujeto activo deberá llevar a cabo varias acciones consecutivas en el tiempo, es decir, que se verifique el *iter criminis* establecido en el precepto, siendo este el siguiente: “*contactar*” con un menor de dieciséis años, y seguidamente, “*proponer concertar un encuentro con él*”. Además, para que la conducta sea típica se exige que el sujeto “*realice actos materiales encaminados al acercamiento*” acompañando a la propuesta de encuentro, los cuales tendrán lugar bien con posterioridad, bien simultáneamente a la misma¹⁰⁰.

Cada una de las citadas acciones, integradas en el tipo objetivo del delito, son merecedoras de un análisis pormenorizado, que a continuación se presenta.

El primer paso de la acción típica requiere establecer contacto con un menor a través de alguno de los siguientes medios: “*Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. El legislador ha delimitado taxativamente aquellos medios a través de los cuales podrá realizarse la conducta típica, pero en un intento de no restringir la aplicación del tipo del art.183.ter.1º, incorpora una cláusula que permite su apreciación cuando se cometa mediante el uso de otros medios análogos, si bien todos ellos integrantes del colectivo de las *TICs*, lo que pone de manifiesto el carácter fundamental del requisito típico del empleo de medios tecnológicos. Al respecto, cabe concluir que en el supuesto hipotético de que el contacto con el menor se produjera únicamente y en todo momento en un entorno físico y no virtual, es decir, prescindiendo de los medios tecnológicos, debería rechazarse la subsunción de la conducta en el tipo del art.183.ter.1º, a pesar de que pudiera resultar más idónea para la finalidad pretendida por el sujeto activo¹⁰¹, por lo que algún autor advierte sobre la conveniente inclusión en el tipo de cualquier otro medio en general, sin quedar estos limitados únicamente al campo de las *TICs*¹⁰². Otra duda que suscita este requisito es si la utilización de los medios tecnológicos deviene necesaria desde el inicio de la relación, respecto de aquellos casos en los que se produce el primer contacto en el entorno físico, sin

⁹⁸ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 245.

⁹⁹ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág.21.

¹⁰⁰ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 21.

¹⁰¹ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 193.

¹⁰² J. BOIX REIG, “*Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales*”, Iustel, Madrid, 2010, pág. 357.

mediación de las TICs, continuando este a posteriori a través de alguno de los medios citados, en cuyo caso, debería entenderse también cumplido el requisito típico.

En sentido estricto, el significado del verbo “contactar” implica “*establecer contacto o comunicación con alguien*”, sin ninguna precisión adicional, por lo que algunos autores han planteado sus dudas sobre si resultaría necesaria o no una respuesta por parte del menor, entendiendo la mayoría de la doctrina que sí, pues la falta de contestación no dotaría la suficiente peligrosidad a la conducta¹⁰³. Atendiendo al significado de la palabra “contacto”, que se define como “*relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades*”, cabría entender que la contestación sí resulta necesaria para que la conducta sea típica, pues a mi juicio, la interpretación del verbo típico permite deducir cierta reciprocidad.

Otra de las controversias suscitadas por esta acción típica es si basta con un solo contacto para entender consumado el tipo. Dado que el sujeto pasivo entabla el contacto para granjearse la confianza del menor, cabría pensar que su duración debiera ser más o menos prolongada en el tiempo. Sin embargo, no resulta posible establecer de manera exacta el número de contactos necesarios para que esto se produzca, ni tampoco la forma en que debe contestar el menor a la propuesta, si afirmativa o negativamente, de modo que en el hipotético supuesto de que tras un único contacto donde ya estuviera contenida una propuesta de encuentro por parte del *groomer*, siendo esta contestada, cabría dar por probado este primer requisito típico¹⁰⁴ -siempre que fuera acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento-.

Así mismo, en relación con la acción típica de contactar, cabe plantear la duda sobre si debe ser necesariamente el *groomer* quien inicie el contacto, o si cabría también apreciar este delito si el que inició el contacto fue el menor. El uso corriente del lenguaje podría llevar a pensar que quien contacta es quien adopta la iniciativa, si bien el interés de los menores aconseja que deba entenderse producida la acción típica también cuando el contacto lo haya iniciado un menor, pues de lo contrario quedarían desprotegidos estos frente a aquellos casos en que el *groomer* se encuentre “*al acecho*” aprovechándose de un primer contacto llevado a cabo por un menor para realizar la

¹⁰³ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “*El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 174.

¹⁰⁴ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, op.cit, pág. 23.

propuesta del encuentro¹⁰⁵. Sin embargo, cabría aquí plantear si la incriminación de aquellos sujetos que continúen el contacto establecido por un menor y le propongan un encuentro no resultaría una contravención del principio de legalidad penal, pues el tipo penal expresamente exige contactar con un menor de dieciséis años.

Por último, y enlazando con la siguiente acción exigida por el tipo, se debe señalar que la acción de “contactar” y la acción de “proponer” un encuentro son dos actos diferentes, a pesar de que en ocasiones puedan confundirse como uno solo. La principal diferencia radica en que el establecimiento del contacto con el menor podrá contener una propuesta de encuentro de contenido sexual, pero no necesariamente tendrá que incluirla. Es decir, la acción de contactar quedaría probada por la mera comunicación llevada a cabo por alguno de los medios previstos por el art.183.ter.1º, siendo esta contestada, aun sin contener una proposición expresa -si bien debe recordarse que deberá ir la conducta orientada en todo caso hacia la finalidad delictiva-.

El segundo de los elementos de la conducta típica viene configurado por la acción de “proponer”. En este sentido, la propuesta debe necesariamente tener como objeto concertar un encuentro, siendo lo más habitual que la propuesta sea posterior al contacto, pero como ya se ha indicado antes, cabría también que la propuesta se realizara con el mismo contacto.

En cuanto a la posibilidad de que el encuentro pueda concertarse en el espacio virtual, resultaría difícil contemplar su subsunción en el tipo, debido a la dificultad que encierra la concurrencia del requisito de “actos materiales de acercamiento” en el caso de que el encuentro se produjera en la red¹⁰⁶. Las opiniones al respecto son contradictorias, y algunos autores admiten la posibilidad de que el encuentro tenga lugar en el ciberespacio, pues algunos delitos cuya finalidad persigue el sujeto activo con su acción son susceptibles de cometerse a distancia (como por ejemplo, algunos delitos relativos a la pornografía infantil)¹⁰⁷. Sin embargo, la opinión mayoritaria tiende a exigir que el encuentro tenga lugar de manera física y presente, trascendiendo del mundo virtual.

¹⁰⁵ De esta opinión, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 246.

¹⁰⁶ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, op.cit, pág. 26.

¹⁰⁷ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 247.

En cuanto a la propuesta, adquiere relevancia si esta debe ser aceptada o no por el menor para entenderse probado este segundo requisito típico. No existe tampoco acuerdo en la doctrina al respecto, siendo la opinión mayoritaria que no es necesaria la aceptación por parte del menor¹⁰⁸, dado que el legislador habría optado por señalarlo en el tipo, pues acción distinta es la de “*proponer concertar*” que la de “*concertar*” efectivamente un encuentro. La jurisprudencia también se ha manifestado en este sentido, señalando que el tipo exige únicamente la mera propuesta de concertación, “*sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación*”¹⁰⁹.

Sin embargo, otro sector doctrinal sostiene que la aceptación del encuentro por parte del menor resulta necesaria, debido al excesivo adelantamiento penal que conllevaría la consumación del delito con la mera propuesta de encuentro sin constar aceptación alguna. Pero debe recordarse que la propuesta debe ir acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, por lo que los argumentos esgrimidos no parecen tener suficiente peso para exigir el efectivo acuerdo de encuentro. Así, aquella propuesta de encuentro que no fuera contestada, o lo fuera en sentido negativo, acompañada de actos materiales de acercamiento, sería igualmente subsumible en el tipo del art.183.ter.1º¹¹⁰.

Al respecto, cabe señalar la completa irrelevancia que tiene para la verificación de este requisito de la conducta típica si, llegado a un acuerdo entre el sujeto activo y pasivo respecto al momento y lugar en que efectivamente tendría lugar el encuentro¹¹¹, el menor no se presentare. En cualquier caso, si el menor acudiera podría tener esto repercusión en la verificación del último elemento que configura la conducta típica, el de los “*actos materiales de acercamiento*”¹¹².

A modo de cierre del tipo penal, el último paso del *iter criminis*, exige la realización de una serie de actos materiales encaminados al acercamiento por parte del sujeto activo hacia el menor, siendo estos necesarios para la consumación del delito. Atendiendo a la dicción literal del tipo, deberán concurrir una pluralidad de actuaciones que, conjuntamente, verificarían que se cumple el requisito del acercamiento. Lo que el

¹⁰⁸ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 246.

¹⁰⁹ STS 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

¹¹⁰ SAP de Barcelona, 476/2015, de 23 Junio de 2015.

¹¹¹ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios al Código Penal*, *op.cit.*, pág. 731.

¹¹² E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 26.

legislador pretende al incorporar esta condición para su consumación es limitar la apreciación del delito únicamente a aquellos casos donde la propuesta de encuentro ostente suficiente seriedad¹¹³, descartando la incriminación de proposiciones poco serias¹¹⁴; es decir, los actos materiales deben demostrar “*la alta probabilidad de que se produzca el encuentro presencial y real, entre el autor y el menor de dieciséis años*”¹¹⁵.

La fórmula utilizada por el legislador resulta poco precisa y da cabida a una gran variedad de acciones que pueden ser concebidas dentro del concepto de actos materiales de acercamiento, a modo de ejemplo cabría citar los siguientes: “*merodear por los lugares que frecuenta la víctima para encontrársela, la adquisición de un billete de transporte con destino al lugar donde se encuentre la víctima, el desplazamiento del menor(...)*”¹¹⁶ o “*mandar al menor un billete o dinero para comprarlo, para que éste pueda acudir al encuentro*”¹¹⁷, entre muchos otros.

Algunos autores defienden una interpretación en clave restrictiva de este elemento del tipo, pues se concibe como un paso anterior a la comisión de un delito contra la indemnidad o libertad sexual del menor que, en muchas ocasiones, requiere obligatoriamente la presencia física del autor y la víctima al mismo tiempo en el mismo sitio -en los delitos de abusos o agresiones sexuales-; de este modo, parece exigirse que los actos materiales sean llevados a cabo en el entorno físico y no meramente en el espacio virtual¹¹⁸. Esta teoría estaría respaldada por el adjetivo escogido por el legislador -*materiales*-, lo cual parece exigir que se trate de actos tangibles o perceptibles por los sentidos, en el mundo físico¹¹⁹.

En aquellos casos en que el encuentro llegara a producirse sería fácil de probar la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, pero en aquellos casos en que no llegara a producirse efectivamente, podrían surgir dudas sobre si los actos materiales encierran suficiente -o alguna- peligrosidad. Por tanto, deben ponerse aquí de

¹¹³ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 29.

¹¹⁴ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 194.

¹¹⁵ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 29.

¹¹⁶ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 247.

¹¹⁷ S. MENDOZA CALDERÓN, “*El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 160.

¹¹⁸ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 247-248.

