

EL GROOMING (art. 183 ter 1 y 2 CP): ANÁLISIS TÍPICO Y PROPUESTA INTERPRETATIVA

Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Norberto J. de la Mata Barranco,
Catedrático de Derecho Penal de la UPV/EHU

M^a Inmaculada Sañudo Ugarte

Leioa (Bizkaia), 2016



Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea

Facultad de Derecho / Zuzenbide Fakultatea

A mi familia, especialmente a Maialen y a Ane.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	9
I.1. Objeto y justificación de la investigación	9
I.2. Estructura del trabajo y orden de exposición	18
I.3. Metodología y fuentes	23
I.3.1. Metodología	23
I.3.2. Fuentes	24
II. ANTECEDENTES	29
II.1. Tratados internacionales y normativa europea	29
II.1.1. Normativa de referencia.	29
II.1.2. Normativa específica: Convenio de Lanzarote y Directiva 2011/93/UE. Prevención del delito y protección de las víctimas en la delincuencia sexual con víctimas menores.....	37
II.2. Política criminal y necesidad de introducción del delito de <i>grooming</i> en la legislación española	45
II.2.1. Orientación político-criminal internacional en relación con los delitos sexuales contra menores	45
II.2.2. Política criminal y regulación del <i>grooming</i> en España	51
II.2.3. Datos criminológicos sobre <i>grooming</i> en Europa	57
II.2.4. Datos criminológicos sobre <i>grooming</i> en España	61
II.3. Desde la tramitación parlamentaria del Proyecto de LO 5/2010, de 22 de junio, hasta la definitiva redacción del art. 183 ter 1 y 2 CP	74
II.3.1. Proyecto de reforma de CP y LO 5/2010.....	75
II.3.2. Anteproyectos de reforma de CP de 16 de julio de 2012, 11 de octubre de 2012 y 3 de abril de 2013 y obligaciones de la Directiva 2011/93/UE	78
II.3.3. Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013	82
III. REGULACIÓN DEL <i>GROOMING</i> EN EL DERECHO COMPARADO	85
III.1. Países con tradición de <i>Common Law</i>	86

III.1.1. Canadá	86
III.1.2. Estados Unidos	88
III.1.3. Australia	90
III.1.3.1. <i>Queensland</i>	93
III.1.3.2. <i>Nueva Gales del Sur</i>	95
III.1.4. Reino Unido	97
III.1.5. Irlanda	100
III.2. Latinoamérica	101
III.2.1. Perú	101
III.2.2. Argentina	102
III.2.3. Chile	106
III.3. Europa Continental	107
III.3.1. Noruega	107
III.3.2. Francia	108
III.3.3. Holanda	109
III.3.4. Austria	110
III.3.5. Italia	111
III.4. Visión global: Semejanzas y diferencias entre las distintas legislaciones	112
III.4.1. Sujeto activo	113
III.4.2. Edad del sujeto pasivo	114
III.4.3. Error respecto a la edad del sujeto pasivo	115
III.4.4. Medio a través del cual se establece contacto con el menor	116
III.4.5. Encuentro con la víctima y/o actos dirigidos al acercamiento	117
IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL <i>GROOMING</i>	119
IV.1. Denominación del delito	119
IV.2. Qué es el <i>grooming</i>	127
IV.3. Internet como medio a través del cual se comete el delito	132
IV.4. Técnicas empleadas por el <i>groomer</i>	139
IV.5. Fases del <i>grooming</i>	141
V. EL ARTÍCULO 183 TER 1 y 2 CP	149

V.1. Bien jurídico protegido	149
V.1.1. Consideraciones previas	149
V.1.2. Posiciones doctrinales sobre el bien jurídico específicamente protegido en el art. 183 ter CP	156
<i>V.1.2.1. El grooming como delito pluriofensivo</i>	157
<i>V.1.2.2. La infancia como bien jurídico protegido</i>	161
<i>V.1.2.3. La libertad sexual como bien jurídico protegido</i>	164
<i>V.1.2.4. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido</i>	164
V.2. Los sujetos del delito	169
V.2.1. Abordaje multidisciplinar	169
<i>V.2.1.1. Tipos de online groomers</i>	169
<i>V.2.1.2. Tipos de víctimas</i>	175
V.2.2. Sujeto activo	177
V.2.3. Sujeto pasivo	181
<i>V.2.3.1. Críticas al establecimiento de los trece años como límite de edad del sujeto pasivo del grooming hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015</i>	183
<i>V.2.3.2. Consideraciones sobre el establecimiento de los dieciséis años como límite de edad del sujeto pasivo del grooming tras la entrada en vigor de la LO 1/2015</i>	187
<i>V.2.3.3. Relevancia del consentimiento del menor de dieciséis años para mantener relaciones sexuales</i>	191
V.3. Conducta típica del art. 183. ter 1	194
V.3.1. Consideraciones generales	194
V.3.2. Tipicidad objetiva. Elementos del tipo	202
<i>V.3.2.1. Contactar con un menor a través de Internet o medio análogo</i>	204
<i>V.3.2.1.1. Supuestos en los que también hay contacto físico</i>	208
<i>V.3.2.1.2. Iniciativa del contacto por el sujeto pasivo</i>	211
<i>V.3.2.1.3. ¿Es necesaria la obtención del respuesta al contacto?</i>	212
<i>V.3.2.2. Proponer concertar un encuentro</i>	213
<i>V.3.2.2.1. Propuesta de encuentro realizada por el sujeto pasivo</i>	215
<i>V.3.2.2.2. ¿Es necesario que la propuesta reciba respuesta?</i>	215

V.3.2.2.3. <i>¿Es necesaria la aceptación del encuentro?</i>	216
V.3.2.2.4. <i>¿Es necesario que se produzca el encuentro?</i>	219
V.3.2.2.5. <i>Encuentro físico o virtual</i>	220
V.3.2.3. <i>Verificación de actos materiales encaminados al acercamiento</i>	225
V.3.3. Tipicidad subjetiva	233
V.3.3.1. <i>Dolo y error de tipo en cuanto a la edad del sujeto pasivo</i>	233
V.3.3.2. <i>El elemento subjetivo del tipo de injusto adicional al dolo.</i>	246
V.3.4. Tipo cualificado.....	258
V.3.4.1. <i>Coacción</i>	262
V.3.4.2. <i>Intimidación</i>	264
V.3.4.3. <i>Engaño</i>	268
V.4. Conducta típica del art. 183 ter 2	275
V.4.1. Consideraciones generales y naturaleza jurídica del delito	276
V.4.2. Elementos del tipo	280
V.4.2.1. <i>Sujeto activo</i>	282
V.4.2.2. <i>Actos dirigidos al embaucamiento del menor</i>	283
V.4.2.3. <i>Material que se solicita al menor</i>	287
V.4.3. Consideraciones críticas sobre la introducción del número 2 del art. 183 ter	292
V.5. Culpabilidad y error de prohibición	300
V.6. Grados de ejecución del delito	305
V.7. Aspectos sobre la práctica de la prueba	308
V.7.1. Introducción.....	308
V.7.2. Rastreo de información de la red.....	313
V.7.3. Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas	315
V.7.3.1. <i>Investigación de la dirección IP</i>	318
V.7.3.2. <i>Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes e identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad</i>	322
V.7.3.3. <i>Correo electrónico, secreto de las comunicaciones e intimidad</i>	323

V.7.4. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información	334
<i>V.7.4.1. Intervención del ordenador y acceso a sus archivos.</i>	334
<i>V.7.4.2. Contenido del teléfono móvil.</i>	345
V.7.5. Registros remotos de dispositivos informáticos.....	352
V.8. Penalidad	352
V.8.1. Penalidad anterior a la vigencia del artículo 183 bis CP.....	352
V.8.2. Pena principal.....	360
V.8.3. La libertad vigilada.....	366
V.8.4. Penas accesorias	369
V.8.5. Concursos de delitos y de leyes.....	370
<i>V.8.5.1. Interpretación de la cláusula concursal del art. 183 ter 1.</i>	
<i>Posiciones doctrinales y jurisprudencia.</i>	370
<i>V.8.5.1.1. Concurso de delitos</i>	372
<i>V.8.5.1.2. Concurso de leyes</i>	376
<i>V.8.5.2. Delitos en concurso con el art. 183 ter</i>	381
<i>V.8.5.2.1. Concurso de normas con abuso/agresión sexual del art. 183 CP.</i>	381
<i>V.8.5.2.2. Posible concurso de delitos con descubrimiento de secretos del art. 197 CP</i>	387
<i>V.8.5.2.3. Concurso de normas con acoso sexual del art. 184 CP.</i>	389
<i>V.8.5.2.4. Concurso de normas con corrupción y prostitución de menores del art. 188 CP.</i>	390
<i>V.8.5.2.5. Concurso de normas con amenazas de los arts. 169 ss. y coacciones de los arts. 172 ss. CP</i>	394
<i>V.8.5.2.6. Concurso con el delito de pornografía infantil del art. 189 CP.</i>	399
V.8.6. Exención de responsabilidad penal. Artículo 183 quáter	404
V.9. Jurisdicción y competencia territorial	414
VI. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS	419
<i>Siglas y abreviaturas</i>	431

<i>Índice cronológico de Sentencias analizadas</i>	433
<i>Bibliografía</i>	437

I. INTRODUCCIÓN.

I.1. Objeto y justificación de la investigación.

El objetivo del presente trabajo es el estudio del *grooming*, figura delictiva que se introdujo por primera vez en el CP mediante LO 5/2010, de 22 de junio, vigente a partir del 23 de diciembre de 2010. La reforma operada por la citada ley también dio lugar a la creación dentro del Título VIII del Libro II del CP, del Capítulo II denominado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, dentro del cual se integraba el art. 183 bis, regulador del *grooming*.

Con posterioridad, a consecuencia de la reforma introducida recientemente por LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, el citado artículo, que pasó a numerarse como 183 ter, sufrió algunas modificaciones entre las cuales se encuentra la inclusión de un nuevo párrafo que regula la figura que la doctrina viene denominando embaucamiento. Dicho precepto sigue encuadrándose en un Capítulo específico dedicado a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, numerado como II bis.

El art. 183 bis CP castigaba los contactos que se realizaran con un menor de trece años a través de las nuevas tecnologías, proponiéndole concertar un encuentro y realizando actos materiales tendentes al acercamiento, a fin de perpetrar contra él un delito de carácter sexual.

De la lectura del Preámbulo de la LO 5/2010 en su apartado XIII se deducía que la introducción del delito de *grooming* y la creación del nuevo Capítulo II (“De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”) obedecía a la necesidad de acrecentamiento del nivel de protección a las víctimas, especialmente a aquellas más desvalidas.

En consonancia con lo anterior, el citado Preámbulo explicaba la necesidad de criminalizar el *grooming* debido a que “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”. En definitiva, la introducción del nuevo artículo y la creación del nuevo Capítulo perseguían el objetivo de proteger la indemnidad sexual de los menores de trece años por representar las conductas que atentan contra éstos un mayor desvalor, un mayor contenido del injusto.

Es un hecho cierto que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han supuesto un importante cambio en la sociedad a la hora de establecer relaciones interpersonales, creando la posibilidad de comunicarse a través del uso de proveedores de servicios de redes sociales como *Tuenti*, *Myspace*, *Facebook*, *Twitter* y otros¹, siendo muy importante el grado en que los menores de edad hacen uso de las mismas².

Pero frente a las indudables ventajas que esto representa, lo que ha provocado un uso cada vez mayor de las citadas herramientas de forma generalizada por la población, no podemos olvidar que esta nueva forma de comunicación puede utilizarse con fines ilícitos, a lo cual debe dar cumplida respuesta el Derecho Penal³.

En este sentido, Pérez Ferrer dice que “En la era del ciberespacio, esta nueva realidad convertida en una herramienta fundamental para el desarrollo personal y de otro tipo de actividades como medio de intercambio masivo de información, plantea serios retos al Derecho penal. Lo cierto es que, junto a sus indudables ventajas, las

¹ PARDO ALBIACH, “Ciberbullying”, pp. 62-63. Refiere que plataformas como “*Myspace*” o “*Facebook*” alcanzan los cien millones de usuarios. Ambas junto con *Tuenti* son las redes sociales más famosas en España.

² BRINGUÉ SALA y SÁBADA CHALEZQUER, “Menores”, p. 26. Hacen referencia los autores a los datos obtenidos en un estudio realizado en 2009 con menores de primaria, ESO y Bachillerato en España: la red social más popular entre los menores internautas era *Tuenti*, con un 60%, seguida por *Facebook* con un 21%.

³ Para un estudio del marco comparado internacional y el derecho español tras la reforma del CP de 2010 en relación con los delitos cometidos a través de Internet, véase BARRIO ANDRÉS, “Los delitos”, pp. 1-12.

nuevas tecnologías traen consigo una altísima potencialidad como medio para la comisión de delitos, por lo que desde hace algún tiempo y desde diversas instancias se había requerido una respuesta penal eficaz que la combatiese o, al menos, la minimizara”⁴.

En igual sentido se pronuncia González Cussac al asegurar que no deben minusvalorarse las facilidades que el uso de las nuevas tecnologías ofrecen para la ejecución de ilícitos, lo que conlleva la generalización e incremento del recurso a aquellas como instrumento comisivo⁵.

Es tal la preocupación que ha generado el empleo de las TIC en relación con la comisión de delitos, que se han llegado a realizar afirmaciones como la de Hernández Guerrero, quien destaca que la extensión del uso de las nuevas tecnologías favorece la ampliación de la capacidad criminal de sujetos aparentemente normales⁶ o la de Pifarré De Moner, que afirma que el desplazamiento de la actividad social a la red ha supuesto a su vez el desplazamiento del delito tradicional al delito en la red, así como la generación de nuevos comportamientos delictivos⁷.

Así pues, la introducción de las TIC afecta a la forma de perpetrar delitos no solo referidos a menores de edad, como es el caso del *grooming*, sino a delitos económicos o relacionados con la violencia de género⁸.

⁴ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 2.

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, “Estrategias legales”, p. 91.

⁶ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 487.

⁷ PIFARRÉ DE MONER, “Internet y redes sociales”, pp. 40-41. Dice la autora que “Un ejemplo de nuevos comportamientos surgidos a raíz de esta ‘emigración’ a Internet nos lo da el perfil criminológico del acosador, que en general es distinto cuando su actividad de acoso se desarrolla solo en la red. Mientras que en el mundo real el acosador se enfrenta a su víctima principalmente de manera directa y por tanto se suele tratar de una persona con un perfil fuerte, la persona que solo acosa a través de la red suele obedecer a un patrón más apocado, que sería incapaz de realizar la misma conducta en el mundo real, y se ampara en el anonimato y la distancia que le proporciona la red”.

⁸ Para un estudio de la relación entre las nuevas tecnologías y la violencia de género, véase CASADO CABALLERO, “Violencia”. En el artículo la autora hace referencia también al delito de *grooming*.

En cuanto a la naturaleza del delito de *grooming*, este podría ser catalogado como uno de los delitos informáticos⁹, también llamados cibercrímenes, concepto que como refiere Miró Llinares, engloba la delincuencia relacionada con el uso de las TIC y que procede de la unión entre el prefijo *cyber*, derivado del término *cyberspace* y el término *crime*¹⁰.

Dentro de la conceptualización de delitos informáticos, debemos de tener en cuenta que pueden englobarse los delitos que dañan los sistemas informáticos y los delitos que se cometen a través de la informática¹¹, resultando evidente que el *grooming* formaría parte de éstos últimos.

En definitiva, podemos situar al delito de *grooming* dentro del Derecho Penal informático, entendido este como el referido a conductas típicas vinculadas con la informática de algún modo u otro, como puede ser constituir esta el medio comisivo, el objeto de su ataque, etc.¹².

Entre otras cosas, las TIC suponen una facilitación del acceso a menores, usuarios habituales de las mismas, proporcionando un anonimato que permite la utilización del engaño y la creación de una imagen propia que no se corresponde con la realidad a fin de acomodar esta a las expectativas o deseos de la persona con la que se entra en comunicación. Podemos sostener, con Flores Prada, que en las redes sociales la identidad digital no siempre coincide con la real¹³. Además, Internet

⁹ Sobre la dificultad para definir el delito informático y las diferentes propuestas doctrinales al respecto, véase HERNÁNDEZ DÍAZ, “Aproximación”, pp. 32-43.

¹⁰ MIRÓ LLINARES, “La oportunidad”, pp. 2-3. Destaca que el ámbito en que tienen lugar los cibercrímenes, con características estructurales intrínsecas y extrínsecas diferentes a las del espacio físico en el que se ejecuta la delincuencia tradicional, obliga a una revisión criminológica de la explicación del evento delictivo, así como a una adaptación de las normas jurídicas para su mejor prevención.

¹¹ Vid. HERNÁNDEZ DÍAZ, “Aproximación”, pp. 49-50.

¹² Vid. DE LA MATA BARRANCO, “Ilícitos”, pp. 22-26.

¹³ FLORES PRADA, “Criminalidad informática”, p. 239.

también tiene un efecto que Lloria García llama “desinhibición online” que consiste según la autora, en que resulta más fácil escribir que dar la cara y enfrentarse¹⁴.

Valverde Megías, haciendo referencia precisamente a las redes sociales, destaca el hecho de que, dado que el encuentro entre personas se produce en un entorno digital y no existe el contacto personal directo, la confrontación visual es opcional, entrando en juego la posibilidad de manipular la relación mediante la alteración de la imagen propia. Así, afirma el autor que “Estas características son aprovechadas por delincuentes sexuales, que encuentran en la explotación de los recursos que ofrecen las redes sociales y las comunidades virtuales la herramienta idónea para sus fines delictivos, resultando mucho más seguro para el delincuente refugiarse tras un teclado y un ratón y presentarse como alguien totalmente distinto ante los menores con los que contacta. No solo logrará de esta manera ganarse la confianza de sus interlocutores, sino que, además, la actividad delictiva no tiene por qué sujetarse a límites espaciales y, en todo caso, una eficiente organización le permitirá realizar ataques a varias víctimas simultáneamente”¹⁵.

Es precisamente esta última característica de las TIC, la que implica la posibilidad de acceso a múltiples destinatarios, en nuestro caso, poder contactar con fines sexuales con varios menores, la que convierte la actividad delictiva llevada a cabo a través de dichas tecnologías en más peligrosa y lesiva, como acertadamente apunta Pifarré De Moner¹⁶.

Así, junto con Miró Llinares, podemos comprender el ciberespacio como un nuevo ámbito de oportunidad criminal de modo que acciones que en el espacio físico requieren determinado tiempo, a través del ciberespacio se pueden efectuar de manera inmediata; acciones que en el espacio físico despliegan un efecto inmediato, pueden tener efectos duraderos en Internet prolongándose estos más allá del momento de la acción; la comunicación entre personas se puede producir en

¹⁴ LLORIA GARCÍA, “Delitos”, p. 2.

¹⁵ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 1.

¹⁶ PIFARRÉ DE MONER, “Internet y redes sociales”, p. 41.

momentos distintos; las acciones se pueden dirigir a varios sujetos; y otras acciones, como la difusión de contenidos, adquieren un carácter incontrolable¹⁷.

En relación con lo anterior, también Tejada De la Fuente nos explica las características de las TIC como medio a través del cual se pueden cometer delitos: mayor facilidad y comodidad en la ejecución de la acción criminal, potenciación de los efectos de la acción criminal que se expanden de forma eficaz y rápida a cualquier lugar del mundo y dificultades para la investigación del delito e identificación de sus responsables¹⁸.

Es en este marco circunstancial de extensión del uso de las TIC y la consecuente necesidad de proteger a los menores en dicho ámbito donde radica la introducción en el Código Penal de la figura delictiva que estudiaré en el presente trabajo.

La vulnerabilidad de los menores en estos medios (TIC) ha venido siendo objeto de análisis y preocupación tanto a nivel nacional como internacional. Señala González Tascón que “Entre los peligros que acechan a los menores en el ciberespacio, capaces de afectar negativamente a su bienestar psíquico, emocional y psicológico, se han venido identificando, entre otros, la presencia de contenidos violentos, degradantes, pornográficos, discriminatorios, racistas, de estereotipos de la representación de la mujer, de incitación a la propia causación de daños o la realización de comportamientos de acoso como el grooming, el bullying, el harassment y el stalking, o de reclutamiento de niños para el tráfico de seres humanos, o de explotación de los menores para la prostitución y la pornografía”¹⁹.

Además de esta preocupación por la fragilidad y vulnerabilidad de los menores en la red mostrada por diferentes organismos, pesaba sobre el Estado español la obligación de integrar la normativa europea en relación con las conductas

¹⁷ MIRÓ LLINARES, “La oportunidad”, pp. 4-9.

¹⁸ TEJADA DE LA FUENTE, “Problemas generales”, pp. 9-13.

¹⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 210.

de acoso a menores a través de Internet, en concreto la 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.

Con posterioridad, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil²⁰ sustituyó a la citada Decisión Marco y ello provocó una nueva modificación del artículo regulador del *grooming* a través de la citada reforma llevada a cabo por LO 1/2015.

En definitiva, debemos enmarcar el presente estudio en la necesidad de proteger la indemnidad sexual de los menores que no han alcanzado la edad para otorgar consentimiento válido en materia sexual, en el ámbito de las relaciones “virtuales” pero sin olvidar analizar si para ello era precisa la creación de un nuevo tipo penal.

En este sentido podemos decir que la introducción del nuevo delito no está exenta de polémica y ha sido cuestionada desde la doctrina por varios motivos. Por un lado, muchos autores consideran que no existían datos criminológicos sobre situaciones de acoso a menores de trece años a través de las TIC con intenciones sexuales que justificaran la creación de la nueva figura delictiva del anterior art. 183 bis. Por otro lado, la existencia previa en el CP de otros tipos en los que tendrían encaje las conductas que hoy en día constituyen el *grooming* hace que se cuestione igualmente si era precisa la inclusión de un nuevo delito autónomo.

Por ejemplo, Pérez Ferrer, como otros autores, destaca que con la reforma operada por la LO 5/2010 se pone de manifiesto la tendencia generalizada al incremento de la respuesta penal y a la criminalización de nuevos atentados contra la

²⁰ La Directiva 2011/93/UE apareció inicialmente publicada en el DOUE como Directiva 2011/92/UE; es por ello que en algunos artículos bibliográficos sobre el *grooming* podemos comprobar que la Directiva citada es esta última. Sin embargo, como decimos, una publicación de corrección de errores modificó la numeración de la Directiva. Vid. DOUE L 18, de 21 de enero de 2012.

libertad y la indemnidad sexual²¹, llegando Cancio Meliá a calificar la introducción del *grooming* en el CP como “reacción espasmódica del legislador a la actualidad informativa”²².

A la vista de las reiteradas reformas del CP llevadas a cabo en los últimos años, marco dentro del cual se incluye el objeto de nuestro estudio, varios autores reflexionan sobre la cada vez mayor intervención y expansionismo del Derecho Penal, concepto que quiere expresar que el surgimiento de nuevas realidades delictivas aconseja proceder a una ampliación de los contenidos del Derecho Penal. Pérez Ferrer mantiene que junto a ciertas modificaciones justificadas por resultar necesarias, otras han debilitado los fundamentos garantistas inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho²³.

Desde este punto de vista, se analizará en este trabajo el tratamiento que recibe en otras legislaciones la conducta contemplada en el art. 183 ter del CP español, haciendo especial incidencia en aquellos aspectos diferenciales. Por otro lado, se estudiarán, tanto algunas investigaciones y estadísticas anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, que plasman los datos sobre el uso que los menores hacen de Internet y otras tecnologías y las situaciones de acoso que viven a través de tales medios, como algunos pronunciamientos de los Tribunales en procedimientos en los que se enjuiciaban conductas que hoy integrarían el delito de *grooming*, a fin de poder conocer, por un lado, si los datos criminológicos aconsejaban la introducción de la nueva figura delictiva y, por otro lado, si las conductas hoy integradas en el nuevo delito recibían castigo penal con anterioridad a su entrada en vigor y por tanto, si era necesaria la creación de un delito autónomo.

Otra polémica que ha generado la introducción del delito del art. 183 bis (hoy art. 183 ter) CP viene determinada porque con el mismo se adelanta la barrera de punibilidad, penalizando los actos preparatorios de otros delitos de carácter sexual,

²¹ PEREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 1.

²² CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma”, p. 10.

²³ PÉREZ FERRER, “Consideraciones”, p. 2.

aquellos a cuya comisión va orientada la conducta de *grooming*, creando, por tanto, un nuevo delito de peligro.

La opinión doctrinal sobre la criminalización de los actos preparatorios no es pacífica y por ello la inclusión del precepto ha sido también objeto de duras críticas por un amplio sector. Este aspecto será analizado en este estudio, además de por su interés teórico y por la posible lesión del principio de culpabilidad que pueda suponer, por sus implicaciones prácticas en los casos de comisión de delitos sexuales en grado de consumación o tentativa, en los cuales es de aplicación la cláusula concursal contenida en el art. 183 ter 1, que también es objeto de diferentes interpretaciones. Y como no podía ser de otro modo, también se dedicará un apartado al análisis del bien jurídico que se pretende proteger con el nuevo precepto, exponiendo las diferentes posturas doctrinales al respecto.

Además de lo anterior, puesto que la propia redacción del precepto da lugar a problemas interpretativos relacionados con los elementos constitutivos del tipo, con el tipo agravado e incluso, como ya he apuntado anteriormente, con la cláusula concursal, el objetivo fundamental del presente trabajo es la elaboración de un estudio, desde una perspectiva analítica, de los elementos que componen el tipo, realizando para cada uno de ellos un examen de sus posibilidades interpretativas a la luz de la doctrina y de la escasa jurisprudencia existente hasta el momento. Así, en concreto, se analizarán algunas cuestiones como qué debe de entenderse por “concertar un encuentro”, si este encuentro tiene que ser físico o puede ser también “virtual”, si es necesario que el menor acepte la propuesta de encuentro; qué son los “actos materiales encaminados al acercamiento”, si puede considerarse como tal el envío al menor de un billete para su desplazamiento, algún regalo, etc.; qué alcance debe darse a la remisión a los artículos 183 y 189 CP como integrantes del ánimo subjetivo del autor; y otras más. Daré mi opinión personal sobre las problemáticas planteadas con la intención de aportar una reflexión siempre abierta a debate.

Por otro lado, serán objeto de estudio también algunos aspectos sobre la práctica de la prueba, en relación con la dificultad que presenta la acreditación del elemento subjetivo del tipo, pero también, fundamentalmente, por la importancia de

la investigación del delito, dificultada seriamente, como destaca Pérez Ferrer, por la posibilidad de comisión del ilícito penal con víctimas lejanas desde el punto de vista espacial además de por el anonimato desde el que actúa el sujeto activo²⁴. En este punto se tendrá en cuenta la reciente reforma de la LECr que afecta a la investigación tecnológica y ello por la especial importancia que en este tipo de investigaciones debe prestarse al respeto a los derechos fundamentales, de manera que una mala práctica en este sentido puede tener como consecuencia la ausencia de prueba para condenar por el delito del art. 183 ter, puesto que la mayor parte de la misma se obtendrá del estudio de las comunicaciones realizadas a través de las TIC.

Con el presente trabajo, en definitiva, se pretende aportar elementos de juicio para una reflexión acerca de la necesidad de regulación penal de las conductas comprendidas en el art. 183 ter CP y para realizar un análisis crítico de la redacción del tipo penal, tanto del original como del surgido tras la última reforma del CP, aportando diferentes posibilidades interpretativas del mismo, razonando cada una de ellas.

I.2. Estructura del trabajo y orden de exposición.

El presente trabajo se ha estructurado en seis capítulos. El primer capítulo, Introducción, se dedica a realizar una aproximación al objeto de estudio, el *grooming*, delito introducido recientemente en el CP y pese a ello ya modificado en una ocasión. Consta de varios apartados, en el primero de los cuales se contextualiza el presente estudio, explicando las razones por las que considero necesario y útil el mismo. Se pasa a continuación al apartado denominado “Estructura y orden de exposición” (el presente), en el que se trata de explicar la concreta forma en que se ha organizado la exposición del objeto de estudio para, finalmente, en su tercer

²⁴ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito”, p. 2. Dice la autora que “En los últimos años, el desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) – fundamentalmente Internet, cuyo efectivo alcance no se puede desconocer -, y la creación de espacios virtuales de encuentro, han supuesto una auténtica revolución para la humanidad. Ahora bien, la irrupción de estas nuevas formas de comunicación en nuestra sociedad, ofrecen la posibilidad de perpetrar acciones delictivas a miles de kilómetros, pudiendo utilizar identidades supuestas y técnicas de navegación anónima, lo que dificulta, además, y como veremos más adelante, la persecución e investigación de estos tipos delictivos”.

apartado, explicar las fuentes y metodología empleadas para obtener información sobre el delito de *grooming*.

El segundo capítulo, dedicado a los “Antecedentes”, se centra en las circunstancias que motivaron la introducción del *grooming* como delito en el CP español, comenzando en su apartado primero por realizar una introducción histórica en la que se contempla la normativa internacional y europea, Tratados que aconsejaban la protección de los menores en el ámbito de las TIC, hasta llegar a la normativa europea de obligada integración en el ordenamiento jurídico del Estado español. El apartado segundo comienza analizando el marco internacional en relación con las políticas criminales sobre los delitos sexuales contra menores, para posteriormente, pasar al análisis de ello mismo en España, exponiendo en concreto las motivaciones basadas en la política criminal que llevaron a la creación de la figura delictiva y aportando posteriormente, en dos subapartados más, los datos que diferentes estudios arrojan sobre el acoso a menores a través de la red tanto en Europa como en España, así como las diferentes opiniones doctrinales surgidas en relación con dicha información; en concreto, sobre si era o no necesaria la criminalización de la conducta contenida actualmente en el art. 183 ter CP. Finaliza el segundo capítulo con la exposición de las vicisitudes acontecidas, sobre todo en relación con la redacción del artículo, desde que se propuso su inclusión en la normativa penal hasta que finalmente se aprobó la ley 1/2015, que reformaba el CP.

Con intención de centrar la situación internacional en relación con la penalización de conductas de acoso a menores a través de las TIC semejantes a las que se recogen en el art. 183 ter del CP español, en el capítulo tercero del trabajo se realiza una breve exposición de la regulación del *grooming* en otros ordenamientos: Países con tradición de *Common Law*, de Latinoamérica y de la Europa Continental. Ello nos permite comparar los elementos integrantes del tipo en diferentes países, en los que se aprecian diferencias sustanciales, algunas de las más importantes, referidas al sujeto activo, la edad del sujeto pasivo, la diferente consideración del error sobre este aspecto, los medios a través de los que se establece contacto con el menor y diferentes modalidades de encuentro con la víctima, todo ello expuesto en el cuarto subapartado, que cierra el capítulo tercero.

El capítulo cuarto es el dedicado a una serie de consideraciones generales sobre el delito objeto de estudio, comenzando por la controvertida denominación del mismo. Si bien en el propio Preámbulo de la LO 5/2010 se utilizaba el término *child grooming*, en la doctrina podemos encontrarnos con expresiones como *online child grooming*, ciberacoso, ciberacoso sexual o incluso ciberseducción. Cada una de estas denominaciones conlleva matices importantes que serán puestos de relieve en el apartado uno de este capítulo cuarto.

Por otro lado, se ha considerado adecuado, antes de comenzar propiamente el análisis del tipo penal, realizar una descripción de lo que es el *grooming*, es decir, en qué consiste la acción que habitualmente realiza el *groomer* y que se trata de castigar en el art. 183 ter CP. Así pues, en los apartados segundo, tercero y cuarto, se expone respectivamente qué es el *grooming* desde una perspectiva tanto general como propiamente jurídica, la descripción de las características que presenta Internet como medio a través del cual se comete el delito con los peligros que ello supone para los menores así como las ventajas que presenta para los potenciales delincuentes, la descripción de las técnicas que habitualmente emplean los sujetos activos del delito para contactar con los menores y convencerles para realizar determinadas conductas de carácter sexual y ya por último, la descripción de las fases por las que habitualmente transcurre todo el proceso. Creo que estos elementos son importantes a la hora de poder decidir después si con la redacción que definitivamente se le ha dado al tipo penal están debidamente cubiertas las conductas que se pretendía penalizar.

El capítulo quinto, que es el más extenso del trabajo, se dedica a un análisis exhaustivo del tipo penal (art. 183 ter CP, en sus dos apartados). Se tratan en él numerosas cuestiones. En su primer apartado se pone énfasis en la discusión doctrinal sobre el bien jurídico que pretende proteger el delito. Hay varias teorías, algunas de las cuales defienden que el delito de *grooming* es pluriofensivo y que además de la indemnidad sexual protege otros bienes jurídicos, como por ejemplo, la seguridad de los menores en el uso de las TIC. Antes de entrar de lleno en ello, en el subapartado denominado “Consideraciones previas”, se realiza un breve recorrido

por el estudio del bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra menores a lo largo del tiempo.

Los apartados segundo, tercero y cuarto del capítulo cuarto se dedican a la determinación de los sujetos del delito y los elementos que configuran la conducta típica. En el primer caso, tras comenzar haciendo una descripción de los diferentes tipos de *groomers* y de víctimas, basándome para ello en diferentes estudios practicados al efecto, y dedicar un subapartado al sujeto activo del delito, es de referencia obligada incidir en las críticas recibidas a la inicial limitación de la edad del sujeto pasivo a los menores de trece años, modificada posteriormente por la de menores de dieciséis, así como analizar, en el último subapartado, la relevancia del consentimiento del menor de dieciséis años en materia sexual y en concreto en el delito de *grooming*.

En lo referente a la conducta típica, analizada en los apartados tercero y cuarto del capítulo, se estudian profundamente los elementos del tipo, tanto del primer apartado como del segundo, exponiendo las diferentes propuestas interpretativas que sobre cada uno de los elementos integrantes de la misma se encuentran, y aportando la jurisprudencia que existe sobre cada uno de los elementos, sin dejar de lado el estudio del tipo cualificado del primer número del artículo, por utilización de coacción, intimidación o engaño.

Los apartados quinto y sexto se refieren a la culpabilidad y error de prohibición y a los grados de ejecución del delito, respectivamente.

Debido a la forma comisiva que se emplea en el delito de *grooming*, una de cuyas fases fundamentales se desarrolla a través de la comunicación por Internet o telefonía móvil, uno de los problemas fundamentales con que nos encontraremos en la práctica será el modo de acreditación de los hechos, teniendo en cuenta la necesidad de respetar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad a la hora de acceder a los datos necesarios para demostrar la existencia y contenido de las comunicaciones entre sujeto activo y sujeto pasivo. Es por ello que el apartado séptimo de este capítulo se ha dedicado los aspectos referentes a la práctica de la

prueba, haciendo especial incidencia en el rastreo de información en la red, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos de dispositivos informáticos todo ello en relación con el necesario respeto a la intimidad y el secreto de las comunicaciones y con especial referencia a la última reforma introducida recientemente en la LECr sobre la investigación tecnológica.

El apartado octavo del capítulo quinto se ha dedicado al estudio de la pena correspondiente al delito de *grooming*, comenzando por un análisis de pronunciamientos jurisprudenciales que con anterioridad a la vigencia del anterior art. 183 bis CP penalizaban conductas que hoy pudieran encuadrarse en el actual art. 183 ter CP. Se trata con ello, en cierta medida, de tener criterios para poder valorar si realmente existía una laguna de punibilidad que hiciera necesaria la introducción del nuevo delito en la legislación penal española. Se pasará en los siguientes apartados a hacer referencia tanto a la pena principal como a la libertad vigilada y penas accesorias para incidir con especial énfasis, ya el subapartado quinto, en la cláusula concursal que contiene el art. 183 ter 1 y una vez más, exponer las diferentes interpretaciones de la misma que han hecho la doctrina y la jurisprudencia, añadiendo además un estudio de los concursos con otras figuras delictivas que con más frecuencia aparecerán en la práctica, como, por ejemplo, con la revelación de secretos del art. 197, con el acoso sexual del art. 184 o con el delito de prostitución de menores del art. 188. Por último, se ha dedicado un subapartado a analizar la nueva cláusula de exención de responsabilidad penal introducida en el art. 183 quáter por LO 1/2015, que afecta a todo el Capítulo II bis CP y por tanto también al delito objeto de este estudio.

En el último apartado del Capítulo, el noveno, se hace una breve exposición de los problemas de jurisdicción y competencia internacional que se pueden plantear a la vista de que la comisión del delito a través de las nuevas tecnologías puede dar lugar a la existencia de varios sujetos pasivos en diferentes países, que las fases del proceso de *grooming* pueden haberse llevado a cabo desde distintas ubicaciones o que sujeto activo y pasivo pueden hallarse en lugares muy distantes.

Se finaliza el trabajo con las conclusiones y consideraciones críticas, donde expongo mi opinión sobre todas y cada unas de las cuestiones que han sido más discutidas por la doctrina y tratadas en los capítulos previos.

En definitiva, se trata con el presente trabajo de realizar un análisis del delito de *grooming*, abarcando tanto los antecedentes normativos internacionales como el estudio del propio delito tal y como fue introducido originariamente en el CP y tal y como ha quedado regulado tras la última reforma de 2015.

I.3. Metodología y fuentes.

I.3.1. Metodología.

El presente trabajo de investigación presenta una doble vertiente: la perspectiva teórica y un componente eminentemente práctico, este segundo, referido, por un lado, a los estudios e informes que aportan datos criminológicos sobre el uso de las nuevas tecnologías por los menores y el riesgo que ello conlleva así como la incidencia del fenómeno del *grooming* y, por otro, a la jurisprudencia relacionada con el tema objeto de la tesis.

Al margen de ello, la metodología utilizada es fundamentalmente teórica en una parte del trabajo, en concreto en los apartados primero y tercero del segundo capítulo, que hacen referencia, respectivamente, a los Tratados internacionales y la normativa europea, precedentes de la regulación del *grooming* en España y al estudio de los Anteproyectos y Proyectos de ley que han dado origen a los dos artículos que hasta la fecha han regulado la citada figura en el CP.

La perspectiva teórica también es la que domina fundamentalmente el capítulo tercero, dedicado al derecho comparado, si bien el análisis del mismo presenta un carácter bastante genérico, teniendo en cuenta el enfoque fundamentalmente nacional del presente estudio.

El enfoque práctico tiene su reflejo directo en el apartado segundo del capítulo segundo, dedicado a la política criminal y necesidad de introducción del delito de *grooming*, en el que se han utilizado estudios en los que, con empleo de métodos sociológicos y con técnicas cuantitativas de investigación como las encuestas, se obtuvieron estadísticas sobre utilización de Internet por menores de edad, ocasiones en que se han sentido acosados etc.

En el cuarto capítulo el enfoque es fundamentalmente descriptivo, con exposición de algunas de las características del fenómeno del *grooming*.

En el capítulo quinto se emplea el método analítico para realizar el estudio de la regulación del *grooming* en España, tratando todos y cada uno de los elementos que componen el tipo penal del artículo 183 ter actualmente vigente, tanto en sí mismos como comparativamente con los contenidos en el anterior art. 183 bis y aportando además en cada caso, las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales correspondientes. Se intercalarán apartados con mayor carácter práctico, donde se analizan pronunciamientos jurisprudenciales tanto anteriores como posteriores a la entrada en vigor del anterior art. 183 bis CP.

Este análisis nos llevará finalmente, en el capítulo sexto, a la elaboración de las correspondientes propuestas de *lege ferenda*.

I.3.2. Fuentes.

Las fuentes utilizadas para la elaboración de la presente tesis son documentales y bibliográficas.

En el capítulo dedicado a los antecedentes se han empleado como documentación algunas recomendaciones del Consejo de Europa o Informes del Comité del Consejo de Europa como el titulado “*Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*” elaborado el 23 de noviembre de 2001 y, como especialmente relevantes para el objeto de estudio que nos ocupa, el Convenio nº 201

del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, la 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 que implicaba el deber de armonización de esa normativa comunitaria por parte del Estado español y que dio lugar a la creación de la figura delictiva del *grooming* y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituyó a la citada Decisión Marco y que fue la génesis de la modificación del artículo regulador del *grooming* en España.

