



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea
Facultad de Derecho

GRADU AMAIERAKO LANA - ZUZENBIDEKO GRADUA

(2016 - 2017 IKASTURTEA)

***ONLINE CHILD GROOMING* EDO
ADINGABEAK SEXU-HELBURUEKIN
BIDE TELEMATIKOEN BITARTEZ
KONTAKTATZEAREN DELITUA:
LEGEGILE ESPAINIARRAK EMANDAKO
TRATAERA ETA ERREDAKZIOA.
BEHARREZKOA ALA GEHIEGIZKOA?**

183 TER ARTIKULUA

Egilea: MADDI MARQUET ARRIBAS

Zuzendaria: ENARA GARRO CARRERA

ABSTRACT

Lan honen objektua *online child grooming* izenez ezagutzen den delituzko figuraren analisisa da, egun 183 ter artikuluan aurreikusia eta bere garaian galdapen europarrei eta pederastei lotuta gizartean pizturiko alarma sozialari erantzun nahian ZKaren 2010eko erreforma bitartez txertaturikoa. Hala, legegile espainiarrak egokitzapena egitean tipoari emandako erredakzioa eta, zehazki, haren egokitasuna eta beharrezkotasuna baloratuko dira, baita artikulua aurreikusiriko *ad hoc* konkurtso-klausulak planteatzen dituen proportziozkotasun arazoak ere.

Hitz-gakoak: *child grooming*, IKT, internet, adingabeak, sexu-ukigabetasuna, elkartzeko-proposamena, sexu-delituak burutzeko helburua, delitu-pilaketa erreala.

Este trabajo tiene por objeto el análisis de la figura delictiva conocida como *online child grooming*, actualmente prevista en el artículo 183 ter y en su día incorporada al CP mediante la reforma de 2010, a causa de las exigencias a nivel europeo y de la alarma social suscitada en la sociedad entorno a los pederastas. Por tanto, se valorará la redacción dada por el legislador español al adaptar dicho precepto, así como la necesidad de su incorporación al CP español, además de estudiar los problemas de proporcionalidad planteados por la cláusula concursal *ad hoc*.

Palabras clave: *child grooming*, TICs, internet, menores, indemnidad sexual, propuesta de encuentro, fin de cometer delito sexuales, concurso real de delitos.

This paper aims at the analysis of the offence known as online child grooming (183 ter of the Spanish Criminal Code), which was introduced in the Spanish legislation by the Amendment Act 5/2010 as a result of EU requirements and in response to the social alarm generated around pedophiles. The paper assesses the adaptation of the wording provided by the Spanish lawmaker, as well as the need for incorporating this penal type on the Spanish Criminal Code, in addition to the study of proportionality problems regarding the concurrence clause defined in the aforementioned article.

Keywords: child grooming, ICT, internet, minors, proposal of encounter, purpose of committing sexual offences, real concurrence of offences.

AURKIBIDEA

1. Sarrera.....	1. orr.
2. Delituaren barneratzea sistema penal espainiarrean: 183 bis artikulua.....	3
3. <i>Online child groominga</i> : kontzeptua.....	6
4. Babesturiko ondasun juridikoa eta tipoaren izaera juridikoa.....	9
4.1. Ondasun juridikoa: hiru korrante ezberdin.....	9
a) Delitu plurierasotzailea: adingabearen sexu-ukigabetasuna eta haurtzaroaren segurtasuna.....	10
b) Adingabearen osotasun morala.....	11
c) Adingabearen sexu-ukigabetasuna.....	11
4.2. Ondasun juridikoa: legegilearen aukera. Sexu-ukigabetasuna.....	12
4.3. Izaera juridikoa: arrisku delitua. Prestamen ekintza baten zigortzea.....	12
a) Arrisku konkretua ala abstraktua: eztabaida.....	12
5. Delituaren subjektuak: legegilearen jarrera kontraesankorra.....	15
5.1. Delitu arrunta: adingabeak ere subjektu aktibo.	15
5.2. Babesturiko subjektu pasiboa: hamasei urtetik beherako adingabea.....	17
a) Aurreko egoera: hamahiru urtetik beherako adingabea. Aplikazio kaskarra adin tarte zaurgarriena kanpo uztearen ondorio.....	17
b) Ezgaiak prezeptutik at: babesik eza.....	18
6. Portaera tipikoa.....	18
6.1. Tipo objektiboa.....	19
a) Kontaktua.....	19
b) Elkartzeko proposamena.....	21
c) Gerturatzerazuzendutako ekintza materialak.....	22
6.2. Tipo subjektiboa: karga berezia.....	24
a) Dolozko delitua.....	24
b) 183. eta 189. artikuluetako delituak burutzeko xedea.....	25

7. Aurreikusitako zigorrak eta klausula konkurtsala.	27
7.1. Zigorrak: espetxea edo isuna.....	27
7.2. Konkurtso klausula: delitu pilaketa erreala.	27
a) Doktrina aurka: lege pilaketaren erregelen urraketa. Gehiengoa konsuntzioaren alde.....	27
b) Jurisprudentziaren harrera: adostasunik eza.....	30
c) Konkurtso klausula noiz aplikatu: hainbat biktima.....	31
7.3. Tipo kualifikatua: derrigortze, larderi edo engainua.....	32
7.4. Zaintzapeko askatasuna.....	33
8. 183 ter bigarren atalari aipamena: lehenengo atalarekin solapamendua?.....	33
9. Beharrezkotasunaren inguruko balorazioa: Granadako EPE, 2009.05.25 (283/2009).....	36
10. Ondorioak.....	38
11. Bibliografia.	43

LABURDURAK

- AGE: Auzitegi Gorenaren epaia
- BJKO: Botere Judizialaren Kontseilu Orokorra
- EPE: Entzutegi Probintzialaren epaia
- IKT: TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación)
- INE: Instituto Nacional de Estadística
- MF: Ministerio Fiskala
- ZK: Zigor Kodea

1. Sarrera.

Nabarmena izan da azken urteotan internet eta komunikaziorako teknologia (aurrerantzean IKT) berriek jasan duten garapena eta, ondorenez, horien erabilpenaren areagotzea, batez ere sare sozialei dagokienean. Izan ere, horien kontsumitzaile sutsu bilakatu dira egungo gazte eta nerabeak, zenbait autore eta ikertzailek jada *Generación@*¹ edo *Gen-V*. (belaunaldi birtual)² batez dihardutelarik. Hala, INEren arabera³, 2016an, Espainiako etxebizitzaren %81,9ak zuen interneterako sarbidea eta %95,3a ziren hamar eta hamabost urte bitartean internet erabiltzen zuten gazteak, urtero zifra horiek handituz joan direlarik.

Horrek, ordea, bi ahoko ezpata suposatzen duela azpimarratzen du GÓRRIZ ROYOK⁴, ikerketa batzuk IKTen erabilpenak gazteen garapen kognitibo eta sozializatzailea dakarrela ondorioztatu badute ere⁵, paradoxikoki horiengan isolamendu-efektu bat ere eragiten duelako⁶, errealitatearen inguruan duten ikuspegia ere distortsionatzeraino⁷. Baina, horiek ez ezik, IKTen erabilpenaren baitan ematen den erlazio eta komunikazio interpersonalen eremuan ere haratago doan arrisku bat sortu da adingabeentzat: IKTek ahalbidetzen duten anonimatotik abantaila sexuala ateratzea bilatzen duten predatzaile sexualena⁸. Eta, fenomeno horri deritzo, hain zuzen, *online child grooming* edo adingabeei zuzendutako sexu-proposamen telematikoa.

¹ RUBIO GIL, Ángeles (zuzendaria) (2009), "Adolescentes y jóvenes en la red: Factores de oportunidad", *Injuve* (www.injuve.es), 5. orr.

² CHOO, Kim-Kwang R. (2009), "Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences", *AIC Reports*, 103. liburukia, 8.orr. (www.aic.gov.au).

³ "Equipamiento y uso de TIC en los hogares", INE (2016) (www.ine.es).

⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 3. orr.

⁵ "For example, computer use has been linked to in-creased visual intelligence skills". WILLOUGHBY, Teena (2008), "A short-term longitudinal study of internet and computer game use by adolescent boys and girls: Prevalence, frequency of use, and psychosocial predictors". *Developmental Psychology*, Volume 44, 195. orr.

⁶ "Exiliados en las redes" (2015eko azaroaren 12a), *El País* (Ciencia y Tecnología).

⁷ ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. & de CORRAL GARGALLO, P. (2010). "Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto". *Adicciones: Revista de sociodrogalcohol* (www.adicciones.es), 22(2), 9196.

⁸ *EU Kids on line* Proiektuaren arabera, maiztasunez internet erabiltzen zuten inkestaturen artean, %44ak aitortu zuen noizbait sexualki jazarturik sentitu zela. LIVINGSTONE, S. eta HADDON, L.

Ildo horretan, beraz, IKTak baliatuz bereziki ahulak⁹ diren adingabeen sexu-ukigabetasunaren ondasun juridikoaren aurkako eraso berrien aurrean beldurturiko gizarte baten testuinguruan, eta zuzenbide komunitarioko galdapenei erantzuna eman nahian, *child grooming* delitua ex novo sartzen da Zuzenbide positibo espainiarrean Zigor Kodea aldatzen zuen ekainaren 22ko 5/2010 Lege Organikoaren¹⁰ bitartez.

Horrela, biktima adingabeen aurka buruturiko eraso sexualen eremuan babes penalaren barrerak aurreratzen ziren, materialki sexu-ukigabetasunaren aurkako eraso perfektionatuagoen prestakuntza ziren portaerak zigortuaz. Alegia, beste hitz batzutan esanda, berez sexu-ukigabetasunaren aurkako delitu jakinak burutzera bideratutako prestamen ekintza lirakekeenak delitu mailara igotzen ditu legegileak, bide telematikoen mundu zabalean adingabeen babes handiagoa lortze aldera.

Artikuluaren aplikazio kaskar baten ostean, Zigor Kodearen 2015eko erreformarekin¹¹, 183 bis artikuluko edukia ia aldaketarik gabe 183 ter artikulura lekualdatzen da, bigarren atal bat ere gehituz.

Bada, lan honetan, artikuluaren erredakzioari lotutako eta haren aplikazio makalaren oinarrian aurkitzen den eztabaida doktrinala eta iritzi ezberdinak aztertuko ditugu, lanaren objektu izanik prestamen ekintza bat zigortu, subjektu aktiboa erabat zabalik utzi eta pasiboa mugatu, zehazteko zailak diren elementu objektiboak galdatu nahiz kargu subjektibo bereziki handiaz hornitu, eta arrisku delitua eta ondorengo lesio delitua, biak batera zigortzeko *ad hoc* klausula konkurtsal bat txertatzearen egokitasuna eta, batez ere, beharrezkotasunaren analisia.

Hartara, fenomenoaren aurkako borrokaren jatorriari buruzko erreferentzia gutxi batzuk salbu, azterlan honetatik kanpo utziko ditugu nazioz gaindiko mandatu bati erantzuna eman nahian gainerako Estatuetan fenomeno hau arautzeko erabilitako

(2009), "EU Kids Online: Final report", *EU Kids Online Network*, Londres, 7. orr. (<http://eprints.lse.ac.uk/24372/>).

⁹ EPE Jaen, 2015.05.11 (113/2015): "*la creación de este tipo es otra muestra de ese espíritu del legislador de protección de los sujetos pasivos más desvalidos ante los ataques a su indemnidad sexual*".

¹⁰ 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. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm 152, de 23 de junio de 2010.

¹¹ 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. Publicada en «BOE», núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

teknika eta egokitasun zein beharrezkotasunaren inguruko aipamenak. Izan ere, esan bezala, analisia legegile espainiarrak mandatu hori beraitsu-itsuan bete eta gizartean pederastei lotuta aditzen diren "paniko moralei"¹² erantzuna eman nahian, sistema penal espainiarrean *child grooming*ari emandako ahokaduran zentratuko baita, erredakzioaren egokitasunaz gain portaera hau aurretik jada existitzen ziren prezeptuetan kokatzeko aukerarik ba ote zen aztertuz, horrek mandatua betetzeko tipo berri bat sortzeko beharrezkotasuna edo beharrezkotasun eza zehaztuko baitu.

2. Online child grooming delituaren barneratzea sistema penal espainiarrean: 183 bis artikulua.

Adingabeei zuzendutako sexu-proposamen telematikoa, aurretik aipatu bezala, 2010eko ZKaren erreformarekin txertatu zen lehenengoz sistema penal espainiarrean. Eta, hain zuzen, 183 bis artikuluan jaso zen, 183. artikulurekin batera kapitulu berri bat osatuz, zehazki II bis Kapitulu ("De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años").

Aurreratu bezala, barneratze horren oinarrian nazioz gaindiko egozte-mandatu bat kokatzen zen¹³, legegileak Zioen Adierazpenean Kontseiluaren 2004/68/JAI Esparru Erabakiari¹⁴ egiten ziolarik formalki aipu, umeen sexu-esplotazioa eta haurren pornografiaren aurkako lehiari buruzkoa, horren transposizioa ordenamendu juridiko espainiarrera egiteko beharra nabarmenduz. Halaber, bertan ez zen jasotzen *child grooming*aren inongo erreferentziarik, baizik eta, horren beharrean, badirudi 183 bis artikulua ia modu literalean jasotzen zuela haurrak sexu-esplotazio eta -abusuetatik babesteko Europako Kontseiluko 201. Hitzarmeneko (aurrerantzean Lanzaroteko Ituna) 23. artikuluan¹⁵ adierazitakoa. Hori dela eta, aintzat hartuta ZKaren erreforma ekainean

¹² RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 10. orr.

¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 16. orr.

¹⁴ 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. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 13, de 20 de enero de 2004, páginas 44 a 48. (Derogatua).

¹⁵ 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. 23. artikulua honela dio:

eman zela eta aipaturiko ituna ez zela Espainian azarora arte indarrean sartzen¹⁶, portaera hau tipifikatzerakoan legegileak izandako akats edo inkongruentzi askotariko lehena jada Zioen Adierazpenean ematen dela mahaigaineratu zuten hainbat autorek, behar ez zen araua aipatzeaz gain (*child grooming*aren aipamenik jasotzen ez zuelako)¹⁷, oraindik gauzatu gabeko mandatu bati aurre hartzen baitzion¹⁸.

Zentzu horretan, esan beharra dago aipatutako prezeptua ez zela hasiera batetik 5/2010 LOa izango zenaren Lege-Proiektuaren lehendabiziko bertsioan jasotzen, baizik eta Diputatuen Kongresuan Talde Parlamentario Popularrak proposaturiko zuzenketa baten¹⁹ fruitu izan zen, non araudi espainiarra komunitariora armonizatzeko beharra, pederasten portaeren areagotzea eta "*necesidad de intervenir en un momento anterior a la lesión*" zein "*las preocupaciones de los padres en controlar las relaciones de sus hijos menores de edad*" bezalako argudioak plazaratu ziren, "grooming informático" eta "ciber-acoso" kontzeptuak ere aipatuaz.