¹¹⁹ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág. 30.

relieve las disidencias en la doctrina sobre si el tipo del art.183.ter.1º se configura como un delito de peligro concreto o no. En caso de que así fuera, la concurrencia del requisito de los actos materiales encaminados al encuentro exigiría la realización de una serie de actos que demuestren que la lesión a la indemnidad o libertad sexual del menor resulta posible¹²⁰. De opinión contraria serían aquellos que dotan al tipo de la consideración de peligro abstracto, pues en este caso los actos materiales deberían encerrar una peligrosidad al menos potencial para la víctima, de modo que no quedarían subsumidas dentro del tipo aquellas proposiciones de encuentro que, sin ser aceptadas o sin ser remotamente tomadas en serio por el menor, fueran acompañadas de actos materiales de acercamiento, por no representar suficiente peligro potencial para la víctima.

Por último, en relación con los actos materiales, cabría adelantar brevemente lo que con posterioridad será objeto de análisis al analizar los grados de ejecución del delito: la controversia gira en torno a la posibilidad de admitir que dichos actos materiales sean considerados como actos ejecutivos propios de la tentativa de alguno de los delitos contenidos en los arts. 183 o 189, cuya comisión pretende el sujeto activo, pudiendo llevar a un solapamiento normativo entre el art. 183.ter.1º y los otros preceptos. En principio, esta teoría debería rechazarse ya que los actos materiales deben ir encaminados al acercamiento, tal y como se desprende del tipo, y no orientados a la comisión de alguno de estos delitos. Sin embargo, partiendo de una interpretación del art.183.ter.1º en clave material, cabría admitir la subsunción en el tipo de determinadas acciones que pudieran ser consideradas como actos preparatorios de los delitos sexuales (como por ejemplo, la proposición de encuentro), puesto que el legislador no ha precisado una lista cerrada sobre qué hechos se consideran actos materiales; de este modo, cabría subsumir dentro de la conducta del art. 183.ter.1º algunos actos orientados al acercamiento que no implican en modo alguno el comienzo de la ejecución de un delito sexual, pero también de otros que sí podrían suponer su inicio¹²¹.

• **Naturaleza jurídica del delito: clasificación del tipo.**

En atención a la complejidad de la estructura típica, ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad el carácter de tipo mixto cumulativo, por quedar este configurado por una

¹²⁰ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, op.cit, págs. 29-30.

¹²¹ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, op.cit, pág. 30.

pluralidad de acciones típicas que deben verificarse conjuntamente para entender consumado el delito.

El injusto contenido en el art.183.ter.1º es de mera actividad, pues no exige la producción de un resultado imputable objetivamente a la conducta típica, sino que basta con que el sujeto activo lleve a cabo la secuencia de acciones que se acaba de exponer para que se entienda consumada la conducta típica, de modo que la posterior comisión de los delitos del art. 183 o 189, no sería relevante para determinar la subsunción de la conducta en el tipo del delito de *online child grooming*. De este modo, basta con la mera constatación del *iter criminis* para entender consumado el delito, siendo necesario probar en todo caso la realización de los actos materiales encaminados al acercamiento. Además, no hay lugar a dudas para afirmar que, lógicamente, no cabría la comisión de este delito por omisión.

Respecto a su calificación como tipo de peligro, esta teoría goza de una acogida prácticamente universal ya que no se requiere para su consumación la efectiva lesión de la libertad o indemnidad sexual del menor¹²², lo cual viene confirmado por la jurisprudencia reciente al señalar que el delito se configura atendiendo a un “*comportamiento peligroso para dicho bien*”¹²³.

De este modo, parece acogerse la idea de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual del menor de dieciséis años¹²⁴ -o indemnidad sexual, si se prefiere-, siendo el delito de peligro. Sin embargo, no parece haber acuerdo respecto a la clase de peligro que conlleva la conducta típica del art.183.ter.1º, siendo muy dispares las opiniones.

De un lado, la reciente línea jurisprudencial ha optado por otorgar al delito del carácter de peligro concreto, apoyándose en la exigencia de los actos materiales encaminados al acercamiento¹²⁵. Como ya se ha señalado anteriormente, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento debe quedar probada para que pueda resultar típica la conducta del sujeto pasivo. Sin embargo, no siempre la propuesta de encuentro acompañada de estos actos materiales encierra en sí misma la creación efectiva de un

¹²² J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 203.

¹²³ STS 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

¹²⁴ En relación con las distintas posturas acerca del bien jurídico protegido por los delitos sexuales cabe remitirse al apartado I del Anexo.

¹²⁵ STS 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

peligro de lesión inmediata o próxima del bien jurídico protegido, de manera que parece descartarse esta teoría.

Por otro lado, algunos autores entienden que el delito en cuestión encierra un peligro abstracto. Las razones esgrimidas para defender la clasificación como tal se basan en que la conducta típica descrita por el tipo, valorativamente, comporta ya de por sí un peligro para el bien jurídico protegido, debido a que con su realización se produce un quebranto de la confianza que el menor tenía depositada en el sujeto activo.

Sin embargo, en mi opinión, el planteamiento más acertado sería la calificación del tipo de peligro como hipotético, lo que requiere una acción apta para generar un riesgo frente al bien jurídico protegido. El tipo del art.183.ter.1º constituye un adelantamiento de la intervención penal a un momento muy anterior, alejado en el tiempo del propio comienzo de la ejecución de los delitos efectivamente lesivos para la libertad sexual del menor de dieciséis años¹²⁶, y por tanto, la conducta típica se sitúa en un estado muy inicial de la ofensa para la libertad sexual del menor -incluso se habla de actos preparatorios elevados a la categoría de delito-, por lo que no supone la creación de un peligro de lesión inminente. Esto mismo se desprende cuando se acepta que “*el Derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años*”¹²⁷. Para que una conducta sea típica conforme al art.183.ter.1º no solamente no es necesaria la efectiva lesión del bien jurídico protegido, sino que ni siquiera su puesta en peligro debe quedar probada, bastando con que se compruebe la concurrencia de los elementos del tipo. Así, bastaría con la mera puesta en contacto con el menor de dieciséis años, con la consiguiente propuesta de encuentro acompañada de actos materiales tendentes al acercamiento para considerar típica la conducta, lo que parece indicar que la acción típica en sí es apta para poner en riesgo la libertad sexual del menor.

3.3.2.- Ausencia de causas de justificación.

Una vez analizada la tipicidad, se debe terminar el examen de la antijuridicidad penal advirtiendo que en el delito en cuestión no cabría apreciar en ningún caso la concurrencia de causas de justificación, pues no resulta posible encajar la legítima

¹²⁶ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit, pág. 677.

¹²⁷ STS 527/2015, de 22 de Septiembre de 2015.

defensa ni el estado de necesidad en relación con el tipo descrito. De este modo, la antijuridicidad quedaría completamente comprendida en el tipo del art.183 *ter*.1º, tal y como se ha detallado.

3.3.3. La culpabilidad.

Antes de proceder al análisis de los elementos de la culpabilidad en el delito del art. 183.*ter*.1º, cabe recordar que se ha adoptado una concepción objetiva del tipo, de manera que el dolo aparece aquí recogido como uno de los componentes integrantes de aquella. Así, la culpabilidad quedaría configurada por tres requisitos de carácter subjetivo que concurren en la persona del sujeto activo en relación con los hechos delictivos, siendo estos la imputabilidad, la exigibilidad de una conducta distinta y el dolo¹²⁸, que permiten que el desvalor del injusto penal sea atribuible a su persona.

Para llegar a concluir que un sujeto resulta culpable por la conducta típica del art.183.*ter*.1º, resultará necesario comprobar que estos tres elementos se encuentren presentes en su conducta, tal y como se expone a continuación.

El primero de ellos, **la imputabilidad**, exige que el sujeto activo se encuentre en determinadas condiciones durante la comisión del injusto, pudiendo definirse de la siguiente manera: *“la capacidad de comprender la ilicitud del hecho así como la capacidad para dirigir la propia actuación conforme a esa comprensión”*¹²⁹. De este modo, para afirmar que el injusto del art.183.*ter*.1º es imputable a un determinado sujeto, deberá comprobarse la ausencia de causas de inimputabilidad -previstas en los arts. 19 y 20 CP- al tiempo de cometer la infracción que le impidan a aquel comprender el alcance antijurídico de sus actos o que impliquen la falta de capacidad para actuar conforme a dicha comprensión. En el presente delito, cabe de nuevo llamar la atención sobre la posibilidad de que la infracción sea cometida por un sujeto menor de edad, quienes, conforme al citado art. 19 no resultan responsables criminalmente. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, los supuestos de falta de inimputabilidad por minoría de edad quedan restringidos únicamente a aquellas conductas realizadas por menores de catorce años. Por tanto, en relación con la minoría

¹²⁸ A. OBREGÓN GARCÍA y J. GÓMEZ LANZ, *“Derecho Penal parte general: elementos básicos de la teoría del delito”*, *op.cit.*, pág. 121.

¹²⁹ A. OBREGÓN GARCÍA y J. GÓMEZ LANZ, *“Derecho Penal parte general: elementos básicos de la teoría del delito”*, *op.cit.*, pág. 127.

de edad, cabe señalar que solo los menores de catorce años que realizaran la conducta típica descrita en el art.183.ter.1º resultarían inimputables por este delito, y por consiguiente, no sería posible afirmar su culpabilidad. Sin embargo, aquellos menores cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años sí serían susceptibles de resultar responsables criminalmente por la comisión del delito en cuestión, suscitando la controversia anteriormente planteada, a la que nos remitimos en este punto.

Una vez confirmada la imputabilidad del sujeto, será necesario analizar el segundo elemento de la culpabilidad, **el dolo**, en cuyo contenido cabe distinguir dos componentes: de un lado, el componente intelectual, que presupone el conocimiento sobre la realización del tipo, y de otro, el componente volitivo, esto es, la voluntad de realizarlo. La concurrencia de ambos en la conducta típica del sujeto activo permite afirmar que este obra con dolo, y por tanto, le resulta reprochable la comisión de la infracción penal¹³⁰.

Acerca del elemento intelectual del dolo, cabe señalar que este abarca tanto el conocimiento del sujeto sobre los elementos de la conducta típica como sobre la significación antijurídica de la misma. Esto exige, en primer lugar, que el sujeto que realiza la conducta típica del art.183.ter.1º actúa conociendo que la totalidad de los elementos descritos en el tipo se hallan presentes en su comportamiento. Como ya se ha puesto de manifiesto al analizar la condición del sujeto pasivo, el tipo exige que este sea un menor de dieciséis años; esto implica que para apreciar el dolo en la conducta del sujeto activo es necesario que este tenga conocimiento sobre la edad del menor -que constituye un elemento esencial del tipo-, debiendo encontrarse ésta por debajo de la barrera de los dieciséis años. Si al cometer la infracción el sujeto activo estuviera errado en cuanto al conocimiento de la verdadera edad del menor, teniendo el convencimiento auténtico de que la persona a la que propone un encuentro fuera mayor de dieciséis años, cabría apreciar entonces un error de tipo.