Para explicar la génesis del delito de *grooming* se ha acudido al Boletín Oficial de las Cortes Generales para el estudio del Proyecto de reforma del CP de 22 de junio de 2010, LO 5/2010, de 22 de junio, los Anteproyectos de reforma del CP de 16 de julio de 2012, 11 de octubre de 2012, incluso el informe del Consejo Fiscal, del CGPJ y del Consejo de Estado al mismo, el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, y el Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013 y la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Ya he referido anteriormente el empleo que se ha hecho de estadísticas y estudios de carácter fundamentalmente sociológico sobre el uso de Internet por menores, vivencias de acoso por parte de éstos, características de los menores acosados etc. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran el estudio elaborado en 2002 por la asociación Protégeles y la organización ACPI (Acción contra la pornografía infantil) para el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid titulado “Seguridad infantil y costumbres de los menores en Internet”²⁵, el trabajo realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) publicado en 2009 titulado “Hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y confianza de sus padres”²⁶, el informe del Defensor del Pueblo de 2010 titulado “Programación y contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores

²⁵ Disponible en www.protegeles.com/docs/estudio_internet.pdf.

²⁶ Disponible en https://www.incibe.es/CERT/guias_estudios/Estudios/Estudio_ninos.

sobre la protección de sus derechos”²⁷, el informe elaborado por el Observatorio de la Infancia de Andalucía titulado “Uso de las nuevas tecnologías por la infancia y la adolescencia: informe 2010”²⁸ o el estudio de *Save the children* elaborado en 2013 titulado “Acoso escolar y ciberacoso – Propuesta para la acción”²⁹.

Para el estudio del derecho comparado, se ha recurrido a artículos doctrinales de diferentes autores que hacen referencia a las legislaciones de otros países, para a partir de aquellas, contrastarlos con los textos legales correspondientes.

Como parte fundamental de las fuentes bibliográficas utilizadas se encuentra toda la doctrina científica penal española que estudia directamente la figura del *grooming* así como otros aspectos jurídicos relevantes relacionados con el mismo, como pudieran ser las técnicas policiales y periciales para la investigación del delito. Se trata de manuales y artículos de revistas bien en soporte físico o bien en soporte digital, en este último caso obtenidos a través de Internet o bases de datos jurídicas.

Pero no solo se ha acudido a bibliografía de temática penal sino también, aunque en mucha menor medida, a otra de orden sociológico y/o psicológico, debido a las implicaciones que para el sujeto pasivo del delito presenta la victimización por el delito de *grooming*.

Junto a todo lo anterior, para afrontar el estudio del tema desde el punto de vista práctico que se propuso desde el inicio de la investigación, se han analizado exhaustivamente todas las resoluciones judiciales en las que se enjuiciaban conductas de *grooming* a las que por su fecha de comisión les era de aplicación el art. 183 bis CP introducido por la LO 5/2010: jurisprudencia de Juzgados de Menores, Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales y Tribunal Supremo. A fecha de finalización del presente trabajo, no existe aún jurisprudencia del TC al respecto.

²⁷ Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2010-11-Programacion_Tv_Internet.pdf.

²⁸ Disponible en www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/publicaciones_oia.aspx.

²⁹ Disponible en www.psie.cop.es/uploads/Acoso_escolar_y_ciberacoso_informe.pdf.

Por otro lado, como ya se ha referido, también se estudian algunas resoluciones judiciales en las que se enjuiciaban conductas que desde la introducción del delito de *grooming* en el CP tendrían encaje en dicha figura.

II. ANTECEDENTES.

II.1. Tratados internacionales y normativa europea.

La regulación de las conductas penalmente sancionables que se llevan a cabo en el ciberespacio supone una dificultad añadida para el legislador debido, en parte, al desconocimiento de ese medio. Sin embargo, la supraterritorialidad, característica fundamental de la red, y la necesidad de regular de forma homogénea en los diferentes países las materias referidas a los delitos cometidos a través de Internet, hacen conveniente una política internacional de bases con la consiguiente adaptación y desarrollo estatal³⁰. Es en este contexto en el que se articulan diferentes normativas a nivel supranacional.

II.1.1. Normativa de referencia.

Por lo que se refiere al fenómeno del *grooming*, este ya había sido tratado tanto en la comunidad internacional como en las instituciones europeas con mucha anterioridad a su inclusión en la legislación penal española en diciembre de 2010. Así por ejemplo, a nivel mundial podemos destacar el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños celebrado en Estocolmo en agosto de 1996, el Congreso de Yokohama en 2001 y el Tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes celebrado en Río de Janeiro en noviembre de 2008. Este último aconsejaba a todos los Estados emprender acciones para prevenir y detener la pornografía infantil y la utilización de Internet y de las TIC para la preparación de niños para el abuso virtual o físico y para producción y difusión de pornografía infantil.

A nivel mundial, tampoco podemos dejar de mencionar el art. 34 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y el Protocolo Facultativo de esta Convención, relativo a la venta de niños, la

³⁰ En este sentido se pronuncia FLORES PRADA, “Criminalidad informática”, p. 25.

prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España (BOE del 31 de enero de 2002). El artículo 19 de la Convención establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, tratando de forma expresa el abuso sexual en su art. 34.

A nivel europeo, desde el Consejo de Europa se han venido proponiendo desde hace años algunas recomendaciones para intentar procurar de forma preventiva la seguridad de los menores tanto de forma general como en el uso de Internet. Así, entre otras, podemos citar la Recomendación 1065 (87) de la Asamblea Parlamentaria, relativa al tráfico de niños y otras formas de explotación infantil, la Recomendación 91 (11) del Comité de Ministros sobre explotación sexual, pornografía y tráfico de niños y jóvenes, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, la Recomendación (2001) 16, sobre la protección de niños contra la explotación sexual, la Recomendación (2001) 18 relativa a la autorregulación de los contenidos cibernéticos (autorregulación y protección de usuarios contra los contenidos ilegales o dañinos de los nuevos servicios de comunicación e información), la Recomendación (2006) 12 sobre capacitación de los niños en el nuevo escenario de la información y de la comunicación, la Recomendación CM/Rec (2007) 16 sobre medidas para promover el valor de servicio público de Internet, la Recomendación CM/Rec (2008) 6 sobre medidas para promover el respeto a la libertad de expresión e información en atención a los filtros de Internet o la Recomendación CM/Rec (2009) 5 sobre medidas para proteger a los niños de contenidos y comportamientos dañinos y para promover su participación activa en el nuevo escenario de la información y las comunicaciones. Destaca, por su importancia respecto al tema que se trata en este trabajo, la Convención Europea sobre protección de los niños contra la explotación sexual y el abuso sexual realizada en Lanzarote el 25 octubre 2007, también denominada Convenio de Lanzarote (Instrumento de ratificación: BOE 12 de noviembre de 2010).

Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea cabe citar la Acción Común del Consejo 96/700/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños de fecha 29 de noviembre de 1996, la Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños, la Decisión 2000/375/JAI de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet y la 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, también esta de especial importancia por la influencia que tuvo para la introducción del delito de *grooming* en la legislación española.

La estrategia que se propone en el conjunto de estos textos para garantizar la seguridad de los menores en la utilización de las TIC se basa en la enseñanza de herramientas de alfabetización digital a aquellos, a sus padres y a los docentes así como en la educación de los menores en los valores de los derechos humanos, en la creación de sistemas de etiquetamiento de los contenidos y de calidad de los mismos, en el desarrollo de sistemas de filtrado, en el establecimiento de sistemas de quejas o de denuncia de contenidos y en la promoción de los códigos de autorregulación entre sus principales actores³¹.

Ya en la Recomendación Rec (2001) 16 del Consejo de Europa³² citada anteriormente, se contemplaba la obligación de castigar ciertos actos preparatorios relacionados con la pornografía infantil, como la adquisición y posesión de la misma. Ello a diferencia de lo establecido en el art. 16 del Convenio del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001³³, que dejaba a los Estados la facultad de no penalizar dichas conductas. Sobre este tema, el Convenio de Lanzarote otorgaba a los Estados el derecho a no incriminar la posesión de material pornográfico infantil consistente en representaciones simuladas,

³¹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 211-212, con ulteriores referencias y FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, pp. 188-189.

³² Véase texto de la Recomendación en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=234247>.

³³ Puede verse el texto de dicho Convenio en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>.

imágenes de un menor no existente o en el caso de que fueran imágenes producidas por los propios menores con su consentimiento y fueran para uso particular.

El *grooming* propiamente dicho fue uno de los asuntos específicamente tratados por el Comité del Consejo de Europa en el informe “*Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*” elaborado el 23 de noviembre de 2.001.

Por otro lado, como ya hemos adelantado, afectando a los Estados miembros de la Unión Europea, la 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, implicaba el deber de armonización de esa normativa comunitaria por parte España. No obstante, cabe destacar que, si bien la misma exigía la adopción de medidas por parte de los Estados miembros para castigar determinadas conductas relacionadas con la prostitución y la pornografía infantil (incluida la pornografía virtual o la realista), no recogía ninguna conducta que se correspondiera con el contenido del art. 183 bis del CP, coincidente en gran parte con el actualmente vigente 183 ter 1 CP o *child grooming*. Así, en su art. 3, dedicado a las infracciones relacionadas con la pornografía infantil, establecía la obligación de cada Estado miembro de adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales, realizadas mediante sistemas informáticos o no, cuando se cometan sin derecho: a) producción de pornografía infantil; b) distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; c) ofrecimiento o suministro de pornografía infantil; d) adquisición o posesión de pornografía infantil.

Podemos ver por tanto, que la Decisión Marco no abordó expresamente la cuestión del *grooming* aun cuando pudiera considerarse que esta tiene cabida en el listado de infracciones que menciona; en concreto, dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños, la coacción, captación o explotación de cualquier otro modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza, o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niño y, dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil, su producción por medios

informáticos³⁴. De hecho, se debe destacar que cuando la LO 5/2010 fue publicada, ya se preveía la futura derogación de la citada Decisión Marco al haberse aprobado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de 29 de marzo de 2010.

Por contraste, y como ya hemos adelantado, sí encontramos referencia a comportamientos de acoso a menores a través de la red en el art. 23 del Convenio nº 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y ratificado por España el 22 de julio de 2010³⁵. En el citado precepto se obligaba a los Estados parte, entre los que está España, a criminalizar la comunicación llevada a cabo por adultos a través de medios de comunicación/información, siempre que dicha comunicación consista en la proposición a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento de relaciones sexuales según la normativa vigente en cada ordenamiento, a tener un encuentro, exista la finalidad de cometer algún acto constitutivo de agresión o abuso sexual o producción de pornografía infantil y la propuesta haya sido seguida de actos materialmente conducentes a conseguir dicho encuentro.

Según el citado convenio en su art. 18, se entiende por abuso sexual la práctica de actividades sexuales con un menor que, de conformidad con la legislación nacional, no haya alcanzado la edad para prestar consentimiento válido a

³⁴ En este sentido se pronuncia VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 5.

³⁵ Artículo 23 del Convenio de 25 de octubre de 2007: “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”.

“*Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting*”.

El art. 18.1 a) es el relativo a los abusos sexuales y el art. 20.1 a) a la pornografía infantil.

dicho tipo de relaciones; la participación en actividades sexuales con un niño cuando para ello se haya empleado coacción, fuerza o amenazas, cuando se abuse de una situación de confianza, autoridad o influencia, incluso dentro de la familia, o cuando se abuse de una situación de especial vulnerabilidad del menor, en especial en aquellos supuestos de discapacidad mental o física o situación de dependencia.

En cuanto a la pornografía infantil, el Convenio la define en sus arts. 19 y ss. como cualquier material que represente de manera visual a un niño en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, y toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines primordialmente sexuales. Recomienda en este sentido, la penalización de las actividades de producción, ofrecimiento, distribución, transmisión o posesión de pornografía infantil, adquisición de la misma para sí o para otra persona y la obtención, a sabiendas, de pornografía infantil a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

Por tanto, como se puede comprobar, con la aprobación de la LO 5/2010 de 22 de junio, el legislador se adelantó en el cumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud del Convenio de Lanzarote, pues este data del 25 de octubre de 2007, fue publicado en el BOE el 12 de noviembre de 2010 y entró en vigor el 1 de diciembre de ese año³⁶. Es por ello que puede resultar extraño que en el Preámbulo de la citada LO se hiciera referencia a la Decisión Marco 2004/68/JAI cuya derogación se preveía, como he explicado anteriormente, a raíz de la aprobación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía

³⁶ Destacan este hecho VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p.8 y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores”, pp. 3-4.

Según el primero de los autores, se aprovechó la trasposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI “ [...] para incorporar la expresa tipificación del ‘*child grooming*’ que, como se ha indicado, no se encontraba entre las conductas expresamente reflejadas por la Decisión Marco sino que derivaba de las previsiones que estableció el Convenio del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2007. Dado que tal Convenio no entró en vigor en España hasta el 1 de diciembre de 2010 su inclusión supuso un ejercicio de previsión ante las que habrían de ser futuras obligaciones del Estado en el momento de aprobarse la reforma penal”.

infantil, de 29 de marzo de 2010 y que además no hacía una mención expresa a *grooming* y no se hiciera referencia al Convenio de Lanzarote³⁷.

Otra de las omisiones del Preámbulo de la LO 5/2010 es la no mención de una normativa que afecta a la figura del *grooming* y que forma parte del ordenamiento jurídico español. Se trata del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, elaborado en Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por España por instrumento de 5 de diciembre de 2011³⁸. En la misma se instaba a los Estados a crear figuras delictivas con adelantamiento de la barrera punitiva, recomendando en su art. 3 la tipificación autónoma de la inducción, la complicidad y la tentativa³⁹.

El Parlamento Europeo, en la Recomendación de 3 de febrero de 2009 destinada al Consejo, sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (36), instó la revisión de la Decisión Marco 2004/68/JAI, solicitando su adaptación al contenido de la Convención Europea, requiriendo además mayor atención a las actividades a través de Internet, penalizando el acercamiento a menores y la práctica de actividades sexuales con menores de dieciocho años cuando medie entrega de dinero, remuneración o recompensa. Como consecuencia de ello, la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil sustituyó a la Decisión Marco 2004/68/JAI.

Apunta Hernández Guerrero, que la Directiva constituye un instrumento normativo de aplicación conjunta con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo,

³⁷ Especialmente crítico con esta formulación de la Exposición de Motivos de la Ley se muestra NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 187-189, además de con el hecho de que la legislación española no haya respetado las previsiones del Convenio de Lanzarote en cuanto al sujeto activo y la penalidad para el delito de *grooming*.

³⁸ Llama la atención sobre este hecho BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La reforma 5/2010”, p. 2.

³⁹ Artículo 3.2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales⁴⁰.

La citada Directiva 2011/93/UE persigue la adopción de un enfoque común referido a los abusos sexuales, explotación sexual de los menores y pornografía infantil, en tres ámbitos: normas mínimas sobre la definición de infracciones penales y sus respectivas sanciones, protección de los menores víctimas de estos delitos y la prevención del fenómeno⁴¹. El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva, según su art. 1, se extiende a los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

En consecuencia, la trasposición en España de la Directiva ha supuesto importantes modificaciones en la regulación del *grooming* que, tras la reforma operada en el CP por LO 1/2015, pasa a regularse en el art. 183 ter.

Como conclusión de todo lo anterior podemos decir que actualmente la normativa que enmarca la actuación legislativa contra el *grooming* desde el ámbito europeo está constituida por el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual o Convenio de Lanzarote, de 25 de octubre de 2007 y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

⁴⁰ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, pp. 504-505.

⁴¹ En este sentido, RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva”, p. 231.

II.1.2. Normativa específica: Convenio de Lanzarote y Directiva 2011/93/UE. Prevención del delito y protección de las víctimas en la delincuencia sexual con víctimas menores.

Debido a la importancia que presentan para la regulación del delito de *grooming* en la legislación española el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, en el presente apartado haré una breve descripción de los mismos, no respecto de las obligaciones de incriminación que contienen, sino centrando la atención en las medidas para la prevención del delito y la protección de las víctimas que proponen, ya que siguiendo a Villacampa Estiarte, podemos decir que el abordaje general de la delincuencia sexual con víctimas menores ha pasado de ser de carácter crimiocéntrico a victimocéntrico, al igual que ha ocurrido con el delito de trata de seres humanos, ya que actualmente se fija más la atención en proteger los derechos de las víctimas que en la incriminación de conductas, buscando, junto a la persecución del delito, los fines de prevención y protección⁴². Estas finalidades se presentan de forma más evidente en el Convenio de Lanzarote que en la Directiva 2011/93/UE⁴³.

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 663-665. Destaca la autora que en varios apartados del Convenio de Lanzarote y de la Directiva 2011/93/UE queda de manifiesto la necesidad de centrar la atención en los derechos humanos de las víctimas, buscando la incriminación de conductas pero también previniendo su comisión y protegiendo a aquellas.

En el caso del Convenio, su preámbulo dice en su último párrafo: “Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños, y que establezca un mecanismo de seguimiento específico”. Asimismo en el art. 1.1 se reconocen expresamente las finalidades de prevención y protección. Así, dice, “El presente Convenio tiene por objeto: a) Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños; b) proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual; c) promover la cooperación internacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños”.

Por su parte, la Directiva 2011/93/UE en su Considerando (6) dice: “Los delitos graves como la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil exigen la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. El interés superior del menor debe ser la consideración principal a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos [...]”.

⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 133. Recoge también esta consideración de la autora RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva”, p. 231.

Dentro del Convenio de Lanzarote se incluyen como medidas de prevención secundaria la obligación para los Estados Parte de adoptar medidas legislativas o de otro tipo de sensibilización y formación sobre explotación y abuso sexual de menores a personas que tienen contacto habitual con éstos en los sectores de educación, sanidad, protección social, justicia y fuerzas del orden, ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio, además de medidas que impidan que personas condenadas por delitos de abuso y explotación de menores puedan entrar en contacto con niños⁴⁴. Se contempla igualmente la formación a las posibles víctimas de manera que los niños reciban información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual a los que están expuestos haciendo especial hincapié en los que se presentan a través de las TIC, así como sobre los medios y estrategias con las que cuentan para protegerse de dichos riesgos⁴⁵. También se promueve la introducción de programas que puedan ser ofrecidos, sin carácter preceptivo, a posibles delincuentes para la prevención de la comisión de delitos sexuales contra menores⁴⁶.

⁴⁴ Art. 5 del Convenio de Lanzarote: “Contratación, formación y sensibilización de las personas que trabajan en contacto con niños.

1. Cada Parte adoptará todas las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen un contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio.

2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para garantizar que las personas a que hace referencia el apartado 1 posean conocimientos adecuados acerca de la explotación y el abuso sexual de los niños, de los medios para detectarlos y de la posibilidad prevista en el apartado 1 del artículo 12.

3. Cada Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las condiciones de acceso a las profesiones cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con niños garanticen que los aspirantes a ejercer dichas profesiones no hayan sido condenados por actos de explotación o abuso sexual de niños”.

⁴⁵ Art. 6 del Convenio de Lanzarote: “Educación de los niños. Cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que los niños reciban, durante su educación primaria y secundaria, información sobre los riesgos de explotación y abuso sexual, así como sobre los medios para protegerse, adaptada a su etapa evolutiva. Esta información, proporcionada, en su caso, en colaboración con los padres, se inscribirá en el contexto de una información de carácter más general sobre la sexualidad y prestará especial atención a las situaciones de riesgo, especialmente las derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”.

⁴⁶ Art. 7 del Convenio de Lanzarote: “Programas o medidas de intervención preventiva. Cada parte velará por que las personas que teman que puedan cometer uno de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio tengan acceso, en su caso, a programas o medidas de intervención eficaces dirigidos a evaluar y a prevenir el riesgo de que se cometan dichos delitos”.

Como medidas de prevención primaria se encuentran la información o campañas de sensibilización dirigidas al público en general⁴⁷, la participación de los niños, sector privado, medios de comunicación y sociedad civil en programas públicos relacionados con la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños⁴⁸ así como la coordinación entre organismos y la designación de autoridades que aseguren el éxito de los proyectos⁴⁹.

En cuanto a las medidas de prevención contenidas en la Directiva 2011/93/UE, debemos decir que son bastante coincidentes con las anteriores. Así, en

⁴⁷ Art. 8 del Convenio de Lanzarote: “Medidas destinadas al público en general.

1. Cada Parte promoverá u organizará campañas de sensibilización para informar al público en general sobre el fenómeno de la explotación y el abuso sexual de los niños y sobre las medidas preventivas que pueden adoptarse.
2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para prevenir o prohibir la difusión de materiales que hagan publicidad de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”.

⁴⁸ Art. 9 del Convenio de Lanzarote: “Participación de los niños, el sector privado, los medios de comunicación y la sociedad civil.

1. Cada Parte fomentará la participación de los niños, según su etapa evolutiva, en la elaboración y aplicación de las políticas, programas u otras iniciativas públicas relacionadas con la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños.
2. Cada Parte alentará la participación del sector privado, en particular el sector de las tecnologías de la información y la comunicación, la industria de viajes y turismo, los sectores bancario y financiero, así como de la sociedad civil, en la elaboración y aplicación de las políticas para la prevención de la explotación y el abuso sexual de los niños, y en el establecimiento de normas internas mediante la autorregulación y la corrección.
3. Cada Parte instará a los medios de comunicación para que faciliten información apropiada acerca de todos los aspectos de la explotación y el abuso sexual de los niños, dentro del respeto a la independencia de los medios y la libertad de prensa.
4. Cada Parte promoverá la financiación, inclusive, en su caso, mediante la creación de fondos, de los proyectos y programas realizados por la sociedad civil con vistas a prevenir y proteger a los niños contra la explotación y el abuso sexual”.

⁴⁹ Art. 10 del Convenio de Lanzarote: “Medidas nacionales de coordinación y colaboración.

1. Cada parte adoptará las medidas necesarias para garantizar la coordinación a nivel nacional o local entre los distintos organismos responsables de la protección de los niños y de la prevención y lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños, en particular en los sectores de la educación y la sanidad, los servicios sociales, las fuerzas del orden y las autoridades judiciales.
2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para crear o designar:
 - a) Instituciones nacionales o locales independientes competentes para la promoción y protección de los derechos del niño, garantizando que estén dotadas de recursos y de responsabilidades específicos;
 - b) Mecanismos de recogida de datos o puntos de contacto, a nivel nacional o local y en cooperación con la sociedad civil, a efectos de observar y evaluar el fenómeno de la explotación y el abuso sexual de los niños, dentro del debido respeto a las exigencias de protección de los datos de carácter personal.
3. Cada Parte fomentará la cooperación entre los poderes públicos competentes, la sociedad civil y el sector privado, a fin de mejorar la prevención y la lucha contra la explotación y el abuso sexual de los niños”.

su artículo 23, se contempla la realización de campañas de sensibilización en cooperación con la sociedad civil, la formación de los profesionales y la creación de programas de intervención preventiva para posibles delincuentes⁵⁰. No obstante lo anterior, debemos destacar la especial relevancia que la Directiva otorga, en contraste con el Convenio de Lanzarote, a las medidas para conseguir la disuasión de la demanda y en contra de la publicidad (art.23.1), así como las propias para evitar la difusión de publicidad sobre oportunidades para cometer abusos sexuales y turismo sexual infantil, a pesar de que esta última medida no se contempla en el apartado de prevención de la norma sino en un artículo diferente⁵¹.

En cumplimiento de esos objetivos de prevención, en España se aprobó el III Plan de Acción contra la Explotación Sexual de la Infancia y la Adolescencia 2010-2013, de 20 de diciembre de 2010⁵², en el que uno de los objetivos fundamentales es precisamente dar a conocer la problemática del abuso y explotación sexual a fin de poder emprender la lucha contra la misma. A partir de las conclusiones de las diferentes investigaciones, se hace factible el diseño de campañas de sensibilización y prevención dirigidas a diferentes sectores como familias, sistema educativo, sanitario, turístico, judicial, medios de comunicación etc. Asimismo, se promueve la

⁵⁰ Art. 23 de la Directiva 2001/93/UE: “Prevención.

1. Los Estados miembros adoptarán medidas apropiadas, como la educación y la formación para desalentar y disminuir la demanda, que es el factor que favorece todas las formas de explotación sexual de los menores.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas, incluso por medio de Internet, como campañas de información y concienciación, programas de investigación y educación, cuando proceda en cooperación con las correspondientes organizaciones de la sociedad civil y otras partes interesadas, destinadas a concienciar y reducir el riesgo de que los menores sean víctimas de abusos o explotación sexual.

3. Los Estados miembros fomentarán la formación periódica de los funcionarios, incluidos los funcionarios de policía de primera línea, que puedan estar en contacto con los menores víctimas de abusos o explotación sexual, con el objeto de que puedan identificar a los menores víctimas y a las víctimas potenciales y ocuparse de ellas”.

⁵¹ Art. 21 de la Directiva 2001/93/UE: “Medidas contra la publicidad sobre oportunidades para cometer abusos y turismo sexual infantil.

Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para evitar o prohibir:

a) la difusión de publicidad sobre oportunidades de cometer cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6, y

b) la organización para terceros, sea o no con fines comerciales, de viajes orientados a cometer cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 5”.

⁵² Disponible en <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/IIIPlanContraExplotacion.pdf>.

formación de profesionales que intervienen con niños en todos los ámbitos, tanto en temas relativos a la explotación sexual como de la infancia en general.

Como ya se ha expuesto anteriormente, el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE contemplan además de las medidas de prevención, una serie de medidas de protección a la víctima, con varias finalidades, una de las cuales es la evitación de la victimización secundaria en un proceso penal.

Concretamente, el capítulo cuarto del Convenio de Lanzarote se dedica a las medidas de protección y asistencia a las víctimas. Parte del establecimiento de unos principios que implican que cada Estado debe instaurar programas sociales y estructuras pluridisciplinarias de apoyo a las víctimas, a sus parientes y a las personas a cuyo cargo se encuentren, además de adoptar medidas legislativas o de otro tipo para la concesión de protección y asistencia en casos de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima, cuestión esta última que también se aborda en el art. 18.3 de la Directiva⁵³.

Por otro lado, en el Convenio de Lanzarote se establecen unas medidas concretas para la detección de víctimas, cuestión esta que no es tratada en la Directiva 2011/93/UE. En concreto se trata de la creación de legislación u otro tipo de estrategias que permitan que las normas de confidencialidad de determinadas profesiones no obstaculicen la comunicación de la existencia de posibles menores víctimas de explotación o abuso sexual. Se persigue igualmente alentar la comunicación a los servicios competentes del conocimiento o sospecha de los referidos casos por parte de cualquier persona (art. 12).

⁵³ Art. 18 de la Directiva 2011/93/UE: “Disposiciones generales sobre las medidas de asistencia, apoyo y protección a los menores víctimas:

1. Los menores víctimas de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 recibirán asistencia, apoyo y protección, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 19 y 20, habida cuenta del interés superior del menor.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se presta al menor asistencia y apoyo en cuanto las autoridades competentes tengan indicios razonables para suponer que puede haber sido objeto de alguna de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7.

3. Los Estados miembros garantizarán que, cuando la edad de una persona que haya sido víctima de una infracción contemplada en los artículos 3 a 7, sea incierta y existan razones para creer que es un menor, dicha persona sea considerada como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia, apoyo y protección de conformidad con los artículos 19 y 20”.

Los servicios de ayuda vienen regulados en el art. 13 del Convenio de Lanzarote, en el que se determina que cada parte adoptará medidas legislativas o de otro tipo para fomentar y apoyar la creación de servicios de información, como líneas de asistencia telefónica o por Internet, para prestar asesoramiento a los llamantes, incluso confidencialmente o respetando su anonimato.

Finalmente, en su art. 14, establece las concretas medidas de asistencia a las víctimas, a corto y a largo plazo, en aras a conseguir su recuperación física y psicosocial, determinando la obligación de los Estados de cooperar con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones competentes y otros elementos de la sociedad civil que participen en la asistencia a las víctimas y la adopción de medidas legislativas y de otro tipo para que las personas próximas a aquellas reciban asistencia terapéutica. Por último, también se contempla que en caso de que los progenitores o personas a cuyo cargo esté el menor víctima estén implicados en la explotación o abuso sexual de este, se podrán adoptar medidas de alejamiento.

Las anteriores medidas son bastante coincidentes con las establecidas en la Directiva, debiendo destacar como elemento diferencial en esta el hecho de que recoge explícitamente la necesidad de realizar evaluaciones individuales de las circunstancias especiales de cada menor, teniendo en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses, con la finalidad de determinar sus necesidades de asistencia así como que la prestación de la ayuda se llevará a cabo siempre, independientemente de la disposición del menor a cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio⁵⁴.

⁵⁴ Art. 19 de la Directiva 2011/93/UE: “Asistencia y apoyo a las víctimas.

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la asistencia y el apoyo a las víctimas antes, durante y por un período de tiempo adecuado después de la conclusión del proceso penal a fin de que puedan ejercer los derechos establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI, y en la presente Directiva. Los Estados miembros adoptarán en especial las medidas necesarias para asegurar la protección de los menores que comuniquen casos de abusos sufridos dentro de su propia familia.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la asistencia y apoyo al menor víctima no se supediten a su voluntad de cooperar en la investigación penal, la instrucción o el juicio.

3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las medidas específicas destinadas a asistir y apoyar a los menores víctimas en el disfrute de sus derechos en virtud de la presente Directiva se adopten tras una evaluación individual de las circunstancias

Ya por último, aparecen contempladas, tanto en el Convenio de Lanzarote (art. 31)⁵⁵ como en la Directiva 2011/93/UE (art. 20)⁵⁶, una serie de medidas de

especiales de cada menor víctima y tengan debidamente en cuenta sus opiniones, necesidades e intereses.

4. Se considerará que los menores víctimas de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 son víctimas especialmente vulnerables con arreglo al artículo 2, apartado 2, el artículo 8, apartado 4, y el artículo 14, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220/JAI.

5. Los Estados miembros, siempre que sea posible y conveniente, adoptarán medidas para prestar asistencia y apoyo a la familia del menor víctima en el disfrute de los derechos conferidos por la presente Directiva cuando la familia se encuentre en el territorio del Estado miembro. En particular, los Estados miembros aplicarán a la familia, siempre que sea conveniente y posible, el artículo 4 de la Decisión marco 2001/220/JAI”.

⁵⁵ Art. 31 del Convenio de Lanzarote: “Medidas generales de protección.

1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas, especialmente en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y actuaciones penales, en particular:

a) informándoles de sus derechos y de los servicios a su disposición y, a menos que no deseen recibir esa información, del seguimiento de su denuncia, los cargos imputados, el desarrollo general de la investigación o el procedimiento y su papel en el mismo, así como la resolución dictada;

b) velando por que, al menos en los casos en que las víctimas o sus familias puedan estar en peligro, se informe a las mismas, si es necesario, de la puesta en libertad temporal o definitiva de la persona enjuiciada o condenada;

c) ofreciéndoles, de manera compatible con las normas procesales del derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de aportar elementos de prueba y de elegir los medios para que se expongan, directamente o por un intermediario, sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones y se examinen los mismos;

d) prestándoles los servicios de apoyo apropiados, de manera que se expongan y se tengan debidamente en cuenta sus derechos e intereses;

e) protegiendo su intimidad, su identidad y su imagen, y adoptando medidas, de conformidad con el derecho interno, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación;

f) salvaguardándolas a ellas, a sus familias y a los testigos de cargo de cualquier intimidación, represalia o nueva victimización;

g) velando por que las víctimas y los autores de los delitos no tengan contacto directo en las dependencias judiciales o de las fuerzas del orden, a menos que las autoridades competentes decidan otra cosa en el interés superior del niño o por necesidades de la investigación o del procedimiento judicial.

2. Cada Parte garantizará a las víctimas, desde su primer contacto con las autoridades competentes, el acceso a la información sobre las correspondientes actuaciones judiciales o administrativas.

3. Cada Parte garantizará a las víctimas, de forma gratuita cuando esté justificado, el acceso a asistencia letrada cuando las mismas puedan actuar en calidad de partes en el procedimiento penal.

4. Cada Parte preverá la posibilidad de que las autoridades judiciales designen a un representante especial para la víctima cuando, en virtud del derecho interno, la misma pueda actuar en calidad de parte en el procedimiento penal y los que ejerzan la patria potestad sean privados de la facultad de representarla en dicho procedimiento como consecuencia de un conflicto de intereses con ella.

5. Cada Parte preverá, mediante medidas legislativas o de otro tipo y con arreglo a las condiciones que establezca el derecho interno, la posibilidad de que grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales asistan y/o apoyen a las víctimas, con su consentimiento, durante las actuaciones penales relativas a los delitos tipificados según lo dispuesto en el presente Convenio.

6. Cada Parte velará por que la información proporcionada a las víctimas de conformidad con las disposiciones del presente artículo se facilite de una manera adaptada a su edad y a su grado de madurez, y en una lengua que puedan comprender”.

protección de las víctimas en el ámbito del procedimiento judicial. Entre ellas, por ejemplo, debe procurárseles información comprensible sobre sus derechos y servicios a su disposición, el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando sea procedente, derecho a ser oídos y proponer pruebas así como a tener conocimiento del desarrollo del procedimiento incluso la puesta en libertad del enjuiciado o condenado en caso de que la víctima o sus familiares puedan correr peligro, la adopción de medidas para que la víctima pueda estar asistida en el procedimiento por organizaciones, fundaciones o asociaciones o la adopción de medidas para que no se produzca el contacto directo entre la víctima y el denunciado.

⁵⁶ Art. 20 de la Directiva 2011/93/UE: “Protección de los menores víctimas en las investigaciones y procesos penales.

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones y procesos penales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, las autoridades competentes designen a un representante especial del menor víctima cuando, en virtud de la legislación nacional, los titulares de la responsabilidad parental no estén autorizados para representar al menor en el procedimiento judicial a causa de un conflicto de intereses entre ellos y el menor víctima, o cuando el menor no esté acompañado o esté separado de su familia.

2. Los Estados miembros garantizarán, de acuerdo con el estatuto de la víctima en su correspondiente ordenamiento jurídico, que los menores víctimas tengan acceso sin demora al asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar una indemnización. El asesoramiento jurídico o la representación legal serán gratuitos cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos.

3. Sin perjuicio de los derechos de la defensa, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones y procesos penales relativos a cualquiera de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7:

a) los interrogatorios del menor víctima se celebren sin demoras injustificadas tras la comunicación de los hechos a las autoridades competentes;

b) los interrogatorios del menor víctima tengan lugar, en caso necesario, en locales concebidos o adaptados a tal efecto;

c) los interrogatorios del menor víctima sean realizados por o mediante profesionales con formación adecuada a tal efecto;

d) las mismas personas, siempre que ello sea posible y conveniente, efectúen todos los interrogatorios del menor víctima;

e) el número de interrogatorios sea el menor posible y solo se celebren cuando sea estrictamente necesario para los fines de las investigaciones y procesos penales;

f) el menor víctima esté acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto elegido por él, salvo que por decisión motivada se haya excluido a esta persona.

4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en las investigaciones penales relativas a las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, todos los interrogatorios del menor víctima o, en su caso del testigo que sea menor, puedan ser grabados por medios audiovisuales. y que estas grabaciones audiovisuales puedan ser admitidas como prueba en el proceso penal, de conformidad con las normas de su Derecho nacional.

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en los procesos penales relativos a las infracciones contempladas en los artículos 3 a 7, se pueda ordenar:

a) que la audiencia se celebre a puerta cerrada;

b) que el menor víctima pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.

6. Cuando ello redunde en interés de los menores víctimas y teniendo en cuenta otros intereses primordiales, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger su intimidad, identidad e imagen, así como para impedir la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a su identificación”.

En relación con todo lo anteriormente expuesto, Villacampa Estiarte somete a comparación la Decisión Marco 2004/68/JAI con la Directiva 2011/93/UE, a fin de poner en la palestra ese viraje hacia el victimocentrismo, significando que en la primera se dedicaban menos preceptos a la protección de las víctimas que en el segundo⁵⁷.

A la vista del anterior análisis de la Directiva 2011/93/UE y del Convenio de Lanzarote respecto a las medidas de prevención del delito y de protección de las víctimas menores en la delincuencia sexual, podemos concluir que tanto las unas como las otras hacen referencia genérica a situaciones de abuso o explotación sexual sin que la figura del *grooming* o del empleo de Internet para la comisión de aquellos delitos tenga una presencia destacada salvo la previsión expresa en materia de prevención referida a la educación de menores sobre los riesgos a que se exponen a través de la red (art. 6 del Convenio de Lanzarote).

En definitiva, las medidas, si bien eran necesarias y resultan adecuadas teniendo en cuenta que ofrecen protección al menor, no tienen relación directa con el fenómeno del *grooming* de modo específico.

II.2. Política criminal y necesidad de introducción del delito de *grooming* en la legislación española.

II.2.1. Orientación político-criminal internacional en relación con los delitos sexuales contra menores.

Debemos encuadrar la introducción del delito de *grooming* en la legislación española dentro un marco internacional de elevada preocupación generalizada por la incidencia del abuso y explotación sexual de menores a través de Internet, cuyo germen, como bien explica Villacampa Estiarte, surgió en Estados Unidos en los

⁵⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 665. Resalta que en el caso de la Decisión Marco 2004/68/JAI se dedicaba únicamente el art. 9 a la protección de las víctimas mientras en la Directiva 2011/93/UE se dedican tres preceptos, que contienen disposiciones generales sobre medidas de asistencia, apoyo y protección (art. 18), forma en que se debe prestar asistencia y apoyo y su contenido (art. 19) y medidas de protección en el procedimiento penal (art. 20).

años 70 y se intensificó una década después⁵⁸. Así, la autora relaciona lo que denomina cruzada norteamericana contra los predadores sexuales, con la falacia de la sociedad victoriana centrada en la pureza de la infancia, que le atribuye a esta características compartidas con objetos sexualmente deseables como la suavidad, docilidad o la pasividad y que ha tenido como consecuencia la ampliación exagerada del concepto de pornografía, hasta el punto en que se ha llegado a afirmar, entre otras cosas, que los autores de delitos sexuales contra menores a través de la red terminan agrediendo sexualmente a aquellos. Califica la situación de pánico moral y, tomando como referencia a Marwick, dice que la reacción normativa norteamericana contra la delincuencia sexual presenta las cinco características propias de dicho fenómeno: preocupación social por determinadas conductas, hostilidad hacia los autores de las mismas que son vistos como enemigos y desviados, consenso en considerar la amenaza como real, seria y causada por el grupo de “los otros”, ausencia de proporcionalidad entre el grado de preocupación y las evidencias empíricas y volatilidad.

Tampoco podemos olvidar la influencia que ha tenido en la reacción normativa el tratamiento que los medios de comunicación han venido dando a diferentes casos de *child grooming* o incluso de *bullying*. Uno de los más importantes en Estados Unidos fue el caso de Julie Doe: una menor que fue agredida sexualmente tras haber quedado con un hombre a través de una red social.

La preocupación generada en EEUU por la incidencia de Internet y las nuevas tecnologías en los comportamientos que pudieran implicar a menores también tuvo como consecuencia que la fundación *Crimes Against Children Research Center*, perteneciente a la Universidad de New Hampshire, realizara varios estudios sobre victimización de menores en Internet. En el primero de ellos (*Youth Internet Safety Survey* o YISS-1), encargado por el Congreso y llevado a cabo con 1.501 participantes de entre diez y diecisiete años, se recogieron datos en los años 1999 y 2000. Los resultados decían que aproximadamente uno de cada cinco usuarios de Internet había recibido una solicitud sexual no deseada durante el año anterior a la

⁵⁸ Para una explicación extensa del origen de la política criminal norteamericana contra la delincuencia sexual contra menores, véase VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 79-84.

encuesta (tratándose en muchos casos de solicitud de cibersexo) y que en un 3% de la muestra, la solicitud incluía la propuesta de un encuentro presencial. Respecto a dichos datos debe destacarse que los jóvenes de más de 14 años fueron los más contactados frente a un 22% de víctimas de entre 10 y 13 años, si bien en este último grupo los menores resultaron más afectados o perturbados por la situación.

Tras la obtención de los anteriores resultados el propio estudio propugnó la incriminación de conductas de solicitud sexual a través de Internet.

Pasados cinco años, un nuevo estudio (YISS-2), trabajando con una muestra de 1.500 personas, revelaba que si bien se había producido un incremento de la victimización por exposición a material pornográfico o a acoso cibernético, las conductas de solicitud sexual a menores a través de la red habían disminuido, desde el 19% del año 2000 hasta el 13% en el año 2006. No obstante, lo que sí se incrementaba era el porcentaje de jóvenes que habían recibido solicitudes de un encuentro más allá de Internet: el 4% de los jóvenes frente al 3% en el año 2000. En este segundo estudio, en el 56% de los casos el solicitante pidió a las víctimas imágenes suyas, tratándose en un 27% de los casos peticiones de fotografías de contenido sexual. Nuevamente, pocos menores de 13 años recibieron solicitudes sexuales, centrándose el 90% de las mismas en menores de entre 13 y 17 años⁵⁹.