Hala ere, azken bertsioan onartutako 183 bis artikuluaen edukia alderdi sozialistarekin bat adosturiko erdibideko zuzenketaren ondorio izango zen, adostasun horretara iristeko hainbat oinarrizko atal aldatu zituztelarik hasierako proposamenetik. Hartara, batetik, onartua izan zen tipoak alderdi popularrak hasieran aurreikusitakoa baino portaera zabalago bat jaso zuen, horrek oinarrizko tipoan portaera derrigortze, larderia edo engainu bidez gauzatzea galdatzen baitzuen, onartutako tipoan galdapen

"Proposiciones a niños con fines sexuales. 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".

¹⁶ 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. Publicado en: «BOE» núm. 274, de 12 de **noviembre** de 2010, páginas 94858 a 94879.

¹⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*. 187. eta 188. orr.

¹⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-06, 3. eta 4. orr.

¹⁹ 351. zuzenketa. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm 52-9 de 18 de marzo de 2010, pp. 156-157.

hori ezabatu eta tipo kualifikatu moduan zehaztuko zena. Bestetik, alderdi popularrak adingabe oro babesteko proposamena luzatzen zuen, baina onartutako tipoan 13 urtetik beherako adingabeak babestea erabaki zen. Eta, hirugarrenik, hasierako proposamenean alderdi popularrak *ad hoc* konkurtso-klausularik jasotzen ez zuen bitartean, onartutako tipoan hura barneratzea adostu zen.

Bada, esandakoagatik, askok eta askok aurreikusitako bezala, tipoak ez zuen batere harrera onik izan, ez jurisprudentzia eta ez doktrinari dagokionean ere, aplikazio kaskarra²⁰ izateaz gain kritika asko jaso zituelarik azken horren aldetik. Izan ere, tipoaren edukiak ia ezinezko egiten zuen haren aplikazioa, ondorioz kasu gehienak absoluzio-epaietan amaituz²¹, bai portaerek tipoaren galdapen guztiak betetzen ez zituztelako, bai beste artikuluekin solapatze bat gertatzen zelako, epaileak konkurtso-klausula aplikatzeko uzkur ageriz. Eta horregatik, hain zuzen, tipo hau Zigor Zuzenbide

²⁰ "El tipo (183 bis artikuluarik egiten dio aipu), publicitado a bombo y platillo en la reforma operada por LO 5/2010 ha tenido hasta la fecha una **nula aplicación, como por lo demás se pronosticó**. La doctrina unánimemente denunció las **deficiencias del tipo y su práctica inaplicabilidad**. Debiera aprovecharse la reforma para introducir modificaciones". "Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal" (2013.01.08), *Fiscalía General del Estado*, Madril, 156. orr. Era berean mintzo da, 2016ko maiatzaren 25eko ponentzian, DOLZ LAGO, M.J., "Análisis de las novedades introducidas por la LO 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", 24.orr, (www.fiscal.es).

²¹ EPE Sevilla, 2013.10.03 (465/2013), non adin nagusiko batek neska adingabe bat jazartzen zuen, IKT bidez nahiz pertsonan, 11 urte zituenetik 13 urtera arte, harekin sexu harremanak izateko asmoz. Baina, adingabeak, elkartzeko proposamenei etengabeko ezezkoa ematen zenez, hura hiltzeko saiakera egin zuen. Horrela, Auzitegiak akusatua honako delitu hauengatik kondenatu zuen: 181.1 eta .2 artikuluko sexu-abusu delitu jarraitu bat, 185. artikuluko sexu-probokazio delitu jarraitu bat, 169.2 artikuluko mehatxu delitu jarraitu bat eta giza-hilketa delitua saiakera graduan. Horrela, nahiz eta Ministerio Fiskalak *child grooming*aren aplikazioaren egokitasuna aldarrikatu, akusatuak IKTen bitartez (Tuenti sare soziala) kontaktatu baitzuen adingabea eta elkartzeko proposatu, Auzitegiak ulertu zuen 183 bis artikuluko portaera absorbitua geratzen zela sexu-abusu delituagatik, kontsuntzio printzipioari jarraiki. EPE Valentzia, 2013.10.24 (722/2013), non 22 urteko gazte batek 12 urteko (gutxienez 14 urte zituela esan zuen) adingabe batekin kontaktatu zuen IKTen bitartez (Tuenti), sexu-harremanak izatera iristeraino, adingabeari hardunaldi ektopiko bat eraginaz. Honetan, tipo errore bat eman zela ulertu zen, akusatuak adingabearen adina ezagutzen ez zuen lez, sare sozialean erregistratzeko gutxienez 14 urte behar baitziren. Ondorioz, absolbitu egin zen, baita sexu-abusu delituari dagokionean ere, adingabearen aldetik desadostasunik egon ez zela ulertuz.

sinbolikoaren adierazgarri zela aireratu zuten hainbat autorek²², horren beharrezkotasunaren inguruko eztabaida zabalduaz.

Hala, nahiz eta, gerora, ZKa erreformatzen zuen 1/2015 LOak (2011/93/UE²³ zuzentarauaren transposizioa egiteko beharra oinarri zuena) tipoak planteatzen zituen hainbat arazori amaiera jarri (*delitos-fin* deritzenei igorpen gutxiago eginez eta sexurako adostasuna emateko adina hamasei urtera igoaz eta, ondorenez, tipoaren subjektu pasiboan adina ere), doktrinak gogor kritikaturiko beste atal asko legegileak mantendu egin zituen, klausula konkurtsala esaterako, eta beraz, problematika askok oraindik badiraute, horiek izanik, hain zuzen, lan honetan aztergai izango ditugunak, kontzeptutik hasiz.

3. Kontzeptua.

Errealitate honi aipu egiteko berezko dena eta oihartzun gehien izan duena ingeleseko esapidea dela esan liteke, legegile espainiarrak Zioen Adierazpenean ere hori erabiltzen duelarik. Eta, ulergarri da, hain zuzen, termino erabiliena hori izatea, azken batean *child grooming*aren jatorria *common law* sisteman kokatzen baita²⁴, Estatu Batuak izanik portaera honen tipifikazioan aitzindari, 70. hamarkadatik hasita harrapari sexualen aurkako gurutzada iparamerikarra²⁵.

Bada, ingelesez, "to groom" aditzak norbait funtzio edo egiteko espezifikoko zein kargu zehatz batetarako prestatzea esan nahi du²⁶. Dena den, *child grooming* adieraren

²² RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado", *Diario La Ley*, 589. orr.

²³ Directiva 2011/92/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.

²⁴ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 4. orr.

²⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 79. orr.

²⁶ "To groom" (somebody) aditza: "*to prepare or train somebody for an important job or position*", *Oxford Learner's Dictionary*, (www.oxfordlearnersdictionaries.com). Era berean, Cambridge: "*to prepare someone for a special job or activity*", *Cambridge Dictionary*, (www.dictionary.cambridge.org/es/).

edukia zehazterakoan, kontzeptu tekniko-juridiko²⁷ bukatu batetaranzko ahobatasun falta nabaria topatzen dugu doktrinan²⁸.

Horri lotuta, doktrina anglosaxoian hiru joera bereiz daitezke²⁹: batetik, sedukzioaren ideia defendatzen dutenak, horien artean SALTER, zeinak *groominga* "sedukzio emozional" gisan definitzen duen, edota KIERKEGAARD, zeinak abusatzaile izan daitezkeenak haurrak seduzitu eta portaera sexualak gauzatu ditzaten lortzeko erabiltzen duten taktika moduan ulertzen duen; bestetik, *groominga* pedofiliaren ideiarekin lotzen dutenak, zeinak ez dituen jarraitzaile asko lortu; eta, hirugarrenik, gehiengoaren sostenguekin, biktimaren konfiantza irabazteko prozesu moduan definitu dutenak, tartean GILLESPIE: "*el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas*".

Beraz, ez da harritzekoa, jatorrizko sistema anglosaxoiean kontzeptu juridikoaren inguruan kontsentsu falta izan bada, ingelesezko terminoa itzuli eta haren edukia zehazterakoan ere ez zela gutxiagorako izango.

Horrela, doktrina espainiarrari begira, eztabaida zabala da. Izan ere, autore asko adingabeen "ciberacoso", "acoso cibernético" edota "acoso por medio de las TICs"³⁰ esapideen alde ageri diren bitartean, beste batzuek hori zeharo baztertu eta, bestek

²⁷ "La ausencia de claridad sobre el particular alcanza incluso a la propia denominación del fenómeno". VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2014), "Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación". *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV. 640. orr.

²⁸ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 5. orr.

²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 26. orr.

³⁰ MENDOZA CALDERÓN, S. (2014), "El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting", *Tirant lo Blanch*, Valentzia. CUGAT MAURI, M (2010), "La nueva modalidad incriminadora del llamado *child grooming* o *ciber acoso*", ALVAREZ GARCÍA, F.J. eta GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (zuzendariak), "Comentarios a la reforma penal de 2010" liburuan, *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 227 eta 235. eta hurr. orr. TAMARIT SUMALLA, J.M. (2010), "Acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "La reforma penal de 2010: análisis y comentarios" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 171. eta hurr. orr. Azken honek, "sexual" kalifikatzailea gehitzen dio. ORTS BERENGUER, E. (2013), "Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores", 2013ko urriaren 17ko ponentzia, Universidad de Valentzia, 11. orr. eta hurr. (www.fiscal.es).

beste, "contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores"³¹, "acceso a niños con fines sexuales a través de las TICs"³², "acercamiento a menores con fines sexuales a través de las TICs"³³, nahiz "propuesta sexual telemática a menores"³⁴ bezalako terminoei eutsi diete portaera hau izenpetzeko.

Azken hauek, "acoso cibernético" zein "ciberacoso" terminoak arbuiatzeko hainbat arrazoi ematen dituzte. Batetik, RAMOS VÁZQUEZek³⁵ nabarmentzen du ez dela zertan jazarpenik eman behar 183 ter artikuluko delitua burutzeko, ez kuantitatiboki eta ez kualitatiboki. Izan ere, jazarpenak norbait jarraitzea, estutzea eta enbarazu egitea suposatzen du, baina *child grooming* delitua gauzatzeko nahikoa da kontaktu bakarrarekin (tipoaren gainerako galdakizunak gertatzen badira), eta horrek ez du, gainera, nahitaez itogarri zein larderiazkoa izan beharrik. Bestetik, VILLACAMPA ESTIARTEk³⁶ gaineratzen du jazarpen zibernetikoak "sexual" izengoitirik gabe ez lukeela behar bezala adieraziko *child grooming* prozesuak barnebiltzen duen guztia; baina, hori gehituko balitz ere, TAMARIT SUMALLAk egin bezala, horrek beste arazo bat suposatuko lukeela: 184. artikuluko sexu-jazarpen delituarekin nahasmendua gertatzeko arriskua.

Hori horrela izanik, fenomenoari "jazarpen zibernetiko" dei egiteko aurka agertu diren autoreek egokiagoztat jo dute Lanzaroteko Itunak, bere 23. artikuluan, nahiz 2004/68/JAI esparru akordioak eta hori ordeztu zuen 2011/93/UE zuzentarauak

³¹ DÍAZ CORTÉS, L.M. (2012), "Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.*", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2012ko uztailekoa, 8.zkduna. 289-318. orr.

³² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 207-258.

³³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*.

³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia.

³⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 15. orr.

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 21.orr.

erabilitako terminoa: "solicitation of children for sexual purposes". Hartara, hori jarraituz, portaera "acceso", "propuesta", "aproximación" edo "solicitud" moduan izenpetu dute, ingelesezko "soliciting" terminoaren itzulpen gisan.

Dena den, epaiei begira ere, bestelako deiturekin topa gaitzake, hala nola, "corrupción de menores de trece años a través de tecnologías de la información y la comunicación"³⁷, edota "delito de abuso sexual a través de internet"³⁸. Eta, edukiari dagokionean, Auzitegi Gorenak honela definitzen du fenomenoa: *"El término Child Grooming se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor"*³⁹.

Beraz, ikus dezakegu asko direla ingelesezko terminoa itzultzerakoan sortzen diren bariazioak, xehetasun bakoitza tipoaren atal ezberdinekin kontraesanean sartzeko arriskua egonik⁴⁰. Ondorioz, nik neuk lan honetan "child grooming" kontzeptuari eutsiko diot, jatorrizkoa izateagatik eta legegileak berak ere hori erabiltzen duelako. Halaber, itzultzeko modu egokiena aukeratu beharko banu, seguruenik "acceso" edo "aproximación" terminoak erabiliko nituzke, gaizkiulertu gehiagorik ez sortzearen, kontaktu, proposamen zein eskaerak, geroago ikusiko dugun moduan, adingabearen erantzuna behar baitute, eta agian horiek erabiltzeak ere nahasmendua eragin baitezake.

4. Babesturiko ondasun juridikoa eta tipoaren izaera juridikoa.

4.1. Ondasun juridikoa: hiru korrante ezberdin.

183 ter artikuluko eztabaidagai korapilatsuenetariko bat eta, zalantzarik gabe, haren interpretazioa eta justifikazioa baldintzatzen duena, ondasun juridikoari

³⁷ EPE Bartzelona, 2013.07.19 (676/2013).

³⁸ EPE Cadiz, 2012.05.14 (152/2012).

³⁹ AGE, 2015.02.24 (97/2015).

⁴⁰ Esaterako, hainbat autorek (RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPC 16-06) "embaucamiento" hitza erabili dute, seguraski 2011/93/UE zuzentarauak ere horrela itzuli duelako eskuartean dugun praktika hau. Halaber, itzulpena gogor kritikatu izan da, dirudienez RAEren arabera hitz horrek engainuaren erabilera barnebiltzen duelako. Hala, baliagarria litzateke 183 ter artikuluko bigarren atalari aipu egiteko, baina ez lehenengoari, oinarritzko tipoak ez baitu bide horien erabilera galdatzen.

dagokiona da⁴¹. Hala, gai honen inguruan, hiru iritzi nagusi ezberdinu ditzakegu doktrinan.

a) Delitu plurierasotzailea: adingabearen sexu-ukigabetasuna eta haurtzaroaren segurtasuna.