En este sentido, algunos autores ponen de manifiesto la dificultad que encierran algunos de los medios de comisión de este delito -chats, servicios de mensajería instantánea o redes sociales entre muchos otros- a la hora de averiguar la edad real de la persona con

¹³⁰ A. OBREGÓN GARCÍA y J. GÓMEZ LANZ, “*Derecho Penal parte general: elementos básicos de la teoría del delito*”, *op.cit.*, pág. 156 y ss.

la que se contacta, siendo habitual que los menores se atribuyan en sus perfiles una edad superior a la real para poder acceder a las mismas¹³¹, pues el acceso a gran parte de estos medios se encuentra restringido hasta una determinada edad. De este modo, podría resultar difícil admitir que el error de tipo pueda ser vencible, debido a la dificultad que entraña el conocimiento de la edad real del menor (especialmente en aquellos sujetos cuya edad, aun estando próxima, no alcanza la barrera de los dieciséis años).

En cualquier caso, siendo el error de tipo vencible o invencible, el conocimiento equivocado del sujeto activo acerca de la edad real del menor, creyendo aquel que este último era mayor de dieciséis años cuando en realidad no es así, determinaría la ausencia de responsabilidad penal, puesto que el art.183.ter.1º no castiga la imprudencia expresamente¹³²; por eso, algún autor ha planteado la necesidad de prever la imprudencia en este delito para aquellos casos de error vencible sobre el elemento típico de la edad del sujeto pasivo¹³³.

En el caso contrario, esto es, cuando el sujeto crea de manera equivocada que su víctima es menor de dieciséis años cuando este ya los hubiera cumplido, llevaría a plantear una problemática totalmente distinta, que algunos denominan el “*error al revés*” o a la inversa, cuya solución remitiría a la de la tentativa inidónea, la cual no se encuentra castigada¹³⁴.

Por último, cabe dejar también señalada la posibilidad de que pudiera existir un error de prohibición en cuanto al desconocimiento por parte del sujeto activo de que su comportamiento fuera contrario al Derecho conforme al tipo del art.183.ter.1º¹³⁵.

Por otra parte, el segundo elemento configurador del dolo, el elemento volitivo exige que el ánimo del sujeto abarque la realización de la conducta, es decir, que su voluntad esté encaminada a la realización del injusto. En relación con el delito del art.183.ter.1º, tal y como se desprende de la dicción literal del tipo, su comisión exige que el sujeto realice la conducta típica con el “*fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en*

¹³¹ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit, pág. 691.

¹³² E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, op.cit, pág. 27.

¹³³ M. CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley penal*, núm. 80, 2011, pág. 15.

¹³⁴ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 249.

¹³⁵ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 249.

los artículos 183 y 189 CP”. Por tanto, se trata de un delito doloso¹³⁶, pues el sujeto consciente y voluntariamente realiza las acciones típicas, debiendo quedar además demostrada la intención del sujeto activo de cometer alguno de los delitos previstos en el tipo: el de abuso y agresión sexual contra menores de dieciséis años del art.183 o la utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos del art.189¹³⁷. Además, algunos autores afirman que lo que se exige es un dolo directo¹³⁸, pues el sujeto debe tener la específica intención de realizar la conducta típica con una finalidad concreta -la comisión de uno de los delitos citados- siendo indiferente en este sentido que la efectiva comisión de los ulteriores delitos sexuales sea más o menos probable.

El tipo exige que la acción del sujeto activo revista una finalidad específica que comprenda la ulterior comisión de determinados delitos de carácter sexual, lo cual presenta grandes dificultades de prueba; por este motivo, salvo confesión expresa del acusado, es habitual el recurso a la prueba indiciaria¹³⁹ debido a la práctica imposibilidad de probar que la propuesta de encuentro seguida de actos materiales tendentes al acercamiento fueron realizados con uno de estos propósitos en concreto.

Parte de la doctrina -que sostiene una concepción subjetiva del tipo- ha señalado que el elemento subjetivo del tipo del art.183.ter.1º supera el contenido del dolo¹⁴⁰, pues no solo exige que el sujeto de manera consciente y voluntaria entable contacto con un menor de dieciséis años y le realice una propuesta de encuentro seguida de actos materiales, sino que todo ello deberá hacerlo con la finalidad de cometer alguno de los delitos ya citados. Esta exigencia daría lugar a una incongruencia entre el tipo objetivo -la conducta típica- y el tipo subjetivo -el ánimo del sujeto-, por exceder la intención del sujeto lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación del delito¹⁴¹. Esta línea de pensamiento que mantienen algunos autores llevaría a considerar el tipo en

¹³⁶ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 248.

¹³⁷ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, págs. 248 y 249.

¹³⁸ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 249.

¹³⁹ E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág.27.

¹⁴⁰ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 195. En el mismo sentido, E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág.27.

¹⁴¹ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 195.

cuestión como un “*delito de tendencia interna trascendente*”¹⁴², pues existe una finalidad que va más allá de la mera realización dolosa de la acción, por lo que se ha calificado al art.183.ter.1º como un delito mutilado en varios actos: de un lado, la parte objetiva del tipo exigiría únicamente la realización de las acciones típicas descritas, mientras que la parte subjetiva deberá incluir la voluntad de cometer los delitos del art. 183 o 189¹⁴³.

Junto con la edad del sujeto pasivo, los “delitos-fin” a cuya comisión debe ir orientada la voluntad del sujeto activo han sido uno de los aspectos objeto de reforma de este delito mediante la LO 1/2015. Con la citada reforma se ha reducido el conjunto de delitos a cuyo fin debe dirigirse la conducta típica del autor, pues el legislador ha eliminado la referencia a los delitos de los arts. 178 a 182 –conforme a su redacción otorgada por la ya derogada LO 5/2010-.

De este modo, conforme a su redacción vigente en virtud de la LO 1/2015, cabe concluir que la voluntad del autor de la conducta típica del art.183.ter.1º únicamente deberá abarcar la ulterior comisión de un delito de abusos o agresiones sexuales del art. 183 o alguna de las conductas previstas en el art. 189, todas ellas sobre sujetos pasivos menores de dieciséis años.

La supresión de los restantes delitos ha tenido un gran acogimiento por parte de la doctrina, pues su inclusión en la anterior redacción del tipo en virtud del art.183.bis fue duramente criticada por muchos. La principal de las controversias planteadas tenía que ver con la remisión a los arts. 178 a 181 junto con el art. 182, la cual se consideró desafortunada¹⁴⁴ por regular los primeros aquellos delitos de agresiones y abusos sexuales cometidos sobre mayores de edad, mientras que el art. 182 regulaba esas mismas conductas cometidas contra un menor, cuya edad estuviera comprendida entre los trece y los dieciséis años. La remisión a este conjunto de delitos dio como resultado dos posturas: de un lado, fue calificada de superflua por algunos autores, pues consideraban que únicamente debían quedar comprendidas las conductas sobre menores

¹⁴² M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 249.

¹⁴³ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 249; de la misma opinión, J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, op.cit, pág. 195.

¹⁴⁴ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op.cit, pág. 10.

de trece años¹⁴⁵; de la opinión contraria, algunos autores encontraron justificación a dicha remisión para aquellos supuestos en que el *groomer* comenzare la ejecución de la conducta típica cuando el menor todavía no hubiera alcanzado la edad de trece años, para posteriormente, cometer uno de estos delitos de agresión o abusos sexuales una vez hubiese alcanzado dicha edad, o incluso una vez el sujeto pasivo superase la mayoría de edad (todo ello comprendido por el dolo del autor, lo cual resulta difícilmente demostrable)¹⁴⁶, planteamiento adoptado también por el Tribunal Supremo, que terminó pronunciándose en este sentido¹⁴⁷.

Los defensores de esta postura consideraban que lo que el legislador buscaba con la inclusión de los tipos penales cuyo sujeto pasivo fuera mayor de dieciocho años era poner de manifiesto que la edad de la víctima únicamente adquiriría relevancia en la realización de las acciones descritas en el tipo, para considerar consumado el delito de *child grooming*¹⁴⁸. Sin embargo, como ya se ha apuntado, aquellos fueron suprimidos del elenco de delitos-fin perseguidos por el sujeto activo conforme al actual art.183.ter.1º.

Otra de las grandes críticas suscitadas por la redacción del tipo fue la remisión que realizaba al delito de pornografía infantil del art. 189, la cual ha sido mantenida por el legislador penal en el art.183.ter.1º tras la reforma de 2015. El problema reside en que este último abarca un conjunto de conductas típicas muy amplio -incluye tanto las conductas de pornografía infantil, como la distribución, exhibición o difusión de material pornográfico o la asistencia a espectáculos exhibicionistas-, por lo que dicha remisión en bloque o “*in totum*”¹⁴⁹ al art. 189 causa numerosas dificultades en la delimitación de las conductas típicas previstas en este tipo respecto de la prevista en el art.183.ter.1º, además de dar lugar a un ámbito de aplicación del delito de *child grooming* mucho más amplio.

Por estos motivos, gran parte de la doctrina considera necesario realizar una interpretación en clave restrictiva de dicha remisión -e incluso algunos autores han planteado la conveniencia de reformarla, debiendo quedar reducida únicamente a

¹⁴⁵ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII...”, en *Comentarios al Código Penal*, op.cit, pág. 728.

¹⁴⁶ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op.cit, pág. 10.

¹⁴⁷ STS 97/2015, de 24 de Febrero de 2015.

¹⁴⁸ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 248.

¹⁴⁹ G. QUINTERO OLIVARES, “La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios”, Aranzadi, 2010, pág. 172.

algunas de las conductas previstas en el art. 189¹⁵⁰-, puesto que el art.23 del Convenio únicamente se refiere a la producción de pornografía infantil, excluyendo los restantes comportamientos relacionados con la misma. Si se asume la interpretación sugerida, únicamente la conducta prevista en el art. 189.1.a) sería susceptible de formar parte de la voluntad del autor del delito del art.183.ter.1º¹⁵¹. Sin embargo, el tenor literal del art.183.ter.1º se refiere a la totalidad del art. 189, por lo que limitar su aplicación únicamente a la conducta del art. 189.1.a) como proponen algunos autores plantearía serias dudas en relación con el principio de taxatividad¹⁵².

Por otro lado, la remisión al art. 183, que tipifica los delitos de agresiones y abusos sexuales sobre menores de dieciséis años, ha suscitado también importantes controversias, sobre todo en cuanto a la calificación del delito de *child grooming* como un acto preparatorio de aquellos. La consideración de la conducta típica del art.183.ter.1º como acto preparatorio de los delitos del art. 183 conlleva aceptar el adelantamiento de la intervención penal, de manera que el art.183.ter.1º “*eleva al grado de consumación lo que materialmente son actos preparatorios*”; por tanto, en la ejecución del delito, la consumación se produce cuando se materialice la propuesta de encuentro dirigida a un menor de dieciséis años con la intención de cometer uno de los delitos del art. 183 o 189, siempre y cuando dicha propuesta vaya seguida de actos materiales dirigidos al acercamiento, tal y como se ha puesto de manifiesto al analizar la tipicidad.

Sin embargo, algunos autores advierten aquí sobre la falta de proporcionalidad, puesto que “*el art. 183.bis -actual art.183.ter.1º- propone igual pena para el acto preparatorio de por ejemplo un abuso sexual que para el acto preparatorio de una agresión sexual*”, e igualmente llama la atención el hecho de que el marco penal abstracto de estos actos preparatorios lleve aparejada una pena superior a la que le correspondería al autor de un abuso sexual sobre un menor de dieciséis años en grado de tentativa, a pesar del mayor desvalor que encierra esta conducta¹⁵³. Además, si se acepta la tesis de que la conducta

¹⁵⁰ J.M. TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art. 178, 180, 181, 183, 183 bis)” en G. QUINTERO OLIVARES, “*La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*”, *op. cit.*, pág. 172; en la misma línea, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso (...)”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 248.