Por lo que respecta a los autores de las solicitudes sexuales, podemos destacar que en el YISS-1 solo el 24% de dichas solicitudes provenían de adultos mientras en el YISS-2 ese porcentaje ascendía hasta el 39%.

A pesar de la disminución de conductas de solicitud sexual entre el primer y el segundo estudio, el número de detenciones por estos casos aumentó, según consta en un estudio realizado por el propio *Crimes Against Children Research Center*, explicando dicha circunstancia no por el aumento de la actividad criminal, que como hemos visto no se daba, sino por el incremento de la actividad policial,

⁵⁹ Refleja dichos datos VILLACAMPA ESTIARTE, "Propuesta sexual telemática", pp. 651-653. También la misma autora en *El delito*, p. 57.

fundamentalmente en las *sting operations*, cuyo objetivo era localizar a predadores sexuales mediante la infiltración de agentes en la red creando perfiles de falsos adolescentes⁶⁰.

Dentro de este marco de preocupación por los abusos y explotación de menores a través de Internet, se trató también de identificar y catalogar a los predadores sexuales. El estudio Butner, elaborado por Michael L. Bourke y Andrés E. Hernández, pertenecientes a la Oficina Federal de Prisiones de los Estados Unidos fue publicado en diciembre de 2008 en la Revista de Violencia Familiar de EEUU. Realizado con la finalidad de correlacionar determinadas conductas con la comisión de delitos que supongan una amenaza para la indemnidad sexual de los menores en la red, se analizaba la incidencia de delitos sexuales en personas condenadas por pornografía infantil (consumidores de pornografía infantil a través de Internet) y se pretendía estudiar si estas presentaban bajo riesgo de cometer delitos sexuales contra menores o si se trataba de delincuentes cuyos delitos en este ámbito no habían sido descubiertos aún a pesar de haber sido cometidos.

El estudio se llevó a cabo en la prisión federal de Butner (Carolina) con dos grupos de presos: un grupo de condenados por delitos de posesión, recepción o distribución de pornografía infantil que no tenían antecedentes penales por abusos sexuales sobre menores y un segundo grupo, constituido por personas condenadas por delitos relacionados con la pornografía infantil, que además contaban con antecedentes de abuso sexual sobre menores de edad.

Los autores llegaron a la conclusión de que entre el consumo de pornografía infantil y el abuso sexual sobre menores de edad existe una interacción compleja y recíproca de manera que los consumidores de aquel tipo de pornografía no limitan su comportamiento al visionado de sexo con menores sino que la mayoría de los condenados por delitos relacionados con la pornografía infantil a través de Internet son en realidad abusadores de niños. También concluyeron que la exposición a la pornografía infantil de los sujetos, así como el contexto tecnológico a través del cual

⁶⁰ Así lo explica VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 58-59.

habían llevado a cabo su comportamiento delictivo, producía el efecto de que llegaran a normalizar el protagonismo del menor en la sexualidad adulta, deshumanizando a los niños y desensibilizando al agresor respecto de las consecuencias victimizadoras sobre el menor de este tipo de conductas. Además éstos efectos eran incrementados en los casos de participación en alguna cibercomunidad, ya que estas proporcionan una validación social de la conducta y un fuerte apoyo al individuo⁶¹.

Consideraciones como las anteriores nos acercan a un derecho penal de autor, proscrito en el ordenamiento penal español, pese a lo cual llegan con mucha facilidad al sentir general, incrementando la sensación de desprotección del menor y su sexualidad en Internet y provocando la defensa de ideas como la expresada por Uriarte Valiente quien manifiesta que “La persona que disfruta sexualmente con la contemplación de imágenes que al común de la sociedad llegan a repugnar, tiene necesariamente que disfrutar también con la práctica de esos comportamientos, por lo que constituye un peligro real e inmediato contra la infancia. [...] Como consecuencia de lo anterior observamos que, hoy en día, prácticamente el 100% de los delincuentes que son acusados por delitos de agresión o abuso sexual sobre menores de edad, participan también de manera activa en distintos foros de intercambio de pornografía infantil [...] que cada vez con mayor frecuencia, se vienen dando casos de pederastas que se acercaron a esta inclinación a través del consumo de pornografía infantil en Internet; y que el desorbitado incremento de los casos de pornografía infantil en Internet está viniendo acompañado -como no podía ser de otro modo- de un paralelo incremento de los casos de acoso sexual a los menores de edad a través de Internet (grooming) y, en definitiva, de un aumento correlativo de los casos de abusos y agresiones sexuales a menores cuya evidencia, sin duda, podrá constatarse en los próximos años”⁶².

⁶¹ “*The ‘Butner Study’ Redux: A Report of the Incidence of Hands-on Child Victimization by Child Pornography*”, en <http://www.springerlink.com/content/c313832g17rt2850/>.

⁶² URIARTE VALIENTE, “Pornografía infantil”, pp. 28-29.

El autor, partiendo de las consideraciones del estudio Butner, mantiene que la difusión de pornografía infantil contribuye de manera directa y determinante a la realización de conductas de abuso y agresión sobre los menores de edad “[...] sustentando la desviación sexual de los pederastas mediante el consumo de pornografía infantil”; que el consumo y difusión de pornografía infantil está directamente relacionado con el abuso sexual directo sobre menores porque el consumo del material es el que genera su producción pero también porque la difusión se produce normalmente entre quienes ya han abusado de algún menor, reforzando su comportamiento y, además sirve para acercar a quienes contactan por primera vez con este tipo de material, a la pedofilia y a la pederastia, ambas íntima y directamente conectadas⁶³.

No obstante, como vengo diciendo, parece que la intranquilidad que existe es exagerada puesto que, como destaca Ramos Vázquez, en EEUU las estadísticas muestran que la cifra real de casos es insignificante al menos en relación con la preocupación social y del legislador. Añade el autor que la mayor parte de menores que aceptan solicitudes sexuales a través de la red están cercanos a la mayoría de edad y lo hacen voluntariamente y los que rechazan dicha solicitud no sufren estrés o trauma⁶⁴.

El exceso normativo en el que se incurre al regular penalmente algunas conductas en función de las sensaciones provocadas por los medios de comunicación y estudios como los anteriormente reflejados, tiene como consecuencia que las legislaciones anti pornografía infantil de EEUU suponen un riesgo para los propios menores o adolescentes a los que supuestamente tratan de proteger. Así, se han producido ya varios casos en los que se ha revictimizado a dichos menores, condenándoles por producir, dirigir y promover la pornografía infantil en supuestos

⁶³ URIARTE VALIENTE, “Pornografía infantil y proporcionalidad”, p. 5.

⁶⁴ RAMOS VÁZQUEZ, “Depredadores, monstruos”, pp. 219-220.

en los que a través de las nuevas tecnologías se han transmitido fotografías o imágenes de contenido sexual entre ambos miembros adolescentes de una pareja⁶⁵.

Respecto a otros países, podemos afirmar que ese empecinamiento de los políticos de EEUU en legislar para disminuir el riesgo que los pedófilos crean en la red, dentro de un marco de pánico moral, ha sido importado a Europa a través, inicialmente, de los países con tradición de *Common Law*, mediante una política criminal cada vez más globalizada. Esto se refleja no solo en sus legislaciones contra el *grooming*, que son producto de la reacción que en su momento provocaron determinados casos expuestos masivamente en los medios de comunicación, sino también en la normativa sobre detención preventiva de delincuentes sexuales y las leyes de registro, que obligan a dichos delincuentes a poner en conocimiento de la policía su identidad y ubicación⁶⁶.

Como resultado de todo lo anterior encontramos que el ámbito de la pornografía infantil y más en concreto de la que se produce y comparte a través de la red es uno de los campos en los que últimamente se ha producido una mayor tendencia a adelantar las barreras de punición, penalizando actos preparatorios⁶⁷: como ejemplo de ello tenemos la reciente introducción en el CP español de la figura de embaucamiento a menores a través de las TIC para obtener pornografía infantil (art. 183 ter 2 CP).

II.2.2. Política criminal y regulación del *grooming* en España.

Tal y como ya he adelantado, de la lectura del Preámbulo de la LO 5/2010 se deduce que, además de la necesidad de integrar la normativa europea en el Derecho Penal español, la introducción del delito de *grooming* y la creación dentro del Título VIII del Libro II del CP, de un nuevo Capítulo II (“De los abusos y agresiones

⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 114-241. La autora realiza una exposición de los casos más emblemáticos ocurridos en EEUU.

⁶⁶ Lo explica extensamente VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 98-113.

⁶⁷ En relación con ello véase SALVADORI, “Lucha contra la pornografía”, pp. 449-463.

sexuales a menores de trece años”) en el que aquel fue insertado, se debe a la percepción de una necesidad de incrementar el nivel de protección de las víctimas más indefensas, en concreto de la indemnidad sexual de los menores de trece años, por el mayor contenido del injusto que conllevan los ataques a la misma.

La percepción de que los delitos sexuales cometidos contra menores se han incrementado con la difusión de las nuevas tecnologías y más en concreto con el empleo masivo de Internet es más que evidente. Esta opinión se ha extendido incluso entre la doctrina y, así, no son pocos los autores que afirman que en los últimos años ha tenido lugar un aumento notable de los delitos contra la libertad sexual de los menores, entre otros, en el terreno del acceso a aquellos a través de las nuevas tecnologías para obtener información o imágenes relativas a su sexualidad⁶⁸, llegando incluso algún autor a hablar de una situación de prevalimiento tecnológico⁶⁹.

Por ejemplo, Muñoz Cuesta afirma que con la introducción del art. 183 bis el legislador pretendió dar respuesta a conductas que califica como frecuentes y fácilmente ejecutables por las posibilidades que ofrecen las TIC, para así proteger a los menores de trece años de los ataques que pudieran concretarse en un delito de la gravedad de los recogidos en el propio precepto⁷⁰.

Por su parte, la policía, la guardia civil y los medios de comunicación ofrecen datos insistiendo en la gran cantidad de delitos que se cometen a través de Internet

⁶⁸ Por todos, FLORES PRADA, “Criminalidad informática”, p. 238.

⁶⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, *Código Penal*, p. 1011-1012. El autor llega a afirmar que “La red social atrapa a los menores, según expertos psicólogos, les excita psicológicamente, explota, abre sus instintos, la búsqueda de su identidad, despierta su curiosidad, les lleva a explorar nuevas sensaciones y a vivir experiencias, les invita a exponerse a riesgos de los que muchas veces no son conscientes por su aún infantil ligereza, especialmente en fases comprometidas de desarrollo crítico o problemáticas, como lo son las propias de la prepubertad o pubertad cada vez más precoces o tempranas. Y en ese preciso contexto es en el que el seductor adulto capta la voluntad de la menor y la situación de superioridad y de prevalimiento se alimenta precisamente y se potencia con la fuerza atrayente que irradia la red social para, sirviéndose de la misma, lograr contactar con la víctima para finalmente conseguir, como depredador sexual, satisfacer sus apetencias e instintos primarios sexuales, en este caso no ya con una adolescente, sino con una niña de tan solo 12 años de edad”.

⁷⁰ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 136.

contra menores de edad⁷¹. En concreto, la influencia de los medios de comunicación en la percepción de incremento del peligro ante los acosadores que operan en la red es más que evidente. Así, destaca Villacampa Estiarte a modo de ejemplo, que en el periódico La Vanguardia, en un período de seis meses se publicaron dos noticias referidas a detenciones de pedófilos que entraban en contacto con sus víctimas a través de la red⁷², si bien podemos considerar que tampoco resulta tan elevada la cifra para un semestre.

Pero no solo lo anterior: El informe del Comité de Derechos del Niño de 3 de noviembre de 2010 que analiza el cumplimiento por parte de España de la Convención de Derechos del Niño de 1989, destacó el rápido crecimiento del uso de Internet y su influencia en la explotación sexual de los menores. En concreto decía lo siguiente:

“Explotación y abusos sexuales.

61. El Comité acoge con satisfacción los esfuerzos realizados por el Estado parte para combatir la explotación sexual comercial y los abusos sexuales, en particular el segundo Plan contra la Explotación Sexual Comercial de la Infancia y la Adolescencia (2006-2009). El Comité acoge además con satisfacción la puesta en marcha del Registro central de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes, que apoya las actividades de los órganos judiciales y facilita los contactos entre el sistema de registro español y la Unión Europea. Sin embargo, el Comité considera preocupante la información proporcionada por el Estado parte sobre el aumento en el número de víctimas de la explotación y los abusos sexuales, en parte debido al rápido crecimiento del uso de Internet. El Comité observa también con preocupación las dificultades en la coordinación de los datos sobre los abusos

⁷¹ Algunos de dichos datos son recogidos por DOLZ LAGO, “El nuevo delito”, pp. 3-5.

⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 674. Hace referencia a una noticia publicada el 17 de septiembre de 2013 sobre la detención en Sabadell de un pedófilo que, haciéndose pasar por una chica, solicitaba a través de *Facebook* a menores de entre diez y trece años, fotografías sin ropa y que se masturbaran. El 5 de enero de 2014 se publicaba una noticia referida a la detención en Murcia y Valencia de dos hombres que acosaban cibernéticamente a más de quinientos cincuenta menores a través de las redes sociales.

sexuales a causa de la falta de un sistema centralizado de registro de los casos de explotación y abusos sexuales a niños”.

Como puede comprobarse, la extensión del uso de Internet ha creado una preocupación generalizada por la protección de los menores en este medio, lo cual, como no podía ser de otro modo, ha sido reflejado por la doctrina⁷³ y ello a pesar de que, como destaca Villacampa Estiarte, el fenómeno del *grooming* no es nuevo ni está únicamente ligado a las nuevas tecnologías pues, de hecho, se produce también fuera del ámbito virtual. Es precisamente por la visibilidad que Internet dio al fenómeno por lo que la regulación del *grooming* comenzó precisamente una vez el mismo alcanzó la red, debido a que el peligro que representa ha sido “socialmente construido” bajo la citada influencia de los medios de comunicación social así como por los pánicos morales que han guiado a grupos de presión para impulsar la adopción de medidas legales⁷⁴. Vemos en este punto un origen de la normativa similar al que la autora relataba para el caso de EEUU.

En este clima de percepción de riesgo para los menores, la argumentación del Partido Popular para justificar la enmienda que ocasionó la introducción del delito de *grooming* en el CP por primera vez, decía que “Las nuevas tecnologías han supuesto la mayor dificultad de los padres para la vigilancia de las personas adultas con quienes sus hijos se relacionan. Internet permite que los menores de edad se relacionen, sin salir de una habitación, con cualquier desconocido de cualquier parte del mundo. En ocasiones, los pederastas actúan bajo el anonimato que proporciona esta red global. Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas.

⁷³ A título ilustrativo, extractamos lo reflejado por PIFARRÉ DE MONER, “Internet y redes sociales”, p. 41: “La entrada de los menores en este mundo constituye un ulterior problema de grandes dimensiones, porque son sujetos todavía no enteramente capaces de comprender el alcance actual y futuro de sus actos, lo que plantea el interrogante de cómo afrontar la natural desprotección de los menores en Internet, entorno que a menudo sus padres y educadores conocen de manera insuficiente y en el que no son capaces de protegerles ni de enseñarles a autoprotgerse, creando así un espacio de riesgo de especial relevancia en un medio del que tanto podrían beneficiarse”.

⁷⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 648.

Ello da lugar a nuevas formas delictivas como el ‘grooming informático’, esto es, el acoso a menores on line o ‘ciber-acoso’. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su víctima, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red”⁷⁵.

A pesar de todo lo dicho, debemos plantearnos que la idea de que la expansión de las nuevas tecnologías supone un mayor riesgo para la indemnidad sexual de los menores puede ser un planteamiento erróneo.

Como bien resalta Núñez Fernández, en relación con el bien jurídico protegido en el caso que nos ocupa, el peligro adicional que supone la expansión de las TIC es más cuantitativo (al haber más usuarios menores de edad aumenta la posibilidad de que éstos sean víctimas del *grooming*) que cualitativo. Basándose en las apreciaciones de Miró Llinares, explica que el acercamiento físico no puede equipararse al llevado a cabo a través de Internet o el teléfono, por varios motivos. En primer lugar porque el perfil psicológico de los sujetos activos que actúan en el ámbito físico y cibernético difiere, siendo los primeros personas que buscan la autogratisfación con necesidad de ejercitar poder, dominio y control y que suelen ser inconscientes del daño que producen, frente a lo cual, los que contactan con menores a través de la red presentan mayor empatía hacia sus víctimas y menos desviación sexual y distorsiones cognitivas. En segundo lugar, porque el acercamiento cibernético es menos peligroso pues suele dirigirse a menores de entre quince y diecisiete años que ya tienen experiencia en el campo sexual y respecto a los que se pretende mantener una relación consensuada, mientras que el

⁷⁵ Vid. Enmienda nº 351 – Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 18 de marzo de 2010. La redacción del artículo que se proponía, extendía la penalización al contacto con todos los menores de dieciocho años y no contenía referencia alguna a que la propuesta de encuentro tuviera que ir acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

acercamiento en el espacio físico se suele producir sobre menores de menos de trece años⁷⁶.

De hecho, un importante sector doctrinal ha puesto en duda que los datos criminológicos justificaran la creación de la nueva figura delictiva del *grooming*. Así, de forma acertada, Ramos Vázquez destaca que la anteriormente citada enmienda del Partido Popular no aportaba ningún dato de que en España hubiera sucedido lo que en ella se relataba, convirtiendo la propuesta en una auténtica petición de principio y se preguntaba si de verdad existía, como dato criminológico, una realidad de menores de 13 años que aceptaran un encuentro con un adulto con el que hubieran contactado vía Internet y que tuviera la intención de llevar a cabo sobre ellos algún tipo de delito sexual. Señalaba además el autor que ni siquiera en los discursos públicos reclamando la introducción del delito se mencionó ni un solo supuesto real que hubiera sucedido en España⁷⁷. Incluso, años después y tras la reforma del CP de 2015, sigue insistiendo el autor en que se ha legislado operando sobre la base del mito del depredador sexual. Además destaca que en la realidad se producen de forma generalizada envíos y recepción de imágenes de contenido sexual por menores de entre 10 y 16 años en España, quienes viven intensamente la sexualidad, circunstancia esta que no es tenida en cuenta por el legislador o que en caso de haberla tenido en cuenta, intenta controlar⁷⁸.

Debemos concluir que esta forma de legislar, en ausencia de datos criminológicos que respalden las reformas penales, es una de las consecuencias de la expansión del Derecho Penal y de las líneas generales de la política criminal española en los últimos tiempos. Cuerda Arnau habla expresamente de una tendencia criminalizadora y penalizadora que no se apoya en informes criminológicos; ni siquiera, a la inversa, en datos que acrediten *a posteriori* que el aumento del rigor de

⁷⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 181-185.

⁷⁷ RAMOS VÁZQUEZ, “Depredadores, monstruos”, pp. 219-220.

⁷⁸ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 435-437.

la norma penal ha tenido efectos positivos por lo que respecta a la reducción de la criminalidad⁷⁹.

Considero que la forma más adecuada de analizar si efectivamente existían en España datos reales de *grooming* que hicieran necesaria la penalización de tales conductas es el examen de los estudios y estadísticas que sobre ello pudieran existir con anterioridad a la introducción del delito en el CP e incluso con posterioridad, puesto que la reforma operada en el año 2015 ha mantenido la figura penal prácticamente en los mismos términos. En los siguientes apartados haré una exposición de los estudios que analizan tanto el uso que los menores hacen de Internet como los riesgos a los que se encuentran expuestos en dicho ámbito, especialmente en el campo de la sexualidad y tanto a nivel de Europa, al tratarse de estudios globales, como particularmente en España.

II.2.3. Datos criminológicos sobre *grooming* en Europa.

Si bien, como apunta Cugat Mauri, la mayoría de datos que se han manejado para medir la incidencia del *grooming* proceden de otros países⁸⁰, parece evidente que existen cifras que revelan la cada vez mayor implicación de los menores en intercambios comunicativos a través de Internet y las TIC y que también esos iniciales contactos virtuales conllevan en algunas ocasiones un posterior encuentro físico.

En el ámbito europeo, la Comisión Europea promovió el *Safer Internet Programme*⁸¹, que actualmente se encuentra en su cuarta edición, con la finalidad de sensibilizar y luchar contra el contenido ilegal y nocivo que a través de Internet

⁷⁹ CUERDA ARNAU, “La expansión”, p. 14.

⁸⁰ Así lo refiere acertadamente CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 1.

⁸¹ GARMENDIA, CASADO y JIMÉNEZ, “Oportunidades y riesgos”, p. 58, nos explican que las acciones del *Safer Internet Programme* están centradas, entre otras cosas, en la reducción de los contenidos ilegales en la red, la implantación de líneas de denuncia en los países europeos, el etiquetado de juegos electrónicos o las campañas de sensibilización dirigidas a niños, padres y profesores.

pueda llegar a los menores usuarios, a quienes se trata de proteger. Dentro de dicho programa también se vienen realizando estudios de investigación con la finalidad de conocer las conductas de los menores en la red y los riesgos a los que se exponen. En este contexto es donde se ubican los diferentes proyectos *EU Kids Online* que consisten en una red de investigación que ha creado una base de datos sobre el acceso, uso, oportunidades, riesgos y prácticas de seguridad relativas a Internet y las tecnologías digitales de los niños y niñas en Europa. Actualmente constan publicados dos informes y se halla en curso la elaboración de la tercera edición del proyecto (2011-2014), que a fecha de finalización del presente trabajo no consta publicado⁸².

La primera fase del proyecto se desarrolló entre 2006 y 2009. Según el informe elaborado, *EU Kids Online I*, el mayor riesgo que se produce para los menores mientras navegan por Internet es el generado por ellos mismos, que aportan información privada. Le sigue en segundo lugar el visionado de pornografía (encontramos esta conducta en cuatro de cada diez adolescentes). Y en tercer lugar el visionado de contenido violento (uno de cada tres adolescentes). En cuarto lugar se sitúa el *cyberbullying* o la recepción de mensajes sexuales no deseados. Y por último, el encuentro presencial con una persona que se conoce solo a través de Internet, con una incidencia del 9%. Como dice Villacampa Estiarte, esta última conducta puede ser propia del *grooming* en su fase más avanzada⁸³, a pesar de que como veremos, no será necesario que se llegue a producir un encuentro para que se entienda cometido el delito.

En la primera versión del estudio, los métodos empleados suponían una serie de limitaciones a la hora de interpretar los datos al no permitir hacer comparaciones entre proyectos y tampoco entre países. Por otro lado, la investigación quedaba obsoleta muy pronto por la rapidez de los cambios tecnológicos y sociales⁸⁴. Además

⁸² Toda la información disponible sobre el proyecto *EU Kids Online* se encuentra en la página web www.eukidsonline.net.

⁸³ Datos extraídos de VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 59-60, en el análisis que la autora hace del informe elaborado por *EU Kids Online* en 2009 realizado por Livingstone y Haddon.

⁸⁴ Destacan estas debilidades de la investigación GARMENDIA, CASADO y JIMÉNEZ, “Oportunidades y riesgos”, p. 59.

de ello, podemos comprobar que los datos no reflejan de forma precisa la prevalencia del fenómeno del *grooming*. Pese a todo, las cifras que arroja nos permiten concluir que no resulta tan elevado el porcentaje de menores que se sienten acosados o que quedan con personas que han conocido en la red, conductas estas que pueden formar parte de alguna de las fases del *online grooming*⁸⁵, lo que nos llevaría al menos a dudar de la necesidad de la introducción de dicha figura como delito en el CP de 2010.

Contrariamente a esta apreciación, hay autores que basándose en los mismos estudios, aseveran que se ha producido una extensión del *grooming*. Entre otros podemos citar a Rovira del Canto, quien destaca la evolución que han sufrido los conceptos de seguridad y privacidad entre los jóvenes al existir menos reticencias a compartir datos personales (70% perfil público, cuantos más amigos, mejor) a la vez que ha cambiado el concepto de “conocido”, deviniendo en otro totalmente aleatorio, todo ello complementado, según el autor, con la forma de utilizar Internet por los menores como una extensión de su vida real, con reserva activa de sus acciones y contactos con sus padres y tutores, y en muchos casos incluso reserva pasiva de éstos a conocer los contactos, relaciones y movimientos de sus hijos en la red. Sobre este último aspecto destaca que según los resultados del estudio del año 2010 de *EU Kids Online*, el 61% de los padres de niños/as que han conocido en la vida real personas contactadas *online* dicen que su hijo/a no lo ha hecho⁸⁶.

El segundo proyecto de investigación de la citada organización, llamado *EU Kids Online II*, fue desarrollado entre 2009 y 2011. En el mismo participaron veinticinco países europeos⁸⁷, en los que se entrevistó a 25.142 niños y niñas usuarios de Internet, de entre 9 y 16 años, así como a uno de sus padres. Su finalidad

⁸⁵ Habría que aplicar muchas cautelas al referirnos a dichas conductas como propias del delito de *grooming* pues no queda bien definido qué se entiende por acoso, y además, como tendremos ocasión de analizar más adelante, la consumación del delito tal y como se regula en España no requiere que se llegue a producir ningún encuentro físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

⁸⁶ ROVIRA DEL CANTO, “Ciberdelincuencia intrusiva”, p. 15.

⁸⁷ Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Rumanía, Suecia y Turquía.

era crear una base de datos que permitiera la comparación entre Estados sobre el uso de Internet en Europa, centrándose en el estudio de la disminución de la edad de acceso a la red, el uso de nuevos dispositivos móviles y las nuevas formas de comunicación.

Respecto a los riesgos a los que quedan expuestos los menores en su uso de Internet y lo que ello nos puede revelar sobre la incidencia del *grooming*, podemos destacar los siguientes datos:

El 23% de los entrevistados vio pornografía o contenidos sexuales en el año precedente a la entrevista, pero solo el 14% lo hizo *online*. Además, ver pornografía a través de la red es cuatro veces más probable en niños de 15 o 16 años que en menores de 9 o 10 años.

En cuanto al *bullying*, otro de los riesgos analizados, me parece interesante la reflexión que hacen Garmendia, Casado y Jiménez, poniendo de relieve la mayor incidencia del citado fenómeno vía *online* en los países en los que el *bullying* es más frecuente, independientemente de la penetración de Internet. Esto les lleva a concluir que “el *bullying online*, más que la consecuencia de una nueva tecnología, viene a ser una nueva versión de un viejo problema”⁸⁸.

La recepción de mensajes que traten sobre practicar sexo o imágenes de personas desnudas o practicando sexo se da en mayor medida en los menores de entre 15 y 16 años (22%) que entre los de 13 y 14 (14%) y en estos más que en el caso de los que tienen entre 11 y 12 años (7%).

Uno de los riesgos estudiados en el proyecto es el contacto con extraños, que se analizó a través de dos preguntas: si habían contactado por Internet con personas a las que no conocían en persona y si en alguna ocasión habían tenido un encuentro personal con alguien a quien solo conocían *online*. Los datos revelan que este segundo supuesto acontece en el 9% de los entrevistados (el 2% entre los menores de

⁸⁸ GARMENDIA, CASADO y JIMÉNEZ, “Oportunidades y riesgos”, p. 63.

9 y 10 años, el 4% en menores de 11-12 años, el 9% en niños de 13-14 años y el 16% en menores de 15 o más años) resultando relevante, así mismo, que el 57% afirmaban que la persona con quien se encontraron procedía de contactos en la red como parte de su círculo social (parientes o amigos de alguien a quien conocían personalmente).

A la vista de los datos puede concluirse que si bien es cierto que, como todos conocemos, la forma de comunicarse los jóvenes y menores ha sufrido una modificación, y que se han incrementado sus relaciones sociales *online*, los datos ofrecidos por el Proyecto *EU Kids Online* en modo alguno revelan que las conductas arriesgadas de éstos tengan lugar en un nivel tan alto que justifique la introducción de la figura del *grooming* en la legislación penal. No obstante, debo matizar que dichos estudios no tratan sobre la prevalencia del *grooming* de forma expresa, por lo que sería deseable que se realizaran investigaciones en este sentido para poder contar con datos que reflejen la realidad de lo que ya ha sido penalmente tipificado.

I.2.4. Datos criminológicos sobre *grooming* en España.

La Policía y la Guardia Civil a través del “Plan Contigo”, orientado a promover la protección de los menores y adolescentes y procurar la prevención ante ciertos delitos, aportan datos que indican que de las 1.500 consultas que los niños hicieron a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desde noviembre de 2010 a febrero de 2011, el 80% tenían relación con el ciberacoso sexual⁸⁹. No obstante lo abultado del porcentaje, deberíamos de ser capaces de delimitar el concepto de acoso que se maneja para la obtención de los anteriores datos así como si el mismo se realiza entre menores, si es un acoso explícitamente sexual o de otro tipo y otra serie de circunstancias que resultan de especial importancia si realmente deseamos extraer una información que pueda ser útil a la hora de adoptar decisiones sobre tipificación de conductas penalmente relevantes.

⁸⁹ Datos reflejados por DOLZ LAGO, “El nuevo delito”, p.3.

Entrando en el análisis de estudios que arrojen datos sobre posibles situaciones de acoso *online* en España encontramos, entre otros, el realizado en el año 2002 por la asociación Protégeles y la organización ACPI (Acción contra la pornografía infantil) para el Defensor del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid, titulado “Seguridad infantil y costumbres de los menores en Internet”. Para la elaboración del mismo se realizaron 4.000 encuestas a menores de entre 10 y 17 años. En el estudio se hablaba del peligro que supone el ciberacoso sexual infantil, ofreciendo cifras que revelaban que en aquel entonces un 44 % de los menores que navegaba regularmente en Internet se había sentido acosado sexualmente en alguna ocasión a través de dicho medio (de entre ellos, el 11% reconocía haber sido víctima de esa situación en varias ocasiones) siendo las víctimas estudiantes de ESO en el 47,5 % de los casos, de bachillerato en el 64 % y alcanzando tan solo el 15,5 % los casos de menores de entre 10 y 11 años. Asimismo, un 14,5 % de los encuestados habían concertado una cita a través de Internet con un desconocido y un 8% de ellos lo había hecho incluso en más de una ocasión. Los rangos de edades en los que se producían estas últimas conductas revelaron que se trataba de alumnos de primaria en el 11,5% de los casos, alumnos de ESO en el 15% y alumnos de bachillerato en el 17%.

Entre otros estudios que analizan el uso de Internet por menores de edad podemos citar el realizado en 2004 por *Fundació Catalana per a la Recerca*, la investigación realizada por la Universidad Ramón Llull titulada “*Les noves addicions en l’adolescència: Internet, mòbil i videojocs*” (Castellana, Sánchez-Carbonell, Chamorro, Graner y Beranuy, 2007), el estudio elaborado en 2008 por el Observatorio de Andalucía titulado “Opiniones de las y los menores de 17 años en Andalucía sobre sus experiencias navegando en Internet” y el del año 2009 realizado por el *Ararteko* (Defensor del Pueblo en el País Vasco), el trabajo realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) publicado en 2009 titulado “Hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres”, el informe del Defensor del Pueblo de 2010 titulado “Programación y

contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos” y un estudio de *Save the children* de 2010⁹⁰.

Díaz Cortés realiza un exhaustivo análisis de los mismos y a partir de los datos que en ellos constan obtiene una serie de premisas sobre el uso de Internet por los menores que, básicamente, pueden resumirse en la existencia de un porcentaje alto de menores españoles que cuentan con acceso a Internet, que además éstos dedican una cantidad relativamente importante de horas al uso de dicha herramienta, aumentando la cantidad de tiempo en función de la edad y resultando ser algunos de los servicios más utilizados los que permiten entablar relaciones con otras personas. Continúa la autora analizando los riesgos que se derivan del uso de Internet, destacando entre otros, el hecho de quedar con alguien a quien los menores no conocen previamente en persona (*Fundació Catalana per a la Recerca* 2004; *Ararteko*, 2009), recibir mensajes con proposiciones por Internet (*Fundació Catalana per a la Recerca* 2004) y ausencia de vigilancia o moderadores en los servicios y chats dirigidos a niños, apareciendo muchos contenidos nocivos para éstos (UNICEF, 2007). Las anteriores conclusiones, que la autora expone en el estudio realizado en el año 2011 en la Cátedra de Seguridad de Telefónica de la Universidad de Salamanca⁹¹, son corroboradas por ella misma años más tarde, examinando datos procedentes del INE (año 2013), PROTEGELES (año 2014) y el trabajo de García López de Ayala y García Jiménez sobre riesgos de los adolescentes en Internet (año 2014)⁹².

También relacionado con el análisis del contacto con desconocidos por parte de los menores, encontramos el estudio realizado por Bringué y Sábada a través de cuestionarios *online* que remitieron a niños de primaria, ESO y bachillerato en España entre los meses de marzo a junio de 2009. Los datos obtenidos indicaban que cuanto mayores eran los usuarios de Internet, más dispuestos estaban a agregar a

⁹⁰ Para un estudio de los mismos, véase DÍAZ CORTÉS, “Algunas consideraciones”, pp. 8-14.

⁹¹ DÍAZ CORTÉS, “Algunas consideraciones”, pp. 10-12.

⁹² Para ver en detalle los datos que son manejados por la autora, véase DÍAZ CORTÉS, “Ciberacoso”, pp. 509-511.

desconocidos a su Messenger. Sobre la cuestión de si consideraban divertido relacionarse con extraños a través de la red, los usuarios avanzados se situaban diez puntos por encima de los no avanzados en la respuesta afirmativa a dicha pregunta⁹³.

Como podemos comprobar, los estudios referidos hasta ahora se centran fundamentalmente en las pautas, conductas y comportamientos de los menores en el uso de Internet, concluyendo de forma coincidente que los menores, en un porcentaje no excesivamente elevado y en mayor medida los mayores de trece años, se encuentran con personas a las que han conocido en la red. Ello por sí solo, únicamente revela la existencia de una conducta de riesgo pero no aporta datos significativos sobre la prevalencia del *grooming* en España, ya que para que el delito se cometa no será necesario que se llegue a producir ningún encuentro, como ya he adelantado y tendré ocasión de analizar en el apartado correspondiente de este trabajo.

Resulta especialmente ilustrativo el informe de 2010 elaborado por el Defensor del Pueblo titulado “Programación y contenidos de la televisión e Internet: la opinión de los menores sobre la protección de sus derechos”. En el estudio se realizaron encuestas a 3.219 adolescentes de entre 12 y 18 años, que cursaban Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Formación Profesional, en 150 centros educativos de titularidad pública y concertada de España. Los resultados muestran que el uso de Internet es más elevado en los mayores de más edad: en el segundo ciclo de ESO por un lado y bachillerato y FP por otro, los porcentajes eran del 96% y el 94,5%, respectivamente, descendiendo hasta el 85,6% cuando se refería a estudiantes de primer ciclo de ESO. Lo mismo ocurre con las visitas a páginas web y el uso de *messenger* o redes sociales, del correo electrónico y el intercambio y la descarga de archivos, que también son menos utilizados por los adolescentes más jóvenes de la muestra⁹⁴.

⁹³ BRINGUÉ SALA y SÁBADA CHALEZQUER, “Menores”, p. 207.

⁹⁴ El informe (p. 205), disponible en www.defensordelpueblo.es, indica que “En este grupo de edad, las opciones de respuesta más frecuentes —para los seis servicios anteriormente mencionados— son ‘nunca o casi nunca’ o ‘varias veces al mes’ —en el caso concreto de las visitas a páginas web y a las redes sociales—. Son los chicos de bachillerato y FP los que, en mayor medida, reconocen intercambiar archivos ‘varias veces por semana’ (41,1%), usar el correo electrónico ‘una vez al día’

En este estudio, al igual que en varios de los analizados con anterioridad, también se recoge una pregunta referente a la relación con personas que solo se conozcan a través de Internet, resultando un porcentaje importante que va aumentando según el nivel educativo: primer ciclo de ESO 34,5%; segundo ciclo de ESO 44,5%; bachillerato y FP 47,3%.

Por otro lado, también la recepción de proposiciones sexuales presenta diferencias según el nivel educativo ya que, aunque la mayoría no han recibido este tipo de proposiciones nunca o casi nunca, esa opción se da en mayor porcentaje entre los de primer ciclo de ESO (87%) que entre los de segundo ciclo (75,6%) y los de bachillerato y FP (70,5%). El porcentaje de chicos que alguna vez han recibido proposiciones sexuales es del 13% en primer ciclo de ESO, del 24,4% en segundo ciclo de ESO y del 19,5% en bachillerato y FP. En el grupo de mayor edad es donde se encuentra una mayor proporción de chicos que declara haber recibido proposiciones sexuales varias veces al mes (19,7%) frente al 15,5% de los del nivel intermedio y 7% de los menores.

A partir de los datos anteriores, Díaz Cortés saca varias conclusiones: Existen casos en los que menores de edad se han visto involucrados a través de Internet con proposiciones de tipo sexual. Dichas proposiciones se detectan en mayor número respecto a menores de segundo ciclo de ESO (entre 14 y 15 años) disminuyendo levemente en menores de 16 y 17 años. Es decir, serían más vulnerables los menores que superan la edad para prestar consentimiento sexual, que en el momento de realizarse el estudio era de trece años.

La autora además obtiene una serie de postulados que predicen que la utilización de Internet por los menores es una realidad incuestionable en la sociedad española así como que Internet es un potente instrumento que contribuye a la socialización del menor, partiendo del uso generalizado de servicios como

(41,8%), o visitar páginas (40,3%), usar el Messenger (36,2%), las redes sociales (40,2%), intercambiar y descargar archivos (39,9%) ‘varias veces al día’. En una situación intermedia se situarían los estudiantes de segundo ciclo de ESO quienes afirman utilizar el Messenger ‘varias veces al día’ (33%)’.

messenger, las redes sociales, el correo electrónico o el intercambio y la descarga de archivos. Además, existe un porcentaje, aunque mínimo no por ello poco importante, de menores que han conocido a amigos virtuales a través de Internet con los cuales después han establecido contacto físico y que también a través de Internet en alguna ocasión han recibido propuestas sexuales, siendo en este segundo caso el grupo más vulnerable el de menores mayores de trece años⁹⁵, conclusión esta última coincidente con la alcanzada por Pereda, Abad y Guilera en un estudio realizado en 2011 en el que, evaluando a 109 menores de entre doce y diecisiete años usuarios de nueve centros de salud mental infanto-juvenil, hallaron que el 81,8% de los menores tenían trece o más años cuando se produjo el primer acercamiento con proposiciones sexuales⁹⁶.

En una publicación posterior, del año 2012, Díaz Cortés analiza otros estudios: el “Informe sobre las percepciones de seguridad e inseguridad derivadas del uso de las tecnologías de la información y la comunicación” presentado por Antón Pietro, Calderón (Ágora Estudios de Mercado, S.L.), Pérez Álvarez y Pérez Álvarez⁹⁷, con participantes menores de edad, mayores de 16 años, así como el artículo titulado “Tecnofobias y Tecnofilias” publicado por Llorca, Llorca, Bueno y Díez. Del conjunto de las informaciones aportadas por esos estudios obtiene unas premisas coincidentes con los postulados anteriormente referidos, insistiendo en que el uso de las TIC y concretamente de Internet, es una realidad que ha cambiado la forma en que se relacionan los jóvenes con su entorno social y que existe una clara vulnerabilidad de los menores, ya que los datos corroboran casos en los cuales ha habido propuestas sexuales realizadas por adultos respecto a menores a través de Internet⁹⁸.

⁹⁵ DÍAZ CORTÉS, “Algunas consideraciones”, pp. 8-14. Se centra la autora en la necesidad de estudio de los datos criminológicos referidos a conductas que pudieran integrarse en el delito de *grooming*, al igual que otras autoras como Pereda, Abad y Guilera en su análisis sobre las características de las víctimas de este tipo de conductas.

⁹⁶ PEREDA BELTRÁN, ABAD GIL, y GUILERA, “Victimización de menores”, pp. 91-105.

⁹⁷ Véase, en general, ANTÓN PRIETO, CALDERÓN, PÉREZ ÁLVAREZ y PÉREZ ÁLVAREZ, “Informe”.

⁹⁸ DÍAZ CORTÉS, “Aproximación criminológica”, p. 301.

El estudio de Pereda Beltrán, Abad Gil y Guilera referido anteriormente, revela que el 10% de los menores sufrieron acoso sexual a través de Internet y entre los casos ocurridos el año anterior a la encuesta (6,4%), el 28% llegó a encontrarse en persona con el remitente de los mensajes⁹⁹.