Lehenik eta behin, 183 ter artikulukoa delitu plurierasotzaile bat dela sostengatzen duen sektore doktrinala dago, bi izanik, hauen ustetan, ukituak suertatzen diren ondasun juridikoak: batetik, —ondasun juridiko indibidual eta berehala babesturikoa bezala— adingabe jakinaren sexu-ukigabetasuna, zeinaren gain subjektu aktiboak portaera tipikoa burutzen duen, eta bestetik, —ondasun juridiko kolektibo eta zeharka babesturiko moduan— haurtzaroaren segurtasuna IKTen erabilpenean.

Horien artean, GONZÁLEZ TASCÓN⁴² gailentzen da, baina DOLZ LAGO⁴³ ere esandakoaren ildo jarraituz, azalpen hauek ematen ditu: *"Dado que el tipo penal se refiere a contactar con un menor de dieciséis años, podría concluirse que el bien jurídico protegido tiene un **dobte carácter**, el individual en relación con el menor y el supraindividual en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y sólo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas"*⁴³.

Bada, sektore hau, delitua plurierasotzailatzat hartzean, tipoari autonomia propioa aitortzen ari zaio, prestamen ekintzaren izaera juridikoa baztertuaz, eta ondorenez, baita artikulua jasotzen duen klausula konkurtsalari irteera arrazional bat ematen ere⁴⁴, zeinak tipo honen eta berak jasotako sexu-ukigabetasunaren aurkako

⁴¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Crim.*, 5 orr.

⁴² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 241. eta 242. orr.

⁴³ DOLZ LAGO, M.J. (2011), "Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia", *La Ley*, 1740.orr. Era berdintsuan, baina eguneratuta, 2016ko maiatzaren 25eko ponentzian: DOLZ LAGO, M.J., "Análisis de las novedades introducidas por la LO 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", 35.orr, (www.fiscal.es).

⁴⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-06, 7.orr.

delituen (183. eta 189. art.ak) —saiakera graduan zein delitu-burutua izanik— arteko konkurtso erreala aurreikusten duen.

b) Adingabearen osotasun morala.

Bigarren talde batean, sostengu gutxirekin, sexu-ukigabetasunarekin identifikatzen ez den ondasun juridiko bakarraren aurrean gaudela defendatzen duten autoreak kokatzen dira, tartean CUGAT MAURI⁴⁵. Honen arabera, tipoaren babesa sexualitatearen arlotik at dago, adingabearen duintasunerako eskubide zein osotasun moralarekin identifikatzen delarik. Hartara, honetan ere delitua autonomo moduan ulertzen da, ondasun juridikoa indibiduala izanik adingabearen osotasun morala guztiz ezberdintzen delarik 183 eta 189. artikuluetan babesten diren ondasun juridikoetaz, eta beraz, biak emango balira, delituen konkurtso erreala gertatuko litzateke.

c) Adingabearen sexu-ukigabetasuna.

Hirugarrenik eta azkenik, erasoturiko ondasun juridiko bakarra ukitutako adingabearen sexu-ukigabetasuna litzatekeela defendatzen duen sektore doktrinala dago, TAMARIT SUMALLA⁴⁶ aipagarri. Planteamendu honi jarraiki, soilik buruturiko 183. edo 189. artikuluko delitua litzateke aplikagarri, tipoaren erregela konkurtsala leku gabe utziz. Izan ere, 183 ter artikuluan babesturiko ondasun juridiko bakarra sexu-ukigabetasuna dela ulertuta, hain zuzen *delitos-fin* deritzenek babesten duten bera, horrek 183 ter artikuluan tipifikaturiko delitua animo subjektiboari dagozkion tipo penalen prestamen ekintzat hartzea dakar.

Bada, ni neu azken honen alde kokatzen naiz, izan ere, *child grooming* delitua kontsumatzen denean soilik adingabe jakin hori jartzen da arriskuan, ezin delarik haurtzaroaren segurtasunaren aitzakiapean guztiz desproporzionala den konkurtso klausula bat aplikatu, are gehiago kontutan hartuta jada babes penalaren barrerak aurreratuak izan direla funtsean prestamen ekintza bat dena zigortzean.

⁴⁵ CUGAT MAURI, M (2010), "La nueva modalidad incriminadora del llamado *child grooming* o *ciber acoso*", ALVAREZ GARCÍA, F.J. eta GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (zuzendariak), "Comentarios a la reforma penal de 2010" liburuan, *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 235. eta hurr. orr.

⁴⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M. (2010), "Acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "La reforma penal de 2010: análisis y comentarios" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 165-172, 172. orr.

4.2. Ondasun juridikoa: legegilearen aukera.

Orain arte aztertutakoa doktrinan aurki genitzakeen korrante ezberdinen iritziak izan dira, baina, zein da legegileak babestu nahi izan duen ondasun juridikoa(k)? Zalantzarako tarterik gabe, sexu-ukigabetasuna⁴⁷, Auzitegi Gorenak berak horrela adierazita: "*la indemnidad sexual de los menores de 13 años (egun 16) más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad*".

Ildo horretan, sexu-ukigabetasuna ulertu behar da ez soilik adostasun baliozkorik eman izan gabe nork bere burua testuinguru sexual batean barnebildua ez ikusteko eskubide moduan, baizik eta adingabearen formazio eta haren izaeraren eta sexualitatearen garapen gisan ere⁴⁸.

4.3. Izaera juridikoa: arrisku delitua. Prestamen ekintza baten zigortzea.

Aipaturiko babes-objektua erreferentziazat hartuz, arrisku delitu baten aurrean gaude, eta hala baieztatu daiteke, hain zuzen, Auzitegi Goreneko 95/2015 epaiari⁴⁹ jarraiki, zeinaren arabera tipoa ez den babesturiko ondasun juridikoaren lesio efektiboari begira eratzten, baizik eta ondasun horren aurkako portaera arriskutsu bati begira.

Beraz, goian aurreratu bezala, arrisku delitu bat da "*en cuanto se trata de un supuesto en el 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*"⁵⁰. Eztabaida, ordea, arrisku hori konkretua edo abstraktua den baieztatzean ematen da.

a) Arrisku konkretua ala abstraktua: eztabaida.

⁴⁷ AGE, 2015.02.24 (97/2015). Era berean, Ourenseko Adingabeen Epaitegiko epaia, 2013.05.13 (171/2012): "*El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de trece años ya que éste no puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales*".

⁴⁸ Ekainaren 22ko 5/2010 Lege Organikoaren Zioen Azalpeneko XIII. atala, azaroaren 23ko Zigor Kodearen 10/1995 LOa aldatzen duena. EAO (2010eko ekainaren 23a), 152. zenbakiduna. "*...no sólo se vulnera la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...*".

⁴⁹ AGE 2015.02.24 (97/2015), lehen OJ.

⁵⁰ AGE 2015.09.22 (527/2015), lehen OJ.

Batetik, DOLZ LAGOren ustetan, tipoak adingabe baten eta gerturatzerazuzendutako ekintza materialen existentzia galdatzeak arrisku konkretuaren tesiasostengatuko luke, betiere babestutako ondasun juridikoa adingabearen esparru indibidualera mugatzen bada, aldiz esparru hori haurtzarora zabalduko balitz, abstraktualitzatekeela dio⁵¹.

Ildo horretan, legegileak berak hala adierazita eta aipaturiko epaietan irakurri ahal izan dugun moduan, babesturiko ondasun juridikoa sexu-ukigabetasuna da, hots, adingabe jakinaren esparru indibidualaz ari gara, eta beraz, jurisprudenzialki delituak arrisku konkretuko izaera duela ulertu da. Honela mintzo da Auzitegi Gorena: *"Si estamos ante un delito de **peligro abstracto puede ser discutible**. En cuanto al tipo exige la existencia de un **menor** y la de **actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del **peligro concreto parece la acertada**"***⁵². Honenbestez, jurisprudenziarentzat, gakoa gerturatzerazuzenduriko ekintza materialen galdapenenean kokatzen da, horrek ematen diolarik delituari arrisku konkreturako norabidea.

Dena den, Auzitegi Gorenak bitan onartu badu ere izaera hori, badirudi, arrazoiketa irakurrita, eztabaidarako ateak irekita uzteaz gain ("discutible"), aurkakoa argudiatzea ere ez legokeela oker ("parece la acertada"), eta hori egin dute, hain zuzen, autore askok.

Horrela, arrisku abstraktuko delitu bat dela defendatu du, esaterako, MUÑOZ CONDEk, honakoa argudiatuz: *"el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, convierte a este **delito en uno de peligro abstracto e incluso de sospecha**, en la medida en que incluso requiriendo el «acercamiento» **no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese «acercamiento» se hace realmente para cometer algún delito**"*⁵³. Autore honi jarraitu diote, hari aipu eginaz,

⁵¹ DOLZ LAGO, M.J., "Análisis de las novedades introducidas por la LO 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", 2016ko maiatzaren 25eko ponentzia, 34.orr, (www.fiscal.es).

⁵² AGE 2015.02.24 (97/2015), lehen OJ. Eta, berdin, AGE 2015.12.10 (864/2015), lehen OJan.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F. (2015), "Derecho Penal. Parte Especial", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 20. edizioa, 209. orr.

VILLACAMPA ESTIARTEK⁵⁴, MENDOZA CALDERÓN⁵⁵ eta RAMOS VÁZQUEZ⁵⁶, besteak beste.

Ildo beretik, HORTAL IBARRA⁵⁷ autoreak ere sexu-ukigabetasuna arriskuan modu abstraktuan jartzen dela nabarmentzen du, aldi berean NÚÑEZ FERNÁNDEZ⁵⁸ek "peligrosidad presumida" batez ere diharduelarik. Azken honek, gainera, arrisku konkretuaren planteamendua baztertzeko, tipoak honako egoera suposatzen ez duela arrazoitzen du: *"el delito de peligro concreto requiere la existencia de una situación en la que un objeto entra en el radio de acción de una conducta peligrosa y en ese momento su lesión aparece como inminente"*⁵⁸.

Eta, hori gutxi balitz, GÓRRIZ ROYOK salatzen du legegileak arrisku konkretuko delitu bat tipifikatu nahi izan duenean, bestelako formula tipikoak erabilia egin izan duela, portaera ez-zilegia era askoz zehatzagoan mugatuz, horren adibide izanik, besteak beste, ZKko 325.2 ("que comporte un peligro para la vida") eta 380. artikulua ("que pusiere en concreto peligro"). Bestalde, gehitzen du, arrisku konkretuko kalifikazioa ez datorrela bat jurisprudenziak tipoaren inguruan egiten duen interpretazioarekin, kontutan izanda honek tipoa esku-hartze penalaren aurreratze moduan ikusten duela *"a un supuesto que, materialmente, sería un acto preparatorio"*⁵⁹.

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 170. orr.

⁵⁵ MENDOZA CALDERÓN, S. (2014), "El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 165. orr.

⁵⁶ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 *bis* del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 12. orr.

⁵⁷ HORTAL IBARRA, J.C., "El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183. bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?", MIR PUIG, S. eta CORCOY BIDASOLO, M. (zuzendariak) (2012), "Garantías constitucionales y Derecho penal europeo" liburuan, *Marcial Pons*, Madril, 433. orr.

⁵⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*. 203. eta 204. orr.

⁵⁹ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 17. eta 18. orr.

Ondorioz, babesturiko ondasun juridikoa eta horren lesioaren arteko urruntasuna ikusita, eta aintzat hartuta esku-hartze penalaren aurreratze baten ondorioz zigortzen den prestamen ekintza baten aurrean gaudela, autore hauek egiten duten interpretazioaren alde egiten dut nik ere, honenbestez tipoa arrisku abstraktuko delitu moduan ulertuz.

5. Delituaren subjektuak: legegilearen jarrera kontraesankorra.

5.1. Delitu arrunta: adingabeak ere subjektu aktibo.

Delitu-tipo honen subjektu **aktiboa** zehazteko legegileak erabilitako formula aintzat hartuta ("el que..."), hori edonor izan daitekeela ondorioztatzen da, hots, nazioarteko araudiarekin kontraesanean⁶⁰, delitu arrunt baten aurrean gaude. Honenbestez, tipoa burutu dezakete, adin nagusikoek ez ezik, 14 eta 17 urte bitarteko adingabeak ere, nahiz eta, jakina denez, hauek ez duten ZKko 183 ter artikuluko zigorrerengatik erantzungo, baizik eta aplikagarri izango zaizkie urtarilaren 12ko Adingabeen Erantzukizun Penal arautzen duen 5/2000 LOak jasotzen dituen neurriak.

Hori horrela izanik, legegilearen asmoa zein den ez da argi geratzen, adingabeak subjektu aktibo izateko aukera zabaltzea ez baitator bat 5/2010 LOko Zioen Adierazpenean argudiatutakoarekin. Hau da, GONZÁLEZ TASCÓN⁶² autoreak azaltzen duen lez, legegileak ordura arte zigorgabeak izandako sexu-delitu jakinen prestamen ekintzak delitu kategoriara igo zituen unean, ez zituen buruan adingabeen arteko "ligoteo" kasuak nahiz adingabeak burutu ahal dituzten gainerako supostuak, baizik eta sexu-predatzailearekiko beldurra, hura adin nagusiko batekin identifikatuz.

⁶⁰ Lanzaroteko Itunean (23. art), sexu-eraso, umeen sexu-esplotazio eta haurren pornografiaren aurkako lehiari buruzko Esparru Erabakian, nahiz Estatu ezberdineko araudietan, Kanada salbu (honek legegile espainiarrak erabilitako formula bera erabiltzen du: "el que..."), subjektu aktibo izan daitezkeen pertsonen esparrua adin nagusikoetara murrizten da.

⁶¹ "A este respecto, se advierte una separación entre la legislación española y la normativa internacional y de la UE en las que la condición de sujeto activo para este tipo de delito de circunscribe al adulto". NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*. 205. orr.

⁶² GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 243. orr.

Eta, azken hori, hain zuzen, legegilearen hitzek berresten dute, argi eta garbi utziz, ZKa erreformatzen zuen 2010eko LOko Zioen Adierazpenean, haren asmoa adin nagusikoen portaerak penalki zigortzea dela⁶³.

Bestalde, ordea, DÍAZ CORTÉSek argudiatzen duen moduan, legegilearen asmoa subjektu aktiboa adin nagusiko bat izatea bazen, Zioen Adierazpenean adierazi bezala, gura hori berariaz zehaztea besterik ez zuen, gainerako Estatu ezberdinetako ordenamendu juridikoetan egin duten gisan, Britainia Handia adibide. Halaber, ez zuen halakorik egin, inkongruentzia batetara iritsiz bai aurretik Zioen Adierazpenean azaldutakoarekin eta bai nazioarteko araudiarekin ere.

Horregatik, Ourenseko Adingabeen Epaitegiko 2013ko maiatzaren 13ko epaiak⁶⁴ erakusten du, adingabeak babesteko emaniko araudi penal bereziak buelta hartu eta, hain zuzen, adingabe horiek buruturiko portaerak kriminalizatzeko efektua eragin dezakeela, arrazoi horretan oinarrituta komenigarria izango zatekeelarik tipoaren aplikagarritasuna murriztu izana⁶⁵.