¹⁵¹ G. QUINTERO OLIVARES, “La reforma Penal de 2010”, *op.cit.* pág. 172.

¹⁵² E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, *op.cit.*, pág.15.

¹⁵³ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág.11.

típica del art.183.ter.1º no es más que la incriminación de actos preparatorios de los delitos-fin, una vez se diera el comienzo a la ejecución del delito daría lugar a problemas para castigar al sujeto por ambas conductas, vulnerando el principio de *non bis in ídem*¹⁵⁴, lo cual será analizado al estudiar la cláusula concursal prevista en el art.183.ter.1º.

Por último, llama la atención que el legislador siga omitiendo entre los delitos-fin los delitos de prostitución infantil¹⁵⁵ así como el nuevo art.183.bis, por ser la conducta prevista en este tipo -determinar al menor de dieciséis años a participar o presenciar actos de carácter sexual- más susceptible de formar parte de la intención del sujeto activo, de ahí que algunos autores hayan aconsejado su inclusión entre los delitos cuya comisión se persigue con la conducta del art.183.ter.1º¹⁵⁶.

Finalmente, como último de los requisitos necesarios para afirmar la culpabilidad, debe resultar exigible que el sujeto activo despliegue una conducta distinta, en virtud de la normalidad de las condiciones fácticas que envuelven la realización de la conducta. En concreto, con respecto al delito del art.183.ter.1º, no cabría apreciar ninguna de las causas de exculpación previstas en el Código Penal, de manera que se exige en todo caso al sujeto el cumplimiento del deber de actuar conforme a la norma. Por lo tanto, cabría afirmar que en relación con este delito no sería posible desvirtuar la culpabilidad de un sujeto atendiendo a ninguna causa que pueda excluir la **exigibilidad de una conducta distinta**.

3.3.4.- Cláusula de exclusión de responsabilidad penal: el art.183.quáter del Código Penal.

Ya se ha mencionado al analizar la condición de sujeto activo de la conducta típica la existencia de una cláusula de exclusión de responsabilidad penal, contenida en el art.183.quáter, cuyo tenor dicta lo siguiente:

¹⁵⁴ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 242.

¹⁵⁵ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op.cit, pág. 250.

¹⁵⁶ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op.cit.

“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Esta cláusula de exclusión de responsabilidad penal exige la concurrencia de dos requisitos para desplegar su eficacia: el consentimiento libre prestado por el sujeto pasivo menor de dieciséis años, y por otro lado, que exista una proximidad entre el autor y el menor en edad y grado de desarrollo o madurez. Sin embargo, al contrario que en otras regulaciones, el legislador español no ha introducido una edad mínima que actúe como límite para afirmar la validez del consentimiento prestado, de modo que en principio nada obsta para que la cláusula sea aplicable a cualquier menor de dieciséis años; además, tampoco se ha fijado un tope máximo en cuanto a la edad del autor, de modo que también será aplicable cuando este sea mayor de edad, siempre que concurren los dos requisitos expuestos¹⁵⁷.

Su introducción en el Código Penal español fue consecuencia de la modificación de la edad mínima para prestar el consentimiento sexual, elevada de los trece hasta los dieciséis años mediante la reforma operada por la LO 1/2015. Dicha cláusula encuentra su origen en el derecho anglosajón bajo el nombre de *“Romeo and Juliet exception”*, y respondiendo a la necesidad de adecuar la legislación penal a una realidad social en la que los menores también se interrelacionan sexualmente¹⁵⁸, da validez al consentimiento otorgado libremente por un menor de dieciséis años en determinadas circunstancias.

Una de las grandes críticas que se plantearon con la introducción de este delito, que además se mantiene tras la reforma de 2015, reside en la posibilidad de que cualquier persona ostente la condición de sujeto activo del delito de *child grooming*, pues el tenor del tipo sigue refiriéndose a este mediante la fórmula genérica *“el que”*¹⁵⁹. Como ya se ha apuntado, esto implica que un menor de edad que supere los catorce años podría ostentar la condición de sujeto activo, lo cual no parece encontrar adecuación con la previsión del art.23 del Convenio y del art.6 de la Directiva, donde se pretendía proteger a los menores respecto de las conductas provenientes de adultos.

¹⁵⁷ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, *“Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”*, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*, pág. 11.

¹⁵⁸ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, *“Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”*, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*, pág. 8.

¹⁵⁹ M. DOLZ LAGO, *“Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”*, en *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011.

Si bien el legislador ha mantenido la posibilidad de que cualquiera -incluidos los menores mayores de catorce años- sea sujeto activo por la conducta típica del art.183.ter.1º, se ha tratado de dotar al precepto de una mayor flexibilidad mediante la inclusión del art.183.quáter, que permite excluir la responsabilidad penal en aquellos casos en que el delito sea cometido contra un menor de dieciséis años cuando el responsable de los hechos sea “una persona próxima al menor por edad y por grado de desarrollo o madurez”. Sin embargo, su aplicación queda restringida a aquellos supuestos en que el sujeto pasivo hubiera consentido libremente la realización de la conducta, por lo que seguirá siendo penalmente relevante la conducta del art.183.ter.1º cometida por un menor cuando no medie consentimiento libre.

Por último, cabe destacar la dificultad interpretativa de esta cláusula, debido al empleo de conceptos tan amplios como la proximidad del autor a la víctima por edad o grado de madurez, de modo que aun previendo el legislador esta cláusula del art.183.quáter, pueden resultar castigados por la conducta típica del delito de *grooming* sujetos menores de edad. Ambos requisitos deberán resultar probados para que dicha cláusula sea aplicable, no bastando solo con que el menor haya prestado su consentimiento de manera libre y que la edad de los sujetos sea muy próxima entre sí, requisitos ya de por sí difíciles de concretar -pues recordemos que no se ha establecido una diferencia de edad concreta que permita descartar o aceptar la aplicación de esta cláusula- sino que aún más dificultades presenta el requisito de la proximidad en grado de desarrollo o madurez entre el menor y el autor de la conducta¹⁶⁰, por lo que la aplicación de dicha cláusula dependerá de la interpretación que se lleve a cabo sobre los mismos.

No existe acuerdo en la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de esta cláusula en relación con los delitos sexuales del Capítulo II bis; de un lado, aquellos autores que consideran dicha cláusula como una causa de justificación, excluyendo, cuando resulte apreciable, la antijuridicidad de la conducta; de otra opinión, aquellos que sostienen que el consentimiento opera en el ámbito de la tipicidad, por lo que en caso de concurrir los requisitos, debería declararse la atipicidad de la conducta¹⁶¹, dado que la libre disposición del bien jurídico protegido por parte de su titular -en este caso, se entiende equivalente al consentimiento libre del menor de dieciséis años- desplegaría su eficacia

¹⁶⁰ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*, pág. 12.

¹⁶¹ C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada, *op.cit.*, pág. 11.

eximente, convirtiendo así la conducta del sujeto activo en atípica, y por tanto, exenta de responsabilidad penal. Si bien este razonamiento parece ser el más adecuado, cabe dejar señaladas las profundas disidencias entre aquellos autores que consideran como válido el consentimiento libre prestado por un menor de dieciséis años, y aquellos que no, negando así la posibilidad de que los menores de dieciséis años dispongan libremente de su libertad sexual.

Por último, conforme a la opinión expuesta por la Fiscalía General del Estado¹⁶², la cláusula del art.183.*quáter* constituye una excusa absolutoria, por lo que su apreciación excluiría la punibilidad de la acción típica, no justificada y culpable. De esta manera, aquellos hechos subsumibles en la conducta típica descrita por el art.183.*ter*.1º respecto de los cuales un sujeto resulta culpable, siempre y cuando quede probada la existencia del consentimiento libre prestado por el sujeto pasivo menor de dieciséis años, quedarían impunes en caso de concurrir una proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez entre ambos sujetos, en virtud de dicha cláusula.

3.4.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: el tipo cualificado del art.183.*ter*.1º del Código Penal.

En relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, cabe señalar que el art.183.*ter*.1º, además del tipo básico ya expuesto, prevé una modalidad cualificada cuya apreciación se basa en el medio comisivo empleado en la realización de la conducta.

El art.183.*ter*.1º *in fine* establece lo siguiente:

“Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

La propuesta inicial del Grupo Popular en el Congreso incluía dichos medios comisivos como parte del tipo básico¹⁶³. Sin embargo, finalmente aquellos pasaron a configurar el tipo cualificado que actualmente se recoge en el segundo inciso del art.183.*ter*.1º; de

¹⁶² Fiscalía General del Estado. Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo.

¹⁶³ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, pág. 668.

esta manera, se deberá imponer en su mitad superior la pena prevista para el tipo básico -ya sea la pena de prisión de uno a tres años, o la multa de doce a veinticuatro meses- en aquellos casos en que haya mediado la coacción, la intimidación o el engaño para lograr el acercamiento por parte del sujeto activo con el menor de dieciséis años.

No solo se ha tachado de inadecuada la redacción del subtipo agravado por emplear la expresión “*obtener*” respecto del acercamiento, cuando para apreciar el tipo básico basta con la realización de actos materiales tendentes al mismo, no siendo exigible la consecución de dicho acercamiento¹⁶⁴, sino que además no son pocos los autores que han puesto de manifiesto la conveniencia de suprimir la cualificación prevista para este delito. Su opinión se basa en que la previsión de una agravante específica para esta figura delictiva puede llevar a dejar sin contenido al tipo básico¹⁶⁵, precisamente porque el argumento defendido por las instancias supranacionales para instar a la incriminación de estas conductas residía en la facilidad que ofrece el entorno *online* para que un potencial agresor engañe a un menor -ya sea sobre su edad, aspecto físico o haciéndose pasar por otros menores para ganarse su confianza-¹⁶⁶.

Para evitar vaciar de contenido el tipo básico, algunos autores han propuesto una interpretación restringida del engaño, de manera que este solo se tendrá en cuenta para la apreciación de la agravante cuando el objeto del engaño haya sido la omisión sobre la verdadera razón del acercamiento, esto es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos-fin descritos en el tipo. Sin embargo, este planteamiento restrictivo conlleva el problema de que si el sujeto activo manifiesta su intención de cometer un delito sexual contra el menor estaría incurriendo en una amenaza o intimidación, dando igualmente lugar a la apreciación de la agravante específica¹⁶⁷.

Dado que el engaño es el modo de proceder más habitual en la comisión de este delito, quizá sería más aconsejable la supresión de la figura cualificada, debiendo aparecer el

¹⁶⁴ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, pág. 691.

¹⁶⁵ M. GÓMEZ TOMILLO, “Comentarios al Código penal”, *op. cit.*, pág. 732; igualmente, M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso...”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op. cit.*, pág. 252

¹⁶⁶ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, págs. 691 y 692.

¹⁶⁷ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, págs. 205 y ss.

engaño recogido en el tipo básico del delito, dotando así de mayor contenido de injusto a la conducta¹⁶⁸.