Por último, uno de los estudios más amplios sobre riesgos de los menores en Internet en el ámbito español es el publicado en marzo de 2011 por un grupo de investigadores de la Universidad del País Vasco, dentro del proyecto *EU Kids Online*. Se trata del trabajo titulado “Riesgos y seguridad en Internet: Los menores españoles en el contexto europeo”. La muestra española estaba formada por 1.000 menores de entre 9 y 16 años. En concreto, se analizaban los riesgos a los que se exponen los menores en el uso de Internet y que inciden en la probabilidad de éstos de sufrir daños. Los datos revelaban lo siguiente: el riesgo con mayor incidencia es el contacto *online* con alguien a quien no conocen previamente en persona, que se daba en el 21% de los menores, suponiendo un 9% el porcentaje correspondiente a los que habían acordado un encuentro con alguien a quien habían conocido en la red, resultando ser los adolescentes de entre quince y dieciséis años los más tendentes a presentar este tipo de conductas. Por otro lado, el 11% de los menores entrevistados de entre nueve y dieciséis años habían visto imágenes sexuales por Internet en los últimos doce meses y el 9% de la muestra había recibido o visto mensajes sexuales (en Europa la media es del 15%). Otro riesgo contemplado, el acoso a través de Internet, afectaba solo al 4% de los jóvenes pero este es el riesgo por el que aquellos decían sentirse más afectados¹⁰⁰.

Con la cautela que debe aplicarse a la apreciación del acoso como parte integrante de la conducta de *grooming*, ya que no va indefectiblemente unido a la misma y además en los estudios no siempre se explicita si se trata de acoso sexual o de otro tipo, datos como los anteriores nos llevan a concluir que efectivamente,

⁹⁹ PEREDA BELTRÁN, ABAD GIL y GUILERA, “Victimización de menores”, pp. 99-100.

¹⁰⁰ GARMENDIA LARRAÑAGA, GARITAONANDIA, MARTÍNEZ y CASADO, “Riesgos y seguridad”, p. 76.

quizás el rango de edades que presenta mayor riesgo de ser víctima de *grooming* se puede situar por encima de los trece años. Por ello, tras el análisis de los estudios realizados, no puede sino concluirse que la introducción en el CP del art. 183 bis, en su redacción original, cuyo sujeto pasivo eran los menores de trece años, no obedecía a la realidad criminológica española, en la cual al parecer, los receptores de las proposiciones sexuales a través de las TIC son menores de edad pero mayores de trece años y ello puede deberse a las especiales características que presentan los menores en ese rango de edad. Según Montiel, Carbonell y Salom, en su artículo sobre la victimización infantil sexual a través de la red, refieren la especial vulnerabilidad que presentan los adolescentes por las características propias de esta etapa evolutiva. Constatan que muchos estudios reflejan que cuanto mayores son los jóvenes, si bien es mayor su conciencia de los peligros que supone Internet, también incrementan las conductas de riesgo que despliegan *online*, como relacionarse con desconocidos, intercambiar información personal o concertar encuentros. Por otro lado, además de que el nivel de dominio de las TIC es mayor en los adolescentes que en sus padres, la supervisión de éstos en el empleo de Internet va disminuyendo conforme éstos crecen¹⁰¹.

Tal y como destaca Ferrandis Ciprián, los datos que se obtienen de la literatura especializada en el fenómeno del *grooming* resultan contradictorios respecto a la real incidencia del mismo, refiriéndose en concreto a las sustanciales diferencias en el porcentaje de menores que han recibido mensajes, proposiciones sexuales o se han sentido acosados sexualmente. El informe “Riesgos y seguridad en Internet. Los menores españoles en el contexto europeo” (Garmendia *et al*, 2011) indica que el 9% de los menores españoles de entre 11 y 16 años habían recibido mensajes de contenido sexual y, por su parte, el informe “Seguridad infantil y costumbres de los menores en Internet” (Acpi/Protégeles, 2002) recogía un 22% de menores que se habían sentido sexualmente acosados o habían recibido propuestas sexuales directas que llegaban hasta el acoso a través de Internet, de los cuales un 11% habían sido víctimas de estas conductas en diversas ocasiones. Aboga Ferrandis

¹⁰¹ MONTIEL, CARBONELL y SALOM, Victimización infantil, p. 204.

Ciprián por la necesidad de diseñar investigaciones específicas para conocer la prevalencia de este tipo de riesgo¹⁰².

Curiosamente, Uriarte Valiente, ante los mismos datos (Acpi/Protégeles), llega a la conclusión de que efectivamente el fenómeno del *grooming* está creciendo y considera adecuada la introducción de la nueva figura en el CP¹⁰³.

Realmente no hay muchos autores que hayan defendido la introducción del delito de *grooming* en la legislación española¹⁰⁴. Uno de los autores más críticos con la nueva figura delictiva es Ramos Vázquez, quien sostiene que hay al menos dos fantasías asociadas a esta incorporación del *grooming* a la regulación de los delitos sexuales:

“En primer lugar, la fantasía de la existencia de otro, de alguien a quien podamos culpar de los abusos sexuales de menores que son, desde luego, una realidad nuestra, de nuestras familias y de nuestros entornos más próximos. Como hemos intentado poner de manifiesto, el artículo 183 bis constituye una de esas regulaciones legales, que más que un objetivo real de protección, suponen una suerte de exorcismo de nuestra propia realidad criminológica.

En segundo lugar, existe también en todo este entramado legislativo una fantasía de control.

¹⁰² FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 199.

¹⁰³ Vid. URIARTE VALIENTE, “Pornografía infantil”, p. 29. También URIARTE VALIENTE, “La reforma”, p. 9: “En esta línea y partiendo de la protección prioritaria que merecen los menores de edad como el sector más débil e indefenso de nuestra sociedad, la nueva regulación merece el aplauso, aunque también puede criticarse la limitación de la edad del sujeto pasivo del delito en los trece años, ya que el *grooming* constituye hoy en día una de las más graves y serias amenazas que se ciernen sobre nuestra infancia y juventud, siendo mayoritariamente mayores de dicha edad de trece años las víctimas que cotidianamente y cada vez con mayor frecuencia, se viene cobrando esta clase de comportamientos y que, de esta forma, se encuentran absolutamente desprotegidas”.

¹⁰⁴ Entre los autores que alaban las reformas introducidas en 2010 en los delitos contra los menores de trece años se encuentra ROPERÓ CARRASCO, “Los delitos”, pp. 49-50. Valora positivamente los cambios, afirmando que a pesar de que pudiera pensarse que la respuesta del legislador está guiada por el oportunismo, la individualización del tratamiento del abuso a menores realza de forma adecuada la especial gravedad que presentan esos hechos, destacando también la autora la oportunidad de incriminación del *grooming* por la peligrosidad que supone para la indemnidad sexual de los menores.

En efecto, el tipo penal propuesto por el Partido Popular extendía el castigo a todo contacto con menores de edad, es decir, no solo con aquellos sujetos que no tuviesen la edad mínima de consentimiento de las relaciones sexuales, sino con todo menor de 18 años. [...]

De lo que se trata, en resumidas cuentas, no es ya de proteger a los menores, sino de controlarlos, de escudriñar su sexualidad y sus ámbitos de intimidad, con quién hablan y qué hacen cuando navegan por la red”¹⁰⁵.

En la misma línea, Díaz Cortés entiende que la introducción del art. 183 bis en el CP supone una aplicación de lo que Garland denomina cultura del control y que según la autora “se refleja en una Criminología especialmente preventiva y escéptica frente a los ciudadanos, y un Derecho Penal enmarcado dentro de la sociedad del riesgo que saltándose la excepcionalidad, penaliza de forma autónoma conductas que constituyen la mera preparación de una futura lesión dolosa”¹⁰⁶. En definitiva, determina que las razones de política criminal que llevaron a la introducción del delito de *grooming* en la legislación española fueron la lógica de control y el punitivismo con que la sociedad actual responde a las conductas antisociales¹⁰⁷.

Recientemente se ha publicado el trabajo titulado “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming” elaborado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón. En el mismo se aborda el estudio específico de la prevalencia del fenómeno del *grooming* en España con datos obtenidos a través de cuestionarios respondidos entre febrero y marzo de 2015 por jóvenes de entre catorce y dieciocho años sobre la vivencia de situaciones de *grooming online* durante el año anterior. Las autoras abordan el trabajo desde la constancia de la insuficiencia de los estudios hasta ahora realizados y la ausencia de evidencias empíricas que avalen el supuesto incremento de la victimización de menores por delitos sexuales a través de

¹⁰⁵ RAMOS VÁZQUEZ, “Depredadores, monstruos”, pp. 222-223.

¹⁰⁶ DÍAZ CORTÉS, “Aproximación criminológica”, p. 291.

¹⁰⁷ DÍAZ CORTÉS, “Ciberacoso”, p. 514.

la red. Pero la especial importancia de este estudio radica en que, a diferencia de los que existían hasta la fecha, está dedicado de forma específica a analizar la prevalencia de victimización de menores por *online grooming* en España. Para este concreto trabajo, se partió de un concepto muy amplio de *grooming* procedente de adultos, entendido como aquellos casos en los que el sujeto activo hubiera intentado que el encuestado hablara sobre él cuando no quería, midiendo también cuando se le pedía que hablara de sexo, que facilitara información sexual o que realizara conductas sexuales contra su voluntad. Frente a ello, en el caso de *grooming* procedente de iguales, se computó solamente la solicitud para hablar de sexo.

El cuestionario que se pasó a los jóvenes se elaboró sobre los modelos empleados por el *Crimes Against Children Research Center* en las distintas ediciones de la YISS y los resultados referentes a la tasa de victimización por *grooming* procedente de adultos ofrecen un porcentaje del 10,4% para los casos en que el *groomer* intenta que el menor hable con él a través de las TIC, un 5,1% para los intentos de que este hable de sexo, un 4,3 % para las demandas de información sexual al menor cuando este no quiere responder y tan solo en un 2,7% de los casos se pidió a los solicitados la realización de conductas sexuales no queridas.

Destacan por otro lado las autoras que el hecho de que la tasa de victimización relativa al *grooming* realizado por adultos sea inferior al procedente de iguales no se compadece con el estereotipo del “*stranger danger*”, en el sentido de que los menores sean más a menudo objeto de solicitudes por parte de adultos desconocidos que por parte de iguales¹⁰⁸.

Lo anterior indica de forma evidente, que incluso entendiendo el *grooming* de forma tan amplia como la expresada (cualquier tentativa de entablar contacto con el menor a través de las TIC sin que se constate la finalidad del *groomer*), la tasa anual de victimización se sitúa cerca del 10%, lo que se contradice con la afirmación de que la expansión de las TIC produce un incremento de las solicitudes sexuales a menores.

¹⁰⁸ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 5-10.

Otro aspecto de especial trascendencia a la hora de regular el *grooming* en la legislación española es la importancia que se ha dado a la posibilidad y alta frecuencia de utilización del engaño a través de la red, lo cual supondría un mayor desamparo de los menores. Pues bien, el estudio de Villacampa Estiarte y Gómez Adillón también ha obtenido cifras sobre este extremo, que no confirman la anterior afirmación. El 53% de los encuestados indicaron que creían que los datos que constaban en el perfil del solicitante eran reales, resaltando que los aspectos sobre los que más se miente son la identidad (entre el 30% y el 38%), seguida por la edad (15%) y en tercer lugar el sexo (entre el 5% y el 10%)¹⁰⁹.

Creo que debería hacerse una matización referente a los datos apuntados, y es que éstos se refieren a la creencia de las víctimas sobre la sinceridad de las personas que han contactado con ellas, sin que el estudio aporte datos para verificar si efectivamente esta creencia se corresponde con la realidad. Con ello quiero decir que, a pesar de que el sujeto contactado crea que el *groomer* no le miente, esto puede no ser así y encontrarnos realmente ante una falsa identidad.

En definitiva, parece que podemos llegar a afirmar la no preexistencia de datos criminológicos que hicieran precisa la penalización del *grooming*, obedeciendo la introducción del tipo penal a la finalidad simbólica del Derecho Penal, poniendo el legislador en conocimiento de la sociedad que se están castigando aquellas conductas que preocupan mayoritariamente.

Insisto una vez más en la influencia que supusieron para las concretas políticas criminales de cada país y en Europa en general diversos episodios de agresiones sexuales sobre niños pequeños como el caso Mari Luz en España, Agnès Martin en Francia o Mitja Hoffman en Alemania. La opinión pública solicitaba una mayor protección de los menores con incrementos de penas en el ámbito de los delitos sexuales. Ante este panorama, en España se legisló al margen de las

¹⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, p. 20.

necesidades que se revelaban a partir de datos criminológicos y, de hecho, las penas previstas para el delito de *grooming* en el CP exceden de las obligaciones comunitarias, obedeciendo a razones político criminales propias que surgieron con posterioridad al primer Proyecto de modificación del Código publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de enero de 2007, tal y como destaca Pérez Ferrer¹¹⁰.

Otro dato a tener en cuenta que parece que se olvidó en el momento de introducir el delito en el CP, es que, tal y como refiere Ferrandis Ciprián citando a McAlinden, las conductas de *grooming* no tienen lugar tan solo en el ámbito virtual, sino que en muchas ocasiones son realizadas por personas conocidas por el menor, pertenecientes a sus ámbitos cercanos como el familiar o escolar y que precisamente por ello resulta más peligroso¹¹¹.

En relación con lo anterior, también considero importante destacar la apreciación de Montiel, Carbonell y Salom, de que los estudios del equipo norteamericano *Crimes Against Children Research center* (CCRC), sobre victimización juvenil *online* en Estados Unidos, detectan una tendencia que se consolida con el paso del tiempo y que consiste en que la mayoría de los ciberabusadores eligen cada vez más a víctimas que conocen en persona, incluso miembros de su propia familia. De hecho, refieren que según Mitchell, Finkelhor y Wolak (2005), en el año 2000, el 18% de las detenciones por ciber-crímenes de índole sexual contra menores incluyeron a familiares o conocidos de la víctima, incrementándose este porcentaje en el año 2006 hasta el 80% (Wolak, Finkelhor y Mitchell, 2009)¹¹². Si bien estos datos se refieren a Estados Unidos, creo que no está de más tener en cuenta la conveniencia de no centrar el análisis sobre la necesidad de criminalizar la conducta de *grooming* en la posibilidad que ofrecen las tecnologías a desconocidos para acercarse a los menores, sino que debe también analizarse si

¹¹⁰ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 1.

¹¹¹ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 201.

¹¹² MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, pp. 208, 213 y 214.

merece mayor reproche penal el empleo de las TIC, por personas conocidas para el menor con el fin de acceder a él con fines sexuales.

Sobre ello, Villacampa Estiarte pone de manifiesto que estadísticamente los casos de abusos sexuales se producen con mayor incidencia en el ámbito familiar o de relación social íntimo del menor por lo que en el CP se ha dejado de lado la incriminación de la mayor parte de supuestos de *grooming*¹¹³.

Esta circunstancia sí ha sido tomada en cuenta en la Directiva 2011/93/UE, donde se reconoce la importancia de la lucha contra el embaucamiento a menores con fines sexuales no solo en el entorno virtual sino también cuando no se empleen las tecnologías de la información y la comunicación. Pese a ello, tampoco con ocasión de la reforma del CP de 2015 se ha incluido la penalización de las conductas del *grooming* llevadas a cabo al margen de las TIC.

Podemos concluir, en completo acuerdo con Villacampa Estiarte, que la obligación de cumplir los mandatos internacionales “[...] no puede conducir a la dejación de obligaciones de investigación acerca de la realidad social sobre la que se opera para efectuar una adecuada política criminal – lo que en el caso del *grooming* en España debería al menos conducir a la realización de estudios de amplio espectro para determinar la prevalencia del fenómeno y, en la medida de lo posible, su evolución en los últimos años [...]”¹¹⁴.

II.3. Desde la tramitación parlamentaria del Proyecto de LO 5/2010, de 22 de junio, hasta la definitiva redacción del art. 183 ter 1 y 2 CP.

La decisión de introducir la nueva figura delictiva del *grooming* se adoptó tras una enmienda (nº 351) del Grupo Parlamentario Popular durante la tramitación

¹¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 207-208. A pesar de lo indicado, la autora considera comprensible que se hayan incriminado únicamente aquellas conductas que responden a obligaciones internacionales adquiridas por España, toda vez que la extensión de la penalidad a todas las conductas de *grooming* podría suponer un exceso de intervención penal.

¹¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 675.

parlamentaria del Proyecto de LO 5/2010. El grupo socialista admitió la transaccional¹¹⁵ y la redacción del nuevo delito se creó en la Comisión de Justicia.

Puesto que el nuevo delito no se había recogido en el Anteproyecto de Ley aprobado el 23 de julio de 2009 por el Gobierno y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales, no fue objeto de los informes del CGPJ ni de la Fiscalía General del Estado.

II.3.1. Proyecto de reforma de CP y LO 5/2010.

En la enmienda del Grupo Parlamentario Popular, la redacción del tipo penal que se proponía era la siguiente: “El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante intimidación, coacción, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, 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 cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento”¹¹⁶.

Es destacable que en esta redacción los medios comisivos de intimidación, coacción y engaño, a los que se añadía una referencia genérica a “otro ardid”, quedaban incluidos en el tipo básico, a diferencia de la redacción definitiva, en la que pasaron a formar parte del tipo cualificado y que además el sujeto pasivo del delito era “un menor”, es decir, el término debía entenderse referido a cualquier menor de dieciocho años, lo cual no hubiera resultado muy coherente con la previsión de otorgar validez al consentimiento en materia sexual a los mayores de trece años.

¹¹⁵ Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 21 de abril de 2010, nº 522, pp.18, 31 y 33, en www.congreso.es.

¹¹⁶ Vid. BOCG, Serie A, nº 52-9, p. 156.

Valverde Megías destaca que la enmienda se separaba de las previsiones del artículo 23 del Convenio de Lanzarote por no hacer diferenciación en atención a la edad del menor afectado además de por la ausencia de referencia a finalidades relacionadas con la pornografía infantil.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, la redacción definitiva del art. 183 bis CP sí era coincidente en lo sustancial con la del artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa de 2007: ambos se refieren a las tecnologías de la información y la comunicación como medio a través del que se contacta con el menor, la edad del sujeto pasivo queda determinada por debajo de la propia para poder otorgar consentimiento en materia sexual y se exige tanto una proposición de encuentro con la finalidad de verificar la ulterior conducta delictiva como la concurrencia de actos materiales tendentes al acercamiento¹¹⁷.

Como ya se ha apuntado anteriormente, la reforma operada por la LO 5/2010, que supuso la vigesimocuarta modificación del CP de 1995¹¹⁸, introdujo en el Título VIII del Libro II del CP, un nuevo Capítulo II bis, denominado “De los abusos y agresiones sexuales sobre menores de trece años”. Dentro de este nuevo Capítulo se recogían únicamente dos artículos: el 183, en el que se tipificaban varias conductas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores de trece años y el 183 bis, cuyo tenor literal decía:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a

¹¹⁷ Así lo destaca VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, pp. 9-10.

¹¹⁸ Ya en el año 2006 afirmaba ACALE SÁNCHEZ, “Protección penal”, p. 45, refiriéndose a las muchas reformas llevadas a cabo en el CP en cuanto a los delitos contra la libertad sexual, que “Tanta reforma tan profundísima del mismo fenómeno en tan poco tiempo y sin que haya dado lugar a consolidar una línea jurisprudencial de interpretación pone de manifiesto que además de proteger la libertad e indemnidad sexual de los menores, parece que el legislador persigue otro objetivo; en estos casos en los que el referente material -el bien jurídico- desaparece del horizonte de los tipos penales, o se convierte simplemente en una excusa para alcanzar otros fines, el Derecho penal se transforma en un mero instrumento que se utiliza como símbolo, perdiendo con ello su legitimidad”.

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”.

Con la redacción dada a los delitos de abusos sexuales se modificaba la estructura del CP otorgando autonomía a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cuyos sujetos pasivos fueran menores de trece años. No obstante, no recibían igual tratamiento los delitos de agresión o abuso sexual cuando el sujeto pasivo fuera una persona incapaz (hoy en día debemos llamarla discapacitada), quedando integrados dichos delitos en los tipos genéricos recogidos en los arts. 178 a 182 CP.

Por otro lado, la creación del nuevo Capítulo II bis tampoco supuso la inclusión en el mismo de todos los ataques a la indemnidad sexual de los menores de trece años, ya que fuera del mismo quedaron el acoso sexual del art. 184.3 CP, cuando la víctima fuera especialmente vulnerable por razón de su edad; el exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186 y la prostitución y corrupción de menores de los arts. 187.1, 188.3 y 189.3, para el caso de menores de trece años.

La propia generación del Capítulo no estuvo en su momento exenta de críticas doctrinales. Sobre ello, González Tascón, partiendo de la necesidad de un tratamiento diferenciado de los delitos sexuales cometidos contra menores por el mayor desvalor de acción y de resultado que suponen debido a la inferior o nula defensa posible por parte de aquellos y la afectación que provocan en su bienestar y desarrollo de su personalidad sexual, considera que la creación del nuevo Capítulo debería haber tenido en cuenta los conocimientos existentes sobre las víctimas del abuso y explotación sexual de menores. Destaca también que desde una perspectiva internacional no se distingue a los menores, a efectos de su protección,

exclusivamente en base a su edad, factor este que sí aparece como determinante de la invalidez del consentimiento en la esfera sexual¹¹⁹.

Coincido con Boix Reig al cuestionar la necesidad del cambio estructural del CP por entender que los delitos recogidos en el nuevo Capítulo bajo el epígrafe “Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” no son de naturaleza distinta al resto de delitos de abusos y agresiones sexuales, tratándose únicamente de figuras agravadas por razón de la edad del sujeto pasivo por lo que dichas agravaciones podían haber sido recogidas en cada uno de los capítulos de abusos y agresiones sexuales¹²⁰.

Opinión contraria muestra Muñoz Cuesta, quien considera positivo el balance de este Capítulo ya que singulariza las conductas contra menores de trece años respecto de las que puedan perpetrarse en mayores de esa edad y extiende la protección del menor con figuras agravadas que representan acciones verdaderamente lesivas para los menores de trece años, estableciendo penas proporcionales a la gravedad del injusto¹²¹. Como he dicho anteriormente, sostengo la posibilidad de mantener las agravaciones a las que el autor hace referencia sin necesidad de extraerlas de los correspondientes Capítulos sobre agresiones y abusos sexuales y además debo destacar que tampoco encuentro argumento alguno que justifique un tratamiento diferenciado a los menores de trece años y a las personas discapacitadas.

II.3.2. Anteproyectos de reforma de CP de 16 de julio de 2012, 11 de octubre de 2012 y 3 de abril de 2013 y obligaciones de la Directiva 2011/93/UE.

La trasposición en España de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por

¹¹⁹ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 231.

¹²⁰ BOIX REIG, *Derecho Penal*, p. 351.

¹²¹ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 139.

la que se sustituía la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, tuvo como consecuencia que la reforma llevada a cabo en el CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujera notables cambios en la regulación del *grooming*.

El conjunto de la reforma afecta a aspectos múltiples del CP, siguiendo nuevamente la línea de creación de nuevas figuras delictivas y endurecimiento de penas. Por lo que respecta a los delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, se eleva la edad de consentimiento de los trece a los dieciséis años. El art. 183 bis pasa a tener ahora nuevo contenido, penalizándose en el mismo la conducta consistente en determinar a un menor a participar en comportamientos de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de dicha naturaleza. Otra modificación importante afecta a los delitos relacionados con la pornografía infantil, ampliándose dicho concepto para abarcar, en consonancia con lo establecido en la citada Directiva europea, tanto la pornografía infantil expresa como la simulada o artificial, la técnica y la pseudopornografía. Además de ello, ya no se penaliza solamente su consumo sino también el acceso a la misma y el acudir a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La Directiva 2011/93/UE analiza el acoso por Internet como una forma grave de abuso y explotación sexual de los menores, precisamente, debido al anonimato que Internet proporciona. Su artículo 6 reproduce prácticamente el artículo 23 del tan repetidamente referido Convenio de Lanzarote, si bien la importancia que adquiere esta nueva regulación es debido a su carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión. Así, el art. 6.1 dispone que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”. Por su parte, el art. 6.2 determina que “Los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para

garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”. Por tanto, obliga a tipificar una conducta adicional a la que se contenía en el art. 183 bis CP, referente a la utilización de las TIC para obtener material pornográfico.

Es evidente que, como resalta Rodríguez Vázquez, respecto al delito de *grooming* esta Directiva presenta mayor claridad que la Decisión Marco 2004/68/JAI¹²².

En el caso de la reforma del CP de 2015, la tramitación fue más compleja y dilatada que la que dio lugar a la introducción del delito de *grooming* por primera vez en la legislación española, ya que fue precedida por varias propuestas legislativas a lo largo de los años 2012 y 2013, de forma que el Anteproyecto de Ley no llegó a convertirse en Proyecto hasta casi un año después de su primera presentación, que data de julio de 2012.

Existieron tres anteproyectos que se sucedieron en el tiempo de la siguiente manera:

- La primera versión del Anteproyecto de ley data del 16 de julio de 2012, pero en la misma no se presentaba modificación alguna del delito de *grooming*.

- El 11 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. En el mismo el *grooming* pasaba a ser regulado en el art. 183 ter apartado primero y se incluía un segundo apartado con una nueva conducta consistente en embaucar a menores de trece años a través de las TIC para la elaboración de pornografía infantil.

¹²² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 4.

En concreto, el art. 183 ter establecía “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 trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

El Consejo Fiscal emitió su informe al Anteproyecto el 8 de enero de 2013¹²³ y el CGPJ emitió el suyo el 16 de enero de 2013¹²⁴.

En el informe del Consejo Fiscal (p. 155) se decía que “Este es el tipo doctrinalmente conocido como child grooming, que en el Anteproyecto se mantiene intacto. Pues bien, el tipo, 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.

En efecto, la aplicación práctica de este precepto es difícil por las propias restricciones internas que incorpora: exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento; la referencia a un encuentro sin especificar a qué tipo de encuentro se

¹²³ Disponible en www.fiscal.es.

¹²⁴ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-Codigo-Penal>.

refiere, y las dificultades probatorias derivadas de la estructura del tipo subjetivo [...]”.

- El texto de la tercera versión del Anteproyecto tiene fecha de 3 de abril de 2013. En el mismo se elevaba la edad de consentimiento sexual a los quince años además de modificarse el tenor literal del primer párrafo del precepto y, siguiendo las indicaciones del Consejo Fiscal, se incluía la cláusula de asimetría en el art. 184 quáter para los casos en el que menor de quince años prestara su consentimiento libremente y el sujeto activo fuera próximo al mismo por edad y grado de desarrollo y madurez.

Finalmente, el 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley para remitirlo como iniciativa legislativa del Gobierno al Congreso de los Diputados. En el mismo, la edad de consentimiento sexual ya quedaba determinada en los dieciséis años.

II.3.3. Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013.

El Proyecto de Ley fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 4 de octubre de 2013. Como ya se ha adelantado, en el mismo se eleva la edad del sujeto pasivo hasta los dieciséis años de manera que la redacción del art. 183 ter era la siguiente: “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. 2. 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 realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o

aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Podemos apreciar una clara diferencia respecto al tipo penal vigente en aquel momento en la determinación de los delitos a que debe ir orientado el ánimo subjetivo del autor, tomando así en consideración las críticas doctrinales que ya habían indicado la necesidad de reducir los delitos a los que iba preordenada la conducta de *grooming* a fin de adaptarlos a las exigencias contempladas en el art. 23 del Convenio de Lanzarote y posteriormente a la Directiva 2011/93/UE¹²⁵, que se limitan a citar los delitos de agresión y abusos sexuales y producción de pornografía infantil.

Sin embargo, debemos considerar que la reforma proyectada y que finalmente resultó aprobada y ha entrado en vigor, desaprovechó la oportunidad de eliminar de la remisión al art. 189 CP aquellas conductas distintas de lo que es producción de pornografía infantil.

Tampoco se introdujeron en esta ocasión como sujetos pasivos del delito a los discapacitados o aquellas personas especialmente vulnerables por su discapacidad, como sí se ha hecho en el caso de las conductas de explotación sexual y ello a pesar de las críticas que la doctrina venía haciendo en este sentido tras la introducción del anterior art. 183 bis y de las apreciaciones que durante la tramitación del Proyecto realizaron varios grupos parlamentarios.

Respecto a la elevación de la edad del sujeto pasivo a los dieciséis años, parece que puede obedecer, al menos parcialmente, a las críticas doctrinales que apuntaban la existencia de datos criminológicos en los que los menores más afectados por conductas de *grooming* lo eran aquellos mayores de trece años.

Efectivamente, si entendemos que la legislación penal debe operar sobre la realidad y por ello no puede construirse al margen de los datos empíricos que existen

¹²⁵ Por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 692-693 y 697-698.

sobre las conductas que se pretende penalizar, parece que en el caso de la edad del sujeto pasivo del *grooming* el legislador ha modulado acertadamente su actuación de conformidad con las apreciaciones doctrinales sobre la discordancia entre los datos que los estudios ofrecían sobre las víctimas del *grooming* y la regulación penal que había recibido el fenómeno. En este sentido, podemos considerar acertada la elevación de la edad del sujeto pasivo a los dieciséis años, sin perjuicio de que, como expondré a lo largo de este trabajo, la propia incriminación de la conducta me parece excesiva por el adelantamiento de la barrera de punibilidad que supone, entre otras cosas.

Considero que la reforma realizada sobre el anterior art. 183 bis ha mejorado el precepto en el indicado sentido y además, por la eliminación de los artículos 178 a 182 como delitos a los que debía ir orientado el ánimo subjetivo del autor, lo cual representa una diferencia significativa en el contenido del artículo. Sin embargo, se ha desaprovechado la oportunidad que ofrecía la reforma penal para la introducción como sujetos pasivos de los discapacitados, que también son personas necesitadas de una especial protección y para modificar la redacción del precepto, que tantas dudas interpretativas viene generando en la práctica.

III. REGULACIÓN DEL *GROOMING* EN EL DERECHO COMPARADO.

Recogiendo la reflexión que realiza Pifarré De Moner sobre la transnacionalidad de los fenómenos relacionados con Internet, el uso de redes sociales y su relevancia para el Derecho Penal, creo conveniente hacer siquiera una referencia general a la regulación que está recibiendo el *grooming* en otros países.

Según la autora, la citada transnacionalidad “exige abrir una vía hacia la fundamental dimensión internacional que debe asumir la reflexión y búsqueda de posibles soluciones, principalmente porque Internet no tiene y no entiende de fronteras. Toda solución que no tenga en cuenta este elemento será estéril”¹²⁶.

La ONU, en el Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal en el año 2010 ya advirtió de la necesidad de cooperación internacional en el caso de delitos cometidos a través de Internet¹²⁷. Es por ello que resulta importante conocer la regulación que la figura del *grooming* recibe en diferentes países y analizar sus semejanzas y diferencias. Resulta en este punto curioso advertir que pese a que en el ámbito europeo deben seguirse las pautas e indicaciones del Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE, las normativas estatales divergen en puntos tan importantes como el modo de contacto (*online* - *offline*), el número de comunicaciones que se exigen, la necesidad o no de que se produzca un encuentro

¹²⁶ PIFARRÉ DE MONER, “Internet y redes sociales”, p. 41. Refiriéndose a Internet y el uso de redes sociales: “La inevitable globalidad del fenómeno, además, queda patente en el hecho de que en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural se han dado normas penales que pretenden seguir las propuestas elaboradas en el seno de la Unión Europea o de los numerosos tratados internacionales en la materia, principalmente impulsados por la ONU. Esta aparente ‘homogeneidad’ que su origen unitario debería imprimir, sin embargo, no hace que la internalización de estas normas se traduzca en la realidad en una uniformidad de tratamiento. Las particularidades culturales y de tradición legislativa de cada Estado han acabado dando formas muy diferentes que es interesante y conveniente estudiar”.

¹²⁷ Conclusiones del décimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en Salvador de Brasil, en abril de 2010: “[...] las redes informáticas internacionales, como Internet, son medios abiertos que permiten que los usuarios actúen más allá de las fronteras del Estado en que están situadas. Pero la labor investigadora de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley deben circunscribirse en general al territorio de su propio estado. Esto significa que la lucha contra la delincuencia en las redes de computadora abiertas requiere una intensificación de la cooperación internacional”.

entre sujeto activo y sujeto pasivo y otras de similar importancia para la definición del tipo penal.

Con anterioridad a la entrada en vigor en España del artículo 183 bis CP (hoy 183 ter), algunos países ya habían recogido en sus legislaciones penales las conductas tendentes a conseguir algún tipo de acercamiento a menores con fines sexuales. Hay otros países, como Suiza y Portugal, que no han regulado el fenómeno del *grooming*.

Nos encontramos por otro lado con el caso de Alemania, en donde a pesar de que su Código Penal contiene desde el año 2004 una figura parecida al *grooming* en su artículo 176.4.3, la misma no responde a las exigencias de la Directiva 2011/93/UE, pues la conducta que contempla el tipo es la influencia ejercida sobre menores utilizando medios escritos para que realicen conductas sexuales, bien con el sujeto activo o con un tercero, fijando una pena de prisión de tres meses a cinco años.

En los subapartados siguientes realizaré un somero análisis de algunas de las normativas reguladoras del *grooming*, comenzando por los países con tradición del *Common Law* para seguir con algunos países de Sudamérica y por último los países europeos continentales que han regulado la citada figura en sus legislaciones penales. En el último subapartado daré una visión general de las distintas regulaciones en función del tratamiento que reciben cada uno de los elementos que definen la figura.

III.1. Países con tradición de *Common Law*.

III.1.1. Canadá.

El *Criminal Code* contempla como delito la comunicación realizada a través de sistemas informáticos con menores de dieciocho, dieciséis o catorce años, o que el acusado crea menores de las citadas edades, con el propósito de facilitar la comisión de diferentes tipos de delitos de contenido sexual, dependiendo de la edad del menor o de la edad que el sujeto activo cree que tiene el sujeto pasivo. Se establecen para

estos delitos penas comprendidas entre los dieciocho meses y los diez años de prisión¹²⁸.

En concreto, existen las siguientes figuras delictivas:

a) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de dieciocho años, o que él crea menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de explotación sexual, de incesto, de corrupción moral, de proxenetismo o de prostitución de menores, entre otros.

b) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de dieciséis años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de contacto sexual, de incitación al contacto sexual, de bestialismo en presencia de un menor de dieciséis años, de exhibicionismo o de agresión sexual.

c) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de catorce años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de secuestro o rapto de menores de catorce años¹²⁹.

¹²⁸ Sobre la regulación del *grooming* en Canadá, véase GIL BARBERÀ, “*El nou article*”, pp. 17-18.

¹²⁹ 172. 1 (1) *Every commits an offence who, by a means of telecommunication, communicates with*
(a) *a person who is, or who the accused believes is, under the age of 18 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence with respect to that person under subsection 153(1), section 155, 163.1, 170, 171 or 279.011 or subsection 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) or 286.3(2);*
(b) *a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2) or section 271, 272, 273 or 280 with respect to that person; or*
(c) *a person who is, or who the accused believes is, under the age of 14 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 281 with respect to that person.*

Marginal note: Punishment (2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

Marginal note: Presumption re age (3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age.

Marginal note: No defence (4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age,

Como vemos, la regulación canadiense, al igual que ocurre con la española, castiga la intención del sujeto activo, es decir, adelanta la barrera de punibilidad accediendo a la esfera interna del sujeto y de este modo abarca sus propósitos, si bien debemos destacar que el adelantamiento de la punición en Canadá es mayor que en nuestro caso ya que se penaliza no sólo la intención de cometer el delito, sino también la intención de facilitar dicha comisión. Otra diferencia con nuestra legislación estriba en que en Canadá se establecen distintas edades de la víctima en función del delito al que vaya dirigida la intención del autor.

Resulta sumamente curiosa, y a mi modo de ver preocupante, la posibilidad de que el delito se cometa aún siendo el sujeto pasivo mayor de edad (o de las respectivas edades contempladas para cada modalidad comisiva) por el simple hecho de que el autor crea que tiene menos años. Si concebimos el delito como protector de la indemnidad sexual de los menores, no se entiende qué bien jurídico se trata de salvaguardar en esos casos. Como dice Ramos Vázquez al tratar este extremo, parece detectarse la sensación de que se persigue un tipo de autor y no exactamente un comportamiento vulnerador de un bien jurídico¹³⁰. Como podremos comprobar más adelante, la normativa en Australia es similar en este aspecto.

III.1.2. Estados Unidos.

La regulación del delito de *grooming* a nivel federal se introdujo en 1996 y se encuentra recogida en el § 2422 b) del Título 18 *US Code*¹³¹. La conducta que se

sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person”.

¹³⁰ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 2. Pone de manifiesto el autor el problema que representa castigar por un delito de *grooming* a un sujeto que contacta con un mayor de edad solo porque aquel crea que es un menor.

¹³¹ § 2422 b): “*Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life”.*

penaliza consiste en persuadir, inducir o coaccionar a un menor de dieciocho años a través del correo electrónico u otro medio de comunicación a fin de que este tome parte en actos de prostitución o actividades sexuales ilegales. La pena contemplada en el precepto ha ido incrementándose a lo largo del tiempo con sucesivas reformas, desde el máximo de diez años de prisión en su versión original de 1996 hasta la pena actualmente contemplada, desde 2006, que va desde los diez años de prisión hasta la cadena perpetua.

La jurisprudencia existente no es unánime respecto al momento en que se considera perfeccionado el delito, si con el simple contacto *online* o si además se requiere la proposición de un encuentro o incluso el inicio de desplazamiento del delincuente hacia el menor. No obstante, parece que la postura más generalizada es la de considerar suficiente la inducción a la realización de conductas sexuales sin necesidad siquiera de que se proponga un encuentro con el menor.

En principio, siguiendo el estudio que realiza Villacampa Estiarte, se aprecia que la penalidad para el delito de *grooming* a nivel federal es más severa que la estatal, existiendo, como hemos visto, en el primer caso sanciones que oscilan entre los diez años de prisión y la cadena perpetua y en el caso de los diferentes Estados, que carecen una legislación uniforme, sanciones inferiores a un año de prisión e incluso en algunos casos pecuniarias, salvo algunas excepciones en Estados que exigen una penalidad mayor, como Georgia, Maine, Montana o Columbia. Uno de los factores que se tiene en cuenta a nivel estatal a la hora de determinar la gravedad de las penas es el hecho de que se haya producido o no un encuentro en el mundo físico, más allá del contacto *online*.

El delito de *grooming* requiere en la mayoría de los Estados una comunicación de contenido sexual con un menor a través de las TIC, con la intención de cometer una ofensa sexual contra aquel, acompañado todo ello de una invitación o inducción a intervenir en conductas de carácter sexual.

Por otro lado, también ha recibido especial atención por parte de los Tribunales la determinación de la intencionalidad del sujeto activo, no produciéndose

condenas en los casos en que únicamente se han detectado conversaciones de explícito contenido sexual pero de las cuales no se haya podido deducir la intención del autor.

La discrecionalidad que se concede a los Tribunales a la hora de imponer penas en los casos de comisión del delito de *grooming online* difiere entre Estados. Así, en Delaware, Iowa, Nueva York o Dakota del Norte, siendo el *grooming* un delito grave, permiten no obstante que a discreción del Juez las penas impuestas sean inferiores a un año de prisión. En Maryland, Minnesota, Oklahoma, Carolina del Sur, Dakota del Sur o Wisconsin se establece una pena máxima por lo que, al igual que ocurre en los Estados precedentemente citados, tampoco se llega a cumplir más de un año de prisión. En otro grupo de Estados, el *grooming* es considerado un delito menor. Así ocurre en California, Michigan, Dakota del Norte, Oregon, Tennessee, Utah, Vermont y Washington.

Entre los Estados que permiten a los jueces imponer una pena de multa en lugar de la pena de prisión prevista se encuentran Maryland, Michigan, Minnesota, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Oklahoma, Carolina del Sur, Vermont, Washington o Virginia del Oeste¹³².

III.1.3. Australia.

La legislación australiana contiene una amplia gama de conductas referidas al acceso a menores con fines sexuales, reguladas en el *Criminal Code Act*¹³³.

En su artículo 474.26 castiga con quince años de prisión a quien contacte a través de un medio de comunicación con un menor de dieciséis años o que él crea que lo es, con la intención de mantener relaciones sexuales con él o con un tercero

¹³² Un estudio amplio sobre la legislación en EEUU lo encontramos en VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 154-163.

¹³³ Sobre la regulación australiana del *grooming* véase GIL BARBERÀ, “*El nou article*”, pp. 20-21.

mayor de dieciocho años o que el contactante crea que así lo es o con un tercero menor de dieciocho años o que el contactante crea que así lo es¹³⁴.