Halere, eskerrak, behintzat, erreformak Romeo eta Julieta⁶⁶ deritzen klausula bat jaso duela 183 quater artikuluan, erantzukizun penala salbuetsiz egilea adinagatik eta heldutasun garapen mailari begira adingabearengandik gertu badago, betiere 16 urtetik

⁶³ Zigor Kodeko, azaroaren 23ko, 10/1995 LOa aldatzen zuen ekainaren 22ko 5/2010 LOko Zioen Adierazpena, XIII. atala: "... *la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*".

⁶⁴ Ourenseko Adingabeen Epaitegiko epaia, 2013.05.13 (171/2012). Honetan, 17 urteko adingabe bat ZKko 183 bis artikuluko (egungo 183 ter) delituaren egile moduan kondenatua izan zen, Tuenti sare sozialaren bitartez 12 urteko adingabe batekin kontaktatu eta, haren adina jakinda, bere zenbakia lortu eta harreman sexualak izateko asmoz elkartzeko saiakerak egin.

⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 172. orr.

⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), 188. orr.

beherako adingabeak adostasun askea eman duenean⁶⁷. Izan ere, sexurako adostasuna emateko adina 16 urtetan kokatzen denez, arriskua zegoen 183 ter artikuluari begira bikote erlazioak edota, besterik gabe, 16 urtetik beherako adingabeak nahi izandako egoerengatik beste adingabe edo adin nagusiko hori (adinagatik edo heldutasun mailarengatik gertu kokatzen dena) zigortzeko.

5.2. Babesturiko subjektu pasiboa: hamasei urtetik beherako adingabea.

Subjektu pasiboei dagokienez, horiek, egun indarrean dagoen 183 ter artikuluari jarraiki eta aurretik ondasun juridikoaren inguruan esandakoa aintzat hartuta, bere sexu-ukigabetasuna ukitua izan den 16 urtetik beherako adingabeak dira.

a) Aurreko egoera: hamahiru urtetik beherako adingabea. Aplikazio kaskarra adin tarte zaurgarriena kanpo uztearen ondorio.

Adin-muga, ordea, ez da beti hamasei urtetan kokatu izan, lehendabizikoz ZKan 183 bis artikulua jaso zenean *child groominga* arautuz, 13 urtetik beherako adingabeak soilik babesten baitziren, zeina gogor kritikatu izan zen doktrinaren aldetik. Izan ere, horrek tipoaren aplikazio eremua asko mugatzen zuen, datu enpirikoek erakusten baitzuten adingabeen talde zaurgarriena 14 eta 16 urte bitartekoek osatua zela⁶⁸, eta ez 13 urtetik beherakoak, azken hauen artetik gutxi zirelarik interneterako sarbidea zutenak. Hala, adingabeen talde zaurgarriena babesik gabe uzten zela ulertu zen, eta ondorioz, doktrinari eta datuei so eginez, subjektu pasiboen adina 16 urtera igo zen 2015eko erreformarekin.

Horretarako, ordea, ezinbesteko zen aldeztu aurretik legegile espainiarrak sexurako adostasuna emateko adina igotzea, tipoaren subjektu pasiboak zehazteko adin muga erabat uztartua baitago sexurako adostasuna emateko legezko adinarekin, hots, biak lotuta doaz, horrela ezartzen duelako Lanzaroteko Ituneko 23. artikulua⁶⁹.

⁶⁷ 183 quater artikulua honakoa dio: "*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 de madurez*".

⁶⁸ DÍAZ CORTÉS, L.M. (2012), "Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.*", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2012ko uztailekoa, 8.zkduna. 303. orr.

⁶⁹ Lanzaroteko Ituneko 23. artikulua galdatzen du, tipoa aplikagarri izateko, **sexurako adostasuna emateko adinera**, 18.2 artikuluan zehaztua, **iritsi ez den adingabeari** egin behar

Ildo horretan, esan beharra dago une hartan Espainiak zuela, beste Estatuarekin alderatuta, sexurako adostasuna emateko legezko adin baxuena, eta horrek erabat baldintzatzen zuen *child grooming*aren subjektu pasiboen adin muga, eta, ondorenez, esan bezala baita tipoaren aplikazioa ere. Hala, konparaketa egitearren, Frantzia muga 15ean ezartzen zen eta Britainia Handia, Kanada edota Australian 16an kokatzen zen. Arrazoi hori dela eta, doktrinaren gehiengoa izan ziren egokitzapen baten beharra nabarmendu zuten autoreak.

b) Ezgaiak prezeptutik at: babesik eza.

Aurrekoa atzean utzita, atal honetan kritiken objektu izan zen eta, aldatu ez den lez, oraindik ere baden beste aspektu bat ezgaiari lotuta dago. Izan ere, nahiz eta nazioarteko araudiak horien inguruan ezer ez esan, tipoak ezgaiak kanpo utzi dituela ulertu du doktrinaren zati handi batek⁷⁰, zeinaren ustetan horiek adingabeak bezain zaurgarri suerta daitezkeen eremu sexualari eta IKTei dagokienean, nahiz eta beste hainbatek argudiatu horiek ez dutela izaten, normalean, interneterako sarbiderik izateko aukerarik. Bada, nire uste xumean, horrelako tipo baten beharra dagoela ulertzen bada, tipo horrek ezgaiak babesteko beharra ere ikusi beharko litzateke.

6. Portaera tipikoa

Egiteen aniztasuna galdatzen duen "tipo mixto acumulativo"⁷¹ baten aurrean gaude. Hau da, modu metatuan egite horiek aztergai dugun portaera tipikoa osatzen badute ere, modu bananduan ez dute inongo garrantzia penalik. Zentzu horretan, asko

zaiola proposamena. Eta, 18.2 artikulua, hain zuzen, hitzarmeneko Estatu kideen esku uzten du adin horren ezarpena ("*... cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño*").

⁷⁰ "*Del ámbito de estos nuevos tipos delictivos se excluyen, en cambio, de forma incomprensible las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, cuya edad mental o madurez psicológica puede estar por debajo de esa edad*". MUÑOZ CONDE, F. (2015), "Derecho Penal. Parte Especial", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 20. edizioa, 208. orr.

⁷¹ Besteak beste, RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvaríño"*. Universidad de A Coruña, 21. orr.; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI, 245. orr.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-06, 9. orr. Ildo berean, AGE 2015.09.22 (527/2015), lehen OJ.

mugatzen da delituaren aplikazio-eremua, hori izanik, hain zuzen, tipo honek izandako aplikazio kaskarraren arrazoietakoa bat.

Artikuluaren lehen atalak honela dio:

"1. 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".

Ikus daitekeenez, zehazki hiru dira tipoa burututzat hartzeko galdatzen diren egiteak: lehenengoa, adingabe batekin IKTen bitartez kontaktatu eta elkartzeko proposamen bat luzatzea; bigarrena, berriz, adingabearengana gerturatzerazuzendutako ekintzak burutzea; eta, hirugarrenik, adingabearen sexu-ukigabetasunaren aurkako delitu jakinak burutzeko helburua izatea. Ikus daitekeenez, lehenengo biak tipo objektiboan barnebiltzen dira, eta hirugarrena, aldiz, tipo subjektiboaren parte da. Hartara, lehenengo biak aztertzeari ekingo diogu.

6.1. Tipo objektiboa

Aurretik esan bezala, batetik adingabearekin kontaktatzea eta elkartzeko proposamena ditugu, eta bestetik, proposamenaren osagarri, gerturatzerazuzendutako ekintza materialak, zeinak aurrekoaren ostean edo aldi berean emango diren.

a) Kontaktua

Kontaktuari helduz, azpimarratu beharreko lehen ideia da ez dela nahiko adin nagusikoak mezua bidaltzearekin, baizik eta beharrezkoa da, gainera, adingabearen aldetik erantzun bat jasotzea⁷²⁷³. Izan ere, ez dago kontakturik erantzunik gabe, hala ondorioztatzen delarik aditz tipikoaren esanahi literaletik⁷⁴.

⁷² "No llegaría a contactar con el solo envío de mensajes no correspondidos por el menor". TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), "Criminalización del acoso sexual cibernético de menores de

Aldi berean, kontaktuak ezin du edonolakoa izan, baizik eta derrigor 183 ter artikuluan berariaz jasotako bideen bitartez gauzatu izan behar du, hots, "*Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*". Hala, pertsonan gauzaturiko kontaktua ez litzateke tipoa barneratua geratuko, nahiz eta errealitateak erakutsi *off-line* edo fisikoki adingabeekin eraikitako kontaktuak IKTen bitartez gauzaturikoaren adinako eraginkortasun edo gehiago izan dezakeela. Horri lotuta, hain zuzen, aurretik esana dugu *grooming* fenomeno mundu birtualetik haratago doala, askotan adingabeen gertuko edo familiako kideak izanik horrelako portaerak gauzatzen dituztenak, eta ez, estereotipatua dagoen moduan, pantailaren atzean ezkututzen den adineko gizonezko ezezaguna ("stranger danger")⁷⁵. Horregatik, BOIX REIG⁷⁶ autorearen planteamenduaren alde egin behar dut arlo honi dagokionean, zeinaren arabera egokiago izango zatekeen tipoak "*a cualquier medio*"-ren erreferentzia jaso izana, horretan IKTen bitarteko kontaktua ere barneratua geratuko bailitzateke.

Dena den, pertsonan gauzaturiko kontaktua baztertzen bada ere, ez da zehazten kontaktu horrek lehenengoa izan behar duen edota "eratorria" izatea posible den, hau da, lehenengo kontaktua pertsonan izan eta ondoren IKTen bitartez horri jarraipena ematea. Bada, hainbat autore bigarren kasu hori ere tipoa barnebiltzen dela interpretatzearen alde agertu dira⁷⁷, betiere frogatzen bada, noski, gainerako elementu tipikoak betetzeaz gain, pertsonan hasiriko kontaktu horri ondoren IKTen bitartez jarraipena ematen zaiola.

trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 9. edizioa, Iruña, 353. orr.; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 174. orr.; RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 *bis* del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvarino"*. Universidad de A Coruña, 12. orr.; GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 12. orr.

⁷³ Erantzunik ezean ezingo litzateke ulertu tipoak babesturiko ondasun juridikoa arriskuan jartzen denik.

⁷⁴ DRAEren arabera, kontaktatzeak "*establecer contacto o comunicación con alguien*" esan nahi du, eta kontaktuak, besteak beste, "*relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades*". 23. edizioa, 2014.

⁷⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 175. orr.

⁷⁶ BOIX REIG, Javier (zuzendari) (2010), "Derecho Penal. Parte Especial", *Iustel*, Madril, 357. orr.

⁷⁷ DOLZ LAGO, M.J. (2011), "Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia", *La Ley*, 1741.orr.

Ildo horretan, NÚÑEZ FERNÁNDEZ honela mintzo da: *"Que el contacto derivado resulte típico implica también la penalización de supuestos en los que el contacto inicial no ha sido virtual sino que ha sucedido en el espacio físico en cuyo caso tal contacto sería atípico, pero si a dicho contacto inicial le ha seguido un contacto virtual, éste ya entraría en el plano de la tipicidad. Es importante optar por esta interpretación dado que la evidencia empírica demuestra que la mayoría de las veces el sujeto activo conoce a su potencial víctima en el espacio físico. Sigue siendo el entorno físico cercano al menor donde se producen con más frecuencia los contactos sociales que dan lugar después a la victimización"*⁷⁸.

b) Elkartzeko proposamena luzatzea

Groomerak adingabeari luzatzen dion elkartzeko proposamenari dagokionez, honako hau autore batzuk kontaktatze ekintzatik bereizi beharrekoa dela diote, ezin direlarik bat bera bezala ulertu⁷⁹. Beste batzuk, halaber, Lanzaroteko Itunak berak zein 2011/93/UE zuzentarauak komunikazioa proposamenaren aurreko nahiz horrengandik banandutako zerbaiten moduan jasotzen ez duenez, kontaktua proposamenarekin hastea ere posible dela defendatzen dute⁸⁰.

Behin hori esanda, honi lotuta sortzen den eztabaidak aurrekoaren ildo berak jarraitzen ditu, hau da, adingabeak proposamena onartzea beharrezko da? Doktrinaren gehiengoak ezetz dio, prezeptuaren interpretazio literaletik horrelakorik ondorioztatu ezin dela ulertuz⁸¹. Aitzitik, autore batzuk adingabeak proposamena onartu beharraren

⁷⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea»*, 193. orr.

⁷⁹ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 24. orr.

⁸⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 176. orr.

⁸¹ *"Esta exigencia típica implica, de acuerdo con un sector doctrinal mayoritario, que menor y sujeto activo lleguen a un acuerdo sobre el momento temporal y el lugar del encuentro, es decir, es necesario que el menor acepte la propuesta de acuerdo con esta exégesis predominante que aboga por una interpretación restrictiva del tipo considerando atípicas las propuestas poco serias. A pesar de lo acertado del planteamiento descrito desde un punto de vista teleológico, lo cierto es que el tipo penal, desde su literalidad, no exige tal aceptación por parte del sujeto pasivo sino que requiere sin más que el sujeto activo proponga un encuentro"*. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a

alde egiten dute, horren ezean ondasun juridikoa arriskuan jarri ere egingo ez zela sostengatuz. Horren harira, VILLACAMPA ESTIARTEK honela dio: "*pues la existencia de la reacción de la víctima permite afirmar la existencia de una afectación, aunque remota, a la indemnidad sexual de la misma*"⁸². Zentzu horretan, badirudi, printzipioz, Auzitegi Gorenak lehen planteamenduari eutsi diola, tipoaren erredakzioetik adingabeak proposamena onartu behar izatea ondorioztatu ezin daitekeela argudiatuz⁸³.

Horri lotuta, aipatu beharrekoa da adostutako lekura adingabea ez agertzeak (kontutan izan behar da elkartze horrek fisikoa izan behar duela, eta ez birtuala, ondorenez proposamenak lekua eta ordua jaso behar dituelarik) ez duela tipikotasuna egiaztatze aldera inongo garrantzirik, izan ere, kasu horretan elkartze hori proposatzeko elementu tipikoa jada burutua dago.

Dena den, onartua zein ez onartua, aurretik esan bezala, proposamenarekin ez da nahiko, tipoaren aplikaziorako beharrezko izango delarik, horri lotuta, subjektu aktiboak adingabearengana gerturatzerazuzendutako ekintza materialak gauzatzea⁸⁴.

c) Gerturatzerazuzendutako ekintza materialak.