Con respecto a los otros dos medios comisivos, la coacción y la intimidación, su utilización por el sujeto activo suscita problemas en relación con el delito de coacciones o amenazas. Respecto a la pena que lleva aparejada el empleo de estos medios en el tipo del art.183.ter.1º, cabe concluir que esta resulta más beneficiosa para el sujeto activo en comparación con la pena que podría tener si se consideraran los delitos de coacciones o amenazas en sí mismos. De ahí que algún autor haya planteado la conveniencia de que se introduzca una disposición que excluya la apreciación del tipo cualificado en aquellos casos en que el medio comisivo da lugar por sí solo a un delito más grave¹⁶⁹. Para dar solución a este problema, algunos autores abogan por aplicar la regla de alternatividad contenida en el art. 8¹⁷⁰, de modo que los hechos quedarían subsumidos en el precepto que castigue la conducta con la pena de mayor gravedad; sin embargo, esto presenta una limitación, pues la alternatividad solo opera en caso de no resultar aplicables los restantes principios de aplicación preferente, siendo uno de ellos el de especialidad¹⁷¹, lo cual, en determinadas circunstancias, podría llevar a subsumir la conducta en el art.183.ter.1º en su modalidad agravada, con una pena significativamente inferior.

3.5.- Formas imperfectas de ejecución.

La consumación del delito exige la realización por el sujeto activo de las tres acciones expuestas al analizar la tipicidad, esto es, contactar con un menor de dieciséis años, proponer un encuentro, y realizar algún acto material dirigido al acercamiento. Este último requisito es el que determina la consumación del delito, que se produce en el momento en que el sujeto activo realiza algún acto material de acercamiento al menor, siendo indiferente que este conociera el objetivo que aquel persigue con su conducta¹⁷².

¹⁶⁸ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit, pág. 691

¹⁶⁹ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op. cit., págs. 251 y 252.

¹⁷⁰ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII...”, en *Comentarios al Código Penal*, op.cit, pág. 732.

¹⁷¹ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, op.cit, págs. 208 y 209.

¹⁷² M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op. cit., pág. 253.

Al tratarse de un delito de mera actividad, algún autor sostiene la imposibilidad de apreciar la comisión de este delito en grado de tentativa¹⁷³, atendiendo a la expresión “*siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*”, la cual condiciona la imposición de la pena, siendo irrelevante del todo la efectiva comisión ulterior de los delitos del art. 183 o 189 para subsumir la conducta en el tipo del art.183.ter.1º.

La inmensa mayoría de la doctrina ha considerado que lo que realiza el art.183.ter.1º es elevar a la categoría de delito autónomo lo que son actos preparatorios¹⁷⁴ de los delitos-fin de carácter sexual que debe abarcar el ánimo del autor, pues de no ser así difícilmente resultarían castigados como tentativa del delito sexual al que van encaminados, por no constituir en la mayoría de los casos actos de ejecución del mismo.

Por otro lado, un grupo minoritario ha considerado que la conducta típica prevista en el art.183.ter.1º resulta lo suficientemente grave por sí sola como para resultar reprochable penalmente, “*independientemente de que tales conductas estén encaminadas a la comisión de otros delitos sexuales*”¹⁷⁵. De esta opinión, Cugat Mauri considera que los medios tecnológicos requeridos por el tipo para realizar la conducta típica sitúan al agresor en “*una situación de subyugación moral de especial intensidad*” por resultar más favorables para captar imágenes o mensajes del menor que sean susceptibles de ser utilizadas a posteriori a modo de chantaje para conseguir la comisión del delito sexual, siendo por tanto la conducta descrita en el tipo del art.183.ter.1º merecedora por sí sola de reproche penal¹⁷⁶. Sin embargo, esta línea de pensamiento no parece resultar del todo acertada pues el tipo no exige más que la mera constatación del contacto con el sujeto pasivo, la propuesta de encuentro y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento por parte del sujeto activo, sin requerirse en ningún caso ni la subyugación moral que la citada autora señala ni la concurrencia del chantaje, pues de ser así daría lugar a la apreciación del tipo en su modalidad agravada.

¹⁷³ M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, op. cit., pág. 253.

¹⁷⁴ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, op.cit, pág. 686.

¹⁷⁵ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, op.cit, pág. 200.

¹⁷⁶ M. CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 229.

Por tanto, a mi juicio, cabría concluir -en línea con la opinión de la doctrina mayoritaria- que lo que el art.183.ter.1º tipifica son meros actos preparatorios para la comisión de los delitos-fin de carácter sexual contra un menor de dieciséis años, quedando patente mediante este delito un adelantamiento de la intervención penal.

Desde un punto de vista estricto, el delito de *child grooming* podría resultar compatible con formas imperfectas de ejecución, pues partiendo de que el tipo exige que se constaten tres acciones diferenciadas en la conducta del autor, las cuales deben suceder de manera sucesiva, resultaría posible admitir aquellos supuestos en que habiendo dado comienzo a la ejecución del delito mediante alguna de las acciones requeridas por el tipo, finalmente no pueda ser llevada a cabo la última por motivos ajenos a la voluntad del sujeto activo¹⁷⁷. En este caso sí cabría apreciar la compatibilidad de esta figura delictiva con la tentativa inacabada; sin embargo, admitir la tentativa en este delito implicaría conceder relevancia penal al “comienzo de la ejecución de lo que materialmente constituye un acto de preparación delictiva”¹⁷⁸, adelantando aún más las barreras punitivas, pues se estaría castigando “comportamientos aún menos lesivos de los que integran la forma consumada del delito analizado”¹⁷⁹, lo cual no considero del todo acertado.

3.6.- Conflictos concursales.

Ya se ha planteado a lo largo de la presente exposición la problemática concursal que entraña la concurrencia del tipo del art.183.ter.1º en relación con otras figuras delictivas, principalmente con aquellas que se recogen en los arts. 183 y 189, a cuya finalidad está destinada la acción típica del delito de *child grooming*.

El propio art.183.ter.1º incluye en su tenor una cláusula concursal que establece que las penas en él previstas se impondrán “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”.

¹⁷⁷ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 202.

¹⁷⁸ C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming (...)”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, *op.cit.*, pág. 687.

¹⁷⁹ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 203.

La inmensa mayoría de la doctrina interpreta esta expresión del legislador de manera que en caso de que efectivamente llegara a cometerse alguno de los delitos sexuales previstos por el art.183.ter.1º como delitos-fin que deben formar parte de la voluntad del autor al realizar la conducta típica, este debería ser castigado por ambos delitos, pues así lo establece expresamente la citada cláusula concursal, en régimen de concurso real de delitos¹⁸⁰.

Sin embargo, algunos autores han planteado sus dudas acerca de esta previsión legal, como ya apuntó Muñoz Conde¹⁸¹ “*es muy cuestionable que el delito del art.183.bis siga manteniendo su autonomía punitiva si finalmente se llega a cometer el delito que lo motivó*”. Así, si llegara a cometerse alguno de los delitos previstos en el tipo del art.183.ter.1º, el autor de los hechos no sería castigado por el delito de *child grooming* en virtud de principio de consunción contenido en la regla tercera del art.8¹⁸², o del principio de alternatividad que prevé la regla cuarta del mismo¹⁸³.

Si en efecto la regla concursal prevista exigiera expresamente el castigo de ambas infracciones en régimen de concurso real, la solución a la que se llegaría entraría en contradicción con algunos de los principios inspiradores del ordenamiento penal, como el principio de consunción, en virtud del cual las fases posteriores del *iter criminis* deben absorber a las anteriores, de manera que la consumación del delito absorbe los actos preparatorios punibles¹⁸⁴. Así mismo, la citada interpretación que se sugiere de la cláusula concursal daría lugar a la vulneración del principio *non bis in ídem*, -entendiendo que el bien jurídico protegido por el tipo del art.183.ter.1º es el mismo, aunque sea en una mínima parte, que el protegido por los delitos sexuales-. Así, para aquellos que consideren que la conducta del art.183.ter.1º pone en peligro la libertad o indemnidad sexual del menor, lo más adecuado sería apreciar un concurso aparente de normas, debiendo ir en contra de la dicción literal del precepto, por resultar aquella solución inconstitucional.

¹⁸⁰ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores (...)”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 205.

¹⁸¹ F. MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal. Parte especial*”, *op.cit.*, pág. 241.

¹⁸² J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “El llamado delito de *child grooming*: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, *op.cit.*, pág.14.

¹⁸³ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII...”, en *Comentarios al Código Penal*, *op.cit.*, pág. 732.

¹⁸⁴ J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *ADPCP*, *op.cit.*, pág. 205.

La interpretación concursal propuesta, favorable a la calificación como concurso real de delitos, entrañaría igualmente problemas en caso de considerar que el bien jurídico protegido por el tipo es doble, la libertad o indemnidad sexual del menor en su dimensión individual, y la infancia en su dimensión supraindividual. En este caso, también se vería conculcado el principio *non bis in ídem*, por la parte del desvalor de la conducta típica del art.183.ter.1º que entraña un peligro para la libertad sexual del menor¹⁸⁵. En cambio, menos problemas plantean aquellos autores que han defendido que el bien jurídico protegido por el tipo del art.183.ter.1º es la dignidad o integridad moral del menor, distinto al bien jurídico protegido por los delitos del art. 183 y 189¹⁸⁶.

Además, entre aquellos que abogan por la calificación conforme a las reglas del concurso de delitos, tampoco existe consenso sobre qué tipo de concurso se trata. Algunos defienden que la cláusula concursal del art.183.ter.1º prevé un concurso medial entre el delito de *child grooming* y los del art. 183 o 189, por ser considerarse aquel un medio para cometer uno de estos delitos, de manera que la solución pasaría por aplicar una única pena agravada. Por otro lado, se encuentran aquellos que sostienen que se trata de un concurso real de delitos, entre el del art.183 ter.1º y alguno de los delitos-fin contra la indemnidad sexual del menor previstos en el tipo, dando lugar a la acumulación material de las penas, siendo el sujeto activo castigado por ambas infracciones.

Si bien la interpretación mayoritaria de esta ambigua cláusula concursal pasa por asumir que el legislador está claramente estableciendo la necesaria imposición de las penas de los delitos sexuales adicionalmente a la del delito de *child grooming*, cabría plantear otras interpretaciones. Así, la cláusula podría ser interpretada en el sentido de que lo que exige el legislador es que se imponga la pena prevista por el art.183.ter.1º, sin perjuicio de las penas de los restantes delitos sexuales en su caso, siempre con el debido respeto a las reglas concursales previstas en el Código Penal. De este modo, se solventarían muchos de los citados problemas, pues la solución llevaría al concurso de normas, remitiendo a las reglas previstas en el art. 8 para su resolución en caso de llegar a cometerse el delito-fin que acompaña la voluntad del sujeto pasivo. Sin embargo, también existen aquí opiniones contradictorias acerca de la regla que debería resolverlo,

¹⁸⁵ M. DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, *op.cit.*, pág. 1740.

¹⁸⁶ M. CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op.cit.*, págs. 233 y ss.

acudiendo algunos al principio de especialidad, otros al de subsidiaridad, otros al de consunción¹⁸⁷ e incluso al de alternatividad.