El artículo 474.28 contempla una serie de previsiones sobre la prueba del conocimiento por parte del sujeto activo de la edad real o ficticia del resto de sujetos.

Coincido con Ramos Vázquez al considerar que resultan totalmente criticables tanto la desproporcionalidad de la pena como las referencias al error sobre la edad, pudiéndose incluso llegar al absurdo de condenar a alguien por contactar con un mayor de edad para que tenga relaciones con otro mayor de edad si el sujeto activo cree que son menores¹³⁵.

El artículo 474.27 contempla diferentes modalidades comisivas en función de la intención del sujeto activo, sancionando a:

¹³⁴ «474.26 Using a carriage service to procure persons under 16 years of age
(1) A person (the sender) commits an offence if:
(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient);
and
(b) the sender does it this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with the sender; and
(c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and
(d) the sender is at least 18 years of age.
Penalty: Imprisonment for 15 years.
(2) A person (the sender) commits an offence if:
(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient);
and
(b) the sender does this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with another person (the participant); and
(c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and
(d) the participant is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age.
Penalty: Imprisonment for 15 years.
(3) A person (the sender) commits an offence if:
(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient);
and
(b) the sender does this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with another person; and
(c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and
(d) the other person referred to in paragraph (b) is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age; and
(d) the sender intends that the sexual activity referred to in paragraph (b) will take place in the presence of:
(i) the sender; or
(ii) another person (the participant) who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age.
Penalty: Imprisonment for 15 years”.

¹³⁵ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 3.

a) Aquel que teniendo dieciocho años o más utiliza un servicio de comunicación para transmitir una comunicación a otra persona, menor de dieciséis años o que el sujeto activo crea que lo es, con el propósito de hacer más fácil la obtención de su implicación en una actividad sexual con el remitente de la comunicación.

b) El mayor de dieciocho años que se sirve de un servicio de comunicación para transmitir a un menor de dieciséis años una comunicación con el propósito de facilitar que se involucre en una actividad sexual con otra persona de dieciocho años o más, o que el ofensor cree que tiene esa edad.

En ambos casos la pena es de doce años de prisión, pero si en el caso del apartado b) el sujeto activo intenta que la actividad sexual se realice en su presencia o en presencia de otra persona de dieciocho años o que aquel cree que así es, la pena es de prisión de quince años¹³⁶.

¹³⁶ 474.27 Using a carriage service to “groom” persons under 16 years of age

(1) A person (the sender) commits an offence if:

(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and

(c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in sexual activity with the sender; and

(d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and

(e) the sender is at least 18 years of age.

Penalty: Imprisonment for 12 years.

(2) A person (the sender) commits an offence if:

(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and

(c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in sexual activity with another person (the participant); and

(d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and

(e) the participant is someone who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age.

Penalty: Imprisonment for 12 years.

(3) A person (the sender) commits an offence if:

(a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and

(c) the sender does this with the intention of making it easier to procure the recipient to engage in sexual activity with another person; and

(d) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and

(e) the other person referred to in paragraph (c) is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age; and

(f) the sender intends that the sexual activity referred to in paragraph (c) will take place in the presence of:

(i) the sender; or

(ii) another person (the participant) who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age.

La finalidad del comunicante en este caso no es la de intentar cometer un delito sexual, sino facilitar dicha tentativa, por lo que, como bien apunta Ramos Vázquez, con ello se castiga un acto preparatorio de un acto preparatorio. Define el autor a la legislación australiana como “[...] paradigma de cómo la obsesión por los riesgos de Internet para los menores (y por la figura, más mitológica que criminológica del “depredador sexual”) llevan a regulaciones que, al menos en nuestro Estado, no superarían ningún tipo de juicio de constitucionalidad”, apreciación con la que coincido plenamente¹³⁷.

Como podemos comprobar, en la legislación australiana, al igual que ocurre en la de Canadá, no forman parte de los elementos del tipo el encuentro o los actos materiales encaminados al mismo sino que es suficiente el contacto con la finalidad de perpetrar un delito sexual o facilitarlo.

Dentro de Australia, algunas regulaciones de los diferentes Estados presentan peculiaridades que conviene destacar en los siguientes subapartados.

III.1.3.1. Queensland.

Las legislaciones de Queensland y Nueva Gales del Sur presentan entre ellas una esencial diferencia: en la primera la utilización de las TIC es un elemento constitutivo del delito de *grooming* y en la segunda no¹³⁸.

El *Criminal Code Act* de Queensland de 1899 contempla, dentro del capítulo 22 dedicado a los delitos contra la moralidad, incorporado a su vez en su parte 4 referida a los actos injuriosos para el público en general, el delito de utilización de Internet u otras tecnologías para conseguir a niños menores de dieciséis años. El

Penalty: Imprisonment for 15 years”.

¹³⁷ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 3.

¹³⁸ Así lo refiere GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 224-226.

artículo 218A dispone que comete un delito el adulto que usa la comunicación electrónica (*email*, Internet, *chat rooms*, SMS, mensajes, audio/vídeo en tiempo real u otras comunicaciones similares) con el propósito de conseguir que una persona menor de dieciséis años, o que él cree que así es, se involucre en un acto sexual, en Queensland o en cualquier otro lugar, entendiéndose por ello la realización de actos sexuales con el ofensor, uno mismo o un tercero, o la participación de cualquier forma en un acto de naturaleza indecente, no limitándose al contacto corporal. O también con el propósito de exponer a esa persona, sin razón que lo justifique, a materiales indecentes (películas, cintas de vídeo, cintas de audio, dibujos, fotografías, materiales impresos o escritos) en Queensland o en cualquier otro lugar¹³⁹.

¹³⁹ 218A “Using Internet etc. to procure children under 16.

(1) Any adult who uses electronic communication with intent to procure a person under the age of 16 years, or a person the adult believes is under the age of 16 years, to engage in a sexual act, either in Queensland or elsewhere, commits a crime.

Maximum penalty – 10 years imprisonment.

(2) The adult is liable to 14 years imprisonment if-

(a) the person is-

(i) a person under 12 years; or

(ii) a person the adult believes is under 12 years; or

(b) the offence involves the adult-

(i) intentionally meeting the person; or

(ii) going to a place with the intention of meeting the person.

(3) For subsection (1), a person engages in a sexual act if the person-

(a) allows a sexual act to be done to the person's body; or

(b) does a sexual act to the person's own body or the body of another person; or

(c) Otherwise engages in an act of an indecent nature.

(4) Subsection (3) is not limited to sexual intercourse or acts involving physical contact.

(5) For subsection (1), it is not necessary to prove that the adult intended to procure the person to engage in any particular sexual act.

(6) Also, for subsection (1), it does not matter that, by reason of circumstances not known to the adult, it is impossible in fact for the person to engage in the sexual act.

(7) For subsection (1), it does not matter that the person is a fictitious person represented to the adult as a real person.

(8) Evidence that the person was represented to the adult as being under the age of 16 years, or 12 years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the adult believed the person was under that age.

(9) It is a defence to a charge under this section to prove the adult believed on reasonable grounds that the person was at least 16 years.

(9A) For an offence defined in subsection (1) alleged to have been committed with the circumstance of aggravation mentioned in subsection (2)(a)(i), it is a defence to the circumstance of aggravation to prove that the adult believed on reasonable grounds that the person was at least 12 years.

(10) In this section-

electronic communication means email, Internet chat rooms, SMS messages, real time audio/video or other similar communication.

meeting means meeting in person.

procure means knowingly entice or recruit for the purposes of sexual exploitation”.

Se castiga dicha conducta con la pena de prisión de hasta diez años salvo que la víctima sea menor de doce años o el sujeto activo así lo crea, en cuyo caso la pena será de prisión de catorce años¹⁴⁰.

III.1.3.2. Nueva Gales del Sur.

En Nueva Gales del Sur, la *Crimes Act* de 1990, en su artículo 66EB castiga diversas conductas llevadas a cabo por adultos en perjuicio de menores de dieciséis años¹⁴¹.

¹⁴⁰ Para un análisis de esta legislación, véase GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 224-226.

¹⁴¹ 66EB “*Procuring or grooming child under 16 for unlawful sexual activity*”

(1) *Definitions in this section:*

“*adult person*” means a person who is of or over the age of 18 years.

“*child*” means a person who is under the age of 16 years

“*conduct*” includes:

(a) *communicating in person or by telephone, the Internet or other means, or*

(b) *providing any computer image, video or publication.*

“*unlawful sexual activity*” means an act that constitutes an offence under this Division or Division 10^a, 15 or 15A (or, in the case of an act occurring outside this State, that would constitute such an offence if it occurred in this State).

(2) *Procuring children. An adult person who intentionally procures a child for unlawful sexual activity with that or any other person is guilty of an offence.*

Maximum penalty:

(a) *in the case of a child who is under the age of 14 years-imprisonment for 15 years, or*

(b) *in any other case-imprisonment for 12 years.*

(2A) *Meeting child following grooming. An adult person:*

(a) *who intentionally meets a child, or travels with the intention of meeting a child, whom the adult person has groomed for sexual purposes, and*

(b) *who does so with the intention of procuring the child for unlawful sexual activity with that adult person or any other person,*

is guilty of an offence.

Maximum penalty:

(a) *in the case of a child who is under the age of 14 years-imprisonment for 15 years, or*

(b) *in any other case-imprisonment for 12 years.*

(2B) *For the purposes of subsection (2A), a child has been*

“groomed for sexual purposes” by an adult person if, on one or more previous occasions, the adult person has engaged in conduct that exposed the child to indecent material.

(3) *Grooming children. An adult person:*

(a) *who engages in any conduct that exposes a child to indecent material or provides a child with an intoxicating substance, and*

(b) *who does so with the intention of making it easier to procure the child for unlawful sexual activity with that or any other person,*

is guilty of an offence.

Maximum penalty:

(a) *in the case of a child who is under the age of 14 years-imprisonment for 12 years, or*

(b) *in any other case-imprisonment for 10 years.*

(4) *Unlawful sexual activity need not be particularised In any proceedings for an offence against this*

Así, el tratar deliberadamente de conseguir de un menor de dieciséis años la realización de una actividad sexual contraria a la ley con él o con cualquier otra persona, es castigada con una pena de hasta doce años de prisión y de quince años si la víctima es menor de catorce años (art. 66EB 2).

En segundo lugar, quien con la intención de implicar al menor en una actividad sexual ilegal, se reúne deliberadamente con él, o viaja con la intención de reunirse con este, cuando el menor previamente ha sido en una o más ocasiones sometido por parte del adulto a conductas de exposición de material indecente, será castigado con la pena de prisión de hasta doce años, o de hasta quince años si la víctima es un menor de catorce años.

Por último, la conducta de un adulto que con intención de llevar a cabo la conducta sexual ilegal, realiza una comunicación en persona o por teléfono, Internet u otros medios, o facilita una imagen de ordenador, video o publicación mediante la que expone al menor a material indecente o le proporciona alguna sustancia intoxicadora, es castigada con prisión de hasta diez años o de doce años si se trata de un menor de catorce años.

Si bien en el supuesto del segundo párrafo se contempla algo que se asemeja a los actos materiales encaminados al acercamiento de la legislación española, ya que

section, it is necessary to prove that the child was or was to be procured for unlawful sexual activity, but it is not necessary to specify or to prove any particular unlawful sexual activity.

(5) Fictitious children A reference in this section to a child includes a reference to a person who pretends to be a child if the accused believed that the person was a child. In that case, a reference in this section:

(a) to unlawful sexual activity includes a reference to anything that would be unlawful sexual activity if the person were a child, and

(b) to the age of the child is a reference to the age that the accused believed the person to be.

(6) Charge for aggravated offence The higher maximum penalty under subsection (2), (2A) or (3) in the case of a child under the age of 14 years does not apply unless the age of the child is set out in the charge for the offence.

(7) Defence It is a defence in proceedings for an offence against this section if the accused reasonably believed that the other person was not a child.

(8) Alternative verdict If on the trial of a person charged with an offence against subsection (2) or (2A) the jury is not satisfied that the offence is proven but is satisfied that the person has committed an offence against subsection (3), the jury may acquit the person of the offence charged and find the person guilty of an offence against subsection (3). The person is liable to punishment accordingly”.

se exige un encuentro o intento del mismo, el elemento del tipo consistente en la exposición previa del menor a imágenes de contenido sexual es algo que no se contempla en la regulación del *grooming* en España.

III.1.4. Reino Unido.

En el caso del Reino Unido, su legislación penal contiene un delito que se asemeja mucho al *child grooming* del art. 183 ter CP español pero se diferencia de este en que en aquel país no se exige que el medio de contacto con el menor sean las nuevas tecnologías y sin embargo sí que se exige que la comunicación con la víctima se haya dado como poco en dos ocasiones anteriores al encuentro o intento de encuentro.

El artículo 15 del *Sexual Offences Act* fue introducido en el año 2003 con vigencia para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y en el mismo se definía la conducta delictiva como aquella por la cual la persona de dieciocho años o mayor, que habiéndose encontrado o comunicado por cualquier medio, al menos en dos ocasiones precedentes, con un menor de dieciséis años, siempre que no creyera razonablemente que esa persona era mayor de dicha edad, se encontrara intencionalmente o viajara para encontrarse con el menor con la finalidad de cometer contra él durante o después del encuentro determinadas conductas de naturaleza sexual constitutivas de delito¹⁴².

Posteriormente, mediante la *Criminal Justice and Immigration Act* 2008, se derogó la vigencia del citado delito para Irlanda del Norte, en donde se aplica desde entonces el art. 22 de la *Sexual Offences (Northern Ireland) Order* 2008.

¹⁴² “15. *Meeting a child following sexual grooming etc.*
A person aged 18 or over (A) commits an offence if-
(a) Having met or communicated with another person (B) on at least two earlier occasions, he-
(i) intentionally meets B or,
(ii) travels with the intention of meeting B in any part of the world
(b) at the time, he intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence,
(c) B is under 16, and
(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over”.

La citada modificación supuso además, una ampliación de las conductas punibles y con ello, un adelantamiento de la barrera punitiva a una fase en la que la lesión del bien jurídico protegido es muy remota, pues ya no se exige que el sujeto activo se encuentre con el menor o viaje para encontrarse con este con la finalidad de cometer conductas sexuales delictivas, sino que también se encuentran contenidos en el tipo la simple concertación de un encuentro o que la víctima sea quien viaje para encontrarse con el ofensor¹⁴³.

El delito lleva aparejada una pena de hasta diez años de prisión, pero no puede ser superior a los seis meses o alternativamente una multa, si se tramita un procedimiento sumario.

Refiere Villacampa Estiarte que el precepto ha recibido críticas por parte de la doctrina del país, basadas fundamentalmente en que se trata de un delito de pensamiento así como por las dificultades que presenta la acreditación del requisito de la intencionalidad dañosa por parte del sujeto activo. Añade la autora que en aquellos casos en los que la detención de los *groomers* ha tenido lugar en el marco de una *sting operation* sus defensas han alegado la inadecuación de las técnicas de investigación. Y, ya por último, destaca que el precepto ha tenido escasa aplicación pues en los muchos casos en los que el delito de *grooming* ha ido seguido por un

¹⁴³ “22. *Meeting a child following sexual grooming etc.*
A person aged 18 or over (A) commits an offence if-
(a) A has met or communicated with another person (B) on at least two occasions and subsequently-
(i) A intentionally meets B,
(ii) A travels with the intention of meeting B in any part of the world or arranges to meet B in any part of the world, or
(iii) B travels with the intention of meeting A in any part of the world
(b) A intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting mentioned in paragraph (a) (i) to (iii) and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence,
(c) B is under 16, and
(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over.
(2) In subsection (1)—
(a) the reference to A having met or communicated with B is a reference to A having met B in any part of the world or having communicated with B by any means from, to or in any part of the world;
(b) “relevant offence” means—
(i) an offence under this Part,
(iii) anything done outside England and Wales which is not an offence within sub-paragraph (i) but would be an offence within sub-paragraph (i) if done in England and Wales”.

delito contra la indemnidad sexual del menor víctima llevado a cabo en contacto directo con este, se ha procesado por este último ilícito penal¹⁴⁴.

Como ya he apuntado anteriormente, desde el año 2008 en Irlanda del Norte el delito de *grooming* está recogido en el art. 22 de la *Sexual Offences (Northern Ireland) Order*¹⁴⁵, con un contenido prácticamente similar al del art. 15 del *Sexual Offences Act*.

En Escocia, el *grooming* se introdujo en la legislación penal en el año 2005. Concretamente está contemplado en el art. 1 del *Protection of children and prevention of sexual offences Act*¹⁴⁶ en el cual se establece que comete el delito

¹⁴⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 166.

¹⁴⁵ “Meeting a child following sexual grooming etc.
22.- A person aged 18 or over (A) commits an offence if—
(a) A has met or communicated with another person (B) on at least two occasions, and subsequently—
(i) A intentionally meets B, or
(ii) A travels with the intention of meeting B in any part of the world or arranges to meet B in any part of the world, or
(iii) B travels with the intention of meeting A in any part of the world,
(b) A intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting mentioned in subparagraph (a) (i) to (iii) and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence,
(c) B is under 16, and
(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over”.

¹⁴⁶ “1. Meeting a child following certain preliminary contact.
(1) A person (“A”) commits an offence if—
(a) having met or communicated with another person (“B”) on at least one earlier occasion, A—
(i) intentionally meets B;
(ii) travels, in any part of the world, with the intention of meeting B in any part of the world; or
(iii) makes arrangements, in any part of the world, with the intention of meeting B in any part of the world, for B to travel in any part of the world;
(b) at the time, A intends to engage in unlawful sexual activity involving B or in the presence of B—
(i) during or after the meeting; and
(ii) in any part of the world;
(c) B is—
(i) aged under 16; or
(ii) a constable;
(d) A does not reasonably believe that B is 16 or over; and
(e) at least one of the following is the case—
(i) the meeting or communication on an earlier occasion referred to in paragraph (a) (or, if there is more than one, one of them) has a relevant Scottish connection;
(ii) the meeting referred to in sub-paragraph (i) of that paragraph or, as the case may be, the travelling referred to in sub-paragraph (ii) of that paragraph or the making of arrangements referred to in sub-paragraph (iii) of that paragraph, has a relevant Scottish connection;
(iii) A is a British citizen or resident in the United Kingdom.
(2) In subsection (1) above—
(a) the reference to A’s having met or communicated with B is a reference to A’s having met B in any

quien tras haberse encontrado o haber comunicado con un menor de dieciséis años en al menos una ocasión anterior, siempre que razonablemente no crea que esa persona tenga dieciséis o más años, se encuentra, viaja o realiza gestiones para encontrarse con este con la finalidad de mantener relaciones sexuales ilícitas con el mismo o en su presencia, durante o después del encuentro y en cualquier parte del mundo. Las penas previstas son las de prisión de entre seis meses y diez años y/o multa.

En este caso, comparándolo con la regulación de la *Sexual Offences Act*, las diferencias más destacables son la falta de referencia a la edad del sujeto activo, al igual que ocurre en la legislación española, así como la no necesidad en el caso de Escocia de más de un encuentro o comunicación, por lo que permite su aplicación a más casos que los penalmente perseguibles en Inglaterra y Gales.

Por otro lado, al igual que en el Reino Unido, tampoco se requiere que el previo contacto con el menor de dieciséis años se haya llevado a cabo a través de las nuevas tecnologías.

III.1.5. Irlanda.

La regulación penal del delito en Irlanda, recogida en el *Criminal Law (Sexual Offences) (Amendment) Act 2007*¹⁴⁷ contempla un abanico de conductas

part of the world or having communicated with B by any means from or in any part of the world (and irrespective of where B is in the world); and
(b) a meeting or travelling or making of arrangements has a relevant Scottish connection if it, or any part of it, takes place in Scotland; and a communication has such a connection if it is made from or to or takes place in Scotland.
(3) For the purposes of subsection (1)(b) above, it is not necessary to allege or prove that A intended to engage in a specific activity.
(4) A person guilty of an offence under this section is liable—
(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;
(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or a fine or both.
(5) Subsections (6A) and (6B) of section 16B of the Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995 (c. 39) (which determines the sheriff court district in which proceedings against persons committing certain sexual acts outside the United Kingdom are to be taken) apply in relation to proceedings for an offence under this section as they apply to an offence to which that section applies”.

¹⁴⁷ “(2A) Any person who within the State—

sancionables menos amplio que en el caso de Inglaterra y Gales, ya que no se comete el delito cuando se llega únicamente a concertar un encuentro con la víctima sin que haya acercamiento o cuando es la víctima la que se desplaza para encontrarse con el sujeto activo. En definitiva la conducta delictiva consiste en encontrarse o viajar para encontrarse con un menor de diecisiete años¹⁴⁸ con el que previamente se ha comunicado en dos o más ocasiones, con la intención de cometer contra él algún delito sexual.

La pena contemplada se extiende hasta los catorce años de prisión.

III.2. Latinoamérica.

III.2.1. Perú.

A través de la Ley de Delitos Informáticos n° 30096, de octubre de 2013, Perú incorporó en su art. 5, inserto en el capítulo III referido a los “Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertad sexuales” el tipo de “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos” con el siguiente texto: “El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

(a) intentionally meets, or travel with the intention of meeting, a child, having met or communicated with that child on 2 or more previous occasions, and

(b) does so for the purpose of doing anything that would constitute sexual exploitation of the child, shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years.

(2B) Any person, being a citizen of the State or being ordinarily resident in the State, who outside the State—

(a) intentionally meets, or travels with the intention of meeting, a child, having met or communicated with that child on 2 or more previous occasions, and

(b) does so for the purpose of doing anything that would constitute sexual exploitation of the child, shall be guilty of an offence and shall be liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding 14 years”.

¹⁴⁸ La edad del sujeto pasivo del delito viene determinada en la sección tercera del *Child Trafficking and Pornography Act 1998*, que resulta modificado por la *Criminal Law (Sexual Offences) (Amendment) Act 2007*.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal”.

Como podemos comprobar, Perú es uno de los países que contempla como medio comisivo del *grooming* las tecnologías de la comunicación, pareciendo desprenderse de la redacción de su tipo penal que no abarca la conducta que es realizada *offline*. Por otro lado, comparativamente con la legislación española, en Perú el artículo no contiene un subtipo agravado por el empleo de coacciones, intimidación o engaño y sí una penalidad de diferente intensidad en función de la edad del sujeto pasivo, señalando que para entenderse cometido el delito en el caso de los víctimas de entre catorce y dieciocho años se requerirá el empleo del engaño.

III.2.2. Argentina.

El Código Penal argentino contiene dentro del título correspondiente a los “Delitos contra la integridad sexual” el art. 131, vigente desde finales de 2013, que reza literalmente: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”¹⁴⁹.

Debemos señalar que menor de edad en Argentina es la persona de menos de dieciocho años (art. 2, Convención Internacional de los Derechos del Niño y art. 126, Ley N° 26.579), si bien la edad para prestar consentimiento válido en materia sexual es la de trece (art. 119), por lo que la conducta resultará atípica en caso de que el sujeto pasivo de trece o más años preste su consentimiento.

¹⁴⁹ En relación con la regulación del *grooming* en Argentina, véase, entre otros, ABOSO, “El delito de contacto telemático”; CHASCO, “El ‘grooming’ y su inclusión”; CUETO, “Grooming, el nuevo art. 131”; GONZALO DE LLANO, “Child grooming” y VERGARA LUQUE, “Reflexiones sobre la reforma”.

Las conductas típicas son, por tanto, el contacto a través de medios tecnológicos¹⁵⁰ con un menor de trece años, con las intenciones recogidas en el precepto penal, o el contacto con un menor de dieciocho años pero mayor de trece, que no ha prestado el consentimiento para el contacto (contacto sorpresivo, según Buompadre) o lo haya hecho mediando engaño u otro medio fraudulento o coactivo¹⁵¹.

El antecedente normativo que provocó la introducción del delito de *grooming* en la legislación argentina fue el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote) del año 2007¹⁵².

A decir de Buompadre, el legislador argentino se inspiró en el art. 183 bis del CP español, introducido por LO 5/2010, para trabajar sobre la redacción de su artículo 131, pero no en la Directiva 2011/93/UE que establece la tipificación como delito del “embaucamiento” de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de chat. Si bien el término embaucar revela la existencia de un engaño del que es víctima una persona menor, el legislador argentino no ha otorgado al engaño relevancia penal alguna en este delito¹⁵³.

Tampoco se puede dejar de lado la importancia que, como en otros países, en Argentina cobraron determinados episodios ocurridos con menores, los cuales dieron lugar a una presión social e institucional importante para recoger la figura como delito autónomo en la legislación penal. Así, en dicho país es conocido el caso Fadelli, ocurrido en julio de 2009: Un varón de treinta y cinco años, haciéndose pasar

¹⁵⁰ GARIBALDI, “Aspectos dogmáticos”, p. 23. Especifica el autor que en Argentina el que contacta personalmente con el menor no realiza la conducta típica.

¹⁵¹ En este sentido, BUOMPADRE, “Una aproximación”, p. 28.

¹⁵² Así nos lo indica BENAVIDEZ, “De cómo el grooming”, p. 1.

¹⁵³ BUOMPADRE, “Una aproximación”, p. 9 y pp. 22-23.

por un menor de catorce, mantuvo conversaciones de contenido sexual con una menor de trece años exhibiéndose ante la *web cam* mientras se masturbaba¹⁵⁴.

No obstante, antes de la inclusión del delito de *grooming* en el CP argentino, las conductas que hoy en día encajarían en dicho tipo ya recibían respuesta penal a través de la aplicación, por ejemplo, del tipo de promoción a la corrupción de menores, agravada en su caso por la edad de la víctima y por el empleo de engaño, conforme al art. 125, 2º y 3º¹⁵⁵. Es por ello, precisamente, por lo que ya con anterioridad a la entrada en vigor del precepto, durante su génesis¹⁵⁶, y posteriormente por parte de la doctrina¹⁵⁷, se ha venido cuestionando la necesidad de introducción de un delito específico y autónomo de *grooming*.

El 13 de noviembre de 2013 se aprobó la redacción del precepto tal y como fue definitivamente insertado en el Código Penal, no sin antes atravesar varias vicisitudes¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Sobre este caso, véase BENAVIDEZ, “De cómo el grooming”, pp. 2-3.

¹⁵⁵ En este sentido, ARISTIMUÑO, “Corrupción de menores”, pp. 1 y 3-6. Analiza el autor la sentencia dictada en el procedimiento seguido contra Leandro Nicolás Fragosa, condenado a diez años de prisión por la comisión de un delito de corrupción de menores agravada, declarándose probado que “el señor Leandro Nicolás Fragosa, mediante el engaño de utilizar una apariencia de niña, con el seudónimo ‘Sole Gomez’ contacta vía Internet, desde su PC ubicada en su domicilio, utilizando la cuenta de correo electrónico ‘sol199910@hotmail.com’, a una menor de ocho (8) años de edad, a través de la computadora de la niña ubicada en su domicilio de calle 38 N° 2695 de este medio, y mediante la utilización de mensajería instantánea ‘Messenger’, le envía mensajes de contenido sexual y lenguaje obsceno, con evidentes fines corruptivos, a su cuenta de correo ‘xxx’, al mismo tiempo que enviaba mails con cantidad de fotografías con contenido de menores de edad desnudos y manteniendo relaciones sexuales entre sí. Del hecho descrito resulta víctima la menor de edad L.M.”

¹⁵⁶ Así lo refleja HERNÁN MOYANO, “Grooming: Comentario”, pp. 1-2. Recoge el autor las observaciones realizadas al proyecto de ley por un diputado que dice no haberse explicitado las razones por las cuales sería necesaria la creación de una figura penal autónoma y distinta de los delitos contra la integridad sexual que ya formaban parte del Código Penal argentino.

¹⁵⁷ Por todos, PESCLEVI, “Grooming”, p. 7. Destaca la autora que la única razón que existía para la introducción del precepto regulador del *grooming* es la necesidad de cumplir con la Convención de los Derechos del Niño o la aprobación mediante ley 25.763 del protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, así como la necesidad de dar respuesta a la demanda social, temerosa de los nuevos peligros de las tecnologías para los niños. Critica además la penalización del *grooming* por ser este un acto preparatorio.

¹⁵⁸ BENAVIDEZ, “De cómo el grooming”, pp. 3-21. Realiza un detalladísimo análisis de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, incluyendo los debates en el Senado, los informes de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales y las sesiones de la Cámara de Diputados.

Así, cuando el Proyecto de ley aprobado por el Senado el 28 de septiembre de 2011 llegó a la Cámara de Diputados, fue modificado de tal forma que se propuso la definición del tipo del siguiente modo: “Será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos le requiera de cualquier modo a una persona menor de 13 años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de 13 de años y menor de 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”. No obstante, esta modificación no fue aceptada por el Senado, que aprobó la ley con la descripción del delito de *grooming* referida al comienzo de este apartado¹⁵⁹.

Esa redacción definitiva adolece de ciertos fallos de técnica legislativa y falta de sistematicidad ya que, entre otras cosas, vulnera el principio de proporcionalidad al recibir el acto preparatorio (*grooming*) igual sanción que delitos de lesión consumados en el mundo real y que afectan al mismo bien jurídico¹⁶⁰ o presenta la incongruencia de que puedan ser víctimas del acto preparatorio quienes no lo serían de un abuso simple consumado, criminalizando así actos preparatorios de conductas que consumadas con el consentimiento de un menor de entre trece y dieciséis años, no serían delito. Otra inconsistencia se detecta en que se trata de un delito de acción pública, perseguible de oficio, mientras que en los delitos más graves contra la

¹⁵⁹ Para un análisis pormenorizado de la discusión parlamentaria del Senado el día en que resultó aprobada la ley (13-11-2013), ver GARIBALDI, “Aspectos dogmáticos”, pp. 31-34. También hace referencia a algunas intervenciones de Senadores en dicha sesión RIQUELT, “Ciberacoso”, pp. 4-8.

¹⁶⁰ Destaca esta falta de sistematicidad a la hora de legislar sobre el *grooming* RIQUELT, “Ciberacoso”, p. 6, apuntando que la pena (de tres meses a dos años) que la Cámara de Diputados propuso para el delito, hubiera evitado este problema. También HERNÁN MOYANO, “Grooming: Comentario”, p. 4, critica la incongruencia en términos de proporcionalidad que supone imponer la misma pena ante magnitudes dispares del daño en el caso de simple contacto con el menor y en el de abuso sexual consumado, considerando más adecuado imponer menos pena en el primer caso, en el que el bien jurídico protegido resulta menos lesionado.

integridad sexual, la víctima es quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal¹⁶¹.

El *grooming* se constituye como un delito de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, ya que para su perfección únicamente exige que el autor contacte con el menor de edad, es decir, dicha conducta es punible aun cuando ni siquiera ponga en peligro de lesión el bien jurídico protegido¹⁶². Este bien jurídico, dada la ubicación del precepto, es la libertad sexual de los menores de edad, el derecho de los menores de dieciocho años a ejercer libremente su opción sexual (derecho de autodeterminación sexual)¹⁶³.

De acuerdo con la redacción del artículo, podemos plantearnos con Pesclevi si en caso de que el menor no conteste al contacto del sujeto activo nos encontramos ante un delito de *grooming*, teniendo en cuenta, como dice la autora, que contactar es establecer contacto o comunicación con alguien¹⁶⁴. La respuesta entiendo que ha de ser negativa.

III.2.3. Chile.

En este país el *grooming* no se presenta como un delito autónomo sino que el empleo de las TIC tiene la consideración de una agravante específica de determinados delitos atentatorios contra la indemnidad sexual del menor, lo mismo que ocurre con el engaño respecto a la identidad o edad del sujeto activo.

El art. 366 quáter del CP chileno penaliza la conducta de quien, para procurarse excitación sexual, realiza acciones de significado sexual ante un menor de catorce años, le hace ver o escuchar pornografía, o para el mismo fin determina al

¹⁶¹ En este sentido, RIQUERT, “Ciberacoso”, pp. 7 y 9.

¹⁶² Así se deriva de la propia redacción del precepto y lo refleja BUOMPADRE, “Una aproximación”, pp. 16-17. El autor se pregunta sobre la contradicción entre ello y el respeto al principio de ofensividad.

¹⁶³ Así lo refiere BUOMPADRE, “Una aproximación”, p. 21.

¹⁶⁴ PESCLEVI, “Grooming”, p. 8.

menor a hacer tales acciones o quien realiza las anteriores acciones con un menor de más de catorce años pero empleando amenazas¹⁶⁵. Asimismo, prevé que se aplicarán las mismas penas que en los casos anteriores cuando tales conductas se cometan a distancia mediante el empleo de cualquier medio electrónico. Finalmente, la respuesta punitiva es más severa si se falsea la identidad o la edad¹⁶⁶.

III.3. Europa Continental.

III.3.1. Noruega.

Noruega es otro de los países en los que la definición del delito de *grooming* no conlleva implícita la necesidad de que el contacto con el menor se lleve a cabo a través de la utilización de las TIC.

La regulación del delito se introdujo en abril de 2007 y viene contemplada en el art. 201 a del Código Penal Civil General Noruego. Dicho precepto dispone que aquella persona que organice un encuentro con algún menor de dieciséis años con la intención de abusar sexualmente de él o de que este realice conductas sexualmente ofensivas, y que además haya llegado al lugar de encuentro o esté en un sitio desde donde pueda ver aquel lugar, será condenado al abono de una multa o una pena de prisión de hasta un año. Es importante destacar que se establece de forma explícita la

¹⁶⁵ Artículo 366 quáter: “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo. Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores. Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado”.

¹⁶⁶ Para un estudio más detallado del precepto, consultar SCHEECHLER CORONA, “El child grooming”.

no exención de responsabilidad penal para aquellos supuestos en los que concurra error en cuanto a la edad del sujeto pasivo salvo que no exista negligencia¹⁶⁷.

Por otro lado, resulta sumamente interesante la previsión de la posibilidad de exclusión de condena (*criminal liability*) en los casos en los que sujeto activo y pasivo son de semejante edad y madurez. Esta cuestión es de especial trascendencia, tanto que la reforma del CP llevada a cabo en España con ocasión de la LO 1/2015 ha introducido para los delitos que atentan contra la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años, una cláusula similar, tal y como se analizará en el apartado correspondiente de este trabajo.

III.3.2. Francia.

El Código Penal francés contiene desde el año 2007, en el capítulo dedicado a los atentados contra los menores y la familia, el artículo 227-22-1¹⁶⁸, que recoge el delito consistente en las proposiciones sexuales llevadas a cabo por un mayor de edad a un menor de quince años o a una persona que se presenta como tal, mediante la utilización de un medio de comunicación electrónico. La pena correspondiente a tal ilícito penal consiste en prisión de hasta dos años y multa de 30.000 €. En caso de que a las proposiciones sexuales siga un encuentro, las penas correspondientes serían cinco años de prisión y 75.000 € de multa.

Nuevamente encontramos la penalización de la conducta aunque el sujeto contactado no sea menor de quince años, si se presenta como tal, con los consiguientes problemas que ello supone para identificar en estos supuestos el bien

¹⁶⁷ El citado precepto describe la conducta típica como “[...] has agreed a meeting with a child who is under 16 years of age, and who with intention of committing an act as mentioned in sections 195, 196 or 200 second section has arrived at the meeting place or a place where the meeting place can be observed”.

¹⁶⁸ “Article 227-22-1. Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende lorsque les propositions ont été suivies d'une rencontre”.

jurídico que haya podido resultar lesionado. Por otro lado, en este caso, la producción del efectivo encuentro con la víctima supone la agravación de la pena.

Antes de la reforma introducida en el código penal en 2007, que, como hemos dicho, dio origen al artículo 227-22-1, en virtud de la Ley nº 98-468, de 17 de junio, relativa a la prevención y a la represión de las infracciones sexuales así como a la protección de menores, se incorporó un tipo cualificado de abuso sexual a menores de quince años por mayores de edad (art. 227-26.4º) y unos tipos cualificados de agresiones sexuales (arts. 222-24.8º y 222-28-6º) basados en el hecho de que la víctima hubiera entrado en contacto con el ofensor mediante la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público indeterminado. Asimismo, esta forma de contactar también se tiene en cuenta como elemento agravatorio en el delito de favorecimiento de la corrupción de menores (art. 227-22)¹⁶⁹.

III.3.3. Holanda.

Como consecuencia de la necesaria aplicación del Convenio de Lanzarote, se introdujo en el Código Penal holandés el art. 248e¹⁷⁰, cuya vigencia data del 1 de julio de 2010. La conducta se ha de desarrollar mediante la utilización de un ordenador o un servicio de comunicación y consiste en proponer un encuentro a una persona que el sujeto activo sabe que tiene o debería razonablemente saber que tiene menos de dieciséis años, con la intención de abusar sexualmente o producir imágenes en las que aquel intervenga en un acto sexual, y además debe iniciar acciones orientadas a que el encuentro tenga lugar.

La pena prevista es de multa o prisión de hasta dos años.

¹⁶⁹ Destaca estos hechos GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 223.

¹⁷⁰ “Any person who means of a computerised work of using a communication service suggests a meeting with a person about whom they know or should reasonably have suspected that they have not reached the age of sixteen, with the intention of committing indecent acts with that person or producing an image of a sexual act involving that person, shall be punishable by imprisonment for a maximum of two years or a fine of the fourth category if they take any action aimed at realizing that meeting”.

Realiza Villacampa Estiarte una reflexión muy interesante respecto a la contradicción que supone la penalización de este delito, que es realmente un acto preparatorio de delitos sexuales de contacto, con la norma general, que contempla un *numerus clausus* de actos preparatorios con relevancia penal, limitada a los delitos más graves, con penas de un mínimo de ocho años de prisión¹⁷¹.

III.3.4. Austria.

El 1 de enero de 2012 entró en vigor el art. 208 a) de su Código Penal¹⁷², que contempla el delito de *grooming*, también en este caso, en cumplimiento de los requerimientos del Convenio de Lanzarote.

El denominado delito de iniciación de contacto sexual con menor de edad consiste en proponer a un menor a través de medios de telecomunicación o utilizando el ordenador o engañando a este sobre la verdadera intención del sujeto activo, tener un encuentro personal o realizar alguna conducta preparatoria para que se produzca dicho encuentro, con la intención de cometer algunos delitos contra la indemnidad sexual. La pena correspondiente se extiende hasta los dos años de prisión.

¹⁷¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 174-175.

¹⁷² “(1) Wer einer unmündigen Person in der Absicht, an ihr eine strafbare Handlung nach den §§ 201 bis 207a Abs. 1 Z 1 zu begehen,

1. im Wege einer Telekommunikation, unter Verwendung eines Computersystems oder
2. auf sonstige Art unter Täuschung über seine Absicht

ein persönliches Treffen vorschlägt oder ein solches mit ihr vereinbart und eine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens mit dieser Person setzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(1a) Wer zu einer unmündigen Person in der Absicht, eine strafbare Handlung nach § 207a Abs. 3 oder 3a in Bezug auf eine pornographische Darstellung (§ 207a Abs. 4) dieser Person zu begehen, im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems Kontakt herstellt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Nach Abs. 1 und 1a ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig und bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, sein Vorhaben aufgibt und der Behörde sein Verschulden offenbart”

III.3.5. Italia.

El delito de *grooming* fue introducido mediante la Ley de 1 de octubre de 2012, número 172, de ratificación y transposición del Convenio de Lanzarote. Así, en el artículo 609 – *undecies* del Código Penal, se castiga con pena de uno a tres años, salvo que la conducta constituya un delito más grave, a quien despliega conductas orientadas a ganarse la confianza de un menor de dieciséis años mediante artificios, halagos o amenazas, incluso utilizando Internet u otras redes o medios de comunicación, para cometer contra aquel determinados delitos contra su indemnidad sexual o hacerle tomar parte en la elaboración de material pornográfico¹⁷³.

El delito presenta una diferencia destacable respecto a la regulación del *grooming* en España y es que el empleo de Internet o las TIC no constituye en este caso un elemento necesario del tipo para que se penalice la conducta, a pesar de que el artículo los menciona expresamente como posible modo de comisión del hecho. Se deduce lo anterior a la vista de que el precepto explicita que debe entenderse por proposición cualquier acto dirigido a defraudar la confianza del menor a través de artimañas, adulación o amenazas, incluso cuando estas se realicen a través de Internet o de otras redes o medios de comunicación. Es por ello por lo que Picotti define al *grooming*, desde el punto de vista de la clasificación sistemática, como un delito “cibernético” o “informático” solamente entendido ello en sentido amplio¹⁷⁴.