Bada, bigarren elementu tipiko honi helduz, argi dago legegileak galdapen hau jasotzean zuen asmoa proposamen ez-ganorazkoak kanpo uztea zela⁸⁵, aintzat hartuta

menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea»*, 194. orr. Era berean, GONZÁLEZ TASCÓNek dio: "*el tipo nos habla de la realización de la propuesta de concertar un encuentro, de lo que se desprende que, en principio, es irrelevante si efectivamente entre el sujeto activo y la víctima se llega a un acuerdo acerca del momento y del lugar de ese encuentro*". GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 246. orr.

⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 176. orr.

⁸³ AGE, 2015.02.24 (97/2015).

⁸⁴ AGE, 2015.02.24 (97/2015), lehen OJ: "*la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la propuesta por el delinciente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma*".

⁸⁵ "*Lo que se pretende con este requisito es circunscribir el ámbito típico del precepto a aquellos casos en que haya un propósito serio de encuentro*". GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "Online child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 29. orr.

azken batean tipo honetan zigortzen dena izaeraz prestamen ekintzak direla eta, beraz, esku-hartze penalaren aurreratze baten aurrean gaudela. Hau da, beste hitz batzuetan, elkartzeko proposamen serioak zigortzea du xede, elkarketa horretara bideratutako ekintza materialak galdatzean babesturiko ondasun juridikoari lesioa eragiteko aukera handiagoa baita, hainbat epaietan hori oinarritzat hartuz delitua arrisku konkretukoa dela ulertzeko.

Halaber, ondasun juridikoarentzat arriskutsuak ez ziren proposamen horiek baztertu nahian, legegileak tipoaren aplikagarritasuna zaildu duen formula alfer eta zehaztugabe bat erabili du, kritika askoren iturri izan dena. Izan ere, "gerturatzerazuzendutako ekintza materialak" zer diren batere zehazten ez duen *numerus apertus* baten aurrean aurkitzen gara, zeinak bide eman duen zalantza askotara.

Horrela, erabat zehaztugabea izateagatik kasuistika luze bat barnebildu dezakeen prezeptu honen aurrean, doktrinan modu orokorrean onartu da tipoaren interpretazio murrizkor bat egiteko beharra, horretarako gerturatzerazuzendutako ekintza materialek mundu birtualetik haratago joanda mundu presentzial edo fisikora hedatzen diren portaerak galdatzen dituztela ulertuta.

Hori kontutan hartuta, eta betiere ekintza horiek beste delitu jakinen (183 edo 189. artikulukoak) exekuzioaren hasiera suposatu behar ez dutela jakinda (izan ere, ekintza material horiek gerturatzerazuzendutako dira, hau da, adingabearekin elkartzera lortzera, eta ez zuzenean delitu horietako bat burutzera)⁸⁶, VILLACAMPA ESTIARTE⁸⁷ eta MENDOZA CALDERÓN⁸⁸ autoreak esamoldea argitu eta zehazten saiatzen dira, hainbat egoera planteatuz, hala nola: egilea adostutako elkarketa lekura agertzea, edota adingabearekin elkarketa lekura agertu ahal izateko dirua edo joan-etorriko txartelak bidaltzea, baita txartelen erosketa bera ere, bidaia gauzatzea...

Beraz, ikusi dugunez, ekintza material horiek, azken finean, adingabearekin *elkartzera* bideratzen dira, baina hori ez da, ordea, tipoak jasotzen duena, horrek

⁸⁶ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 30. orr.

⁸⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 177. orr.

⁸⁸ MENDOZA CALDERÓN, S. (2014), "El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 160. orr.

gerturatza zuzendutako ekintza materialez baitihardu. Hori dela eta, beste behin legegileak erabilitako formula harrizkoa da, jada zehaztugabea suertatzen den terminoari nahasmendurako leku gehiago ematen baitio (ekintza horiek fisikoak izan behar duten edota teknologikoak ere izan daitezkeen interpretatzerakoan), nazioarteko ereduari jarraitu beharrean. Izan ere, Lanzaroteko Itunean nahiz 2011/93/UE zuzentarauan "meeting", hots, "elkartzea" esapidea erabiltzen da, ez "gerturatzea" legegile espainiarrak egin bezala, zeina aukera izanda ere ez zen aldatua izan 2015eko erreformarekin.

Behin hori esanda, aipatu behar da, hala ere, elementu tipiko honen beharrezkotasunari begira, badagoela errealitatean joera bat erabat kritikagarria eta hainbat epaietan aurki dezakeguna, non *gerturatza* zuzendutako ekintza materialen "espiritualizazio" bat ematen den, ulertuz azken galdapen hau gainerako elementu tipikoengatik ordeztua izan daitekeela⁸⁹.

6.2. Tipo subjektiboa: karga berezia.

a) Dolozko delitua.

Hasteko, dolozko delitu bat da, hots, subjektu aktiboak portaera tipikoa burutzeko nahia izan behar du, zeina frogatua izan beharko den 183 ter artikuluko zigorra aplikatu ahal izateko. Ildo horretan, ezinbesteko da doloak adingabearen adinaren ezagutza barnebiltzea, izan ere, *groomerak* subjektu pasiboaren adina ezagutu ezean ezingo litzateke delitua aplikatu, tipo errorea gaindiezina zein gaindigarria izanda ere delitu honetarako zuhurtziagabekeriako tiporik ez baita berariaz zigortzen, ZKko 12. artikulua agindu bezala.

Horrela, tipoaren aplikazio kaskarrerako beste arrazoi bat aurkitzen dugu hemen, batez ere subjektu pasiboen adina 16 urtera igo aurreko egoerari dagokionean. Izan ere, jakina denez, sare sozialetan ohikoa da adinaren inguruan gezurra esatea, batez ere 14 urtetik behera dituztenei begira, sareetan izena emateko gutxieneko adin hori behar baitute. Baina, gezurra esan gabe ere, hainbat kasutan ez da izaten adingabearen

⁸⁹ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 31. orr.

benetako adina ezagutzeko aukera objektiborik⁹⁰. Horregatik, zaila da zehaztea ea subjektu aktiboak adingabearen adina ezagutzen ote zuen, adingabeak berak hori jakinarazi zionaren frogarik ez badago, konponbidea, oraindik ere, erabat zigortzea edo ez zigortzea izanik, erdibidekorik gabe.

Bada, horri lotuta, epaitegi eta auzitegiak horretan ados jartzen ez direla ere esan liteke. Izan ere, Valentziako Entzutegi Probintzialak⁹¹ absoluzioaren alde erabaki zuen kasu batean, non, adingabeak 12 urte izanda, sare sozialean erregistratu ahal izateko gutxienez 14 urte zituela adierazi zuen, ondoren haurdunaldi ektopiko bat eragin zioten sexu harremanak izanez akusatuarekin. Aitzitik, Ourenseko Adingabeen Epaitegiak⁹² akusatua kondenatu egin zuen nahiz eta adingabeak sare sozialean 14 urte zituela esan, ulertuz azken honek behin baino gehiagotan eman ziola ezezkoa akusatuak gelditzeko proposamenak luzatzean, bere adina jakinaraziz.

b) 183. eta 189. artikuluetako delituak burutzeko xedea

Aurreratu bezala, tipo subjektiboa ez da doloarekin, hots, portaera hori burutzeko nahiarekin amaitzen, baizik eta haratago doa. Hala, doloaz gain, subjektu aktiboa tipoak zehazturiko artikuluetako delituak burutzera motibatua egotea galdatzen da, hau da, hamasei urtetik beherako adingabearen aurkako sexu-abusu edo eraso (183. art) gauzatzeko eta/edo helburu exhibizionista edo pornografikoetarako adingabeak erabiltzeko (189. art) asmoa izatea. Eta, horrek, hain zuzen, hainbat autoreren ustetan tipoari "delito mutilado de dos actos" egitura aitortzen dio⁹³.

Era berean, honek agerian uzten du tipo honek aurkezten duen egitura inkongruentea, galdapen tipikoak dimentsio subjektiboari dagozkionean altuagoak baitira parte objektiboari dagozkionak baino, gehiegikeria subjektibo bat gertatuz⁹⁴.

⁹⁰ GALLEGO SOLER, J.I. (2011), CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. , "Derecho Penal. Parte Especial" liburuan, *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 240. orr.

⁹¹ EPE Valentzia, 2013.10.24 (722/2013).

⁹² Ourenseko Adingabeen Epaitegiko epaia, 2013.05.13 (171/2012).

⁹³ "Constituye un elemento subjetivo del injusto que excede del contenido propio del dolo confiere al tipo la estructura propia de un delito mutilado de dos actos". TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), "Criminalización del acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 9. edizioa, Iruña, 354 eta 355. orr.

⁹⁴ Aurreko zenbakian zitatua.

Azken honek, autore askok bazterturiko eta guk aurretik azpimarratutako izaera juridikoa baieztatzeko balio digu, elementu finalistiko honen galdapenak hartzen duen garrantziak agerian uzten duen heinean tipoaren sexu-delituen prestamen ekintza izaera. Izan ere, ez baita zigortzen *groominga* bera, baizik eta sexu-delitu bat gauzatzeko xedearekin gauzatzea. Honela dio RAMOS VÁZQUEZek: "*Esto es completamente esencial a esta conducta delictiva: al igual que sucede en el Derecho comparado, el grooming no es en sí mismo delictivo, sino que lo es en cuanto que acto preparatorio, de suerte que, como señala la doctrina anglosajona, el grooming se castiga en cuanto que "predelito"*"⁹⁵.

Bestalde, esan dugu intentzionalitate espezifikoko hori subjektu aktiboari 183. eta 189. artikuluko delituak burutzeko galdatzen zaiola. Bada, *delitos-fin* hauetaranzko igorpenak kritikak piztuarazi zituen doktrinan hainbat arrazoi direla medio. Batetik, motz geratu zelako, ez delarik ulergarri zergatik uzten diren kanpo, oraindik ere, adingabeen prostituzioari lotutako portaerak (187. eta 188. art.ak). Bestetik, batez ere, gehiegizko portaeren zabaltasunagatik, egungo 183 ter artikulua soilik bi artikuluko horiei erreferentzia egiten badie ere, hasiera batean 183 bis artikulua askoz portaera gehiago barnebiltzen baitzituen, 189.artikulukoak nahiko zabalak izateaz gain 178. artikulutik 183.ra bitarteko portaera guztiak ere bilduz, horietatik asko, gainera, subjektu pasibotzat zehazki adingabeak ez dituzten delituak izanik. Hala, doktrinak interpretazio murrizkor baten beharra nabarmendu zuen⁹⁶, tipoak intentzionalitate hori adingabeen sexu-abusu zein -eraso eta horien exhibiziorako zein pornografiarako erabilpenaren kasuan soilik galdatzen zuela ulertuaz, nazioarteko araudian jasotako helburuen mugapenarekin bateragarritasun bila.

Zer gertatzen da, baina, xede horrek xede izateari utzi eta subjektu aktiboa delitu jakin horien exekuziorako ekintzen eremuan barneratzen denean? Horri erantzuna ematearren, ondorengo puntuan 183 ter artikuluko zigorrak eta hori beste delituekin batera ematen denerako tipoak aurreikusten duen klausula konkurtsala aztertuko ditugu.

⁹⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 13. orr.

⁹⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M. (2010), "Acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "La reforma penal de 2010: análisis y comentarios" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 172. orr.

7. Aurreikusitako zigorrak eta klausula konkurtsala

7.1. Zigorrak: espetxea edo isuna.

183 ter 1 artikulua aurreko 183 bis artikuluko zigorra mantendu du, hau da, urtebete eta hiru urte arteko espetxe zigorra edota hamabi eta hogeita lau hilabete bitarteko multa aurreikusten ditu. Bada, hemen aipagarri da, beste behin, legegile espainiarrak nazioarteko mandatuek ezarritakotik izandako aldentzea, hain zuzen ere marko penal hori ez baitator bat 2011/92/UE zuzentarauak bere 6. artikuluan jasotako galdapenekin, non gutxienez urtebeteko espetxe zigorra ezartzeko agindua jasotzen den, baina diruzko zigor batekin ordezkaturia izateko aukera aurreikusi gabe.

7.2. Konkurtso klausula: delitu pilaketa erreala.

Jarraian, tipoak zigor horiek *"sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos"* ezarriko direla aurreikusten duen klausula konkurtsal bat jasotzen du. Hala, eztabaida doktrinala pizten da, hain zuzen, legegileak espreski baztertzen duelako lege pilaketa (8. art), horren beharrez delitu pilaketa errearen alde eginaz⁹⁷. Beraz, adingabearekin elkarketa gertatuko balitz eta horri jarraiki subjektu aktiboak 183. edo 189. artikuluan aurreikusirik delituen bat burutuko balu, bi delituetako zigorrak litzaizkioke aplikagarri.

a) Doktrina aurka: lege pilaketaren erregelen urraketa. Gehiengoa konsuntzioaren alde.

Aurreratu bezala, klausula honek doktrinan ez du harrera onik jaso. Hartara, bi ondasun juridiko (sexu-ukigabetasuna batetik eta haurtzaroaren segurtasuna bestetik) ukitzen dituen delitu pluriofensibo baten aurrean gaudela defendatzen duten autoreek arrisku delitua eta lesio delitua biak batera zigortzea bateragarri dela sostengatzen badute ere⁹⁸, pilaketa erreal hori gogor kritikatu du doktrinaren zati handi batek, *non bis*

⁹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 14. orr.

⁹⁸ "Esta solución legislativa es plenamente coherente con nuestra identificación del bien jurídico protegido a través de este tipo penal con la (...) seguridad de la infancia en el uso de las TIC. No así si el único bien jurídico protegido fuera la indemnidad sexual del concreto menor, en cuyo caso lo procedente hubiese sido, como ya hemos apuntado, apreciar un concurso aparente de leyes penales". GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de

in idem printzipioa zein lege pilaketaren erregela batzuk (8.3 edo 8.4 artikulukoak, autorearen arabera) urratzen dituela ulertuz⁹⁹. Izan ere, ezin baita ahaztu 183 ter 1. artikuluan zigortzen dena sexu-delitu horietako bat burutzeko asmotan gauzaturiko prestamen ekintzak direla, hots, progresio deliktibo baten baitan ematen dira bi delituak, eta beraz, biak zigortuz gero, sexu-ukigabetasunaren ondasun juridikoa lesionatzen duen sexu-delitua eta hori bera arriskuan jartzen duen prestamen ekintza zigortzen arituko ginateke. Ondorioz, doktrinaren zati batentzat aproposena konsuntzioaren printzipioari men egitea litzateke (8.3. art), zeinaren arabera *grooming*a, prestamen ekintza den lez, absorbitua geratuko litzatekeen sexu-delituagatik¹⁰⁰.