En definitiva, de todo lo expuesto cabe afirmar que la controversia suscitada en la doctrina sobre la resolución del concurso no es baladí, pues la calificación del concurso de una forma o de otra dará lugar a una mayor o menor consecuencia penológica para el sujeto activo.

Para poder tomar posición al respecto, resulta necesario en primer lugar analizar cuál es el bien jurídico protegido en el art.183.ter.1º, lo cual constituye una de las cuestiones más controvertidas acerca de esta figura delictiva, pues cabe identificar tres líneas de pensamiento diferentes en la doctrina; una primera postura sería la de aquellos que defienden que el delito del art.183.ter.1º es un delito pluriofensivo que protege dos bienes jurídicos diferenciados: en su dimensión individual y más inmediata, la indemnidad sexual del menor concreto afectado por la conducta típica del autor, y por otro lado, en su dimensión colectiva, la seguridad de la infancia en la utilización de las TICs¹⁸⁸. Conforme a esta opinión, no resulta posible negar del todo la naturaleza del delito de *child grooming* como acto preparatorio de los delitos sexuales, al menos en su dimensión individual, de manera que entraría en contradicción con la interpretación mayoritaria de que la cláusula concursal del art.183.ter.1º prevé el concurso real de delitos entre el delito de *child grooming* con los delitos sexuales¹⁸⁹.

Por su parte, una segunda línea de pensamiento sería la sostenida por aquellos autores que consideran que el tipo únicamente protege un único bien jurídico, el cual no reside en la indemnidad sexual, sino que tiene que ver con la integridad moral del menor¹⁹⁰. Los defensores de esta postura otorgan autonomía al delito del art.183.ter.1º pues el bien jurídico afectado por la conducta típica resulta claramente distinto al que pudiera resultar lesionado en caso de llegar a cometerse efectivamente alguno de los delitos-fin previstos en el tipo, pues el desvalor de este segundo hecho no abarca el de la conducta típica del primero, cabiendo encajar aquí la interpretación de que lo que la cláusula concursal prevé es un concurso real de delitos.

¹⁸⁷ En este sentido, opta por la regla de consunción la STS 864/2015, de 10 de Diciembre de 2015.

¹⁸⁸ De esta opinión: M.M GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, *op.cit.*, pág. 242.

¹⁸⁹ V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de (...)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 7.

¹⁹⁰ M. CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op.cit.*, págs. 233 y ss.

Por último, cabe señalar un último planteamiento tendente a la identificación de la libertad o indemnidad sexual del menor como el único bien jurídico protegido por el tipo del art.183.ter.1º, siendo este calificado como un delito de peligro¹⁹¹. Sus defensores son partidarios de considerar el tipo del art.183.ter.1º como un acto preparatorio de los delitos sexuales del art. 183 o 189, lo cual plantea numerosos problemas en su encaje con la interpretación mayoritaria de la regla concursal prevista.

A la luz del análisis precedente, en mi opinión, el bien jurídico protegido por el tipo vendría constituido por la libertad sexual del menor, o si se prefiere, la indemnidad sexual. Uno de los argumentos de peso para llegar a esta conclusión sería atendiendo a la ubicación del tipo en el Código Penal, que no admite lugar a dudas puesto que se encuentra recogido en el Título VIII, bajo la rúbrica de los “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”. Además, la interpretación literal del tipo también permitiría llegar a esta afirmación, puesto que para la consumación del delito no basta con el mero contacto a través de las *TICs* con un menor de dieciséis años, ni con la mera propuesta de encuentro seguida de una serie de actos materiales orientados al acercamiento, sino que el tipo exige expresamente que al llevar todo esto a cabo la voluntad del sujeto activo debe tener como finalidad la comisión de un delito sexual contra el menor, lo que me lleva a considerar que la intención del legislador al incriminar esta conducta es evitar la vulneración del normal desarrollo de la sexualidad del menor de dieciséis años, y por tanto, coincido con esta línea de pensamiento.

Por este motivo, cabría concluir que la fórmula empleada en la cláusula concursal no resulta del todo acertada, pues al proteger ambos delitos -tanto el del art.183.ter.1º como los posteriores delitos-fin del art. 183 y 189- un mismo bien jurídico, en caso de llegar a cometerse efectivamente uno de los delitos sexuales perseguidos por el autor, la apreciación de ambas infracciones en régimen de concurso real daría lugar a la vulneración del principio *non bis in ídem*. Es por ello que me adscribo a la opinión de aquel sector doctrinal que ha calificado el delito del art.183.ter.1º como un acto preparatorio de los delitos sexuales del art. 183 o 189, y por tanto, considero que la conducta típica del art.183.ter.1º deberá quedar absorbida por la comisión del correspondiente delito sexual puesto que “*una vez castigada la ejecución parcial o total del delito pretendido no queda ningún resto de desvalor que tener en cuenta por la*

¹⁹¹ M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII...”, en *Comentarios al Código Penal, op.cit.*, pág. 731.

*preparación*¹⁹², debiendo ser interpretada la cláusula concursal prevista en el tipo como un concurso aparente de normas.

¹⁹² J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, págs. 393 y ss.

CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES.

A modo de recapitulación, se reúnen en este apartado las principales conclusiones y posturas adoptadas a lo largo de la exposición en relación con el delito analizado.

En mi opinión, la figura delictiva del art.183.ter.1º protege un único bien jurídico, que viene configurado por la libertad sexual del menor de dieciséis años, pues considero que no resulta necesaria la distinción que realizan algunos autores entre los términos indemnidad y libertad sexual, empleando el primero en relación con los sujetos que no alcanzan aún la edad para prestar consentimiento sexual válido, y el segundo para los mayores de edad. Las razones que me llevan a defender este planteamiento parten del carácter omnicomprendido del término libertad sexual, pues esta no solo se refiere a la libertad en su dimensión positiva, como la capacidad de ejercer su sexualidad libremente, sino también en su dimensión negativa, en el sentido de la no intromisión en la esfera sexual de los menores de dieciséis años, lo que considero que se intenta proteger.

Se trata además de un tipo mixto cumulativo, que exige la comisión de varias acciones de manera consecutiva para afirmar la tipicidad de la conducta del sujeto activo: entablar el contacto con un menor de dieciséis años y proponerle un encuentro - haciendo uso para ello de las *TICs*, bien para establecer el contacto inicial bien para mantenerlo cuando el primer contacto se produjera en el mundo real-, y que la propuesta vaya acompañada de una serie de actos materiales orientados al acercamiento, los cuales deben verificarse para que se produzca la consumación del delito, cuyo fin es descartar aquellas propuestas de encuentro que no revistan la suficiente peligrosidad.

En cuanto a la calificación del tipo del art.183.ter.1º, no cabe duda alguna sobre su consideración como delito de peligro, que en mi opinión podría calificarse de peligro hipotético o potencial, pues la consumación no requiere la puesta en concreto peligro del bien jurídico protegido -pues a efectos de que la conducta del sujeto activo sea típica por el art.183.ter.1º resulta irrelevante la efectiva comisión de los ulteriores delitos sexuales del art. 183 o 189-, ni creo que la mera realización de la conducta típica comporte por sí misma un peligro para la libertad sexual del menor; sin embargo, sí considero que dicha conducta posee una aptitud genérica para lesionar el bien jurídico

protegido, siendo necesario demostrar que aquella presenta una peligrosidad suficiente para la puesta en peligro del bien jurídico protegido, lo que en mi opinión viene exigido a través del requisito de los actos materiales tendentes al acercamiento, en virtud de descartar aquellas proposiciones que no sean lo suficientemente serias.

En relación con el dolo, resulta conveniente recordar aquí que la realización de la conducta típica por el sujeto activo -condición que puede ostentar cualquiera a partir de los 14 años de edad- debe abarcar no solo la realización consciente y voluntaria de los hechos, sino que además se exige que la conducta se lleve a cabo con una finalidad concreta: la ulterior comisión del delito del art. 183 o del art. 189, por lo que cabría afirmar su carácter de acto preparatorio de alguno de estos delitos-fin. Este adelantamiento de la intervención penal plantea numerosos problemas concursales debido a la dificultad que supone deslindar la conducta típica del art.183.ter.1º de la de los delitos sexuales cuyo fin se persigue, sobre todo en relación con los actos materiales encaminados al acercamiento, los cuales, en ocasiones, podrían considerarse ya como un comienzo de la ejecución de los ulteriores delitos. En este sentido, la ambigüedad de la cláusula concursal prevista por el art.183.ter.1º no despeja las dudas acerca de la forma de resolver el concurso que se plantea cuando el sujeto activo comete de manera efectiva -al menos inicia la ejecución- de alguno de los delitos-fin del art. 183 o 189, pues en opinión de la mayoría de la doctrina se prevé expresamente un concurso de infracciones, interpretación que supondría conculcar el principio *non bis in ídem*, por proteger ambas figuras un mismo bien jurídico, la libertad sexual del menor de dieciséis años. Por este motivo, cabría plantear la necesidad de reformular la dicción literal de la citada cláusula, de manera que permita reconducir la solución del conflicto al concurso de normas, el cual deberá ser resuelto en virtud del principio de consunción por tratarse de un delito de progresión delictiva, dado que la comisión del ulterior delito sexual abarca ya el desvalor de la conducta del art.183.ter.1º, quedando absorbida por este.

En relación con la posibilidad de admitir la comisión del delito del art.183.ter.1º en grado de tentativo, coincido con los argumentos sostenidos por la mayoría de la doctrina al descartarla, pues no considero acertado que se produzca un adelantamiento tal de la intervención penal a un momento tan alejado de la ofensa para el bien jurídico que supone la libertad sexual del menor, de manera que se estarían incriminando conductas que no ostentan la suficiente entidad lesiva, no siendo merecedoras de reproche penal.

Finalmente, respecto a la existencia de un subtipo agravado, que exige para su apreciación el empleo de los medios comisivos del engaño, la coacción o la intimidación para obtener el acercamiento, cabe señalar, de *lege ferenda*, la conveniencia de su reformulación, pues la conducta típica exigida por el tipo básico no exige la consecución efectiva del acercamiento, mientras que en la modalidad agravada sí parece exigir en cierto modo alguna clase de “resultado”, al hacer referencia a la obtención del acercamiento. Así mismo, en relación con el elemento del engaño, por ser este el *modus operandi* más habitual al realizar la conducta, cabría apuntar la conveniencia de eliminar su referencia del subtipo agravado.

A modo de conclusión, a raíz del estudio efectuado sobre el delito del art.183.ter.1º, cabría calificar propiamente dicha figura bajo la denominación de *acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales*, por ser esta la que mejor se ajusta al contenido del tipo, cuya consumación viene determinada por el requisito de los actos materiales encaminados al acercamiento, descartando así las restantes alternativas propuestas por los autores.

BIBLIOGRAFÍA.

F.J. ALVÁREZ GARCÍA y J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (dirs), “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

C. BELLOCH, “*Las TICs en el aprendizaje*”, material docente en línea, Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación, Universidad de Valencia, 2012.

J. BOIX REIG, “*Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales*”, Iustel, Madrid, 2010.

J. CABERO, “*Impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en las organizaciones educativas. 1998*”, en M. LORENZO et al, “*Enfoques en la organización y dirección de instituciones educativas formales y no formales*”, Grupo Editorial Universitario, Granada, 1998.

M. CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley penal*, núm. 80, 2011.

V. CARUSO FONTÁN, “*Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

K. K. R. CHOO, “Online Child Grooming: A Literature Review on the Misuse of Social Networking Sites for Grooming Children for Sexual Offences”, en *Australian Institute of Criminology Reports Research and Public Policy Series 103*, Canberra, 2009.

M. COBO DEL ROSAL, “El delito de rapto”, en *Comentarios a la Legislación Penal, II*, Ederssa, Madrid, 1983.

M. CUGAT MAURI, “Situación y panorama de los delitos sexuales”, en *La Ley penal*, núm. 35, 2007.

M. CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013.

L.M. DÍAZ CORTÉS, “El denominado child grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXVI, núm. 2138, 2012.

L.M. DÍAZ CORTÉS, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español, art.183.bis”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 8, 2012.

J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000.

M.J. DOLZ LAGO, “*Análisis de las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183.ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP*”, en Ponencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Recuperado de:

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456>

M. DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011.

C. ESCOBAR JIMÉNEZ, “*Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183.quáter*”, en Ponencia de la Fiscalía Provincial de Granada.

EUROPOL, “The Internet Organised Crime Threat Assessment”, en *Informe iOCTA*, 2014.

A. GARCÍA-VALCÁRCEL MUÑOZ-REPISO, “*Tecnología educativa: implicaciones educativas del desarrollo tecnológico*”, La Muralla, Madrid, 2003.

M. GARMENDIA, E. JIMÉNEZ, M.A. CASADO, y G. MASCHERONI, “*Net Children Go Mobile: Riesgos y oportunidades en internet y el uso de dispositivos móviles entre menores españoles (2010-2015)*”, Universidad del País Vasco, 2016.

- E. GIMBERNAT ORDEIG. “*Estudios de Derecho Penal*”. Tecnos, Madrid, 1990.
- M. GÓMEZ TOMILLO, “Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios al Código Penal* (2ª edición), Lex Nova, Madrid, 2011.
- M.M. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, núm. 35, 2011.
- E. GÓRRIZ ROYO, “Online child grooming en Derecho Penal español”, en *Revista INDRET*, núm. 3, Barcelona, 2016.
- R. GUTIÉRREZ GALLARDO, “El nuevo delito de child grooming del artículo 183.ter.1 del Código Penal”, en *Revistas CEF Civil Mercantil en línea*, 2016.
- J.C. HORTAL IBARRA, “El nuevo delito de *Online Child Grooming* del art. 183 bis CP: ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en S. MIR PUIG, “*Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*”, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- J.J. HUETE NOGUERAS. “*Delitos contra la libertad sexual: principales novedades de la reforma del Código Penal. Tipos básicos de agresión y abusos sexuales*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado.
- Instituto Nacional de Estadística, “*Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*”, 2015.
- S. LIVINGSTONE, L. HADDON, A. GORZIG, K. OLAFSSON, “*Risks and safety on the internet: The perspective of European children*”, Full findings, LSE, Londres, 2009.
- D.M. LUZÓN PEÑA, “*Curso de Derecho Penal. Parte General*”, Madrid, 1996.
- M. MARCHENA GÓMEZ, en “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)”, en *Diario La Ley*, 1990.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, “*II Informe sobre cibercriminalidad 2014*”, 2015.

A. MONGE FERNÁNDEZ. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma del Código Penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 15, Universidad San Sebastián, 2010.

S. MENDOZA CALDERÓN, “*El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

F. MIRÓ LLINARES, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, 2011.

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

I. MONTIEL JUAN, “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, 2016.

F. MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal. Parte especial*”, 18ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *ADPCP*, vol. LXV, 2012.

A. OBREGÓN GARCÍA y J. GÓMEZ LANZ, “*Derecho Penal parte general: elementos básicos de la teoría del delito*”, Tecnos, Madrid, 2012.

Oxford Advanced Learner's Dictionary, Oxford University Press, Oxford. 9ª ed., 2015.

F. PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)” en *Diario La Ley*, núm. 3, 2012.

M. PRENSKY, “Nativos e inmigrantes digitales”, en *On the Horizon*, vol. 9, núm. 5, 2001.

C. PULIDO, “*Abusos sexuales a menores: ¿Internet un medio para prevenir?*”, Trabajo de Investigación DEA, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

G. QUINTERO OLIVARES, “*La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*”, Aranzadi, 2010.

J.A. RAMOS VÁZQUEZ. “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho Comparado”, en *Diario La Ley*, núm. 7746, 2011.

J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “El llamado delito de child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *Diario La Ley*, núm. 7446, 2011.

J.A. RAMOS VÁZQUEZ, “*Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española en línea*, 2016.

V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-06, 2014.

J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

J.M. TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art. 178, 180, 181, 183, 183 bis)” en G. QUINTERO OLIVARES, “*La reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*”, Aranzadi, 2010.

M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 01-12, 1999.

R. VALVERDE MEGÍAS. “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, en *Práctica Penal: Cuaderno Jurídico*, núm. 66, 2012.

C. VILLACAMPA ESTIARTE y M.J. GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-02, 2016.

C. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

ANEXO.

I.- Bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

El Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de los bienes jurídicos, entendidos estos como las “*condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y el mantenimiento de la sociedad*”¹⁹³. Así, el orden penal se erige como la “*última línea de defensa*” al castigar los ataques más graves cometidos contra aquellos bienes jurídicos que revisten mayor importancia para la vida en sociedad¹⁹⁴, cuya evolución trae consigo cambios en el ordenamiento jurídico penal, debiendo mantenerse en todo caso un mínimo de estabilidad que garantice la seguridad jurídica¹⁹⁵. En relación con los delitos sexuales, se han advertido cambios en virtud de la evolución de los valores de la sociedad, existiendo hoy en día conductas inocuas desde el punto de vista penal, que en otro tiempo revestían gravedad por lesionar bienes jurídicos relevantes¹⁹⁶.

No es pacífica la cuestión del bien jurídico protegido en el ámbito de los delitos sexuales, siendo diversas las alternativas propuestas por el legislador de cada tiempo. Hasta la reforma efectuada por la LO 3/1989¹⁹⁷, se mantuvo inalterado la “*honestidad*”, a pesar de que la mayoría de la doctrina ya rechazaba su configuración como bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, justificando que lo que este Título reunía era aquellos delitos contra la esfera sexual cuyo punto en común consistía en su comisión por medio de “*acciones deshonestas o inmorales desde el punto de vista del pudor*”¹⁹⁸. En cambio, proponían una “*moral sexual colectiva*” como bien jurídico para este tipo de delitos, entendida como un fragmento del orden moral vigente en la sociedad del momento, que establecía unos “*límites al instinto sexual de las personas*”¹⁹⁹.

¹⁹³ D.M. LUZÓN PEÑA, “*Curso de Derecho Penal. Parte General*”, Madrid, 1996, pág. 327.

¹⁹⁴ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013, pág. 1.

¹⁹⁵ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 2.

¹⁹⁶ V. CARUSO FONTÁN, “*Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹⁹⁷ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989.

¹⁹⁸ E. GIMBERNAT ORDEIG, “*Estudios de Derecho Penal*”, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 197.

¹⁹⁹ F. MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal: Parte Especial*”, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pág. 320.

Fue a raíz de la promulgación de la actual Constitución, cuando se asentó la idea de que las figuras delictivas debían tener por objeto bienes jurídicos individuales. De este modo, con la citada reforma llevada a cabo en 1989 se introdujo el concepto de “*libertad sexual*”, y posteriormente, con el Código Penal de 1995, tuvo lugar su acogimiento por parte de la inmensa mayoría de la doctrina como el bien jurídico estructurador del Título VIII²⁰⁰. Libertad cuya protección busca asegurar que los comportamientos sexuales se efectúen siempre en condiciones de libertad individual de los partícipes²⁰¹, y que puede definirse como “*la libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena y la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad*”²⁰². Puede advertirse con ello que el concepto presenta una doble vertiente, la libertad sexual entendida desde el punto de vista positivo como “*la libre disposición de la persona de sus propias capacidades y potencialidades en el terreno sexual*”, y desde un punto de vista negativo como “*el derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un comportamiento sexual ajeno*”²⁰³, siendo esta libertad sexual negativa el auténtico bien jurídico que se protege bajo la rúbrica del Título VIII, donde se tipifican aquellas conductas en que se involucre a una persona en un comportamiento sexual no deseado²⁰⁴. La libertad sexual se configura por tanto como una concreción de la libertad individual, haciendo efectiva la posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en un ámbito tan íntimo como es la esfera sexual del individuo²⁰⁵.

Sin embargo, ya hacia finales de los años setenta, por influencia de la doctrina italiana, comenzó a emplearse el término de “*intangibilidad sexual*” para expresar la necesidad de que los menores de trece años permanezcan al margen de toda conducta que revista

²⁰⁰ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 16.

²⁰¹ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 6, 2000, pág. 69.

²⁰² M. MARCHENA GÓMEZ, “Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código penal (Ley Orgánica 3/1989)”, en *Diario La Ley*, 1990, pág. 1150.

²⁰³ A. MONGE FERNÁNDEZ, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma del Código Penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, núm. 15, Universidad San Sebastián, 2010, págs. 87 y 88.

²⁰⁴ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “*Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 16.

²⁰⁵ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 70.

carácter sexual²⁰⁶. Con ello se buscaba abordar el problema que para parte de la doctrina planteaba el bien jurídico cuando la víctima era menor de edad, especialmente para aquellos autores en cuya opinión el sujeto debía encontrarse en plenas facultades para el ejercicio efectivo de su libertad sexual -entendida únicamente en su faceta positiva- exigiendo esto como presupuesto necesario para su tutela²⁰⁷. Dicho de otra manera, para parte de la doctrina no cabría proteger la libertad sexual en sentido estricto de aquellos individuos que tienen limitado su ejercicio efectivo, bien por carecer de la capacidad suficiente para la plena autodeterminación sexual que supone la libertad sexual, bien por no tener su ejercicio reconocido jurídicamente, quedando desprotegidos frente a este tipo de conductas²⁰⁸.

Esta corriente doctrinal que propugnaba la insuficiencia de la libertad sexual como único bien jurídico protegido en los delitos sexuales cometidos contra menores, terminó por acoger el concepto de “*indemnidad sexual*”²⁰⁹, que fue incluido expresamente por la reforma de 1999 en un intento de dotar a aquellos sujetos especialmente vulnerables de una protección cualificada frente a conductas que afecten de manera negativa al normal desarrollo de su personalidad, concretamente, para que no se produzcan interferencias en el proceso de formación de la sexualidad del menor²¹⁰.

Así, en atención a su mayor vulnerabilidad y con la intención de proteger su desarrollo para el ejercicio de una futura libertad sexual, el legislador penal advirtió la necesidad de matizar un bien jurídico específico a la hora de tipificar las conductas sexuales que afecten a menores, de manera separada a la de los adultos²¹¹, pues:

“Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la

²⁰⁶ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 80.

²⁰⁷ De esta opinión: A. GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, “Delitos contra la libertad sexual”, en *Código penal: doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997. Citado en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección(...)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 70.

²⁰⁸ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 70.

²⁰⁹ M. COBO DEL ROSAL, “El delito de rapto”, en *Comentarios a la Legislación Penal, II*, Ederssa, Madrid, 1983, pág. 392.