Respecto a los delitos hacia los que ha de orientarse el ánimo subjetivo del autor, se señalan no solamente los delitos sexuales en sentido estricto (violencia sexual, actos sexuales con un menor, corrupción de menores o violencia sexual de grupo), sino también la prostitución de menores, las exhibiciones eróticas de menores, la producción, difusión o cesión de pornografía de menores y las iniciativas

¹⁷³ “Art. 609-undecies. Adescamento di minorenni.

Chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, adescia un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete Internet o di altre reti o mezzi di comunicazione”.

¹⁷⁴ PICOTTI, “Los derechos fundamentales (II)”, p. 65.

turísticas dirigidas al abuso de la prostitución de menores, además de la reducción y mantenimiento en esclavitud de menores, que abarca prestaciones no solamente sexuales sino también laborales o de mendicidad, que en cualquier caso conllevan un abuso de la víctima¹⁷⁵.

También resulta importante destacar que para la consumación del delito basta con que el autor actúe persiguiendo las finalidades antedichas, con el adelantamiento de la barrera de punibilidad que ello supone. Tal y como nos ilustra Picotti, “no solo se anticipa respecto a la efectiva lesión de varios y distintos bienes jurídicos ‘finales’, sino que lo hace también respecto a la tentativa de cometer los delitos que a estos bienes jurídicos finales ofenden [...] dado que no se solicita requisito alguno de ‘idoneidad’ o de estar ‘inequívocamente dirigidos a’ los actos enunciados en el art. 56 del CP”. Critica así el autor que no se haya previsto en el tipo penal un elemento subjetivo adicional que debería ser el encuentro o al menos algún tipo de comportamiento externo¹⁷⁶.

III.4. Visión global: Semejanzas y diferencias entre las distintas legislaciones.

En los subapartados anteriores ya han quedado de manifiesto algunas de las más relevantes semejanzas y diferencias entre los tipos penales de los distintos países. No obstante, en este punto y con la finalidad de tener una visión más global del asunto, analizaré brevemente y de forma sistemática el tratamiento que vienen recibiendo en las distintas regulaciones los aspectos más destacables que definen penalmente la figura del *grooming*.

Es importante afirmar con González Tascón que no existe una posición común entre los diferentes países sobre cómo abordar el fenómeno del *grooming*, si debe o no criminalizarse, y, en su caso, cómo debe tipificarse. Mantiene la autora

¹⁷⁵ Así lo detalla PICOTTI, “Los derechos fundamentales (II)”, p. 65.

¹⁷⁶ PICOTTI, “Los derechos fundamentales (II)”, pp. 65-66.

que, principalmente, parece desprenderse que a nivel legislativo más que un acercamiento al fenómeno en sí mismo considerado se ha procedido a otorgar relevancia penal a una serie de actos preparatorios de algún delito de naturaleza sexual¹⁷⁷.

De forma general, podemos mantener que la estructura típica de los delitos de *grooming* en los ordenamientos analizados en los subapartados anteriores está conformada por dos elementos fundamentales:

a) el contacto con un menor a través de las nuevas tecnologías (u otros medios en el caso de Inglaterra, Gales, Escocia y Noruega) ;

b) dicho contacto se lleva a cabo con la intención o finalidad de cometer un delito sexual o facilitar la comisión del mismo sobre ese menor.

El elemento consistente en mantener un encuentro o tentativa del mismo se halla ausente en varias legislaciones.

Respecto a las penas que conllevan aparejadas dichas conductas, también de forma general podemos afirmar que las establecidas en los países no europeos son bastante superiores a las contempladas para delitos de este tipo en Francia, Reino Unido, Escocia, Noruega, Italia, Austria, Holanda o España.

III.4.1. Sujeto activo.

Hay legislaciones, como las de Queensland o Nueva Gales del Sur en Australia, que prevén expresamente que el autor del delito de *grooming* debe ser un adulto y otras en las que se expresa directamente la edad mínima de aquel (dieciocho años en Reino Unido). Frente a ello, legislaciones como Argentina, al igual que sucede en el CP español, no dicen nada al respecto y por tanto se debe de entender que, conforme a la legislación de dicho país, también podrán ser sujetos responsables

¹⁷⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 229.

penalmente de tal conducta las personas de entre dieciséis y dieciocho años y en el caso de España, los menores de entre catorce y dieciocho años.

Por otro lado, en ninguna de las legislaciones analizadas se concreta el género del sujeto activo por lo que, aunque la mayoría de la doctrina, al explicar el fenómeno del *grooming*, habla de depredadores sexuales y pedófilos refiriéndose generalmente a varones, debemos concluir que el autor del delito tanto puede ser un hombre como una mujer.

III.4.2. Edad del sujeto pasivo.

Hay países que contienen diferentes rangos de edades de las víctimas en función de las concretas conductas que se penalizan. Así ocurre en Canadá o Australia, llegándose en estos casos a comprender entre los sujetos pasivos a adolescentes de hasta dieciocho años, edad esta que también es el límite determinado en Estados Unidos.

Entre los países que tienen una única edad límite para que se entienda lesionado el bien jurídico protegido, la indemnidad sexual de los menores, Perú, Noruega e Inglaterra establecen la de dieciséis años, coincidente con la del CP español tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015.

Ya he comentado anteriormente la contradicción que se produce en la legislación argentina, donde, por un lado, al no especificar en el precepto penal la edad del sujeto pasivo del delito de *grooming*, debemos entender que cuando dice “el menor” se refiere a las personas de menos de dieciocho años y, sin embargo, según su legislación penal, la edad para otorgar consentimiento válido en materia sexual es la de trece.

III.4.3. Error respecto a la edad del sujeto pasivo.

Debemos tratar en este apartado dos cuestiones. La primera de ellas es que hay legislaciones, como la del Reino Unido, en las que en los casos en los que el sujeto activo razonablemente crea que la víctima es menor que la edad contemplada en el tipo, se excluye la punibilidad de la conducta, lo cual, tal y como destaca Ramos Vázquez, resulta exigible en aras a respetar el principio de lesividad¹⁷⁸. En este caso, habrán de examinarse en el juicio los elementos con que el autor contaba o pudo contar, de haber empleado una diligencia mínima, para conocer y/o deducir la edad de la persona con la que contactó, como por ejemplo las fotografías que este le haya podido enviar, vocabulario y madurez mostrada en las conversaciones y otras.

La regulación de Noruega, en lo que a este punto se refiere, determina que no queda excluida la pena en caso de concurrencia de error en la edad de la víctima, salvo que se demuestre que no existió negligencia. Por tanto, deberá demostrarse que el autor desplegó todo tipo de actividad que estuviera en sus manos para poder averiguar la edad de la persona con la que contactaba.

En el Derecho Penal español el tipo penal no determina las consecuencias en caso de que se produzca el citado error sobre la edad del sujeto pasivo, cuestión esta que deberá resolverse con la exención de responsabilidad por concurrencia de un error de tipo, conforme a lo regulado en el art. 14.1 CP. Idéntica solución se aplicará en Argentina¹⁷⁹.

La segunda cuestión a la que debe prestarse atención es que, curiosamente, hay países en los que el simple hecho de creer que la persona con la que se contacta es menor de edad, o de determinada edad, es suficiente ante la concurrencia de los demás elementos de los tipos penales correspondientes para dar lugar a la condena. Con ello es evidente que se está violando el principio de lesividad ya que en esos casos, ¿cuál es el bien jurídico que se trata de proteger y qué lesión se ha podido causar al mismo? Analizando la posibilidad de concurrencia del citado error, la

¹⁷⁸ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 2.

¹⁷⁹ Así nos lo indica BUOMPADRE, “Una aproximación”, p. 33.

respuesta que ello recibiría conforme al Derecho Penal español sería la ausencia de pena por tratarse de una tentativa inidónea.

III.4.4. Medio a través del cual se establece contacto con el menor.

A pesar de que uno de los pilares fundamentales en los que se ha venido sustentando la defensa de la necesidad de introducir el *grooming* como delito autónomo ha sido la mayor facilidad de comisión de dicho ilícito penal a través de las TIC y el mayor desamparo en que se encuentran los menores precisamente por el anonimato que proporciona la red, hemos podido ver que la utilización de las nuevas tecnologías no es un elemento contemplado en todas las legislaciones. Así, en Noruega, Reino Unido e Irlanda, el contacto con el sujeto activo puede producirse tanto *online* como *offline*.

En el caso de Austria, puesto que la redacción del precepto habla de la utilización de medios de telecomunicación o del ordenador o mediante engaño, parece que, en este último caso, también cabe la comisión del delito al margen de la red¹⁸⁰.

Por el contrario, la mayoría de los países hacen referencia a la utilización de las nuevas tecnologías, si bien empleando diferente terminología.

Un caso diferente a los demás es la regulación de Chile, donde, como hemos visto, la utilización de las TIC se contempla como una agravante específica del delito.

En cuanto a Alemania, podemos decir que al no hacer referencia alguna al contacto a través de las TIC sino a la utilización de medios escritos, tal y como he tenido oportunidad de aclarar al comienzo de este apartado dedicado al derecho

¹⁸⁰ Así lo entiende VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 175.

comparado, es previsible que se tenga que modificar el tipo penal para ajustarlo a los requerimientos provenientes de la Directiva 2011/93/ UE¹⁸¹.

III.4.5. Encuentro con la víctima y/o actos dirigidos al acercamiento.

En la legislación española, para que se cometa el delito no es necesario que el encuentro llegue a producirse, tal y como tendré oportunidad de analizar más adelante, aunque sí se exige que el sujeto activo despliegue actos materiales encaminados al acercamiento, regulación que resulta similar a la de Holanda, en donde tampoco es preciso el encuentro aunque sí actos orientados a aquel.

Como casos de contraste con las anteriores legislaciones podemos presentar los Canadá, Australia y Argentina. En estos países, de la redacción del tipo penal se deduce que para su perfeccionamiento no es necesaria la concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento ni que el encuentro se produzca. En concreto, respecto al caso argentino, Buompadre opina que el tipo se consuma en el momento en que el menor recibe la comunicación, toma conocimiento de la misma, sin que ni siquiera sea preciso que responda o que acepte la propuesta sugerida por el autor. Para la perfección típica es suficiente, por tanto, la mera realización de la acción de contactar con el menor con una finalidad sexual, pero sin ulteriores resultados¹⁸².

En Francia tampoco son precisos ninguno de los dos elementos citados (encuentro y actos materiales tendentes al acercamiento) para encontrarnos ante la conducta típica. Se comete el delito tanto si se produce el encuentro como si no, pero en el primer caso, la pena a imponer es mayor; por ello Villacampa Estiarte dice que nos hallamos propiamente ante la incriminación de una conducta de *soliciting* ya que para que se de la conducta del tipo básico del delito, ni se requieren múltiples

¹⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 176. Dice la autora, citando a Eisele, que la doctrina alemana ya ha anunciado la necesidad de modificación del precepto penal.

¹⁸² BUOMPADRE, “Una aproximación”, p. 25.

comunicaciones con el sujeto pasivo, ni siquiera que se llegue a acordar un encuentro¹⁸³.

En EEUU la jurisprudencia ha venido estableciendo también la no necesidad de actos tendentes al acercamiento y ni siquiera se exige que el encuentro se produzca; no obstante, en el caso de que efectivamente se hayan llegado a encontrar victimario y víctima, la pena que se establece es mayor.

En otros países se exige específicamente algún tipo de desplazamiento del autor del delito, como ocurre en Noruega, en donde el ofensor, como mínimo, debe haber llegado hasta un lugar desde el que pueda tener acceso visual al punto de encuentro pactado. De igual manera se reguló inicialmente el *grooming* en el Reino Unido; sin embargo, actualmente es suficiente para que se considere cometido el delito, la concertación del encuentro o incluso que sea el menor quien se desplace para encontrarse con el sujeto activo.

¹⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 172-173.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL *GROOMING*.

IV.1. Denominación del delito.

La denominación del delito contemplado actualmente en el art. 183 ter 1 CP no ha recibido consenso por parte de la doctrina, ya desde su primera introducción en la regulación penal española por LO 5/2010, ni tampoco en el articulado del CP se le ha asignado un nombre concreto. Como consecuencia de ello encontramos variadas formas de denominar a la conducta recogida en el citado precepto.

Tanto el Convenio de Lanzarote de 2007 (art. 23) como la Directiva 2011/93/UE se refieren al fenómeno con la expresión “*solicitation of children for sexual purposes*”, lo que, como señala Villacampa Estiarte, podríamos traducir como “propuesta a menores con fines sexuales” o “aproximación a menores con fines sexuales”¹⁸⁴.

En cuanto a la legislación española, a pesar de que, como ya he dicho, en el articulado del CP no se emplea denominación alguna, se ha utilizado el término anglosajón “*child grooming*” tanto en el debate parlamentario para la introducción de dicho fenómeno como figura autónoma en el CP como después en el Preámbulo de la LO 5/2010. Este término es empleado también por gran parte de la doctrina¹⁸⁵.

No obstante, como ya he apuntado, no existe acuerdo en la doctrina sobre cuál es el vocablo más adecuado para referirse al delito que nos ocupa. Hay autores que emplean variaciones del citado en el párrafo anterior, como por ejemplo “*baby grooming*”¹⁸⁶, “*online child grooming*”¹⁸⁷, “*Internet child grooming*”, “*grooming*

¹⁸⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 12.

¹⁸⁵ Por todos, MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 136.

¹⁸⁶ FLORES RODRÍGUEZ, “La tutela penal”, p. 168.

¹⁸⁷ Por todos, FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p.185 y CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma”, p.10.

virtual”¹⁸⁸ o “*grooming* informático”¹⁸⁹, término, este último, empleado también en la justificación de la Enmienda nº 351 presentada por el Grupo Popular en el Congreso¹⁹⁰.

Otras formas de denominar al delito son “acercamiento tecnológico a menores de 13 años con fines sexuales” o “seducción informática”¹⁹¹. No obstante, respecto a esta última expresión o la de “ciberseducción” no podemos pasar por alto que esa previa seducción ejercida por el sujeto activo, si bien constituye una forma habitual de comportamiento desplegada por el *groomer*, no es exigida por el tipo penal y parece indicar en cierto modo la presencia del engaño, que no forma parte integrante del tipo básico del apartado primero del precepto penal, sino del cualificado¹⁹².

Hortal Ibarra es quien propone el novedoso término “ciberseducción”, por contener la alusión al medio en el que habitualmente tienen lugar este tipo de comportamientos y al instrumento, refiriéndose al engaño que, según dice literalmente, es utilizado por “el falso mayor para ganarse la confianza del menor en la inicial fase de ese gradual y complejo fenómeno que es el *online child grooming*”¹⁹³.

Entiendo que el autor quiere hacer referencia a la dinámica que habitualmente surge en el delito del que tratamos, en la que el sujeto activo, mayor de edad, se hace pasar por un menor cercano en edad al sujeto pasivo. Es por ello que bajo mi punto de vista la expresión “falso mayor” que emplea el autor debería cambiarse por “falso menor”.

¹⁸⁸ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 523.

¹⁸⁹ BARRIO ANDRÉS, “Los delitos”, p. 8.

¹⁹⁰ Véase BOCG 18/03/2010.

¹⁹¹ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, pp. 264-267.

¹⁹² Así lo apunta acertadamente CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 2.

¹⁹³ HORTAL IBARRA, “El nuevo delito”, p. 427.

Por otro lado, resulta curioso que para explicar la opción terminológica que el autor propone, utiliza varias veces la expresión *online child grooming* -incluso en alguna ocasión habla del *groomer*-, por lo que parece deducirse que no es contrario a la utilización de este anglicismo. Quizás lo que el autor pretende es denominar a la conducta *online child grooming* y al delito “ciberseducción”.

Otros autores optan por expresiones más amplias o aglutinadoras que contienen parte de los elementos del tipo, como “solicitud sexual cibernética a menores de trece años”, empleada por Rodríguez Núñez¹⁹⁴, “delito de acoso mediante medios electrónicos”, por Valeije Álvarez¹⁹⁵ u otras como “propuesta sexual telemática a menores”, usada por Villacampa Estiarte¹⁹⁶, “embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”, empleada por Salvadori¹⁹⁷ e incluso “acercamiento tecnológico a menores de 13 años con fines sexuales” o “preparación de atentados sexuales a menores a través de Internet”, utilizadas por Dolz Lago¹⁹⁸ y por la SAP Barcelona de 22-12-2014, aunque en esa misma sentencia también vemos la denominación “abusos sexuales a menor de trece años”.

Un amplio sector doctrinal critica el empleo del término *grooming*. Así, Díaz Cortés refiriéndose a la expresión *online grooming* usada por autores como Pereda, Abad y Guilera, argumenta, partiendo de las ideas de Ramos Vázquez, que dicha expresión resulta inadecuada, tanto porque el fenómeno del *grooming* en sentido estricto solo abarca el proceso de contacto y eventual establecimiento de una relación de confianza con el menor, como porque en el precepto penal no se hace referencia

¹⁹⁴ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 386. Emplea la referida expresión en el subapartado correspondiente al art. 183 bis CP, dentro del capítulo dedicado a la protección penal de los derechos fundamentales de los menores en Internet.

¹⁹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, “Penas y medidas”, p. 389.

¹⁹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 639 y 643-644. Esta es la expresión que la autora emplea en el título de su artículo. No obstante, refiriéndose precisamente a la correcta denominación del delito, propone dos alternativas que le parecen las más adecuadas. O bien mantener la denominación de “*grooming*” por ser la misma de empleo generalizado, o utilizar la expresión contenida en el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE traducida al español, esto es, “propuesta a menores con fines sexuales” o “aproximación a menores con fines sexuales”.

¹⁹⁷ SALVADORI, “Lucha contra la pornografía”, p. 456.

¹⁹⁸ DOLZ LAGO, “El nuevo delito de *child grooming*. Perspectiva doctrinal”, p. 7.

solo a la utilización de Internet, sino a cualquier otra tecnología de la información o comunicación. Propone en su lugar el empleo del término “meeting a child following sexual grooming through TICs - contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores”¹⁹⁹.

Otro término frecuentemente escuchado es el de “ciberacoso”. Así por ejemplo, lo utilizan Magro Servet²⁰⁰ o Lascuráin Sánchez, en el prólogo al libro de Antonia Monge Fernández, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, empleando exactamente la expresión “ciberacoso sexual infantil”. En similar línea, emplean el término “ciberacoso sexual” De la Cuesta Arzamendi y Mayordomo Rodrigo, tratando al delito como forma de acoso en su artículo “Acoso y Derecho Penal”²⁰¹.

No obstante, la anterior denominación no es pacífica y un sector importante de la doctrina expone sus reparos a la utilización del vocablo acoso²⁰². Así por ejemplo, Cancio Meliá no está de acuerdo con la alusión al citado término por encontrarnos ante un delito de preparación²⁰³.

Bajo mi punto de vista, no es esa la argumentación que considero más adecuada para descartar la utilización de la palabra “acoso”, ya que el *grooming*, aún tratándose de un delito de preparación, puede cometerse acosando al sujeto pasivo. Lo que ocurre es que, puesto que el tipo penal no exige la existencia de ese atosigamiento o acercamiento insistente u hostil, que sí puede darse en alguna de las

¹⁹⁹ DIAZ CORTÉS, “Algunas consideraciones”, p. 7.

²⁰⁰ MAGRO SERVET, “El ‘grooming’ o ciber acoso”, según reza el propio título del artículo publicado en *Diario La Ley*, n° 7492, 2010, “El ‘grooming’ o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”.

²⁰¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI y MAYORDOMO RODRIGO, “Acoso y Derecho Penal”, p. 36.

²⁰² Véase HORTAL IBARRA, “El nuevo delito”, p. 427.

²⁰³ CANCIO MELIÁ, “Delitos sexuales”, p. 374.

figuras agravadas (coacción o intimidación), la utilización del término acoso resulta inadecuada por ser innecesario este para que el delito se produzca.

La argumentación que realiza Mendoza Calderón para fundamentar la inadecuación del vocablo “ciberacoso” parte del análisis del elemento diferenciador entre este y el *grooming*: el componente sexual²⁰⁴. No obstante, si solo existiera este escollo para el empleo del término, bastaría con añadir al mismo la palabra “sexual”. Pero ni siquiera de esta manera lograríamos vencer las reticencias que provoca en parte de la doctrina el hecho de llamar acoso a una conducta que dudosamente puede enmarcarse en ese tipo de comportamientos. En esta línea, Ramos Vázquez argumenta acertadamente que el término “ciberacoso” no se ajusta al contenido del precepto penal por no exigir el tipo más de un contacto entre victimario y víctima ni ser tampoco necesario que aquel se dirija al sujeto pasivo en una actitud intimidatoria²⁰⁵.

En parecida línea argumental se encuentra la opinión de Villacampa Estiarte, quien explica que el *grooming* no puede considerarse una especie del género acoso, entendido este, siguiendo a González de la Rivera, como presión, ataque o molestia insistente que puede, como ruptura de la paridad relacional, incidir en el equilibrio emocional de la persona, en el caso del acoso psicológico, o producir sentimientos de humillación, degradación o envilecimiento, en el caso de acoso moral. Y ello porque, según la autora, en el delito de *grooming* el acercamiento no se produce en términos

²⁰⁴ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 165. “[...] no pueden confundirse los fenómenos del ciberacoso con el *grooming*. En el primero, se dan casos sin componente sexual, en los que solamente se busca el hostigamiento y la humillación de la víctima, mientras en el segundo lo esencial es el componente sexual como finalidad esencial del acosador, que para lograr su propósito sexual, no duda en cometer actos que pueden lesionar bienes jurídicos tan importantes como la libertad, la intimidad y el honor; bienes jurídicos, que siempre han estado contemplados en los textos penales y que son aplicados por la jurisprudencia a la hora de perseguir estas conductas delictivas”.

²⁰⁵ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 7-8. “[...] no es preciso para que se de un delito del art. 183 bis la existencia de un acoso, ni cuantitativa ni cualitativamente. Al menos, si por ‘acosar’ entendemos, con la Real Academia Española ‘perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos’. Cuantitativamente, porque basta un único contacto con el menor para que, eventualmente, si se dan el resto de requisitos, pueda entenderse consumado el delito. Cualitativamente, porque no necesariamente el contacto con el menor ha de ser agobiante, intimidatorio o importunar a aquel. De hecho, seguramente un contacto que no represente un ‘acoso’ para el menor sea más fructífero a la hora de conseguir un encuentro con este”.

hostiles sino en forma de seducción y por tanto no sería capaz de generar los efectos anteriormente referidos²⁰⁶.

Por idénticas razones a las anteriores entiendo que tampoco resulta adecuado el término “hostigamiento cibernético a menores” al que hace referencia Miró Llinares²⁰⁷.

Además de la ya indicada argumentación basada en razones técnico-jurídicas, por la no necesidad de reiteración de conductas de semejante entidad (que en su caso podrían dar lugar a la aplicación del subtipo agravado o a la continuidad delictiva) ni de la petición expresa de favores de naturaleza sexual a la víctima en el ámbito laboral, docente o de servicios, causando una situación intimidatoria, hostil o humillante, propias del delito de acoso, Núñez Fernández añade que el término ciberacoso puede generar confusión sobre la percepción de gravedad del *grooming* además de que los datos empíricos ponen de manifiesto que la dinámica comisiva habitual en el mismo no descubre la existencia de un acoso u hostigamiento sino más bien una aproximación paulatina al menor, tratando de ganarse su confianza²⁰⁸.

Otro de los términos empleados, aunque no extendido como el de “ciberacoso”, es el empleado por Serrano González de Murillo, refiriéndose al anterior art. 183 bis como delito de “asechanza telemática”.

El significado de la palabra asechanza, según el diccionario de la RAE es el de engaño o artificio para hacer daño a alguien, por tanto no considero acertada la expresión puesto que la misma hace referencia solo a algunas de las conductas comprendidas en el tipo agravado además de dejar fuera algunos elementos esenciales del delito²⁰⁹.

²⁰⁶ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 241.

²⁰⁷ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, pp. 676-677.

²⁰⁸ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 190-191.

²⁰⁹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 387 y 393.

Entre las sentencias que se han dictado tras la entrada en vigor del anterior art. 183 bis CP, además de encontrar referencias al término *child grooming*, como ocurre en la SAP Jaén, de 11 de mayo de 2015, se hallan algunas denominaciones alternativas a las anteriormente comentadas, como por ejemplo la empleada en la SAP Barcelona de 19 de julio de 2013: corrupción de menores de trece años a través de tecnología de la información y la comunicación. Esta expresión se empleó tanto en la sentencia como en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

La SAP Málaga de 26 de junio de 2013 habla de “la preparación de atentados sexuales a menores a través de Internet o *child grooming*” y la reciente SAP Albacete de 22 de septiembre de 2015 menciona el “ciberacoso sexual infantil” y “acoso sexual infantil a través de Internet”, si bien, en su antecedente de hecho tercero refiere que el Ministerio Fiscal acusaba, entre otras cosas, por un “delito de contacto a través de Internet con menor de 13 años para la comisión de alguno de los delitos de los art. 178 a 183 y 189 CP”.

La sentencia de la AP Cádiz de 14 de mayo de 2012 utiliza la expresión, bajo mi punto de vista totalmente inadecuada, “abuso sexual a través de Internet mediante engaño”. En ese caso, el condenado llegó efectivamente a cometer un delito de abuso sexual del art. 183.1 y 192 CP, lo que posiblemente haya provocado que se emplee el término abuso para definir la conducta encuadrable en el art. 183 bis CP pero, en cualquier caso, no en todos los supuestos la intención del sujeto activo será un abuso, por lo que la expresión, como digo, me parece desacertada. En parecidos términos, la sentencia de la AP de Valencia de 24 de octubre de 2013 utilizaba el término “abuso sexual” para referirse al delito del art. 183 bis CP.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores me parece preferible, como ya se deduce del propio título de la presente tesis, seguir utilizando el término *grooming*, que es el mayormente empleado y difundido. Considero que, efectivamente, el acoso como término jurídico -véase el contemplado en el art. 184 CP- conlleva una serie de implicaciones que no tienen por qué darse en el delito del art. 183 ter 1 CP. Respecto a otras expresiones como “aproximación a menores con fines sexuales” creo que resultan demasiado extensas y a pesar de ello omiten la

referencia a algún elemento importante del tipo, como en el caso referido ocurre con la utilización de las TIC, de especial trascendencia y delimitador de las conductas punibles y no punibles, siempre que reúnan el resto de requisitos exigidos por el tipo penal.

Con la reciente incorporación del apartado segundo del art. 183 ter nos encontramos con una nueva figura delictiva a la que parte de la doctrina ya está llamando “embaucamiento”²¹⁰, “embaucamiento para la obtención de pornografía del menor” o “embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, utilizando literalmente el verbo que se contiene en el tipo penal²¹¹. No obstante, debemos tener en cuenta, como destaca Villacampa Estiarte, que la Directiva 2011/93/UE no emplea distintos vocablos para referirse a las conductas que actualmente comprenden los apartados uno y dos del art. 183 ter, sino que para ambos emplea el término “*soliciting*”²¹². Así, el término “embaucamiento” aparece en la versión española de la Directiva pero no en la inglesa (“*solicitation*”), alemana (“*kontaktaufnahme*”), francesa (“*sollicitation*”) o italiana (“*adescamento*”).

Apunta acertadamente Miró Llinares que la traducción del término *soliciting* por “actos dirigidos a embaucar” resulta discutible ya que, aunque es evidente que la mayoría de actos de embaucar entrarían dentro de los actos consistentes en solicitar u obtener, no está tan claro que sucediera lo contrario si se entiende que embaucar supone el empleo de engaño²¹³.

²¹⁰ Así, entre otros, DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 1. También el informe del Consejo Fiscal (p. 175) o el dictamen del Consejo de Estado (p.118) al Anteproyecto de reforma del CP, emplean el citado término.

²¹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 1. Lo emplea ya en el propio título de su artículo.

²¹² VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 703.

²¹³ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, pp. 687-688.

IV.2. Qué es el *grooming*.

Tras lo expuesto en el apartado anterior y a la vista de que el término *grooming* es uno de los más utilizados para denominar al delito objeto del presente estudio, al menos respecto a la conducta contemplada en el número primero del precepto, considero que resulta interesante e ilustrativo aclarar el significado de dicha palabra, tanto desde un punto de vista general o extrajurídico como jurídico, así como realizar una descripción de dicha conducta, al margen de cuál sea la redacción de los tipos penales en cada ordenamiento concreto.

Podríamos comenzar diciendo que lo que popularmente se conoce como *grooming* no representa sino una visión parcial del fenómeno. Así, tanto los medios de comunicación como las campañas preventivas contra ese tipo de conductas se refieren a las mismas como el acercamiento a menores que personas adultas extrañas llevan a cabo a través de Internet u otras tecnologías de la información, con intenciones sexuales hacia aquellos. Se olvida de este modo que este tipo de contactos también pueden tener lugar en el plano físico, directamente, y que de hecho, los datos muestran que son más los casos en los que los victimarios son conocidos de los menores que personas extrañas a ellos. Sorprendentemente, las propias legislaciones que han regulado el fenómeno también se han limitado en su inmensa mayoría, tal y como se ha analizado en el apartado correspondiente, a penalizar las conductas que se producen a través de las TIC, sin ni siquiera, al menos en el caso español, haberse aprovechado la regulación penal para ofrecer una descripción del *grooming*²¹⁴.

Considero, por tanto, que para arrojar algo de luz sobre qué quiere decir el término anglosajón tan comúnmente empleado, debemos partir de su significado académico. Así, *grooming* significa acicalarse, refiriéndose en el campo de la biología, al aseo o limpieza propia de los animales.

²¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 21. Destaca la autora tanto la inadecuada identificación del *grooming* con propuestas *online* y provenientes de extraños como el hecho de que las normas aprobadas para la incriminación del *grooming* no ofrecen una definición del proceso, lo que ha recibido críticas doctrinales.

También existe otra acepción referida a una actividad de iniciación: el verbo inglés “*to groom*” alude a conductas de acercamiento o preparación para un fin determinado, es decir, preparar a alguien para realizar una función o con determinada finalidad.

Desde un punto de vista psicológico, Fernández Rodicio nos describe el *grooming*, basándose en Van Dan, Powel, Sheldon & Howitt y Sanderson, como cualquier acción que tenga por objetivo minar y socavar moral y psicológicamente a una persona, con el fin de conseguir su control a nivel emocional. Suele producirse a través de servicios de chat y mensajería instantánea, para obtener imágenes de contenido erótico y extorsionar a la víctima, dificultando que esta pueda salir o protegerse en esa relación²¹⁵.

Villacampa Estiarte nos ofrece un detallado análisis de algunas de las descripciones del *grooming* utilizadas por autores anglosajones, dividiéndolas en tres grupos: las que pivotan sobre el elemento de la seducción, aquellas que se centran en la pedofilia y las que hacen caer su peso en la importancia de ganarse la confianza de la víctima. Por parecerme muy ilustrativas, voy a reproducir a continuación las descripciones que la autora detalla y añadiré, en cada uno de los grupos, la referencia a autores españoles representativos de dicha forma de explicar el fenómeno.

Entre las que integran el primer grupo, acentuando la importancia de la seducción, se encuentra Salter, quien describe el *grooming* como “seducción emocional” y Kierkegaard, quien lo caracteriza como una táctica empleada por quienes pueden ser abusadores, para seducir a los niños y conseguir que realicen conductas sexuales²¹⁶.

Álvarez García podría formar parte de este grupo, si bien también destaca la importancia de ganarse la confianza del menor, ya que define el *grooming* como “el conjunto de estrategias de seducción emocional, que ejecuta un adulto a través de las

²¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODICIO, “El acoso telemático”, pp. 6-7.

²¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 23.

TIC's, en orden a granjearse la confianza de un menor con el propósito de satisfacer sus apetencias o deseos sexuales”²¹⁷.

Dolz Lago, por su parte, también destaca entre algunas de las técnicas utilizadas por el sujeto activo del *grooming* el intento de seducir al menor mediante contactos por redes sociales²¹⁸.

En segundo lugar nos encontramos con las definiciones que centran su atención en la pedofilia, describiendo el *grooming* como “los pasos que realizan los pedófilos para atrapar a sus víctimas” (Howitt) o como “el patrón de conducta emprendido por un supuesto pedófilo que le puede dar a una persona razonable motivos para creer que el encuentro con el menor que resulte de tal conducta puede ser con fines indecentes/inmorales” (O’Connell)²¹⁹.

Siendo conscientes de la diferencia que existe entre la pedofilia y la pederastia, en el ámbito español la descripción del *grooming* que más se puede acercar a esta forma de conceptualarlo es la de Lamarca Pérez, quien lo califica como “una modalidad de pederastia”²²⁰.

En relación con estas consideraciones, también podemos llamar la atención sobre el hecho de que Dolz Lago habla de “pedófilo” cuando describe las técnicas que se utilizan en el *grooming*²²¹.

Por último, como explica Villacampa Estiarte, existen descripciones que acentúan la importancia de ganarse la confianza de la víctima, sin limitarse al fenómeno a través de las TIC, entre las que encontramos la de Gillespie, que lo define como “el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un

²¹⁷ ÁLVAREZ GARCIA, “La tutela”, p. 11.

²¹⁸ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 4.

²¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 23.

²²⁰ LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad”, p. 193.

²²¹ Vid. DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 4.

niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas”, o la de Craven, Brown y Gilchrist que definen el *grooming* como “el proceso mediante el cual una persona prepara a un niño, a adultos claves y el mismo ambiente para el abuso de ese niño”, o, por último, la descripción de Sutton y Jones como “estrategia empleada por los abusadores sexuales para manipular al niño, y eventualmente también a los adultos que lo protegen, de manera que el abuso pueda tener lugar en una situación en que el abusador tiene un control total sobre la víctima. Se trata de un proceso en el que el abusador vence gradualmente la resistencia de la víctima mediante una secuencia de actos de manipulación psicológica. También se usa para silenciar al menor una vez que el abuso se haya producido”²²².

La mayoría de la doctrina española podría situarse en este grupo. Así, González Tascón, en su definición del *child grooming*, acentúa el papel fundamental que juega el ganarse la confianza del menor en el proceso de prepararle (*to groom*) para que acceda a sus pretensiones sexuales²²³. Lo mismo puede decirse de Gudín Rodríguez-Magariños, que habla del establecimiento de lazos de amistad²²⁴, Pérez Ferrer²²⁵, Frago Amada²²⁶, Rovira del Canto²²⁷ o Ramos Vázquez, que realiza una

²²² VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 644 – 646.

²²³ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 216. Define el *child grooming* como el “acercamiento por parte de un adulto a menores con una finalidad sexual a base de la realización por aquel de ciertos comportamientos dirigidos precisamente a prepararle (*groom*) para que ceda ante sus pretensiones sexuales, siendo parte fundamental de ese proceso el hecho de ganarse la confianza del menor”.

²²⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 1. Dice que el *grooming* consiste en “acciones deliberadas por parte de un adulto de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña de corta edad a través del ciberespacio, con el propósito de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un postrero encuentro sexual, donde probablemente se desencadenen abusos”.

²²⁵ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 3. Para ella el *grooming* es “un proceso gradual - que puede durar semanas e incluso meses -, mediante el que un sujeto establece una relación de confianza con menores, enmascarada como de amistad, que deriva en un contenido sexual, y cuya finalidad última es la de aumentar la vulnerabilidad del menor, favoreciendo de ese modo la comisión de un delito sexual”.

²²⁶ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 1. Lo define como “el conjunto de actuaciones tendentes a conseguir, por parte del delincuente, que una persona menor de edad con la que ha conseguido una relación de confianza mediante equipos electrónicos se desnude, realice actos sexuales o le facilite un encuentro sexual directo, siendo frecuente el resultado de acoso puro hacia la víctima menor”.

puntualización interesante al precisar que el término *grooming* designa únicamente el proceso de contacto y eventual establecimiento de una relación de confianza con el menor y se refiere solo a un aspecto del global del ilícito ya que el resto de elementos típicos exceden de aquel concepto²²⁸. No obstante, a pesar de la anterior advertencia de Ramos Vázquez, el término *child grooming* se describió en la Ley 5/2010 y por gran parte de la doctrina como “la acción encaminada a establecer una relación y control emocional sobre un niño/a, cuya finalidad última es la de abusar sexualmente del/la menor”²²⁹.

Este último grupo de descripciones han sido las de más aceptación, lo que no ha ocurrido con las basadas en la pedofilia, una vez ha quedado demostrado que no todas las personas que llevan a cabo conductas de *grooming* son pedófilos²³⁰.

Centrándonos en la descripción del *grooming* desde un punto de vista jurídico-penal, tal y como se ha regulado en la legislación española, cabe afirmar que aquel consiste en la acción encaminada a contactar a través de las nuevas tecnologías con un menor para ganarse su confianza y conseguir su control emocional, todo ello con la finalidad de abusar sexualmente del mismo o utilizarlo para espectáculos pornográficos o exhibicionistas.

Discrepo de la opinión de Pillado Quintas, quien partiendo de la división del proceso de *grooming* en cuatro etapas (acercamiento a la víctima, sexo virtual, ciberacoso y por último, abuso y agresión sexual), dice que la redacción del anterior art. 183 bis CP no abarca la totalidad de la conducta de *grooming*, ya que el precepto “[...] simplemente ubica la tipicidad delictiva en una etapa intermedia entre la

²²⁷ ROVIRA DEL CANTO, “Nuevas formas de ciberdelincuencia”, p. 43. Al tratar sobre el *child grooming* o acoso sexual a menores, conceptúa el acoso infantil como “todo conjunto de acciones deliberadas cometidas por un adulto, con el fin de ganarse la confianza de un menor, crear una conexión emocional, y con ello lograr disminuir las inhibiciones o reticencias del menor, para iniciar una relación sexual, primero virtual y posiblemente después física”.

²²⁸ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 7-8.

²²⁹ Así, MAGRO SERVET, “El ‘grooming’ o ciberacoso”, p. 6.

²³⁰ Así lo indica VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 23.

tercera y la cuarta fase del ciberacosador, siendo que al no querer llegar este a esa cuarta etapa en muchos supuestos, la posibilidad de aplicar este precepto punitivo queda muy restringida”²³¹.

Creo que dicha interpretación es errónea. Según el propio autor, en la segunda y tercera fase del proceso, el sujeto activo ya habría obtenido imágenes pornográficas del menor, con lo cual debemos concluir que de haber sido esto así, el delito ya se habría consumado sin necesidad de que el ánimo subjetivo del autor incluyera un abuso o agresión sexual añadidos. Posiblemente la interpretación del autor parta de la consideración, también errónea o al menos discutible, de que la propuesta de encuentro se ha de referir a un encuentro físico en el cual se cometa el citado abuso sexual contra el menor²³². Con la entrada en vigor del segundo apartado del artículo 183 ter, es claro que, al menos respecto de la obtención de pornografía infantil, el encuentro físico no es necesario.

La aportación jurisprudencial a este asunto relativo a la descripción del *grooming* la encontramos en la reciente sentencia del TS de fecha 25 de febrero de 2015, que define expresamente el *child grooming* como “[...] 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”.

IV.3. Internet como medio a través del cual se comete el delito.

Como ya he expuesto con anterioridad, el incremento de la atención sobre el *grooming* así como la sensación de necesidad urgente de regulación del mismo apareció en el momento en que el fenómeno alcanzó las modernas tecnologías de la información, cuando comenzó a tener lugar a través de los chats y en mayor medida de las redes sociales, a pesar de que existen estudios que reflejan que la percepción

²³¹ PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, pp. 6-12.

²³² PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 13. Refiriéndose al art. 183 bis, dice: “El proponer concertar un encuentro no es sino quedar para verse, lo cual tiene que producirse con la finalidad de cometer un delito contra la libertad sexual (artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal)”.

de prevalencia del fenómeno a través de Internet es mayor que la realmente existente²³³.

Por ejemplo, se refiere Villacampa Estiarte, una de las autoras que más se ha ocupado en la doctrina española de estas cuestiones y a quien seguimos en este apartado, a un estudio llevado a cabo en Inglaterra: “*Public perceptions of Internet, familial, and localised sexual grooming: Predicting perceived prevalence and safety*”, realizado por Williams, M.L./Hudson, K., basado en encuestas a una muestra de más de quinientos padres de menores de edad, sobre la prevalencia que perciben del *grooming* a través del ordenador, el que tiene lugar en el seno familiar y el que se produce presencialmente fuera del ámbito familiar. Los resultados arrojan que es mucho mayor la percepción de prevalencia del primer tipo de *grooming* que de los dos restantes, si bien los estudios con datos reales muestran la mayor prevalencia de los dos últimos tipos. Los autores del estudio creen que esa percepción errónea se debe a la sobrerrepresentación de los casos de *grooming* a través de la red en los *tabloids*²³⁴.