Ni neu iritzi horretakoa naiz, delitu pilaketa erreala aplikatzea guztiz desproporzionala eta *non bis in idem* printzipioarekin bateraezina¹⁰¹ izateaz gain, erabat zentzugabea baita arrisku delitua zigortzea ondoren lesio delitua burutzen bada¹⁰². Hau da, NÚÑEZ FERNÁNDEZek¹⁰³ dioen moduan, "*no se puede ignorar que en los supuestos de progresión delictiva las fases posteriores absorben a las fases anteriores del iter criminis: el delito consumado consume a la tentativa y a los actos preparatorios en caso de que éstos hubieran sido cometidos y del mismo modo la tentativa consume a los actos preparatorios punibles*".

acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 254. orr. Era berean, 2016ko maiatzaren 25eko ponentzian, DOLZ LAGO, M.J., "Análisis de las novedades introducidas por la LO 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", 44.orr, (www.fiscal.es).

⁹⁹ "Sería cuestionable que siga manteniendo su autonomía punitiva si finalmente se llega a cometer el delito que se pretendía realizar con el menor a partir del contacto". MUÑOZ CONDE, F. (2015), "Derecho Penal. Parte Especial", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 20. edizioa, 209. orr.

¹⁰⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), "Criminalización del acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 9. edizioa, Iruña, 354. orr.;

¹⁰¹ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 207-242. orr.

¹⁰² AGE 2015.12.10 (864/2015).

¹⁰³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea»*, 205. orr.

Badira, ordea, iritzi horrez gain, oinarri berak partekatuz alternatiba printzipioa (8.4. art) aplikatzearen alde egiten duten autoreak ere¹⁰⁴, 183 ter 1 artikulua prestamen ekintzak beharrean sexu-delitu jakinen saiakera zigortzen duela ulertzeagatik. Hori sostengatzeko arrazoia, hain zuzen, zigorretatik ondorioztatzen den proportzionaltasun faltan kokatzen da, izan ere, prestamen ekintzari 16 urtetik beherako adingabeen sexu-abusu delituaren saiakerari baino zigor altuagoa legokioke, are gehiago tipo kualifikatua aplikatuz gero, eta beraz, proportzioskotasun eza gaituztearren 183 ter 1 artikulua sexu-delitu jakin horien saiakera zigortzen duela ulertzen dute, ondorioz alternatiba printzipioaren alde eginaz, hots, arazo baterako bi konponbide daudela ulertuz. Niri dagokidanean, aldiz, postura honen zergatia ulertzen badut ere, ez dut partekatzen, 183 ter 1 artikulua jasotzen duen portaera saiakeratik urrun ikusten baitut, eta beraz, esan bezala, kontsuntzioaren erregelaren alde ageri naiz, *iter criminis* edo prozesu deliktibo baten baitan ondasun juridikoa lesionatzen duen delituak aurretik hura arriskuan jartzen zuten prestamen ekintzak absorbitzen dituela ulertuz; edota, hori posible ez balitz, alternatiba printzipioa baino lehen subsidiaritate printzipioaren alde egingo nuke, 8.2 artikuluan arautua, tazituki ondorioztatzen dela ulertuz, noski.

Azken horren alde ageri da, esaterako, VILLACAMPA ESTIARTE, 183 ter 1 artikuluko portaera *delito-fin* batekin batera burutzearen kasuan egitateek azken horren kalifikazioa jaso beharko luketela sostengatuz. Arrazoia? Autore honek ulertzen du 183 ter 1 artikulutik tazituki ondoriozta daitekeela prezeptuak ez duela aplikatua izateko pretesioa "*cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico*"¹⁰⁵.

Ikusi dugu, beraz, delitu pilaketa erreala ez duela doktrinan batere harrera onik izan, gutxi batzuk kenduta gehiengoak prozesu deliktibo beraren parte diren prestamen ekintzak eta horren osteko lesio-delitua bananduta zigortzea desproporzionala eta *non bis in idem* printzipioaren aurkako dela uste baitu, IKTen erabilpena nahikoa ez izanik bi horien arteko ezberdintasuna justifikatzeko. Hori dela eta, klausula horren egokitasun eta beharrezkotasuna zalantzan jarri dira, hainbat autorek *online child grooming*

¹⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) (zuzendaria), "Comentarios al Código Penal" liburuan, *Lex Nova*, Valladolid, 731. orr.

¹⁰⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 178. orr.

delituaren autonomia punitiboaren salbaguearako aurreikusi dela nabarmendu dutelarik, ulertuz litekeena dela horren ezean *grooming* delituaren aplikazioa kili-kolo egotea azkenean *delito-fin* horietako bat burutzen bada¹⁰⁶. Hala, nire ustetan, delituaren autonomia punitiboa mantentzeko klausula hau jaso behar izateak zer pentsarazi eman beharko lioke legegileari, ezin salbuetsi edo oztopatu ditzakeelarik, besterik gabe, lege pilaketaren erregela orokorrak. Bada, horregatik, hain zuzen, aurretik aipatutako autoreek "clausula distorsionadora"¹⁰⁷ baten aurrean gaudela adierazi dute.

b) Jurisprudentiaren harrera: adostasunik eza.

Aipaturiko planteamendu guzti horiek oraindino *lege ferenda* kontsideratu behar badira ere, ez daude errealitatearengandik urrun, jurisprudenzia bera ere banandua baitago eztabaida honetan. Hala, batzuetan artikuluan jasotakoari jarraiki delitu pilaketa erreala aplikatzen badute ere¹⁰⁸, beste askotan horrekiko mesfidantza agertu eta lege-pilaketaren alde eta zehazki konsuntzioaren erregelaren alde egin izan da, *grooming* delitua absorbitua geratzen dela ulertuz.

Horrela, Auzitegi Gorenak 2015eko otsailaren 24ko epaian¹⁰⁹ aurreko 183 bis artikuluko klausulak delitu pilaketa erreal bat (73. art) aurreikusten zuela onartu arren, 2015eko abenduaren 10ean emandako epaian Ministerio Fiskalak eta defentsak delitu pilaketa erreala aplikatzeko eskatuz tarteraturiko kasazio helegiteak desestimatu eta progresio deliktibo baten existentzia onartzen da, ondorenez kondena lege-pilaketa aplikatuta ezartzen delarik.¹¹⁰

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, F. (2010), "Derecho Penal. Parte Especial", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 18. edizioa, 241. orr.

¹⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) (zuzendaria), "Comentarios al Código Penal" liburuan, *Lex Nova*, Valladolid, 731. orr.; VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 180. orr.

¹⁰⁸ EPE Albacete, 2015.09.22 (221/2015).

¹⁰⁹ AGE, 2015.02.24 (97/2015).

¹¹⁰ "Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis **absorben** a éste. El delito del art. 183 bis (egungo 183 ter 1) es un **delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de *progresión delictiva***". AGE 2015.12.10 (864/2015), lehen OJ.

Ildo beretik, konponbide horixe jarraitzen dute, baita ere, Sevillako¹¹¹ eta Bartzelonako¹¹² entzutegi probintziales, progresio deliktibo baten existentzia aitortuta 183 ter 1 artikuluko portaeraren absortzioaren alde eginaz, *non bis in idem* printzipioa ez urratzearen, delitu pilaketa errealak egingo lukeen moduan.

c) Konkurtso klausula noiz aplikatu: hainbat biktima.

Esandako guztiak ez du suposatzen legegileak txertaturiko klausula aplikagarri izango ez denik, baizik eta, GÓRRIZ ROYOK¹¹³ dioen bezala, aurretik aipatutakoez besteko kasuen gain proiektatu behar da, alegia, ondasun juridiko ezberdinak urratzen direnean. Bada, hori gertatuko da, hain zuzen, *grooming*a sexu-ukigabetasuna ez den beste ondasun juridiko bat babesten duen delitu batekin ematen denean, edota, VILLACAMPA ESTIARTEk jarritako adibideari begira, subjektu aktiboak hainbat gazterekin kontaktatu baina sexu-delitua bakarrarekin burutzen duenean¹¹⁴. Hau da, autore honek nabarmentzen duen lez, ohikoa izaten da *online child grooming* kasuetan subjektu aktiboak email edo mezu generiko bera hainbat adingabeei bidaltzea eta horrekin batera elkartzeko proposamenak zein gerturatzerara bideratutako ekintza materialak gauzatzea, baina *delito-fin* deritzona soilik adingabe batekin lortuz. Horrela, burututako sexu-delitu horrek adingabe horrekiko gauzaturiko *grooming* delitua absorbitzen badu ere, gainerako adingabeen sexu-ukigabetasuna arriskuan jarri izanagatik justifikagarri litzateke delitu pilaketa errealak aplikatzea.

Horri lotuta, ordea, ez dut uste legegileak kasu horietan pilaketa errealak aplikatzeko aukera dagoela gogorarazi beharra duenik, eta beraz, *non bis in idem*

¹¹¹ "Consideramos que los contactos previos mantenidos por el acusado con la menor, por internet, interesándole encuentros personales para mantener relaciones sexuales, y los actos de tocamientos de contenido sexual [...] se trata de una modalidad de **progresión delictiva**, que **infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor**". EPE Sevilla, 2013.10.03 (465/2013), bigarren OJ *in fine*.

¹¹² "Castigar el acto preparatorio tipificado en el artículo 183 bis y además el delito en grado de tentativa del abuso sexual o de la prostitución **sería infringir notoriamente el non bis in idem**". EPE Bartzelona, 2015.12.22 (1055/2014), lehen OJ *in fine*.

¹¹³ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 36. orr.

¹¹⁴ "cuando nos hallemos frente a **víctimas múltiples**; esto es, cuando varios han sido los menores a los que se ha contactado y propuesto, pero **sólo uno** o algunos de ellos han sido finalmente **abusados**". VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 180. orr.

bezalako printzipio baten aurka joan daitezkeen interpretazioak saihestearren, konkurtso klausula horrek, nire ustez, desagertu egin beharko luke.

7.3. Tipo kalifikatua: derrigortze, larderi edo engainua.

Behin hori guztia ezagututa, eta klausula konkurtsalaren eztabaida atzean utziz, prezeptuak planteatzen duen beste problematika bati eutsiko diegu: **tipo kualifikatua**. Bai, hala da, artikularen bukaeran zigorra goiko erdialdean ezartzeko agindua aurreikusi zuen legegileak jada 183 bis artikuluan eta horixe bera mantendu du egungo 183 ter artikuluan ere, portaera derrigortze, larderi edo engainu bidez burutzen denerako.

Eta, hori da, hain zuzen, eztabaidaren koska. Izan ere, Europar Kontseiluak aditzera eman zuen lez, nazioarte mailan portaera hauen krimen-egozketa planteatu izanaren arrazoi nagusietako bat, preseski, Sareak biktimak engainatzeko eskaintzen duen erraztasuna izan zen, sarritan subjektu aktiboa beste pertsona batez pasatzen delarik¹¹⁵, eta beraz, *online child groomingaren modus operandia* horixe bera dela aintzat hartuta, autore askok tipo kualifikatuak oinarritzko tipoaren edukia husteko dakarren arriskua salatu dute¹¹⁶.

Esan beharra dago, gainera, tipo kualifikatu hau ez dela ez Lanzaroteko Itunean eta ez 2011/93/UE zuzentarauan aurreikusten eta alderdi popularrak hasiera batean luzaturiko proposamenean ere ez zela jasotzen, baizik eta justu kontrakoa, bide komisibo horiek oinarritzko tipoan barnebiltzen ziren. Hala, hori egokiena zela esan liteke, legegileak azkeneko bertsioan aukeratutako bideak oinarritzko tipoa husteko arriskua ekartzeaz gain, interpretazio arazoetara ere baikaramatza.

Ildo horretan, ezin dugu ahaztu "derrigortzeak" kontaktu fisiko bat galdatzen duela, hots, *vis fisica* bat, aldiz *grooming* delitua burutzeko ez da beharrezko azkenean elkarketa hori gertatzea. Hori batetik, eta bestetik, hainbat autorek nabarmentzen dute egitura hori subjektu aktiboen onurarako izatea ere gerta litekeela, izan ere, horrelako

¹¹⁵ "It (groomingari aipu eginaz) may involve the befriending of a child, often through the adult pretending to be another young person (...)". "Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse" (2007), *COUNCIL OF EUROPE Treaty Series - No. 201*, Lanzarote, 23. orr.

¹¹⁶ GÓRRIZ ROYO, E. (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com), 40. orr.

aipamenik jasoko ez balitz posible litzateke oinarrizko tipoa mehatxu edo hertsatze delituekin konkurtsoan aplikatzea¹¹⁷. Halaber, nik ez dut azken planteamendu honen alde egiten, *non bis in idem* printzipioa urratuko litzatekeela uste baitut, eta beraz, tipo kualifikatuak interpretazio arazoak sortzen dituela ulertzea mugatzen naiz.

Ondorioz, esan liteke tipo kualifikatu honen desegokitasuna nabarmentzen duten autoreen iritzia partekatzen dudala nik ere, aurretik esan bezala engainua edo hertsapena erabiltzea portaeraren *modus operandi*aren baitan baitago, bai subjektu aktiboak bere pertsonaren inguruan gezurra esaten duelako adingabearekin kontaktatu ahal izateko, bai adingabeak bidalitako argazki edo informazio konprometitua erabiltzen duelako azken horrek elkartzeko proposamenari baietz esan diezaion. Gainera, derrigortze eta hertsatzearekin ere interpretazio problematikak planteatzen direla ikusi dugu. Horregatik, hain zuzen, medio komisibo horiek oinarrizko tipoa jaso beharko liratekeela aburu dut.

7.4. Zaintzapeko askatasuna

Atal honi amaiera emateko, esan beharra dago aipatutako zigorraz gain 192.1 artikuluko zaintzapeko askatasunaren segurtasun neurria ere aplikagarri izango zaiola subjektu aktiboari, 2010eko erreformaren ondorioz.

8. 183 ter bigarren atalari aipamena: lehenengo atalarekin solapamendua?

183 ter artikuluko bigarren atala erabat berria da, "de nueva factura" esaten dena, hau da, 2015eko erreformarekin barneratu zen ZKan, 2011/93/UE Zuzentarauko 6.2. artikuluan adierazitakoa betetzearren. Horretan, aurreko atalean aipatutako bide teknologikoak erabiliz hamasei urtetik beherako adingabe batekin kontaktatu eta, material pornografikoa erraztu edo adingabe bat agertzen edo ordezkutzen den irudi pornografikoak erakutsi diezazkion, hura enbukatzerazuzenduriko ekintzak burutzea zigortzen da, sei hilabete eta bi urte arteko espetxe zigorrarekin.

¹¹⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 251. orr.