²¹⁰ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, *op.cit.*, pág. 81.

²¹¹ J.M. DE LA ROSA CORTINA, “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en Ponencia de la Fiscalía General del Estado, *op.cit.*, pág. 18.

indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”²¹².

Para este sector de la doctrina, cabría hablar de un bien jurídico dual, en función de la edad del sujeto pasivo: si la víctima es una persona adulta el bien jurídico protegido en los delitos sexuales sería libertad sexual, mientras que si se trata de un menor de edad, debería hablarse de indemnidad sexual, pues, en su opinión, no cabe hablar en propiedad de libertad sexual actual respecto de estos sujetos, por no encontrarse en condiciones de ejercerla²¹³.

Así y todo, no existe consenso al respecto y existe otra corriente doctrinal que difiere de lo expuesto con anterioridad, para la cual no resulta necesario individualizar dos bienes jurídicos distintos en atención a la mayor o menor edad de la víctima, bastando el concepto de libertad sexual para todos ellos por ser omnicomprensiva. Este planteamiento, al que nos acogemos en el presente trabajo, concibe la libertad sexual en sus dos dimensiones, tanto la positiva como la negativa, de manera que ella sola bastaría para proteger a los menores, como bien explica Díez Ripollés:

*“Con su tutela no se aspira simplemente a garantizar a toda aquella persona que posea la capacidad de autodeterminación sexual su efectivo ejercicio, sino que el objetivo es más ambicioso: Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. Ello explica que no haya obstáculo en hablar de que el derecho penal tutela también la libertad sexual de aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla, por la vía de interdecir los contactos sexuales con ellos”*²¹⁴.

Por último, cabe destacar también que algunos autores pretenden dar un paso más e identifican para los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cometidos contra un sujeto menor de edad, un bien jurídico pluriofensivo, planteamiento que más adelante

²¹² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010. Exposición de Motivos.

²¹³ M.E. TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo delito de corrupción de menores”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 01-12, 1999.

²¹⁴ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, op.cit, pág. 69.

será objeto de mención. Así, en su aspecto individual, el bien jurídico protegido sería la propia indemnidad sexual del menor afectado por la conducta delictiva, mientras que en su aspecto colectivo, este sería la seguridad de la infancia en su conjunto²¹⁵, llegando a proponer la inclusión de un Título propio bajo el cual queden recogidos todos los tipos penales en los que el sujeto pasivo resulte ser menor de edad.

Con esta evolución del bien jurídico protegido cabe advertir una creciente tendencia hacia la protección de la infancia en los últimos tiempos, prestando cada vez mayor atención hacia la protección sexual de los menores en cumplimiento de los deberes dictados por los organismos supranacionales y dando como resultado un panorama plagado de reformas en el terreno de los delitos sexuales cometidos frente a menores de edad.

II.- Tabla de legislación citada.

DISPOSICIÓN	ARTICULADO
<p>Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.</p>	<p>Art. 2.</p> <p><i>“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas intencionales siguientes:</i></p> <p><i>a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines;</i></p> <p><i>b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos;</i></p> <p><i>c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes:</i></p> <p><i>i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza,</i></p> <p><i>ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales,</i></p>

²¹⁵ M.J. DOLZ LAGO, “Análisis de las novedades introducidas por la L.O. 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183.ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP”, en Ponencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Recuperado de: <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456>

	<p>iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño.”</p>
<p>Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.</p>	<p>Art. 3.</p> <p>“Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, se realicen mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho:</p> <p>a) producción de pornografía infantil;</p> <p>b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil;</p> <p>c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil;</p> <p>d) adquisición o posesión de pornografía infantil.”</p>
<p>Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).</p>	<p>Art. 23.</p> <p>“Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.”</p>
<p>Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.</p>	<p>Art. 6.</p> <p>“La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro”.</p>
<p>Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se</p>	<p>Art. 183.bis.</p>

<p>modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</p>	<p><i>“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con 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. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.</i></p>
<p>Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</p>	<p>Art. 183.ter.1º.</p> <p><i>“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con 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. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”</i></p>
<p>Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</p>	<p>Art. 183.</p> <p><i>“1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.</i></p> <p><i>2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o</i></p>

	<p><i>a realizarlos sobre sí mismo.</i></p> <p><i>3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.</i></p> <p><i>4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</i></p> <p><i>a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.</i></p> <p><i>b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</i></p> <p><i>c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</i></p> <p><i>d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</i></p> <p><i>e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</i></p> <p><i>f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.</i></p> <p><i>5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.”</i></p>
<p>Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que</p>	<p>Art. 189.</p>

<p>se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.</p>	<p><i>“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:</i></p> <p><i>a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.</i></p> <p><i>b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.</i></p> <p><i>A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:</i></p> <p><i>a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.</i></p> <p><i>b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.</i></p> <p><i>c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.</i></p> <p><i>d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los</i></p>
--	--

	<p><i>órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.</i></p> <p><i>2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</i></p> <p><i>a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.</i></p> <p><i>b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</i></p> <p><i>c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.</i></p> <p><i>d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.</i></p> <p><i>e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.</i></p> <p><i>f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.</i></p> <p><i>g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.</i></p> <p><i>h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.</i></p> <p><i>3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.</i></p>
--	---

	<p>4. <i>El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.</i></p> <p>5. <i>El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.</i></p> <p><i>La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.</i></p> <p>6. <i>El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.</i></p> <p>7. <i>El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.</i></p> <p>8. <i>Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.</i></p>
--	--

	<i>Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal.”</i>
--	--

III.- Tabla de jurisprudencia citada.

Tribunal	Fecha de la resolución	Número de resolución	Número de recurso	ROJ
Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal).	24 de Febrero de 2015	97/2015	1774/2014	823/2015
Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal).	28 de Mayo de 2015	355/2015	10014/2015	2599/2015
Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo Penal).	22 de Septiembre de 2015	527/2015	294/2015	4179/2015
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda de lo penal).	10 de Diciembre de 2015	864/2015	912/2015	5809/2015
Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª).	23 de Junio de 2015	476/2015	35/2015	6056/2015
Audiencia Provincial de Ourense	4 de Octubre de 2013	373/2013	667/2013	723/2013

IV.- Algunos datos acerca de la utilización de las TICs en la interrelación sexual de los menores en España.

En relación con este delito, cabe destacar en última instancia la necesidad de ahondar en los estudios empíricos que permitan respaldar adecuadamente la incriminación de estas conductas, pues la imprescindible adecuación entre Criminología, Derecho Penal y Política Criminal no se llegó a producir del todo con la introducción de este delito, al no existir suficientes estudios criminológicos en España que justificaran su inclusión²¹⁶. Además, con su incriminación se podrían estar castigando comportamientos que sean parte de la realidad social, esto es, el intercambio sexual en condiciones de un normal desarrollo de su sexualidad entre los menores, al no encontrarse restringida la condición de sujeto activo.

Según los datos de encuestas recientes llevadas a cabo en España, alrededor de un 31% de los menores de entre once y dieciséis años afirmaron haber recibido mensajes de carácter sexual de algún tipo (ya fueran de texto, vídeo o imagen) a través de Internet, sin embargo, solo el 14% de ellos manifestó haberse sentido “*mu*” (5%) o “*un poco*” (9%) disgustados al respecto²¹⁷, lo cual parece indicar la baja afectación emocional que supone para los menores que reciben este tipo de solicitudes en línea.

Igualmente dignos de atención son los datos relacionados con las comunicaciones *online* de los jóvenes con personas desconocidas, ya que el 21% de los menores reconocen haber mantenido contacto vía *online* con personas que no conocían previamente, empleando para ello fundamentalmente las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea. Sin embargo, únicamente el 11% afirma haber llegado a conocer físicamente a alguien al que hubiera contactado por Internet, aumentando la probabilidad de producirse este encuentro con la edad (un 2% registrado para los menores de entre nueve y diez años, frente a un 25% para los menores de quince a dieciséis años)²¹⁸. Con esto quedaba patente la necesaria elevación de la edad del sujeto

²¹⁶ L.M. DÍAZ CORTÉS, “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español, art.183.bis”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, núm. 8, 2012, pág. 313.

²¹⁷ M. GARMENDIA, E. JIMÉNEZ, M.A. CASADO, y G. MASCHERONI, “*Net Children Go Mobile: Riesgos y oportunidades en internet y el uso de dispositivos móviles entre menores españoles (2010-2015)*”, Universidad del País Vasco, 2016.

²¹⁸ M. GARMENDIA, E. JIMÉNEZ, M.A. CASADO, y G. MASCHERONI, “*Net Children Go Mobile: Riesgos y oportunidades en internet y el uso de dispositivos móviles entre menores españoles (2010-2015)*”, *op.cit.*

pasivo, llevada a cabo de manera efectiva con la reforma de 2015, puesto que eran los menores mayores de trece años los más propensos a convertirse en sujetos pasivos de este tipo de conductas. Así, antes de elevar la edad penal de los trece hasta los dieciséis, el colectivo de menores más vulnerables frente a la conducta típica del art.183.bis quedaba desprotegido, puesto que la edad del sujeto pasivo exigida por el tipo se situaba en los trece años de edad, manifestándose así una falta de adecuación con la realidad social. Sin embargo, también resulta necesario poner de manifiesto que la tasa de victimización por grooming resulta más elevada cuando la conducta procede de otro menor, que aquella que procede de un adulto, lo cual puede encajar con la previsión del legislador que incluye también a los menores mayores de 14 años entre los sujetos que pueden resultar penalmente responsables por esta conducta.

Por último, según los datos oficiales registrados en el Sistema Estadístico de Criminalidad (SEC) por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para el año 2015, las víctimas menores de edad resultan más propensas a ser objeto de delitos de índole sexual, en comparación con los demás grupos de edad²¹⁹ y se advierte una tendencia creciente en los delitos de carácter sexual cometidos vía *online* contra menores de edad, en concreto, del abuso sexual infantil en línea y de la pornografía infantil²²⁰. Sin embargo, no existen datos que permitan realizar afirmaciones concluyentes acerca de la mayor peligrosidad que el uso de las TICs supone para la libertad sexual de los menores de edad en relación con el delito de *online child grooming*, pues los procedimientos incoados por este delito únicamente constituyeron en 2013 tan solo un 2,8% de las victimizaciones por delitos contra la libertad sexual relacionados con los menores²²¹, y un 10% de los ciberdelitos sexuales cometidos durante ese año.

Con la presentación de esta breve relación de datos, se pretende poner de manifiesto la necesidad de ahondar en las investigaciones en torno a la figura del *online child grooming*, debido a la ausencia de suficientes estudios criminológicos que respalden el mantenimiento de este delito en el Código Penal.

²¹⁹ MINISTERIO DEL INTERIOR, “II Informe sobre cibercriminalidad 2014”, 2015, págs. 42 y ss. De acuerdo con este informe, de las 804 victimizaciones registradas por ciberdelitos sexuales en 2014, el 76,3% afectaba a menores.

²²⁰ EUROPOL, “The Internet Organised Crime Threat Assessment”, en *Informe iOCTA*, 2014.

²²¹ I. MONTIEL JUAN, “Cibercriminalidad social juvenil: la cifra negra”, en *Revista de Internet, Derecho y Política*, *op.cit.*, págs. 122 y 123.