Tal y como reza el art. 183 ter CP, el delito puede ser cometido a través de cualquier medio tecnológico de información o comunicación. Por lo que respecta a Internet, según la literatura americana así como estudios empíricos sobre el tema, parece ser que el *grooming* se produce fundamentalmente en las salas de chat más que a través del correo electrónico, los foros e incluso las redes sociales²³⁵.

Partiendo de las anteriores consideraciones, debemos preguntarnos qué características ofrece la red que la hace tan atractiva, tanto para los menores como para los delincuentes sexuales.

²³³ Para un estudio en profundidad sobre el uso de redes sociales por menores en España, ver BRINGUÉ SALA y SÁBADA CHALEZQUER, “Menores”, pp. 1 y ss.

²³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 38.

²³⁵ Véase MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, pp. 678-679.

Es evidente, como también señala Villacampa Estiarte, que respecto a los primeros, las posibilidades de interacción social que presenta Internet es innegable. De hecho, entre los motivos por los cuales los menores se han sentido atraídos por las redes sociales se han enumerado los siguientes: mantenerse en contacto con los amigos, con intereses personales; en segundo lugar, experimentar con la propia identidad y las propias opiniones; en tercer lugar tener un espacio en el que no estén presentes los padres y cuidadores; en cuarto lugar, demostrar su nivel de experimentalidad técnica así como sus aptitudes²³⁶.

Incluso se han llegado a resaltar las virtudes o ventajas que el empleo de las redes sociales puede conllevar para la educación y desarrollo de la personalidad de los menores. Villacampa Estiarte destaca, tomando como referencia a Haubenreich, los beneficios que para el desarrollo personal del menor puede suponer el simple hecho de crear un perfil en la red debido a que ello implica el empleo de un tiempo y la realización de un esfuerzo e introspección para analizar cómo se va a mostrar a sí mismo, cómo quiere ser socialmente conocido. Todo ello sin que podamos dejar al margen el hecho de que al identificarse el menor con determinados intereses, logra ponerse en contacto con personas semejantes a él²³⁷.

Otra de las figuras presentes en el fenómeno del *grooming* es el sujeto activo. Y respecto al mismo ¿qué características ofrece Internet, que la convierte en un medio deseado por aquel para cometer el delito, es decir, un medio a través del cual poder contactar con menores con una finalidad sexual?. Pues bien, Villacampa Estiarte nos ofrece un listado de dieciséis cualidades, tomadas de Davidson y Gottschalk, que son las siguientes²³⁸:

- Internet favorece la comunicación personal desconectada, es decir, el comunicante puede sentirse desconectado en tiempo y lugar respecto del receptor de la comunicación, lo que ayuda a la desaparición de las inhibiciones que pueda sentir

²³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 41-42. La autora toma como referencia a Martellozzo en su obra *Online Child Sexual Abuse*.

²³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 42.

²³⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 43-47.

en la comunicación presencial directa. Como consecuencia, el *grooming* se vuelve más directo y rápido.

- La red es una “tecnología conductora” de comunicación que permite compartir información de persona a persona o entre persona y grupos.

- Permite contactar en cualquier momento con personas que se encuentren en cualquier lugar. En el caso del *grooming*, hace factible el contacto con cualquiera en cualquier lugar y momento sin necesidad de viajar.

- El valor de Internet se ha incrementado por el aumento del número de usuarios, por tanto, cuantos más menores (víctimas potenciales) accedan a la red, más valorada será la misma por el *groomer*, quien además de utilizarla para el contacto, puede también emplearla para ofrecer al menor regalos y productos tecnológicos.

- Internet es un moderador del tiempo, en el sentido de que puede reducirlo y/o ampliarlo. Aunque un menor no esté conectado en un momento determinado se le pueden dejar mensajes que leerá posteriormente.

- El acceso a Internet es económicamente accesible a casi cualquier persona además de no precisar conocimientos técnicos elevados, lo que supone la posibilidad de contactar con muchos niños y con gran variedad de ellos.

- Las personas se comunican a través de Internet con un “doble electrónico” que no tiene que tener las mismas características y cualidades que la persona real, por lo que el modo en que victimario y víctima se perciben mutuamente depende de la información que proporcionan sobre sí mismos así como de la imagen que dicha información crea en la mente del otro. E incluso aunque la información proporcionada se corresponda con la realidad, el otro comunicante puede percibirla distorsionada.

- Cuando las personas facilitan información sobre sí mismos que no se adecúa a la realidad se dice que emplea un “doble electrónico manipulado”, manipulación que en el caso del *grooming* afecta fundamentalmente a la edad, haciéndose pasar el sujeto activo por un menor y, en el caso del menor, habitualmente diciendo que es mayor de lo que realmente es.

- Reducción de la asimetría en la información entre los comunicantes puesto que la información de la que se carezca puede ser hallada en la propia red, lo cual es aplicable en el *grooming* al sujeto activo y al menor víctima.

- Capacidad virtual infinita: el acceso a la red se percibe como ilimitado ya que no necesita esperar mucho tiempo.

- Independencia en el tiempo y en el espacio: No se requiere coincidencia en tiempo y lugar para que se de el encuentro virtual lo que facilita la comunicación y relaciones sociales, aunque también puede favorecer el aislamiento social.

- Se ha creado una ciber cultura con la formación de cibercomunidades en las que las personas se comunican. Ello permite que *groomers* y niños coincidan en un mismo grupo virtual y que se puedan favorecer las relaciones románticas.

- La red social virtual es más dinámica que la física y por tanto se multiplican las posibilidades de contacto.

- Ubiquidad. El *grooming* virtual se puede dar en cualquier lugar y momento dada la posibilidad de conexión desde prácticamente cualquier lugar y/o dispositivo electrónico (ordenador, portátil, tabletas, teléfono móvil etc.). Estas características hacen que al *groomer* le resulte menos costoso, tanto en tiempo como en dinero, el proceso de contacto/seducción del menor.

- Riqueza en la información comunicada, tanto en complejidad como en contenido ya que Internet posibilita el envío de mensajes de texto, audio y vídeo a muchas personas de forma simultánea.

- Interactividad. El *grooming* se puede ver favorecido o facilitado por la posibilidad de comunicación bidireccional adulto-menor, de manera que permite al *groomer* contactar y seducir al menor de la misma manera que cuando lo hace presencialmente pero actuando en este caso de forma masiva.

Por último, la posibilidad de que se cometan delitos de *grooming* a través de la red viene favorecida por el hecho de que los menores mantienen determinadas pautas, como la aportación de mucha información personal que los puede hacer vulnerables, o comportamientos sexuales arriesgados (utilizar las redes sociales para ligar, tener conversaciones sexuales e incluso emplear lenguaje y/o fotos provocativas o sugestivas en sus perfiles). Parece ser un dato contrastado que los predadores sexuales localizan a sus víctimas a través de las redes sociales. Según nos dice Villacampa Estiarte, el Departamento de Justicia de Estados Unidos estimaba en 2007 que cerca de 50.000 predadores buscaban a sus objetivos a través de las redes y la misma autora junto a Gómez Adillón extraen de un estudio realizado en el año 2015 el dato de que el primer contacto en los casos de *grooming* tiene lugar en la mayoría de las ocasiones (54%) en redes sociales, en un 23% en los chats y en un 10% a través del correo electrónico²³⁹.

En el mismo sentido, también Ortega Balanza y Ramírez Romero consideran que el índice de ciberacoso sexual a menores y jóvenes es propiciado por ellos mismos al publicar en la web sus fotos y vídeos²⁴⁰.

Sin embargo, respecto a la afirmación de que los menores mantienen conductas arriesgadas en Internet, que les sitúan en una situación de vulnerabilidad frente a posibles ataques de *groomers*, contamos con datos recientes procedentes del estudio “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*” realizado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón, que permiten que

²³⁹ Estos comportamientos arriesgados de los jóvenes y menores junto con otros son los que, siguiendo a Duncan, enumera VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 48-49.

²⁴⁰ ORTEGA BALANZA y RAMÍREZ ROMERO, “Amistades peligrosas”, p. 5.

maticemos de forma importante la anterior afirmación. En primer lugar, los jóvenes son más reacios a dar su teléfono a la persona que contacta con ellos si esta es un adulto que si es un igual, si bien es cierto que resulta llamativo que en ambos casos dicha tendencia a facilitar el número de teléfono es mayor cuando el contactante solicita la realización de conductas sexuales, alcanzando un 30% en el *grooming* procedente de adultos.

Respecto a otra conducta arriesgada, como es el intercambio de imágenes, el anterior estudio revela que el envío de imágenes propias por parte del *groomer* puede alcanzar el 60%, tratándose en la mitad de las ocasiones de fotos de contenido sexual y dándose dicho comportamiento en mayor medida en los casos en los que el contactante pide a la víctima que realice alguna conducta de contenido sexual (71%).

La solicitud por parte del *groomer* de fotografías del joven contactado se suele producir con mayor frecuencia en el caso de que aquel también haya remitido las propias, alcanzando un 57% cuando el adulto solo pretende hablar con el menor sobre él, y un 81% cuando pretende recabar información sexual, resultando que en este segundo caso, es menos habitual que la fotografía sea de contenido sexual²⁴¹.

Por último, quizás la conducta que puede representar más riesgo por ser susceptible de causar mayor perjuicio a la indemnidad sexual del menor, siempre que las intenciones del contactante sean sexuales, supondría el hecho de tener un encuentro físico con este. Pues bien, el estudio de Villacampa EstiarTE y Gómez Adillón indica que solo en el 13% de las ocasiones dicho encuentro tuvo lugar, dato que lleva a las autoras a concluir que no puede sostenerse que la mayor parte de solicitudes sexuales realizadas *online* terminen en atentados más graves contra la indemnidad sexual²⁴².

Pese a todas las consideraciones anteriores, debe tenerse en cuenta que, como dice Orts Berenguer, la preocupación u obsesión por las transmisiones y

²⁴¹ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 17-19.

²⁴² VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 19-20.

comunicaciones electrónicas, deja al descubierto sistemas más tradicionales, pero con idéntica potencialidad lesiva. Se pregunta el autor si no constituye también un acto preparatorio con tanto riesgo para el bien jurídico el mandar una nota, carta o tarjeta postal a un menor por correo, proponiéndole un encuentro, con intención de abusar sexualmente de él?²⁴³. No obstante, ya venimos explicando que son precisamente las características de las TIC analizadas anteriormente, que facilitan la acción del *groomer*, las que ha tenido en cuenta el legislador para penalizar tan solo las conductas de *grooming* llevadas a cabo a través de las mismas.

IV.4. Técnicas empleadas por el *groomer*.

Una vez analizado en el apartado anterior en qué consiste el *grooming*, paso a exponer, siguiendo lo que atinadamente expone Dolz Lago, las técnicas que habitualmente emplea el sujeto activo del delito de *grooming*:

- Ingresa en chats públicos utilizando *nicks* (nombres de usuario) llamativos para el niño. El autor propone como ejemplos “matias14” o “gatita16”.

- Tras establecer la conversación por chat, solicita al menor su dirección del servicio de mensajería instantánea. Dolz Lago habla de *messenger* pero podemos citar también *facebook*, *skype* u otros modos de comunicarse a través de la red.

- A través del *messenger* o cualquiera del resto de medios de comunicación pide al menor que conecte la *webcam* para conocerle mejor, tratando después de seducirle, solicitándole que le muestre partes de su cuerpo, mientras captura dichas imágenes en su ordenador. Una vez las tiene en su poder, desvela su verdadera identidad, amenazando con mostrar las imágenes a sus padres o hacerlas públicas si no accede a sus pretensiones, pudiendo terminar la acción en un encuentro personal y un delito sexual²⁴⁴.

²⁴³ ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, pp. 11-12.

²⁴⁴ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 4.

Para explicar de una forma práctica la manera de actuar de los *groomers*, Dolz Lago nos ilustra con un supuesto real conocido como operación TAMO, sobre el cual se emitió una nota informativa por parte de la Brigada de Investigación Tecnológica a la que hace referencia expresa y detallada²⁴⁵.

También González Tascón dedica parte de su estudio sobre el *grooming* a explicar cómo es el *modus operandi* en estos delitos.

Respecto a los medios de comunicación utilizados por los sujetos activos, diferencia entre los canales más convencionales como el correo electrónico, los grupos de noticias, la red de usuarios, los *blogs* o los tableros de anuncios, en los que la comunicación no es instantánea, de los más modernos, que facilitan que la comunicación tenga lugar en tiempo real como, por ejemplo, las salas de conversación, las redes sociales o los juegos en línea con múltiples jugadores.

En concreto, en cuanto a las técnicas empleadas por el *groomer* para ganarse la confianza del menor, cita el empleo de conversaciones dirigidas a reducir sus inhibiciones en el plano sexual y a hacer creer al menor en la normalidad de actos constitutivos de abusos sexuales o desviaciones sexuales, llegando incluso en ocasiones a contarle experiencias íntimas de índole sexual o exhibirle material pornográfico que puedan reducir la resistencia del menor al sexo. El sujeto activo también puede hacer regalos a la víctima o engañarle de algún modo para conseguir su finalidad última sin necesidad de emplear violencia física o psíquica. En otras ocasiones la estrategia se asemejará a la descrita por Dolz Lago, ya que la autora nos habla de la obtención de información o fotografías comprometidas del menor con la intención de utilizarlas para amenazarle o chantajearle y así obtener los pretendidos comportamientos sexuales por parte de aquel. La información e imágenes podrían incluso conseguirse sin el consentimiento del menor, dirá, enviando de forma oculta

²⁴⁵ DOLZ LAGO, “El nuevo delito”, pp. 16-21.

en un mensaje dirigido a la víctima un programa de ordenador capaz de copiar la contraseña personal de acceso a la cuenta de esta²⁴⁶.

Las técnicas anteriormente descritas no son las únicas conductas subsumibles en el art. 183 ter CP ya que al ser la descripción típica tan amplia, se producirán múltiples y variadas estrategias para acceder a los menores, pudiendo, todas ellas, integrar el delito. Valverde Megías expone ejemplos extraídos de casos reales enjuiciados (SAP Gerona 165/2011, de 31 de marzo y SAP Guadalajara 127/2011, de 29 de noviembre) en los que el sujeto activo se presenta como representante de un grupo o evento musical en que los menores pudieran tener interés en participar o casos en los que aquel utiliza dos perfiles falsos simultáneamente, de manera que uno de ellos anima al menor a colaborar con el otro o se ofrece a resolverle un problema que el otro ha causado²⁴⁷.

IV.5. Fases del *grooming*.

Para finalizar con la exposición de lo que representa el fenómeno del *grooming* desde un punto de vista práctico, pero no estrictamente jurídico, y conocer cómo suele desarrollarse este, se detallarán las diferentes fases por las que habitualmente transcurre el proceso, siendo necesario precisar, no obstante, que dichas etapas no se corresponden con la descripción de la conducta tal y como viene recogida en el tipo penal, español u otro, sino con lo que se considera el comportamiento más habitual de los *groomers*. De hecho, también debemos destacar que, tal y como señala Cugat Mauri, si bien en los casos de *grooming* suelen estar presentes habitualmente la seducción y la persecución, a la vista de la letra de la ley nos encontraríamos ante la consumación del delito sin necesidad de probar la fase de “acicalamiento” previo, en los casos en los que se recurra directamente a la violencia, que no está excluida en el tipo, o cuando no medie un acoso persistente en el tiempo, no exigido en el tipo²⁴⁸.

²⁴⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 217.

²⁴⁷ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 3.

²⁴⁸ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 2.

No han sido pocos los autores que han ofrecido su visión respecto a la división del proceso en varias fases, con diferentes resultados. No obstante, es importante destacar, como lo hacen Montiel, Carbonell y Salom, que dependiendo de los diferentes tipos de ciber-agresores así como sus características y motivaciones, la dinámica de la relación con el menor variará para adaptarse a las reacciones de la víctima y a sus preferencias. No podemos entender, por tanto, el movimiento entre fases como unitario o lineal, sino que debe tenerse presente que puede tener distintas duraciones que van desde unos minutos hasta incluso meses²⁴⁹.

La gran mayoría de la doctrina española establece un proceso que se compone, dependiendo de los diferentes autores, de entre tres y cinco fases interrelacionadas, que se denominan y describen como sigue²⁵⁰:

- Primera fase: Amistad.

Aunque no toda la doctrina la llama de este modo, coinciden casi todos los autores en establecer una primera etapa en la cual el *groomer* toma contacto con el menor a través de las tecnologías de la información para crear una relación de confianza con el mismo, habitualmente haciéndose pasar por otro menor de edad, mostrando un perfil y características que puedan resultar atractivas a la víctima²⁵¹.

²⁴⁹ MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, p. 218, quienes citan a su vez a Webster *et al.* (2012), Grosskopf (2010) y Wolak *et al.* (2008).

²⁵⁰ Entre los autores que mejor detallan las tres fases básicas se encuentra MENDOZA CALDERÓN, “El fenómeno del acoso”, p. 129. La autora las denomina: fase de amistad, de relación y componente sexual, respectivamente.

²⁵¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 524. Calificando al *grooming* como un *delito multietapa*, establece una inicial fase de contactos simulando la verdadera identidad del autor en la que se capta la confianza y voluntad del menor. En igual sentido, GIL BARBERÀ, “*El nou article*”, p.16. Según FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 201, en la primera etapa un adulto, simulando ser un menor, establece un contacto con un niño para conseguir su amistad con una finalidad última de atentar sexualmente contra este.

Debo volver a insistir en que esta descripción de la conducta, comúnmente aceptada por la doctrina, excede de lo que es el tipo básico del art. 183 ter 1 CP, que no exige la concurrencia del engaño.

Explica Dolz Lago que en esta fase el sujeto activo procede a elaborar lazos emocionales con el menor, normalmente simulando ser otro niño o niña²⁵². También Frago Amada destaca el empleo de la simulación de ser otro menor utilizando fotos falsas e intentando alimentar las expectativas amorosas del niño, que presentará mayor vulnerabilidad debido a su corta edad y falta de experiencia²⁵³.

Tomando como base la Guía legal sobre *ciberbullying* y *grooming* de INTECO, Observatorio de la Seguridad de la Información²⁵⁴, Mendoza Calderón²⁵⁵ y Álvarez García²⁵⁶ también centran la atención en el establecimiento de la amistad en esta primera fase del proceso de *grooming*.

Por mi parte, considero que también podrían quedar incluidas en esta primera fase las dos que Villacampa Estiarte trata de forma separada y que denomina respectivamente, “fase de establecimiento de amistad” y “fase de confirmación” de la relación, en la segunda de las cuales el adulto inicia conversaciones sobre el menor y su vida y entabla una relación de amistad, e incluso las dos posteriores: “fase de valoración del riesgo” en la que las preguntas del ofensor al niño se dirigen a obtener información sobre las posibilidades de que sus padres o cuidadores lleguen a conocer

²⁵² DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p.5.

²⁵³ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 1.

²⁵⁴ Disponible en www.incibe.es.

²⁵⁵ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 100.

²⁵⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, pp. 11-12. Toma como referencia a Panizo Galende y describe la fase de amistad como aquella en la que “el acosador contacta con su víctima por medio de las redes sociales, chats, etcétera, o incluso personalmente pidiéndole el correo electrónico en un lugar público. Su estrategia se basa en ir ganándose la confianza del menor poco a poco: compartiendo sus gustos y aficiones, suplantando su identidad mediante el envío de fotos falsas que se ha descargado de la Red, de modo que parezca un chico con buen aspecto físico y de su misma o similar edad, enviándole regalos, mostrándose como una persona cercana y afable que comprende al menor en sus miserias domésticas y relacionales. Asimismo, trata de obtener en las conversaciones con el menor sus datos personales: dirección, teléfono, centro escolar, etcétera, en orden a intensificar el acoso si no accede a sus pretensiones sexuales”.

el contacto del menor con aquel y “fase de exclusividad”, en la que la conversación adquiere tintes más personales, incitando al menor a revelar problemas personales y secretos²⁵⁷.

También podría entenderse como parte de esta primera fase la que Mendoza Calderón llama “de relación” y que sitúa en segundo lugar, en la cual, según la autora, se incluyen “confesiones personales e íntimas entre el acosador y la víctima”²⁵⁸.

Es evidente que la relación del sujeto activo con el menor pasará por diferentes grados de aproximación, profundidad e intimidad, que bien pueden tratarse como fases separadas de ese acercamiento, como de hecho hace parte de la doctrina, o interpretarse como un proceso gradual, paulatino, que tendrá mayor o menor duración dependiendo de cada caso y considerarse en consecuencia, como una única fase, la primera.

Según este segundo criterio también podríamos añadir a esta primera etapa una parte en la cual el sujeto activo intenta obtener datos personales del menor: tanto los de contacto, como lugar en el que vive, colegio al que acude, lugares de ocio, etc., aunque hay autores como Dolz Lago²⁵⁹ o Frago Amada²⁶⁰ que otorgan autonomía a esta fase.

- Segunda fase: Obtención de fotos e imágenes comprometidas del menor.

Según el que parece ser el *modus operandi* habitual de los *groomers*, llega un punto en el que éstos solicitan que el menor pose desnudo o semidesnudo o realice actos de contenido sexual ante la *web cam*, de manera que aquel llega a obtener fotos

²⁵⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 647. La autora recoge las fases del *grooming* que ya en 2003 identificó O’Connell.

²⁵⁸ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 100.

²⁵⁹ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 5.

²⁶⁰ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 1.

o imágenes comprometidas de dicho menor, bien con su conocimiento y consentimiento o sin los mismos.

Todos los autores recogen esta etapa²⁶¹, situándola en segundo o tercer lugar en la mayoría de los casos y destacando algunos la utilización de técnicas de seducción y/o provocación por parte del sujeto activo²⁶² o incluso la proyección de un imagen propia distorsionada a través de su *web cam* a fin de que el menor confíe ante alguien que cree igual, llegando a enviarle vídeos pornográficos para vencer su natural pudor hacia el sexo o la desnudez²⁶³. Ferrandis Ciprián hace referencia a todas las anteriores tácticas²⁶⁴.

Pues bien, matizaré una vez más que el tipo penal español no exige la obtención de fotografías y/o imágenes del menor para la comisión del delito de *grooming*; en caso de que las imágenes y/o vídeos sean almacenados por parte del sujeto activo (o, ahora, simplemente, visionados), podríamos encontrarnos ante un delito de pornografía infantil cuya regla concursal con el delito del art. 183 ter CP será analizada en el apartado correspondiente de este trabajo. Quizás, en atención a esta posible comisión del delito de pornografía es por lo que Hernández Guerrero dice que en esta fase se produce el ataque a la libertad sexual del menor así como que en el transcurrir del *grooming* se superponen diversos hechos delictivos que ocurren de forma cronológica²⁶⁵, apreciación esta última que creo no podría mantenerse desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, por lo que debemos entenderlo referido a la forma habitual de comportamiento de los *groomers*.

- Tercera fase: Ciberacoso.

²⁶¹ Por todos, MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 100.

²⁶² DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 5; FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 1.

²⁶³ ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, pp. 11-12. El autor llama a esta fase “sexo virtual” y la sitúa en segundo lugar.

²⁶⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 201.

²⁶⁵ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 524.

Es evidente que esta fase no es de aparición obligatoria pero una vez más, gran parte de la doctrina la recoge denominándola explícitamente “ciberacoso”²⁶⁶, “acoso sexual”²⁶⁷ o hablando de actos de presión, coacción y amenazas para que el menor mantenga el contacto²⁶⁸.

Frago Amada es de los pocos autores que hace referencia a la propuesta de encuentro que recoge el tipo penal del Código español en su apartado primero. Explica, dentro de la que él sitúa como última fase del proceso, que el *groomer* consigue “una cita con el menor con la finalidad de realizar prácticas sexuales, engañándolo y realizando las prácticas sexuales contra su voluntad en cuanto el menor descubre que su *partenaire* no era quien esperaba o al ser chantajeado con revelar los vídeos o fotos por sus redes sociales, colegio etc., empezando el verdadero calvario del menor que entra en la dinámica de acoso”²⁶⁹.

Algunos de los elementos contenidos en la anterior descripción de esta etapa darían lugar, en el caso español, a la aplicación del subtipo agravado por empleo de engaño o de lo que Frago Amada llama chantaje, que bien podría considerarse como coacción. Por otro lado, si tras la comisión del delito del art. 183 ter 1 CP llegara a producirse el acceso carnal, la forma adecuada de resolución de dicho concurso no ha recibido una solución unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia, como tendremos ocasión de analizar más adelante.

²⁶⁶ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 5. Dice que el acosador chantajea a la víctima para obtener cada vez más material pornográfico o tener un encuentro físico con el/la menor para abusar sexualmente de él/ella. FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 201, sostiene que en la tercera etapa se daría el “ciber-acoso” para conseguir más imágenes del menor o conseguir el encuentro físico con el mismo para agredirle o abusar sexualmente de él.

²⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, pp. 11-12. Según el autor, en esta fase “en cuanto el menor se niegue a satisfacer sus apetencias sexuales, el ciberacosador tratará de doblegar su voluntad y de forzarle a acceder a sus pretensiones mediante la amenaza de difundir entre sus amigos y en las redes sociales sus fotos y vídeos sexualmente más comprometidos”.

²⁶⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 524.

²⁶⁹ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 1.

Por su parte, Pillado Quintas y Álvarez García también incluyen como última fase del *grooming* la denominada “abusos y agresiones sexuales”²⁷⁰ durante la cual, según el último citado, “El clima intimidatorio creado por el acosador puede ser de tal magnitud que el menor se someta a las prácticas sexuales requeridas por aquel, llegando incluso al acceso carnal”²⁷¹.

El autor que presenta la enumeración de fases del *grooming* más extensa y que cito expresamente por ser sustancialmente diferente a las de otros autores es Rovira del Canto, quien señala las siguientes etapas, que, dirá, se desarrollarán de forma sucesiva: a) Fase de amistad; b) Toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; c) Fase de relación; d) Confesiones personales e íntimas; consolidación; e) Componente sexual; f) Participación actos naturaleza sexual, fotografías, webcam; g) Extorsión; h) Escalada de peticiones; i) ¿Agresión?²⁷².

Tras analizar las diferentes propuestas de los autores debo concluir que la que más se ajusta a lo que en el Código español es el tipo que trata de abarcar estos comportamientos es la que formula Villacampa Estiarte, finalizando su enumeración (tras las cuatro primeras fases ya citadas: amistad, confirmación de la relación, valoración del riesgo y exclusividad) con la fase “sexual”, “cuando el adulto conduce la conversación a un terreno en el que la confianza con el menor parece instalada y este percibe a aquel como un mentor o como un posible amante”²⁷³.

En cuanto a la duración del proceso de *grooming*, el estudio realizado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón ya referido anteriormente ofrece datos que indican que solo en el 34% de las ocasiones las conductas de solicitud del *groomer* alcanzan el año de duración siendo lo más habitual que la situación haya durado varios días²⁷⁴.

²⁷⁰ PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, pp. 6-11.

²⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, pp. 11-12.

²⁷² ROVIRA DEL CANTO, “Ciberdelincuencia intrusiva”, p. 16.

²⁷³ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 647.

²⁷⁴ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 17-18.

V. EL ARTÍCULO 183 TER 1 Y 2 CP.

V.1. Bien jurídico protegido.

V.1.1. Consideraciones previas.

La determinación del bien jurídico protegido por el título que comprende los delitos sexuales ha sido doctrinalmente muy controvertida y como reflejo de tal controversia, las rúbricas asignadas a dicho Título han ido variando a lo largo del tiempo.

No podemos restar importancia a este aspecto fundamental ya que tradicionalmente se le han asignado al bien jurídico varias funciones, que aquí interesa al menos apuntar: la de limitar y orientar el *ius puniendi*, la sistemática, la interpretativa y la de servir de criterio para la determinación de la pena.

Desde el primer punto de vista, el legislador solo podrá incluir como delitos aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro bienes o derechos constitucionalmente protegidos.

La función sistemática ha de orientar la ordenación del Código Penal en Títulos, que son los que deben definir el bien jurídico protegido en los artículos contenidos en ellos.

También el bien jurídico ha de ser la guía necesaria para subsumir o no unos hechos en el tipo penal de que se trate, ya que no todo comportamiento que formalmente cumpla los elementos del tipo es automáticamente relevante para el Derecho Penal. Sería necesario que además lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido²⁷⁵.

²⁷⁵ Recuerda MUÑOZ CONDE, *Teoría General*, p. 103, que “Una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de

Además tendremos ocasión de comprobar, con respecto al *grooming*, la importancia que alcanza la determinación del bien jurídico protegido a la hora de decantarnos por la aplicación del concurso de normas o de delitos en caso de que además de cumplirse con las previsiones del tipo, se cometa un delito de abuso o agresión sexual o uno de pornografía infantil.

Con anterioridad a la LO 3/1989, la denominación que recibía el Título de los delitos sexuales, entonces Título IX, era “Delitos contra la honestidad”.

Las mayores críticas doctrinales a esta denominación destacaban, además de la imprecisión de la misma, la imposibilidad de que la honestidad se constituyera en el bien jurídico protegido ya que el Título comprendía varias conductas que lesionaban bienes jurídicos diferentes. Además, dicha forma de designarlo arrastraba consigo una concepción moralista en la que el papel de la mujer en la sexualidad era pasivo, con limitaciones de la capacidad de autodeterminación de la misma en este campo y con roles sexuales hombre/mujer totalmente asimétricos.

Descartada, por tanto, la honestidad como bien jurídico protegido por la mayoría de la doctrina, la LO 3/1989 modificó la denominación del Título, pasando a llamarse “Delitos contra la libertad sexual”. Con este cambio se apreciaba un mayor acento en la protección de un bien jurídico individual frente al amparo que la anterior legislación parecía querer otorgar al orden social moral.

La jurisprudencia y la doctrina han definido la libertad sexual como una parte de la libertad personal consistente en la facultad de autodeterminación en la esfera sexual, es decir, la facultad para elegir el momento, lugar, forma y pareja en las relaciones sexuales. Así, entre otras muchas, encontramos la SAP Madrid de 9 de febrero de 2010, que al hablar de la libertad sexual hace referencia a la evitación de que los sujetos puedan resultar forzados o inducidos por otros a prácticas sexuales no

antijuridicidad, por más que aparentemente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción”.

deseadas de manera libre, voluntaria y consciente, o la SAP Lleida, de 3 de febrero de 2010, que define la libertad sexual como la autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual.

Respecto a la libertad sexual se puede decir, además, que comprende dos facetas o manifestaciones: la dinámica o positiva y la estática o negativa. La primera viene definida por la libre disposición de las capacidades y potencialidades sexuales propias, tanto en el comportamiento particular como en el social. Consiste en que el sujeto pueda hacer lo que desee en materia sexual: qué, cuándo, cómo y con quién. Por su parte, la libertad sexual desde el punto de vista negativo es el derecho de la persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual ajeno. Consiste en no hacer o no soportar comportamientos de índole sexual no deseados. Lógicamente, la manifestación dinámica o positiva encuentra como límite la libertad sexual de los otros, otorgando así gran importancia a la dimensión negativa.

No obstante, la teoría de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el Título VIII CP no estaba exenta de algunas críticas doctrinales: Por un lado, no podía predicarse que este fuera el bien jurídico amparado en el caso de los delitos de prostitución (tal y como estaba redactado en aquel entonces), exhibicionismo y difusión de material pornográfico y, por otro lado, surgía un problema en el caso de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad o incapaces ya que, definida la libertad sexual como facultad de autodeterminación en la esfera sexual e implicando esta libertad la posesión por su titular de una plena capacidad para decidir y ejecutar dicha decisión, al carecer aquellos sujetos de la misma, difícilmente, se decía, podía otorgársele protección.

Sin embargo, algún sector de la doctrina encabezado fundamentalmente por Díez Ripollés, defendía que sí era posible mantener la libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos cometidos contra menores e incapaces, considerando

a estos como “aquellos individuos que no están transitoriamente en condiciones de ejercerla”²⁷⁶.

A pesar de ello, como reflejo de la mayoritaria inquietud doctrinal sobre la inaplicabilidad del bien jurídico protegido “libertad sexual” en los casos en los que el sujeto pasivo fuera un menor o incapaz, la LO 11/1999, de 30 de abril, amplió la rúbrica del Título para pasar a denominarlo “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

La propia Exposición de Motivos de la ley decía que “la vigente regulación relativa a los delitos contra la libertad sexual [...] no respondía adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos”.

Por tanto, a partir de ese momento debemos diferenciar los conceptos de libertad sexual e indemnidad sexual²⁷⁷.

El segundo de ellos, junto con el de intangibilidad sexual como sinónimo, fue acuñado por la doctrina italiana a principios de los años sesenta. La doctrina española en su mayoría utiliza indistintamente ambos conceptos.

La indemnidad sexual trata de proteger la formación o educación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, evitando que

²⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección*, p. 23.

²⁷⁷ Sobre la libertad sexual e indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el Título VIII del Libro II CP, véase ACALE SÁNCHEZ, “Protección penal”, pp. 46-48.

interferencias ajenas anulen o limiten ese proceso y por ende, el futuro ejercicio de su libertad sexual.

González Tascón dice que la indemnidad sexual “evocaría la necesidad de proteger a determinadas personas (se piensa en determinados menores de edad y en los incapaces [hoy, discapacitados]) frente al riesgo de sufrir un daño en su desarrollo y/o bienestar como consecuencia de actos de contenido sexual perjudiciales para el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual en aras de que llegado el momento sean realmente libres de decidir al respecto. A este fin se tutelaría a los niños a lo largo de su proceso de formación y desarrollo sexual, tratando de impedir que presencien o participen en actividades sexuales o accedan a contenidos sexuales que pudieran afectarles negativamente en el desarrollo de su sexualidad”²⁷⁸.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en innumerables ocasiones sobre el significado y contenido del referido concepto. Así, la STS 476/2006, de 2 de mayo o la STS 51/2008, de 6 de febrero, dicen que el concepto de indemnidad sexual quedaría cifrado “[...]en el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”.

Pues bien, como ya antes comentaba, a pesar de la rúbrica con la que a partir de la Ley 11/1999 se encabezó el Título VIII CP, hay un sector doctrinal que mantiene que los menores e incapaces (en terminología actual, discapacitados) sí son titulares de la libertad sexual pero que su “especialidad” hace que no se les reconozca la misma y que no se atribuya a su consentimiento el mismo valor que al de las demás personas²⁷⁹.

²⁷⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 232-233.

²⁷⁹ En ese sentido, JUDEL PRIETO y PIÑOL RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 154.

En el mismo sentido se pronuncian Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez, quienes entienden que, a pesar de la denominación del Título VIII CP, los términos indemnidad sexual, intangibilidad sexual u otros similares, no explican de forma satisfactoria la protección que merecen los menores e incapaces (hoy, discapacitados) ni tampoco delimita el objeto ni el contenido de esa protección ya que estos tienen el mismo derecho a no ser molestados sexualmente que el resto de los ciudadanos, no más. A partir de esta premisa, no ven necesaria la diferenciación entre libertad sexual e indemnidad sexual porque se distingue donde, desde el punto de vista jurídico, no debe distinguirse y porque además, el daño respecto del que deben ser protegidos los menores e incapaces no es sino el contenido de injusto de los delitos contra la libertad sexual. Añaden que la LO 3/1989, de 21 de junio, desvirtuaba la pretendida intangibilidad al reconocer cierta capacidad de autodeterminación sexual a los enajenados pues condicionaba la comisión del tipo delictivo de abusos sexuales a la utilización por parte del sujeto activo del abuso del trastorno mental, lo que implicaba un reconocimiento de cierta actividad sexual a aquellos. Concluyen, por tanto, que en casos de abusos sexuales el bien jurídico protegido es la libertad sexual, si bien, cuando dichos delitos se dirigen a menores e incapaces, lo que se protege es el proceso de formación y socialización de dichas personas²⁸⁰.

La tesis de Díez Ripollés defiende la innecesariedad de inclusión de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el Título VIII CP por tres razones fundamentales que paso a exponer a continuación:

- En primer lugar, afirma que tanto los menores como los incapaces tienen libertad sexual, es decir, capacidad de autodeterminación sexual, lo cual a su entender se deriva del contenido de ciertos tipos del propio Título VIII CP. Y dice también que el legislador parece admitir cierta capacidad para ejercer la libertad sexual a los menores de trece años (hoy en día habría que decir de dieciséis) e incapaces, al aumentar la penalidad en caso de haber conseguido su consentimiento

²⁸⁰ ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, *Los delitos*, pp.18 ss.

para el acceso a la relación sexual. Por ello, si no se admite que sea la libertad sexual el bien jurídico protegido en estos casos, sería totalmente incongruente ese incremento de penas.

- El segundo argumento radica en el reconocimiento por parte del legislador de cierta relevancia al consentimiento de los menores e incapaces. Así, destaca que si bien en el delito de abuso sexual la anuencia del menor o incapaz resultaba totalmente ineficaz, en el caso de las agresiones sexuales, aquel cobraba especial relevancia ya que estas se caracterizaban por la concurrencia de la violencia y/o la intimidación así como por la ausencia de consentimiento. Además, también se otorgaba validez al consentimiento prestado por menores e incapaces en el caso de relaciones sexuales con otros menores.

- La imprecisión y vaguedad del concepto “indemnidad sexual” es una razón más, a juicio del autor, para desechar la introducción de dicho vocablo en el Título VIII CP, ya que no aporta nada al contenido del mismo y vulnera los principios de certeza y seguridad jurídicas²⁸¹.

En definitiva, el concepto de indemnidad sexual es el legalmente reconocido y a pesar de los diferentes matices terminológicos que se quieran adicionar al vocablo, lo importante es que todas las posturas doctrinales terminan por reconocer cierto componente de decisión a los menores en materia sexual y con ello, la posibilidad de tomar decisiones en este ámbito, sea en el presente o en el futuro.

El cualquier caso, las diferencias terminológicas que he plasmado en este apartado, no serán de ningún modo las que ocasionen distintas interpretaciones respecto al delito del art. 183 ter CP.

²⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección*, pp. 23 y ss.

V.1.2. Posiciones doctrinales sobre el bien jurídico específicamente protegido en el artículo 183 ter CP.

Tras la entrada en vigor de la LO 5/2010 parece que el legislador atendió expresamente a la idea de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el caso de los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidos contra menores de trece años. Como ya se ha comentado anteriormente, otorgaba autonomía a dichos delitos, regulándolos de forma separada en el nuevo Capítulo II bis en el Título VIII del Libro II CP (artículos 183 y 183 bis y, tras la reforma introducida por LO 1/2015, artículos 183, 183 bis, 183 ter y 183 quáter).

Una vez más, la doctrina no muestra unanimidad a la hora de establecer el bien jurídico protegido por el anterior art. 183 bis, actualmente 183 ter, cuestión esta que no es baladí, más aún si tenemos en cuenta que la postura que adoptemos respecto a ello conlleva, entre otras cosas, una diferente interpretación o explicación de la cláusula concursal que contiene el artículo y que analizaremos más adelante.

Por un lado, existe un sector doctrinal que defiende que el *grooming* es un delito pluriofensivo y que por tanto no ataca únicamente a la indemnidad sexual sino también a otro bien jurídico adicional que, dependiendo de los diferentes autores, puede ser la seguridad en el uso de las TIC o la formación y desarrollo de los menores: su personalidad y sexualidad.

Por otro lado, entre los autores que defienden la existencia de un único bien jurídico protegido por el art. 183 ter CP, podemos diferenciar entre aquellos que identifican este con la indemnidad sexual y los que se refieren a otros bienes jurídicos como la infancia o la formación y desarrollo de la personalidad del menor²⁸².

²⁸² Por ejemplo, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 212. Defiende que el bien jurídico protegido en el delito de *grooming* es la libertad sexual negativo estática.

En los siguientes apartados explicaré las argumentaciones esgrimidas por cada uno de dichos sectores doctrinales para la defensa de su postura.

V.1.2.1. El grooming como delito pluriofensivo.

Monge Fernández pertenece al primer sector doctrinal. Parte la autora de la defensa de la existencia de varios bienes jurídicos protegidos por el art. 183 CP, que bajo su punto de vista tiene un carácter pluriofensivo por dar amparo, además de a la indemnidad sexual, a otros bienes jurídicos de los menores de trece años (escribía antes de la última reforma del CP), como la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, la dignidad e incluso la vida. Afirma que lo mismo se puede predicar respecto al art. 183 bis, actualmente ter, sugiriendo además, de *lege ferenda*, que a fin de evitar los inconvenientes que el concepto de indemnidad sexual suscita, hubiera sido deseable la utilización del término “seguridad sexual” para referirse al derecho que tienen los menores o incapaces a no verse perturbados en la formación futura de su sexualidad²⁸³.