Aitzitik, legegile espainiarrak nazioarteko mandatua betetzeko helburua bazuen ere, hark bigarren atal honi emandako erredakzioa oso kritikatu izan da, besteak beste, Zuzentarauak adierazitakotik haratago joan dela ulertzeagatik eta bi ataleko zigorren arteko ezberdintasun arrazoitugabea dela bide. Gainera, lehenengo atalarekin gertatzen den solapamendua erabakigarria izan da bigarren atal berri honen beharrezkotasuna zalantzan jartzen duen eztabaida pizteko. Behin hori esanda, beraz, has gaitezen arazo horiek aztertzen.

Lehenik eta behin, tipoaren erredakzioari begira, ohartzen gara legegile espainiarrak erabilitako hitza "embaucar" dela, hots, lanean zehar azaldu bezala, horrek engainua edo iruzurra dakar berarekin¹¹⁸, aldiz 183 ter artikuluko lehenengo paragrafoan ikusten genuen hori ez dela oinarrizko tipoan jasotzen, baizik eta tipo kualifikatu gisa. Gertatzen dena da, ordea, Zuzentarauak ez duela 6.1 edo 6.2 artikuluetarako tratamendu ezberdina erabiltzen, bietan "soliciting" hitza aipatzen baita, eta beraz, ez da ulergarri zergatik egin duen bereizketa hau legegile espainiarrak, ezta zergatik erabiltzen duen itzulketa hori ere.

Era berean, deigarria da legegileak bi ataletarako aurreikusten duen zigorren arteko ezberdintasuna. Izan ere, lehenengo atalean espetxe zigor altuagoa baina isunarekin aldizkako dena aurreikusten den bitartean, bigarren atalean espetxe zigorra soilik aurreikusten da. Halaber, ezberdintasun hori ez da inolaz ere Zuzentaruari jasotzen, hark soilik portaera hauen aurrean neurriak hartzeko adierazten baitu, eta hain zuzen horregatik kritikatu da diferentzia hori, ulertuz araudi europarrean ezarritako obligazioez haratago joan dela legegile espainiarra¹¹⁹.

Horrez gain, tipo berria barneratzeko erabilitako forma aztertzerantz sartuz, egia da 2011/93/UE Zuzentarauak haurren pornografiari lotutako portaeren aurrean barrera penalen aurreratzea planteatzen zuela, baina betiere hura ulertuta, VILLACAMPA ESTIARTEK¹²⁰ nabarmendu bezala, "*al margen de la producción*". Halaber, 183 ter artikuluko bigarren atal honek ez ditu barrera horiek aurreratzen soilik adingabeek material hori beren kasa ekoizten dutenerako, baizik eta tipoaren aplikazioa erabat

¹¹⁸ DRAEren arabera, zera esan nahi du: "*Engañar o alucinar, prevaliéndose de la inesperienza o candor del engañado*", 23. edizioa, 2014.

¹¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 192. orr.

¹²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), 193. orr.

zabaltzen du, nazioarteko mandatutik haratago. Izan ere, adingabea engainatzera zuzendutako ekintzak tartean egoteaz gain, tipoan "material pornográfico" aipatzen da, hots, horrek haurren pornografia izan behar duenik ere ez du zehazten, eta gainera, horretan "adingabe batek" agertu behar duela esaten da, hau da, material horrek ez du zertan adingabe jakin horren inguruan izan, honenbestez, adingabe jakin horren sexu-ukigabetasuna ere ez litzateke erasotuko.

Horrela, beraz, erredakzio egokia ez ezik, tipoa bera jasotzeko beharrezkotasuna ere eztabaidagarria da. Izan ere, legegile espainiarra nazioarteko mandatutik haratago joan eta "embaucamiento" hitza erabiltzean, 189. artikuluan tipifikatutako haur pornografiaren ekoizpen delituaren eremuan sartzen da. Hau da, norbaitek (honetan ere subjektu aktiboa finkatzeko aurreko ataleko formula bera erabiltzen baita, Zuzentarauan aipatu bezala adin nagusikoa izan behar duela zehaztu beharrean, eta beraz, adingabe bat ere subjektu aktibo izan liteke, kasu honetarako 183 quater artikulua aplikagarri izan gabe) adingabea engainatzen badu bera agertzen den irudi sexualak bidaltzeko, eta hain zuzen engainu horrek funtzionatu eta adingabeak irudiak bidaltzen badizkio, egitate horiek material pornografikoa ekoizteko adingabeen erabilpena ("captar") zigortzen duen tipoan (189.1.a art) subsumitu ahalko lirateke, 183 ter 2 artikulua beharrik izan gabe Zuzentarauko 6.2 artikuluko galdapenak betetzeko¹²¹.

Ildo horretan, BJKOak¹²² berak, 183 ter artikuluko bigarren atala 189. artikulua prestamen ekintza dela adierazi du. Eta, horrek, hain zuzen, galdera bat sortarazten dit, hots, zein ote da arrazoa legegileak lehenengo atalean araututako prestamen ekintzaren aplikazioa klausula konkurtsal bidez segurtatu nahi izateko, eta aldiz bigarren atal honetan ez. Izan ere, horrelakorik ez dagoenez, subjektu aktiboak material pornografikoa lortuz gero, 183 ter artikuluko bigarren atala 189. artikulua absorbitua geratzen da. Eta, subjektu aktiboak materiala lortuko ez balu ere, hura eskatu izanari 189. artikulua saiakera moduan aplikatu ahalko litzaioke¹²³, 2015ean tipo berri

¹²¹ "Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal" (2013.01.08), *Fiscalía General del Estado*, Madril, 156. orr.

¹²² "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal" (2013.01.16), *Botere Judizialaren Kontseilu Orokorra*, Madril, 175. eta 176. orr.

¹²³ VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 199. orr.

hau sartu aurretik Granadako Entzutegi Probintzialak¹²⁴ egin bezala, horrek agerian utziz atal honen beharrezkotasun eza.

Bestetik, tipo berri honek 189. artikulua prestamen ekintza zigortzen duela ulertuz gero, 183 ter lehenengo atalarekin talka egingo luke, hots, solapamendua gertatuko litzateke, azken horretan *delitos-fin* deritzenen artean kokatzen baitira 189. artikuluko portaerak. Hori dela eta, hainbat izan dira 183 ter artikuluko bi atalak nahikoa ezberdintzen ez direla defendatu duten autoreak¹²⁵.

9. Beharrezkotasunaren inguruko balorazioa: Granadako EPE, 2009.05.25 (283/2009).

Ezinbestekoa da, lan honen objektua osatzeko, 183 bis artikulua (egungo 183 ter) indarrean sartu aurretik Granadako Entzutegi Probintzialak emaniko epai hau aztertzea. Izan ere, honek berebiziko garrantzia du tipoaren beharrezkotasuna baloratzeko unean, egun 183 ter artikuluan barneratuko liratekeen portaerei haren aurretik jada existitzen ziren delituen bitartez eman baitzitzaien erantzuna.

Horrela, epaian, akusatua 189.1 a) artikuluko bost deliturengatik kondenatzen zen, 189.3 artikuluaekin harremanetan, hamahiru urtetik beherako adingabeekin, adin antzeko neska baten plantak eginaz, IKTen bitartez (Messenger sare soziala) kontaktuan jarri eta izaera sexualeko eskaerak egiteagatik, horien truke opari ezberdinak eskainiz. Bost delitu horietatik, hiru burutuak ziren, hiru adingabeek akusatuaren eskaerei erantzunaz *web cam* aurrean masturbatu edo biluztera heldu baitziren, eta beste biak, aldiz, saiakera graduan ezarri zitzaizkion, adingabeek eskaerei jaramon egin ez zien kasuei dagokienean.

Dena den, horiez gain, beste bi adingabe taldeekin topatzen gara egitateetan. Lehenengoan, adingabe bat, zeinari akusatuak hainbatetan *web cam* aurrean jantzita agertzeko eskatzen dion, baina inoiz ere izaera sexualeko jarrera bat galdu gabe, besteekin gertatzen zen bezala. Eta, beste talde bat, akusatuak kontaktatzea lorturiko adingabeek osatua, baina kontaktu hura luzatu eta izaera sexualeko eskaerarik egin izan

¹²⁴ EPE Granada, 2009.05.25 (283/2009).

¹²⁵ Besteak beste, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-06, 17. orr.

gabe. Bada, ikusi dugunez, portaera hauek ez zuten zigorrik jaso, horrek aurretik lanean esandakoa baieztatzeko balio digularik, hots, zigortzen dena ez da *groominga* bera, baizik eta hura sexu izaerako beste delitu bat burutzeko asmotan aurrera eramatea. Horregatik, intentzionalitate hori frogatzea ezinezko denean, *in dubio pro reo* printzipioak absoluzioa agintzen du.

Behin hori esanda, sar gaitezen guretzat garrantzia gehien duen atala aztertzeraz, hau da, oinarri juridikoak. Izan ere, horietan, gaur egun 183 ter artikuluan barneratuko liratekeen portaerak 2010eko erreformaren aurretik tipifikatuta zeuden delituetan ahokatzeko emandako arrazoiketa aurkitzen da.

Ildo horretan, akusatuaren eskabideak onartu eta kameraren aurrean biluzik agertu ziren adingabeen taldeari dagokionean, Auzitegiak portaera 189.1. a) artikuluan aurreikusitako adingabeen korrupzio delitu moduan ulertu zuen, exhibizionismo modalitatean. Izan ere, Auzitegi Gorenak 2000. urteko urriaren 24ko epaian¹²⁶ adierazitakoari jarraiki, prezeptuak bi modalitate ditu, batetik, adingabe edo ezgai baten erabilera helburu exhibizionistetarako (edo pornografikoetarako), zeina bateragarri den esparru pribatuan garatzearekin, hots, exhibizioa ulertuta soilik subjektu aktiboarentzat, kasu horretan burutzea aldiberekoa izanik. Eta, bestetik, aurrekoen erabilera ikuskizun exhibizionista edo pornografikoetara bideratzen denean ematen dena, zeina emaitzazkoa den. Horrela, Auzitegiarentzat ez dago zalantzarik Ángel, Jesús eta Alexander gazteek, akusatuaren eskariz *web cam* aurrean egindakoa, sexu-izaerako ukitze-ekintzak zirela, hauren pornografia barruan sartzen direnak, eta beraz, akusatuaren portaera 189.1. a) artikuluko tipoa ahokatu zitekeela, subjektu pasiboak hamahiru urtetik beherako adingabeak izateagatik 189.3 artikuluekin harremanetan.

Era berean, akusatuaren eskaerei ezezkoa adierazi zieten biktimen kasuan, Auzitegiak beste behin adingabeen korrupzio delitu moduan zigortu zuen akusatua, baina oraingoan saiakera graduan, nahiz eta jarduera hutseko delitu bat izan eta ez emaitzazkoa. Izan ere, adingabeei euren sexu-organoak erakutsi eta masturbatzeko eskaera luzatzean, pertsonalitatearen garapen askearen aurka doan izaera sexualeko jarrera batean parte hartarazten zaio adingabeari, 189.3 artikuluan tipifikatua.

¹²⁶ AGE 2000.10.24 (1632/2000), 3. OJ.

Ondorioz, esandako guztiagatik, nire ustetan epai honek argi uzten du bideragarri eta posible dela, tipo berri bat sortu beharrik izan gabe, 183 ter artikuluko egitateak haren aurretik aurreikusita zeuden delituetan ahokatzea, eta noski, horien bitartez fenomeno honi erantzuna ematea.

Horregatik, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ-en iritzia partekatuz, *"este nuevo delito no debería incluirse en el CP pues las conductas que con él se pretenden evitar encuentran encaje en los delitos ya existentes"*, hau da, legegileak ez zukeen tipo hau ZKan sartu beharko.

Gainera, tipoa beharrezko balitz, ez luke, absorbitua geratzeko beldurraz, haren aplikazioa segurtatzeko konkurtso-klausula baten beharrik, edota, behintzat, aplikazioa izango luke.

10. Ondorioak

Lehenengoa. *Online child grooming*aren tipifikazioak zigor sistema espainiarrean, Zigor Zuzenbidearen erabilera sinboliko bati erantzuten dio. Batetik, erakunde europarren eta gainerako Estatu kideen aurrean, horiei Europako zuzentarauak, kasu honetan 2011/93/UE, betetzen direla erakutsi nahi baitzaie, eta horretarako, Zuzentaruari jasotako tipo penalak literalki transkribatzearen teknika legegilea erabili da, indarrean dagoen ZKari begira hori benetan beharrezko den aurretik baloratu gabe¹²⁷. Eta, bestetik, gizartean pederastei eta internetari lotuta sortutako eta komunikabideek areagotutako alarma sozial edo paniko moralen aurrean.

Hala, Europarekin konplitu eta gizartean animoak baretzeko arrapaladan eginiko erreforma penalei begira, "populismo zigortzaile" batetarako joera argi bat antzeman daiteke, horiek egin aurretik ez baitzen aztertu ea fenomenoari modu egokian erantzuteko aukerarik ba ote zen ZKan jada aurreikusitako erreminten bidez. Hau da, Zigor Zuzenbide sinboliko batean ez erortzeko, ezinbesteko da tipo penal berriak sortzera jo aurretik ZKan jada jasotzen direnen eraginkortasuna baloratzea, eta hori da, hain zuzen, nire ustetan legegileak hemen egindako akatsa. Izan ere, Granadako

¹²⁷ Tipoaren barneratzea oinarritzeko ikerketa kriminologikoen faltaren inguruan, DÍAZ CORTÉS, L.M. (2012), "Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.*", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2012ko uztailekoa, 8.zkduna, 291. orr.

Entzutegi Probintzialeko epaiak¹²⁸ erakutsi bezala, tipo berri honek jasotako portaerak aurretik aurreikusita zeuden prezeptuetan barneratu zitezkeen, eta ondorioz, baieztatuta geratzen da 183 ter artikulua beharrezkotasun eza.

Beraz, nire uste xumean, 183 ter artikulua ZKtik kendu beharko litzateke, horrek tipifikatzen duen portaerari 189.1 a) eta b) artikuluen bitartez, 189.3 artikuluaekin harremanetan, erantzuna eman ahal baitzaio, sexu-abusu eta -erasoen kasuan ere 183. artikuluaekin bezala, 16. artikuluaekin harremanetan.

Bigarrena. Tipoa sexu-delitua prestatzeko bide oso konkretu baten gain ardaztua dago, hots, internet (*on-line*). Eta, era berean, *groomera* subjektu pasiboak ezagutzen ez duen ezezagun bat izateko pentsatua dago. Halaber, *grooming* fenomeno askoz zabalagoa da, eta hain zuzen ere, errealitateak erakusten du horrelako portaerak maizago gertatzen direla aurrez aurre (*off-line*) eta adingabearen gertuko pertsonen aldetik. Hartara, kanpo uzten dira potentzialki askoz arriskutsuago eta eraginkorrago izan daitezkeen bide zein egileak. Horiek izan daitezke, esaterako, ikasle baten konfiantza irabazten duen irakasle edo familiar zein familiaren lagun bat. Hala, azken hauek sexu xedeetarako adingabearekin elkarketa bat adostu eta adingabea, edozein arrazoi dela bide, azaltzen ez bada, ez litzateke 183 ter artikulua aplikagarri izango, aldiz IKTen bitartez kontaktatzen duenari bai. Horregatik diot, arreta gehiegi jartzen zaiola internetari, ondo baitago sareen mundu berri honen aurrean neurriak hartzea, baina helburua adingabeak babestea bada, eremu guztietan babestea litzateke egokiena.

Hirugarrena. *Groomerari* dagokionean, lanean zehar esan bezala, legegilearen asmoa ez da argi geratzen. Izan ere, nazioarteko mandatuen portaeraren egile moduan identifikatzen duena adin nagusiko pertsona bat izanda ere legegile espainiarrak adingabeak subjektu aktibo izateko aukera zabaltzeko nahia adierazi izan balu, beste Estatu batzuek egin bezala, behintzat arrazoiketa bat izango genuke. Aitzitik, Zioen Adierazpenean, adingabeak adin nagusiko harrapari sexualengandik babesteko asmoa ageri du, beraz, kontraesanean erortzen da, 2015eko erreforman zuzentzeko aukera izanda ere zuzendu ez dena. Bada, subjektu aktiboaren modalitatea zabaltzeak, 183 quater artikulua existituko ez balitz, agian adingabeen arteko baimendutako portaerak kriminalizatzeke arriskua ekarriko luke, horregatik komenigarriagoa izanik haren aplikagarritasuna murriztea, are gehiago kontutan izanda 183 quater artikulua ez dela

¹²⁸ EPE Granada, 2009.05.25 (283/2009).

aplikagarri 183. ter 2. artikuluarri dagokionean, hots, pornografiari dagokionean. Hau da, pertsonalitateen garapenaren fruitu izan daitezkeen adingabeen arteko partekatze intimoak kriminalizatzeko arriskua dakar 183 ter artikuluan legegileak erabilitako teknika honek.

Laugarrena. Artikulua, erredakzioaren aldetik, nahiko nahaspilatsua da. Eta, aurretik legegile espainiarrak tipoa literalki Zuzentarau europarretik jaso duela esan badugu ere, hainbat ataletan horrekin kontraesanean sartzen da, esaterako "elkartzera" beharrean "gerturatza" zuzendutako ekintza materialen galdapena jasotzean — horretatik gerturatzea birtuala ere izan litekeela ondorioztatu baitaiteke—, edota *delitos-fin* deritzenak, Zuzentarauak egin bezala, sexu-abusu eta -eraso edo haur pornografia direla zehaztu beharrean 189. artikuluarri osotasunean igorpena egitean, portaerak zein izan behar diren zehaztu gabe. Modu honetan, jada murrizta den aplikazio bat zailago egiten du legegile espainiarrak.

Bosgarrena. Aurrekoaren ildotik, 183 ter artikuluarren aplikazioa ia ezinezko dela ere esan liteke, izan ere, tipoak duen karga subjektiboa bereziki handia da. Hartara, prezeptua aplikatu ahal izateko, beharrezko da sexu-delitu jakinak burutzeko subjektu aktiboak duen asmo edo helburua frogatzea, eta hori ez da beti lan erraza izaten, *in dubio pro reo* printzipioa ere present dagoelarik.

Seigarrena. Tipoak, ikusi bezala, *grooming* eta dagokion sexu-delituaren arteko delitu pilaketa erreala ahalbidetzen duen konkurtso-klausula bat aurreikusten du. Hala, *delito-fin* delakoa gauzatuz gero, bi delituei dagozkien zigorrak ezartzen zaizkio subjektu aktiboari, nahiz eta lehenengoa bigarrenaren prestamen ekintza izan. Hau da, prozesu deliktibo berean, bi portaera zigortzen dira, hots, arrisku delitua eta ondorengo lesio delituaren zigorrak, biak ezartzen dira, erabat desproporzionala dena. Hori dela eta, ezinbesteko ikusten dut nik konkurtso-klausula honen desagertzea, izan ere, *non bis in idem* printzipioa erabat urratzeaz gain, 8. artikuluan jasotzen diren lege-pilaketaren erregelen aurka baitoa.

Zazpigarrena. Beste behin hasierako proposamenetik eta nazioarteko mandatuak agindutakotik aldenduz, legegile espainiarrak tipo kualifikatu bat aurreikusi zuen, *grooming*a derrigortze, larderi edo engainu bidez burutzen zenerako, hura bera 2015eko erreformaren fruitu den 183 ter artikuluan ere mantenduz. Bada, nire ustez, tipo kualifikatu hau sobran dago, izan ere, behin baino gehiagotan nabarmendu bezala,

portaera hau tipifikatzeko erabakia erabat lotuta dago gaur egun sareek anonimatuak abantaila ateratzeko eskaintzen duten erraztasunarekin, eta beraz, engainuaren kutsua jada berarekin dakar portaeraren izaerak berak. Ondorioz, tipo kualifikatu hau jasotzean, oinarritzko tipoa husteko arriskua sortzen da, lanean zehar aipaturiko epai gehienetan ikus daitekeenez gehiengoa baitira adingabeak direnaren engainupean jarduten duten *groomerak*. Beraz, tipoa beharrezko dela mantentzen jarraituko balitz, behintzat honako hau aldatu beharrezkoa dela deritzot, ez baita zentzuzkoa prestamen ekintza batengatik, zigorra goiko erdian ezarrita, sexu-delituaren saiakeragatik baino zigor altuagoa izatea.

Zortzigarrena. Lehenengo, bigarren, hirugarren eta bosgarren ondorioetan esandakoa aplikagarri da, baita ere, 183 ter artikuluko bigarren atalari dagokionean. Izan ere, hori, legegileak harturiko "populismo zigortzaile"-aren joeraren beste adibide bat da, bertan araututako portaera 189. artikuluekin erantzuteko aukera egoteaz gain, 183 ter artikuluko lehenengo atalarekin erabateko solapamendua suposatzen baitu. Hau da, lehenengo atalak adingabeekin 189. artikuluko delituak burutzeko asmoarekin kontaktatzea zigortzen badu, bertan haurren pornografia sartuz, bigarren atalak haurren pornografia errazteko adingabearekin kontaktatzea zigortzen du. Hori dela eta, bi atalak elkarren artean nahikoa ezberdintzen ez direla baieztatu daiteke, eta beraz, lehenengo atala beharrezko ez bazen, bigarrena are gutxiago. Horregatik, beste behin, Zigor Zuzenbidearen erabilera sinboliko baten aurrean gaude, legegile espainiarrak nazioarteko araudian jasotakoa betetzeko asmotan literalki kopiatu baitu artikulua, berriro ere aurretik horretarako erantzunik ba ote zuen begiratu ere egin gabe.

Bederatzigarrena. Lan honetara bideratuta egindako azterketa eta ikerketari begira, oro har nire irudipena da legegileak erabat alboratua utzi duela Zigor Zuzenbidea *ultima ratio* denaren ideia. Hau da, nire ikuspegi xumetik, arazo sozial hauentzako konponbidea zuzenean tipo berriak sortzean bilatu da, gizartea lasaitzearen agian, IKTen erabilera arrazional eta orekatu nahiz seguru bat sustatu eta horri zuzendutako kanpainak bultzatu beharrean. Honekin ez dut esan nahi horrelako portaeraren errua biktimek dutenik delitugileei erantzuteagatik, ezta gutxiagorik ere, baizik eta esan nahi dudana da ZKak fenomeno honi erantzuna emateko erremintak aurretik izan bazituen, ez zela beharrezko tipo berri bat sortu eta portaera beragatik bi aldiz zigortzea.

Izan ere, hori horrela aurreikusita, azken batean badirudi subjektu aktiboa ez dela zigortzen egiten duenagatik, baizik eta den bezalakoa izateagatik, hau da, pedofilo izateagatik, horiek baitira politika kriminal zein gizartearen lehentasunezko jomuga. Eta, horrek, hain zuzen, "egilearen Zigor Zuzenbide"¹²⁹ -aren sareetan erori garela esan nahiko luke.

¹²⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 *bis* del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña, 19. orr.

11. Bibliografía

- BOIX REIG, J. (zuzendari) (2010), "Derecho Penal. Parte Especial", *Iustel*, Madrid.
- CHOO, Kim-Kwang R. (2009), "Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences", *AIC Reports*, 103. liburukia, (www.aic.gov.au).
- CUGAT MAURI, M (2010), "La nueva modalidad incriminadora del llamado *child grooming* o *ciber acoso*", ALVAREZ GARCÍA, F.J. eta GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (zuzendariak), "Comentarios a la reforma penal de 2010" liburuan, *Tirant lo Blanch*, Valencia.
- DÍAZ CORTÉS, L.M. (2012), "Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.*", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2012ko uztailekoa, 8.zkduna.
- DOLZ LAGO, M.J. (2011), "Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia", *Diario La Ley*.
- DOLZ LAGO, M.J. (2016.05.25), "Análisis de las novedades introducidas por la LO 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", (www.fiscal.es).
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. & de CORRAL GARGALLO, P. (2010). "Adicción a las nuevas tecnologías y a las redes sociales en jóvenes: un nuevo reto". *Adicciones: Revista de sociodrogalcohol* (www.addiciones.es), 22(2), 9196.
- "Equipamiento y uso de TIC en los hogares", INE (2016) (www.ine.es).
- "Exiliados en las redes" (2015eko azaroaren 12a), *El País* (Ciencia y Tecnología).
- "Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse" (2007), *COUNCIL OF EUROPE Treaty Series - No. 201*, Lanzarote.
- GALLEGO SOLER, J.I. (2011), CORCOY BIDASOLO, M. eta MIR PUIG, S. , "Derecho Penal. Parte Especial" liburuan, *Tirant lo Blanch*, Valentzia.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", GÓMEZ TOMILLO, M. (2010) (zuzendaria), "Comentarios al Código Penal" liburuan, *Lex Nova*, Valladolid.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. (2011), "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC". *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Oviedo, Vol. XXXI. 207-258.

GÓRRIZ ROYO, Elena (2016), "On-line child grooming en Derecho Penal español", *Indret* (www.indret.com).

HORTAL IBARRA, J.C., "El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183. bis CP): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?", MIR PUIG, S. eta CORCOY BIDASOLO, M. (zuzendariak) (2012), "Garantías constitucionales y Derecho penal europeo" liburuan, *Marcial Pons*, Madril.

"Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal" (2013.01.16), *Botere Judizialaren Kontseilu Orokorra*, Madril.

"Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal" (2013.01.08), *Fiscalía General del Estado*, Madril.

LIVINGSTONE, S. eta HADDON, L. (2009), "EU Kids Online: Final report", *EU Kids Online Network*, Londres, 7. orr. (<http://eprints.lse.ac.uk/24372/>).

MENDOZA CALDERÓN, S. (2014), "El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting", *Tirant lo Blanch*, Valentzia.

MUÑOZ CONDE, F. (2015), "Derecho Penal. Parte Especial", *Tirant lo Blanch*, Valentzia, 20. edizioa.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2012), "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", *Proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad*.

ORTS BERENGUER, E. (2013), "Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores", 2013ko urriaren 17ko ponentzia, Universidad de Valencia, (www.fiscal.es).

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del Código Penal". *Programa "Ángeles Alvariño"*. Universidad de A Coruña.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2011), "El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado", *Diario La Ley*.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2014), "El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 16-06.

RUBIO GIL, A. (zuzendaria) (2009), "Adolescentes y jóvenes en la red: Factores de oportunidad", *Injuve* (www.injuve.es).

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2010), "Acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "La reforma penal de 2010: análisis y comentarios" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, Iruña.

TAMARIT SUMALLA, J.M. (2011), "Criminalización del acoso sexual cibernético de menores de trece años", QUINTERO OLIVARES, G. (zuzendaria), "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal" liburuan, *Aranzadi-Thomson Reuters*, 9. edizioa, Iruña.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2014), "Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación". *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015), "El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores", *Tirant lo Blanch*, Valencia.

WILLOUGHBY, T. (2008), "A short-term longitudinal study of internet and computer game use by adolescent boys and girls: Prevalence, frequency of use, and psychosocial predictors". *Developmental Psychology*, Volume 44.

Epaian taula

<i>Aretoa eta data</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistratu txostengilea</i>	<i>Alderdiak</i>
AGE, 1., 2015.02.24 (97/2015)	1405	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre	<i>Carlos Francisco eta Ministerio Fiskala, Desiderio-ren aurka.</i>
AGE, 1., 2015.09.22 (527/2015)	4358	Andrés Martínez Arrieta	<i>María Rosario eta MF, Modestoren aurka.</i>
AGE 2000.10.24 (1632/2000)	9157	Juan Saavedra Ruiz	<i>Dolores M.G. eta Ministerio Fiskala, Inésen aurka.</i>

AGE 2015.12.10 (864/2015)	6401	Antonio del Moral García	<i>Estela, Angelina eta Ministerio Fiskala, Gonzaloren aurka.</i>
EPE Sevilla, 1., 2013.10.03 (465/2013).	379923	María Auxiliadora Echávarri García	<i>Begoña eta MF, Casimiroren aurka.</i>
EPE Bartzelona, 6., 2013.07.19 (676/2013).	331671	Eduardo Navarro Blasco	<i>Anselmo, Epifamio eta MF, Silvioren aurka.</i>
EPE Cadiz, 4., 2012.05.14 (152/2012).	389670	Inmaculada Montesinos Pidal	<i>Genoveva eta MF, Cesarren aurka.</i>
EPE Valentzia, 3., 2013.10.24 (722/2013).	1338	Lucía Sanz Díaz	<i>Sara eta MF, Onesimoren aurka.</i>
EPE Albacete, 2., 2015.09.22 (221/2015).	1020	Manuel Mateos Rodríguez	<i>Gabriela eta MF, Celsoren aurka</i>
EPE Bartzelona, 7., 2015.12.22 (1055/2014).	278407	Ana Rodríguez Santamaría	<i>Sara eta MF, Eugenioren aurka.</i>
EPE Granada, 1., 2009.05.25 (283/2009).	14461	Pedro Ramos Almenara	<i>Jaime, Matías, Primitivo, Angel Jesús, Alexander, Emilio, Rosario, Hilario eta MF, Alejandroren aurka.</i>
Ourenseko Adingabeen Epaitegiko epaia, 2013.05.13 (171/2012)	1691	María de los Ángeles Lamas Méndez	<i>Susana eta MF, Simónen aurka.</i>