Suscribe la anterior opinión Gudín Rodríguez-Magariños²⁸⁴ e idéntica postura mantiene Pérez Ferrer, para quien no hay duda de que en los delitos sexuales cometidos sobre menores, el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que implican dichas conductas, al lesionar no solo la indemnidad sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

Refiriéndose al anterior artículo 183 bis CP insiste en que con el mismo se trata de tutelar el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, evitando que sea sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño cuando alcance la edad para poder

²⁸³ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos*, pp. 76-84.

²⁸⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 2. Respecto al *grooming*: “puede ser reputado quizás como un delito pluriofensivo, pues a su vez, como destaca Antonia Monge Fernández, se orienta a proporcionar la seguridad de los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías”.

otorgar consentimiento en este campo. Añade a ello la importancia de otros posibles efectos perturbadores, afirmando que “Por todos es sabido que, desde el punto de vista psicológico, las conductas sexuales con menores conllevan importantes riesgos de tipo emocional, sufriendo secuelas de este tipo, incluso patologías clínicas durante los años siguientes al comportamiento sexual en cuestión. Los trastornos que pueden llegar a sufrir tales menores conllevan un mayor riesgo a desarrollar problemas interpersonales y psíquicos como estrés postraumático, sentimientos de desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, ansiedad, angustia, miedo, etc. Así las cosas, es obvio que los efectos del acoso en la víctima pueden ser devastadores, ya que esta padece una injerencia arbitraria en su espacio vital que menoscaba no solo su indemnidad sexual, sino también -en el caso concreto de los menores de trece años-, el proceso de formación de su propia personalidad”²⁸⁵.

Los anteriores autores coinciden en que el bien jurídico adicionalmente protegido por el delito de *grooming*, además de la indemnidad sexual, es la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de las personas de edad inferior a la establecida para otorgar consentimiento en materia sexual.

González Tascón, aún encontrándose en esta línea que defiende la pluriofensividad del delito, se diferencia de los anteriores autores en que propone como bien jurídico protegido, además de la indemnidad sexual, la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC. Para la determinación del primer bien jurídico citado se fija tanto en la ubicación sistemática del precepto como en el hecho de que el delito se ha construido sobre la base de la realización de actos preparatorios de determinados delitos sexuales impunes hasta el momento. Sin embargo, también tiene en cuenta que lo que ha dado relevancia penal a dichos actos es el medio a través del cual se llevan a cabo, las TIC, no revistiendo en otro caso tales actos trascendencia penal, lo cual le lleva a afirmar que el precepto también protege la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, aunque en su proyección en una esfera muy concreta. Por otro lado, realiza una interpretación de la cláusula concursal del precepto como un concurso de delitos que solo se podría admitir en base a la diferencia de bienes jurídicos atacados por el delito de *grooming* y por el posible

²⁸⁵ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 1 y 3.

delito sexual posterior. El argumento, que cito literalmente por la importancia práctica que tendrá la aplicación de la cláusula concursal en uno u otro sentido, dice: “En la propia ley se pueden encontrar unas palabras que indirectamente apoyarían la identificación de este segundo bien jurídico. Exactamente, la afirmación ‘sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos’. Si la conducta incriminada en el artículo 183 *bis* no fuese más que la punición de actos preparatorios de otros delitos, una vez que comienza la tentativa o se consuma el delito de cuya preparación formaban parte los actos descritos en el artículo 183 *bis* constituiría una vulneración del principio de *non bis in idem* castigar al sujeto por el delito en grado de tentativa o, en su caso, consumado y además por el delito del artículo 183 *bis*. Consecuentemente, la resolución adecuada de estos casos vendría de la mano de la aplicación de las reglas que resuelven los concursos aparentes de normas penales, concretamente del principio de consunción (art. 8.3^a), y no de la construcción de un concurso de delitos; que sí sería, en cambio, procedente si el delito del artículo 183 *bis* fuese pluriofensivo en el sentido expuesto. Desde la perspectiva de salvaguardar el uso seguro de las TIC por parte de la infancia, el nuevo tipo penal, no obstante, presenta evidentes lagunas y suscita el interrogante de la necesidad de su existencia”²⁸⁶.

Por mi parte ya adelanto que no comparto la necesidad de contemplar otro bien jurídico protegido que no sea la indemnidad sexual y además me sumo a la opinión de Serrano González de Murillo cuando, ante el anterior razonamiento de González Tascón, contrapone que servirse de la existencia de una regla concursal específica como argumento probatorio para corroborar la naturaleza de delito pluriofensivo del art. 183 ter 1 supone invertir los términos²⁸⁷.

Respecto a las argumentaciones de cada uno de los autores anteriores, quizás sea la de Monge Fernández la que más objeciones puede suscitar. La autora explica

²⁸⁶ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 241-242.

²⁸⁷ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 396-397. Añade el autor que “Si, como la autora reconoce, suscita dudas la propia necesidad del nuevo tipo penal, tales dudas difícilmente cabe aplacarlas aduciendo su naturaleza de delito pluriofensivo, sino que más bien sugieren que el tipo supone una anticipación de la punibilidad del mismo bien jurídico que el tutelado en los delitos pretendidos por el sujeto activo”.

la pluriofensividad del delito del art. 183 CP, que protege, se dirá, la dignidad de la persona, al incrementarse la pena de la agresión sexual cuando la violencia o la intimidación ejercidas sobre el menor revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio y residiendo en el caso del abuso sexual el fundamento de la agravación en el mayor contenido del injusto que supone el trato vejatorio y degradante, que lesiona la dignidad de la víctima. Hace referencia posteriormente a la cualificación en el caso de que el autor haya puesto en peligro la vida el menor (art. 183.4.e) CP). Y considera, por tanto, como bienes jurídicos protegidos por el precepto la indemnidad sexual y la formación y desarrollo de la personalidad, la dignidad e incluso la vida; a partir de ahí, la autora pasa a afirmar que el art. 183 bis, ahora ter, protege idénticos bienes jurídicos, extensión esta que la hace, bajo mi punto de vista, huérfana de toda explicación adicional, lo que la convierte en incomprensible pues ni remotamente los comportamientos que implican el delito de *grooming* pueden poner en peligro la vida del sujeto pasivo. Si con ocasión de un posterior encuentro con la víctima se produjera una situación de riesgo para la vida del menor ello se debería a la comisión, en grado de tentativa o consumación, de otro delito.

Como ya he adelantado, no comparto la posible existencia de otros bienes jurídicos amparados por el precepto más allá de la indemnidad sexual, es decir, el *grooming* no es un delito pluriofensivo. Sí creo que el artículo protege el libre proceso de formación de la personalidad y sexualidad de los menores, como dicen, entre otros, Gudín Rodríguez-Magariños o Pérez Ferrer, pero pienso que ello no constituye un concepto diferente al de indemnidad sexual, que consiste precisamente en eso, en el derecho a desarrollar la personalidad en la faceta sexual sin interferencias perturbadoras. En definitiva, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, pero entendido ello solo desde la óptica del peligro para ella.

En este sentido, la cláusula contenida en el primer apartado inciso primero del artículo 183 ter, in fine, puede entenderse que remite al concurso de normas, no al de delitos, lo que evita tener que hallar un bien jurídico más allá de la indemnidad sexual.

V.1.2.2. La infancia como bien jurídico protegido.

Dolz Lago defiende que el delito recogido en el art. 183 ter CP ampara la protección de la infancia, si bien con un doble carácter: el individual, en relación con el concreto menor afectado por el delito, y el supraindividual, en relación con la protección de la propia infancia.

Comienza criticando el hecho de que la Exposición de Motivos (en realidad, Preámbulo) de la LO 5/2010, al hablar del mayor contenido del injusto de los delitos sexuales cometidos sobre menores, señale que éstos lesionan “no solo la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”. Dice el autor que el legislador no se percató de que el concepto de indemnidad sexual que enuncia no es predicable en la primera acepción que refiere, más propio de la libertad sexual, sino solo, en todo caso, en su segunda acepción, puesto que los menores de trece años (ahora serían los menores de dieciséis) no pueden prestar ni válida ni inválidamente consentimiento en las relaciones sexuales²⁸⁸.

Afirma también que las sucesivas reformas llevadas a cabo en el Código Penal en materia de delitos sexuales, en concreto en los delitos de pederastia, ponen de relieve que la protección de la infancia, entendida como el período de vida que abarca desde el nacimiento hasta los trece años (el autor escribía esto con anterioridad a la modificación de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años), es tratado como un bien jurídico colectivo en sí mismo considerado, merecedor de tutela con independencia de las vulneraciones que se produzcan en el bien jurídico individual protegido de las víctimas, si bien reconoce que todavía no existe una plasmación legislativa que haya culminado esa tendencia²⁸⁹.

²⁸⁸ Vid. DOLZ LAGO, “Los delitos de pederastia”, pp. 1-2. En igual sentido NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 189.

²⁸⁹ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, pp. 1 y 2.

Comparto la visión crítica de Villacampa Estiarte, defensora de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido, hacia la teoría de Dolz Lago. Considera la autora que con esta propuesta se da por buena la “falacia victoriana de la pureza de la infancia como justificación para intervenir penalmente incluso contra los propios niños”, y se eleva a la categoría de bien jurídico protegido el “peligro estadístico” que se ha atribuido a las TIC y que ha conllevado el adelantamiento de las barreras punitivas²⁹⁰.

También Fernández Teruelo y Ferrandis Ciprián aportan argumentos en contra de la consideración de la seguridad de la infancia en el uso de las TIC como objeto de protección.

El primero de ellos mantiene que “[...] la conformación de la seguridad como bien jurídico autónomo debe someterse a unos límites estrictos, quedando vinculada, únicamente, a comportamientos potencialmente mortales”. Añade que, si bien la norma concursal contenida en artículo parece avalar la protección del bien jurídico de la seguridad informática en el uso de las TIC, dicha cláusula es errónea y no implica la justificación de la identificación de un nuevo bien jurídico, para lo cual se apoya también en el argumento de la ubicación del precepto en el Título VIII CP (Delitos contra la libertad e indemnidad sexual). Asume que la seguridad como bien jurídico protegido por el precepto puede serlo únicamente entendiéndola como

²⁹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 676-678. La autora, en páginas previas de su artículo (648-661) habla de la “cruzada norteamericana contra los depredadores sexuales”, creada sobre la falacia de la sociedad victoriana relativa a la pureza de la infancia, que destaca en los niños características similares a las de objetos sexualmente deseables, como son la suavidad, docilidad o pasividad. Ello ha generado una visión “pedofílica” de la realidad, ampliando la concepción de pornografía de forma exagerada, justificándola con la supuesta ampliación de la pornografía infantil a raíz de la introducción de las TIC. Concluye estimando que, en un ambiente dominado por el pánico moral del que hace corresponsable a *Crimes Against Children Research Center* en EEUU, se ha producido una sobre-reacción ante una amenaza que no se ha demostrado con datos ciertos que haya alcanzado los niveles que se ha pretendido. Por otro lado, la mención que hace a la intervención penal contra los propios niños hace referencia a la revictimización de los menores que en algún caso se está produciendo en EEUU al aplicarles las leyes antipornografía infantil en supuestos de intercambio de fotografías de desnudos entre adolescentes.

seguridad vinculada a la indemnidad sexual, sin que ello implique por tanto la creación de un nuevo bien jurídico autónomo²⁹¹.

Por su parte, Ferrandis Ciprián alega que la seguridad en el uso de las TIC no reúne las condiciones mínimas aceptables para ser configurado como un nuevo bien jurídico de protección en el contexto de un Derecho Penal que pretenda un mínimo garantismo y el respeto de unos límites de intervención mínima que ya se han flexibilizado más de lo deseable. Siguiendo a Orts Berenguer, defiende que el único bien jurídico protegido por el art. 183 bis CP (hoy 183 ter 1) es el derecho a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses y un adecuado proceso de socialización y argumenta firmemente que resulta perjudicial identificar el bien jurídico protegido con la seguridad de la infancia en el uso de las TIC por ser este un bien jurídico “colectivo, difuso y de naturaleza instrumental”. Mantiene que no resulta fácil definir la seguridad y que además el delito queda consumado cuando se crea un peligro para los procesos formativos y el bienestar psíquico del menor²⁹².

En la misma línea, Serrano González de Murillo menciona que Amelung ya advirtió de que la configuración de la seguridad como bien jurídico, dada su amplitud, no representa sino el reverso de la vigencia fáctica de la norma, lo cual conduciría a concebir todos los tipos como orientados a la tutela de una seguridad en tales términos²⁹³.

Por mi parte no puedo sino compartir las críticas a la consideración de la infancia o la seguridad de la infancia en el uso de las TIC como un bien jurídico adicionalmente protegido en el delito de *grooming*, acogiendo todos los argumentos expuestos por los autores críticos con esa postura, fundamentalmente el referido a la excesiva intervención penal que ello supondría así como el que centra la atención en

²⁹¹ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, pp. 155 y ss.

²⁹² FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 193.

²⁹³ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La cláusula concursal”, pp. 401-402.

la propia ubicación del art. 183 ter en el CP o la consideración de excesiva generalidad del concepto.

V.1.2.3. La libertad sexual como bien jurídico protegido.

Curiosamente, a pesar de que la doctrina ya se decantó por entender que los delitos sexuales contra menores que no han alcanzado la edad para prestar válido consentimiento sexual protegen la indemnidad sexual de aquellos y no su libertad sexual, Hernández Guerrero defiende que el *grooming* constituye un atentado contra la libertad sexual del menor llevado a cabo a través de un acto preparatorio. Así, no lo considera un ataque a su indemnidad sexual sino a su libre determinación sexual²⁹⁴. Sin embargo, considero que ello no constituye sino otro modo de definir lo que en realidad es la indemnidad sexual o capacidad para desarrollarse en el ámbito sexual de un modo pleno y por otro lado, la diferencia expresada por el autor es la misma que se contiene en el Título VIII CP.

V.1.2.4. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Esta posición doctrinal que establece la indemnidad sexual como único bien jurídico protegido por el art. 183 ter CP es la que mantienen la SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2014 o la sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013, y el mismo TS en su sentencia de 24 de febrero de 2015 (nº 97/2015, rec. casación nº 1774/2014), que ratifica íntegramente la dictada por la AP de Cádiz el 30 de mayo de 2014, si bien debemos tener en cuenta que en la misma se hace referencia a los menores de trece años por haberse dictado antes de la entrada en vigor de la última reforma del CP. Dice expresamente el TS lo siguiente:

“En cuanto al bien jurídico es requisito que el contactado sea un menor de 13 años. Ese referente obedece a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y consiguientemente, el límite de la

²⁹⁴ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 522.

relevancia de su consentimiento para la realización de actos sexuales. Coincide, por tanto, con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP ‘De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años’, y con las previsiones del art. 13 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados para castigar la conducta descrita en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño (art. 182.2).

Por ello el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual”.

Defienden también esta tesis, entre otros, Valverde Megías²⁹⁵, Álvarez Hernando²⁹⁶, Ortega Balanza y Ramírez Romero²⁹⁷ y Rodríguez Vázquez, quien en defensa de su postura aporta una completa e interesante interpretación sistemática, teleológica y gramatical del art. 183 bis CP (la cual sería también aplicable al art. 183 ter) argumentando además, en contrapunto a la teoría expuesta en el anterior subapartado, por qué considera indefendible que el precepto proteja la infancia o la seguridad de la misma en el uso de las TIC.

En base a la interpretación sistemática, destaca que la ubicación del tipo es inequívoca, en el Capítulo II bis que a su vez se integra en el Título VIII, “Delitos

²⁹⁵ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p. 17. En idénticos términos a los mantenidos en la sentencia del TS, dice el autor que teniendo en cuenta la edad del sujeto pasivo del delito de *grooming*, correspondiente a aquella por debajo de la cual el consentimiento para el mantenimiento de relaciones sexuales no es relevante, hay que defender que “el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de trece años, más allá de la libertad sexual, que no puede predicarse en ese rango de edad”.

²⁹⁶ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5.

²⁹⁷ ORTEGA BALANZA y RAMÍREZ ROMERO, “Amistades peligrosas”, p. 2.

contra la libertad e indemnidad sexuales”, argumento este que, como hemos visto, utiliza también el TS.

Desde el punto de vista teleológico, se refiere el autor a la propia Exposición de Motivos (en realidad, Preámbulo) de la LO 5/2010 en la que se señala la necesidad de protección del desarrollo de la sexualidad del menor. Si bien la misma se centra en las TIC como instrumento especialmente peligroso para afectar al objeto de protección referido, en ningún caso se identifica la comunicación o la seguridad de las comunicaciones con intervención de menores como el fin mismo de protección.

Por último, bajo una interpretación literal del anterior artículo 183 bis, vuelve a recalcar que resulta difícil defender que la infancia o la seguridad de las comunicaciones en la infancia sean los bienes jurídicos protegidos ya que “Para realizar este tipo penal se exige que el sujeto activo interactúe con un menor de trece años concreto y basta con que se interactúe con ese menor en particular, sin que sea necesario que otro u otros menores se hayan visto involucrados. Esta relación ‘uno a uno’ la exige el tipo penal, como tipo mixto acumulativo que es, en varias acciones diferenciadas y que van cerrando las puertas a una hipotética afectación de un bien jurídico supraindividual. Porque el tipo no se agota con el uso de las TIC orientado a la comisión de delitos sexuales sobre menores de trece años, ni siquiera se satisface con el contacto con un menor con tales fines [...]”²⁹⁸.

Otro de los autores que analiza el Preámbulo de la LO 5/2010 es Fernández Teruelo. Cree que el legislador parece apuntar la existencia de un nuevo bien jurídico protegido por el art. 183 bis (hoy 183 ter) más allá de la indemnidad sexual, al mantener la tan repetida referencia no solo a aquella sino también a la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, sin embargo es contrario a la consideración de otro bien jurídico además de dicha indemnidad sexual, pues entiende, bajo mi punto de vista acertadamente, que la formación de la personalidad

²⁹⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 9.

y sexualidad del menor bien pueden ser incardinadas en aquel concepto²⁹⁹. Esta misma consideración es mantenida por Boix Reig al analizar el bien jurídico protegido en los abusos y agresiones sexuales a menores³⁰⁰.

Por mi parte, ya he adelantado en el subapartado precedente, que suscribo esta postura doctrinal así como todos los argumentos referidos con anterioridad que sirven de sustento de la misma.

Además de ello, a la hora de determinar el bien jurídico protegido por el precepto, creo que puede servir de ayuda analizar en concreto qué efectos produce el delito en las víctimas que lo han padecido.

En el caso del *grooming*, Montiel, Carbonell y Salom concretan la afección que sufren los jóvenes víctimas, haciéndose eco a su vez de estudios de otros autores. Así, citan que Mitchell, Ybarra y Finkelhor (2007) determinan que los jóvenes que han recibido solicitudes sexuales por Internet presentan el doble de probabilidades de sufrir sintomatología depresiva y mayor uso de sustancias que los que no las han recibido. Y asocian la sintomatología depresiva con diferencias en las interacciones *online* y las prácticas de autodivulgación.

En un estudio de Wells y Mitchell del año 2007, se recoge que el 61% de los menores de dieciocho años víctimas de explotación sexual *online* tenían síntomas de trastornos psicopatológicos, y al 68% se les podía diagnosticar algún trastorno de los recogidos en el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV-TR)³⁰¹.

²⁹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, pp. 155 y ss.

³⁰⁰ Vid. BOIX REIG, *Derecho Penal*, p. 352. Dice el autor: “Pese a que el Preámbulo de la Ley de 2010 diferencia la protección de la indemnidad sexual del menor de trece años, del proceso de formación de la personalidad y sexualidad del menor, entendiéndose que se protegen ambos intereses jurídicos en estos delitos, realmente se está hablando de lo mismo, de idéntico interés jurídico, pues la tutela del menor de trece años en estos casos lo es precisamente como interés del Estado en preservarle de toda conducta sexual, precisamente por su minoría de edad, en orden a la protección del desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual”.

³⁰¹ Vid. MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, p. 219.

Los anteriores datos parece que podrían llevar a la conclusión de que efectivamente, los perjuicios en el desarrollo del menor que supone el haber sido víctima del *grooming* pueden encuadrarse en el concepto de indemnidad sexual y probablemente por ello el legislador ha optado por adelantar la barrera de protección penal, al considerar que el hecho de relacionarse de una forma tendente a afectar la esfera sexual de un menor que no ha alcanzado la edad para prestar válido consentimiento en dicho ámbito, ya contiene un componente de alteración real a su proceso de formación sexual.

No obstante, creo que resulta imprescindible ahondar más en la génesis de las afecciones emocionales y patologías clínicas que se dice sufren algunos de los menores víctimas de *grooming* y ello porque parece muy probable que dichos perjuicios puedan derivar más de un proceso de amenazas, acoso u hostigamiento ejercido por el *groomer* o incluso de la efectiva comisión del delito sexual a que iba orientada la actuación de aquel, que del propio *grooming*. Y digo lo anterior, porque no podemos olvidar que para la consumación del delito tal y como aparece regulado en nuestro CP no se exige ni la existencia de amenazas, ni coacción ni siquiera la comisión del posterior delito sexual que abarcaba el ánimo subjetivo del autor, de manera que el menor víctima no tiene ni siquiera por qué conocer ni la identidad del sujeto activo, ni sus verdaderas intenciones y de hecho a lo mejor, ni siquiera ha llegado a estar en peligro alguno por no haber acudido al encuentro propuesto por aquél. Con ello quiero decir que deberíamos ser cautelosos y preocuparnos por delimitar si la puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor o su lesión se produce por el proceso de *grooming* propiamente dicho, siempre y en cada caso, o por conductas desplegadas por el *groomer* que no son exigidas para que el tipo penal se consume.

Nos encontramos, por tanto, ante un delito no de lesión sino de peligro abstracto, tal y como ha sido configurado por el legislador español, cuestión esta sobre la que trataré de forma más extensa en el apartado V.3.1. No obstante, en base a las consideraciones anteriormente expuestas, no comparto que con la realización de las conductas exigidas en el tipo penal se ponga necesariamente en peligro la

indemnidad sexual y precisamente por ello, la inclusión del delito en el CP resultaba totalmente innecesaria.

V.2. Los sujetos del delito.

La realidad criminológica a la que pretendía hacerse frente con la introducción del delito de *grooming* en la legislación española era la de la supuesta creciente utilización de Internet y las tecnologías de la información y comunicación por parte de sujetos adultos para acceder a menores que aún no han alcanzado suficiente madurez en el terreno sexual, con la intención de ganarse su confianza y convencerles de realizar algún tipo de conducta sexual. Así pues, deberemos analizar si la regulación, tal y como ha sido introducida en el CP, tanto en su redacción original como en la derivada de la reforma de 2015, abarca adecuadamente dichas conductas o en su caso, resulta limitada o excesiva.

V.2.1. Abordaje multidisciplinar.

El fenómeno del *grooming* ha recibido tratamiento y estudio desde distintas disciplinas, que suponen abordajes diferentes y en ocasiones complementarios del propiamente jurídico. Entre ellos se encuentran el psicológico, el criminológico y el social, desde los cuales se ha obtenido la descripción del perfil de las posibles víctimas del *grooming* así como de los autores del mismo. En los siguientes subapartados haré una breve referencia a algunas de las conclusiones alcanzadas al respecto, por entender que resulta importante tenerlas en cuenta para comprender el fenómeno tal y como se viene produciendo en la realidad y, como he dicho antes, para concluir si el mismo ha resultado o no convenientemente regulado.

V.2.1.1. Tipos de *online groomers*.

Debo coincidir con Villacampa Estiarte en que el reflejo que los medios de comunicación han hecho de los delitos sexuales cometidos contra menores ha tenido

como consecuencia la creación de un prototipo de ofensor sexual que no necesariamente tiene que corresponderse con la realidad. Así, destaca la autora que, en contra de esa imagen tan extendida de los ofensores sexuales, los datos indican que no todos ellos son pedófilos, algunos son mujeres, que solo en el 14% de los casos se trata de personas extrañas para las víctimas, frente al 25% de supuestos en que las personas que abusan proceden de la familia o el 60% de casos en que proceden del entorno social, y que además cerca de un tercio de los ofensores sexuales son menores³⁰². De hecho, los estudios llevados a cabo en Estados Unidos por *Crimes Against Children Research Center* (CCRC) de la Universidad de New Hampshire reflejan que el perfil de acosador responde a un varón pero cuya edad media ha disminuido en los últimos años, de forma que en 2009 el 50% de los acosadores eran menores de veinticinco años.

En este intento de caracterizar a los victimarios del delito de *grooming*, Dolz Lago facilita el perfil de los acosadores a través de Internet indicando que generalmente tienen entre treinta y cincuenta años y aunque aparentan ser normales son inseguros, inmaduros, con un alto grado de dificultad para establecer comunicaciones y relaciones sociales, presentando además de un grave desajuste de personalidad³⁰³.

Como ya he dicho anteriormente en este trabajo, creo que debemos considerar que el *grooming* no es un fenómeno de nueva creación sino que simplemente, con la introducción y extensión del uso de las nuevas tecnologías, se ha producido una variación del medio a través del cual se lleva a cabo. En estrecha relación con ello, podríamos preguntarnos si los delincuentes sexuales *online* y *offline* presentan características divergentes o, por el contrario, comunes, cuestión esta que no ha obtenido una respuesta pacífica.

La defensa de la postura que mantiene la semejanza de ambos tipos de sujetos se basa en el estudio “Butner”, que sostiene que el único cambio ocurrido es que los

³⁰² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 64.

³⁰³ DOLZ LAGO, “El nuevo delito de *child grooming*. Perspectiva doctrinal”, p. 13.

delincuentes sexuales convencionales han tenido acceso a la red, de manera que la pornografía infantil que antes obtenían de otra forma, ahora la obtienen de Internet.

La tesis contrapuesta sostiene que se ha creado un nuevo tipo de delincuente sexual por las especiales características que ofrece Internet, como el anonimato, el fácil acceso a pornografía infantil y comercio con ella y la facilitación del acceso a las víctimas, de manera que han llegado a crearse formas específicas de comportamiento sexual. Esta teoría defiende que muchos de los ofensores sexuales *online* nunca habrían cometido ese tipo de delitos presencialmente.

Un sector doctrinal mantiene una tesis de progresión según la cual los delincuentes sexuales que operan en la red se encuentran en un primer estadio que finalizará en el abuso o agresión sexual³⁰⁴.

Pues bien, los estudios empíricos efectuados hasta la fecha arrojan resultados realmente interesantes, ya que además de referir varias características diferenciales entre los delincuentes sexuales *online* y *offline*, constatan que los segundos son más proclives a cometer *grooming* que los primeros³⁰⁵.

Entrando ya en el análisis cualitativo de las personas que llevan a cabo conductas de *grooming* a través de la red, en el ámbito europeo encontramos el “*European Online Grooming Project*”, financiado en parte a través del programa *Safer Internet Plus Programme* de la Comisión Europea. Resulta muy ilustrativa la diferenciación en tres tipos de *groomers* que realizan Webster *et al.* (2010, 2012), dependiendo de las necesidades y motivaciones de aquellos, lo que a su vez marcará las estrategias de acercamiento que utilicen. Es especialmente relevante este estudio,

³⁰⁴ Sobre diferencias entre delincuentes sexuales *online* y *offline*, véase VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 65-66.

³⁰⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 66-67. Obtiene los datos de dos estudios realizados en Estados Unidos (McCarthy, J.A., “Internet sexual activity: A comparison between contact and non-contact child pornography offenders” en *Journal of Sexual Agression*) con 51 presos por delitos sexuales con contacto y 56 presos por delitos sexuales *online* y en el Reino Unido (Long, M.L.; Alison, L.A.; McManus, M.A., “Child Pornography and Likelihood of Contact Abuse: A Comparison Between Contact Child Sexual Offenders and Noncontact Offenders”) con 120 condenados por delitos sexuales, correspondiendo el 50% de la muestra a delitos *online* y el otro 50% a delitos de contacto.

pues a diferencia de otros, que examinan a autores de delitos sexuales en general, cometidos a través de Internet o delitos sexuales cometidos contra menores, este se centra específicamente en el delito de *grooming*³⁰⁶.

En el mismo, tras entrevistar a treinta y tres ofensores, se ofrece un informe elaborado con la participación de investigadores de Bélgica, Italia, Noruega y Reino Unido, en el que se describe el perfil del *groomer*. El equipo estudió conversaciones en Internet de condenados por delitos sexuales proporcionados por la policía británica e italiana y también realizó entrevistas con pedófilos condenados por realizar prácticas de seducción a través de Internet en Bélgica, Noruega y Reino Unido.

Los investigadores clasificaron a los *groomers* en tres categorías, en base al estudio de ocho variables: la existencia de condenas previas por delitos sexuales, el uso de su verdadera identidad, el empleo de imágenes pornográficas, el contacto con otros ofensores *online*, el tipo de creencias que apoyaban la comisión del delito, la velocidad y la forma empleada a la hora de establecer el contacto con los jóvenes y su mantenimiento y si el delito cometido fue *online* o presencial.

Los tres tipos de *groomers* encontrados son los siguientes: los acosadores con un “cariño distorsionado”, los “acosadores adaptables” y los “acosadores hipersexuales”³⁰⁷.

Los acosadores que sienten un “cariño distorsionado” no suelen tener antecedentes penales por delitos sexuales. Buscan relaciones románticas e íntimas a largo plazo y justifican sus conductas (la comisión del delito) por entender que se trata de una relación consentida por la víctima a la que han tratado de seducir. Sí revelan su verdadera identidad y no emplean imágenes comprometidas de los

³⁰⁶ Se refieren al estudio de Webster *et al.*, MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, pp. 214-215.

³⁰⁷ Vid. WEBSTER; DAVIDSON; BIFULCO; GOTTSCHALK; CARETTI; PHAM; GROVE-HILLS; TOMPKINS; CIULLA; MILAZZO; SCHIMMENTI; CRAPARO, *European Online*, pp. 13-14. La denominación de las categorías empleada en el informe original es “*intimacy-seeking*”, “*adaptable style*” e “*hyper-sexualised*”.

menores con los que contactan. Tampoco acumulan pornografía infantil ni mantienen contacto con otros delincuentes sexuales. En cuanto a la forma de relacionarse con los menores, emplean largo tiempo en establecer lazos de amistad con sus víctimas antes de conocerles en persona.

Por su parte, los “acosadores adaptables”, que habitualmente tienen antecedentes penales por delitos sexuales, se denominan así por ser capaces de ajustar su estrategia de seducción según las conveniencias y según la víctima. En consecuencia, el contacto puede avanzar rápida o lentamente según las reacciones de cada menor contactado. Utilizan múltiples identidades y respecto a las imágenes pornográficas del menor, pueden emplearlas o no, en consonancia con la estrategia adaptable que adoptan. En cuanto a las ideas que utilizan para justificar el delito, mantienen que la persona a la que están seduciendo es sexualmente madura. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en el anterior grupo de sujetos, no ven a sus víctimas como una relación romántica. Un dato importante es que no en todos los casos pretenden conocer al menor en persona.

Por último, los “acosadores hipersexuales”, quienes buscan la satisfacción inmediata de sus impulsos sexuales, se dedican a obtener y difundir cantidades considerables de pornografía tanto infantil como de adultos y forman parte de redes *online* en las que contactan con otros delincuentes sexuales. El interés por encontrarse en persona con sus víctimas es escaso o inexistente. Estos *groomers* suelen emplear diversas identidades o bien un nombre y una foto sexualmente explícitos en su perfil para entablar contacto rápidamente con menores. Habitualmente el inicial contacto deriva muy pronto en temas de contenido sexual. La justificación del delito se basa en la deshumanización de los menores.

También Inostroza Díaz, Maffioletti Celedón y Car Silva realizan una clasificación de lo que denominan ciberacosadores:

El primer grupo lo integran los “acosadores *online*” que, sin dar rodeos, proponen algún tipo de sexo virtual al menor de forma directa y evidente. No suelen emplear engaño y si el interlocutor no tiene cámara o presenta alguna dificultad,

cortan inmediatamente la comunicación. Inostroza Díaz, Maffioletti Celedón y Car Silva los catalogan como menos peligrosos puesto que los menores o adolescentes los detectan rápidamente percatándose de su intención.

El segundo grupo lo constituyen los “pedófilos seductores”, que representan un mayor peligro. Escriben como si fueran menores, usan emoticonos, colorean sus textos e intentan hacer amigos en la red tratando de temas que puedan resultar atractivos a los menores³⁰⁸.

A nivel nacional contamos con el estudio reciente realizado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón al que ya se ha hecho referencia anteriormente, en el que tras pasar cuestionarios a una muestra representativa de jóvenes de entre catorce y dieciocho años, se extraen las características del solicitante de *grooming*³⁰⁹ que revelan que en el 70% de los casos se trata de hombres, en un 22% son mujeres y el resto, de sexo desconocido. No obstante, cuando el solicitante pide hablar de sexo, los porcentajes varían, siendo un 39% el de mujeres y un 56% el de hombres, diferencia esta que no es estadísticamente significativa.

Un dato importante es que el estudio confirma que el *grooming* entre iguales es más prevalente que el procedente de adultos, resultando que los *groomers* en la mayoría de las ocasiones no superan los veinticinco años. Destacan las autoras que este dato desmiente el estereotipo de “*stranger danger*” que supone una edad del sujeto activo mucho mayor.

Por otro lado, respecto a si el sujeto contactante era o no conocido del menor, se obtuvieron diferentes resultados: cuando se solicitaba a la víctima que hablara sobre sexo, en el 39% de los casos esta no conocía antes al comunicante, frente al

³⁰⁸ INOSTROZA DÍAZ, MAFFIOLETTI CELEDÓN y CAR SILVA, “¿Qué es el grooming ...?”, p. 225.

³⁰⁹ En este punto debo precisar que en ese estudio se trabajó sobre un concepto amplio de *grooming* procedente de adultos, entendido este como cualquier tentativa de entablar contacto con un menor a través de las TIC, sin que se constate la finalidad del contactante. Cuando se haga referencia al *grooming* se deberá entender que se trata del procedente de adultos.

43% en que sí lo conocía. Contrariamente, en conductas de solicitud de información sexual sobre sí misma, en el 42% de casos no lo conocía, frente al 33% en que sí. Por último, cuando se pedía a la víctima que realizara conductas de tipo sexual, en el 53% de casos no lo conocía, frente al 23% en que sí³¹⁰.

V.2.1.2. Tipos de víctimas.

El mismo estudio referido en el subapartado anterior, el “*European Online Grooming Project*”, lleva a cabo una clasificación de la tipología de las víctimas del delito de *online child grooming*, si bien debemos tener en cuenta que la misma se extrae de los datos obtenidos de los ofensores³¹¹.

Según el estudio, existen dos tipos de víctimas: las arriesgadas y las vulnerables³¹².

Las víctimas arriesgadas presentan una actitud desinhibida y arriesgada en Internet, junto con una sensación de control que es propia de jóvenes extrovertidos y seguros de sí mismos, sensación que a su vez es transmitida a los victimarios y que puede llevar a éstos a pensar que el contacto es consentido por el menor o adolescente. En contraste con ello, en el momento de producirse el encuentro cara a cara con el *groomer*, se muestran menos seguros, e incluso introvertidos e inmaduros. Asimismo, este tipo de jóvenes suele mantener en secreto el hecho de haber sido víctimas de abuso, por su aparente complicidad en la dinámica.

Las víctimas vulnerables son las que presentan una gran necesidad de atención y afecto, ya que experimentan sentimientos de soledad y baja autoestima. Pueden tener dificultades en la relación con sus padres o proceder de ambientes

³¹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 15-16.

³¹¹ Hacen referencia a este estudio, MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, pp. 212-213 y VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 69-71.

³¹² Vid. WEBSTER; DAVIDSON; BIFULCO; GOTTSCHALK; CARETTI; PHAM; GROVE-HILLS; TOMPKINS; CIULLA; MILAZZO; SCHIMMENTI; CRAPARO, *European Online*, pp. 14-15 y 90 y ss.

familiares conflictivos. Incluso pueden ser víctimas de malos tratos o abuso sexual. Buscan en Internet el amor y cuando creen haberlo hallado, mantienen la situación de abuso por miedo a perderlo. Dependiendo del origen de su vulnerabilidad, pueden ser menores con sentimientos de soledad y baja autoestima, con problemas psicológicos, con sentimientos de lealtad hacia su ofensor o incluso pueden ver en este a una especie de mentor.

De forma general podemos decir que el *groomer* suele buscar menores que parezcan más débiles, como aquellos que presentan vulnerabilidades relacionadas con la incomprensión familiar o social, con problemas de aprendizaje, que pertenezcan a un entorno familiar conflictivo donde puede haber un proceso traumático de separación, enfermedades o menores solos sin un entorno familiar³¹³.

El estudio de Villacampa Estiarte y Gómez Adillón referido en el anterior subapartado también determina el perfil de la víctima del *grooming*³¹⁴ en función de distintas variables, indicando que las chicas aparecen victimizadas en un porcentaje mayor que los chicos (60% frente al 40%), patrón que cambia únicamente en el caso de *grooming* procedente de adultos en casos en los que el contactante intenta que el menor hable de sexo, acercándose en ese caso los porcentajes (52% chicas y 48% chicos) a pesar de lo cual, la diferencia de sexo no es siempre estadísticamente significativa. Sí lo es en el caso de *grooming* adulto en el que se pretende que la víctima hable sobre ella. Concluyen las autoras que los chicos tienen menos de la mitad de probabilidad de ser víctima de *grooming* procedente de adultos que las chicas.

Por otro lado, no parece que la edad de la víctima resulte un factor determinante (los sujetos de la muestra tenían entre catorce y dieciocho años), constanding que los menores que tiene menor probabilidad de ser víctima de *grooming* procedente de adultos son los de catorce años.

³¹³ Vid. MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, pp. 677-678.

³¹⁴ Tal y como ya se ha referido, en este estudio se emplea un concepto amplio de *grooming* procedente de adultos, entendido este como cualquier tentativa de entablar contacto con un menor a través de las TIC, sin que se constate la finalidad del contactante.

En cuanto al nivel educativo de los progenitores, concluyen las autoras que un menor cuyos padres tengan niveles de estudios bajos presenta una probabilidad veintidós veces mayor de ser víctima, frente a aquel cuyos padres tengan estudios superiores.

Otro factor que se revela determinante es el tiempo que los menores permanecen conectados a la red ya que el 84% de los que recibieron solicitudes para hablar sobre sexo con adultos se conectan entre cinco y siete días durante más de dos horas diarias en la mayoría de los casos, empleando en porcentajes similares los chats y las redes sociales en el caso de menores que han sufrido *grooming* procedente de adultos, supuesto este en el que las webs más visitadas son *whatsapp*, *facebook*, *gmail* o *instagram*.

El estudio de la variable lugar de conexión arrojó el siguiente resultado: los jóvenes que se conectan en su habitación tienen más probabilidad de ser víctima de *grooming* que quienes lo hacen en estancias comunes.

Por último, un dato que parece desmitificar esa presunción de que los menores corren riesgos por relacionarse con extraños a través de Internet es el ofrecido por el estudio, que revela que únicamente el 10% de las víctimas de *grooming* procedente de adultos hablan preferentemente con desconocidos en la red³¹⁵.

V.2.2. Sujeto activo.

El *grooming* es un delicto común ya que puede ser cometido por cualquier persona, sin que se exija ninguna cualificación especial³¹⁶. De hecho, el precepto

³¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 10-15.

³¹⁶ Por todos, refiriéndose al anterior art. 183 bis, PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 3-4.

penal utiliza la expresión genérica “el que”, tanto en su apartado primero como en el segundo.

En principio, la única polémica doctrinal que ha generado este elemento personal del delito ha sido la posibilidad de comisión del mismo por un menor de edad. Apunta Pardo Albiach que el *grooming* es cometido en muchas ocasiones por menores de edad³¹⁷ y Agustina Sanllehí, al tratar del fenómeno del *sexting* entre menores (transmisión de imágenes de menores desnudos o semidesnudos a otros menores a través de las TIC), indica que a estas conductas pueden seguir con relativa facilidad otros comportamientos delictivos entre los que cita el *grooming*³¹⁸.

Nos encontramos, por tanto, con la necesidad de determinar si los menores penalmente responsables pueden ser sujetos activos del delito.

Debemos destacar que el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE solo exigen la incriminación de las personas adultas³¹⁹ y que además la posibilidad de que los menores de edad sean autores del delito contrasta con la realidad criminológica contra la que pretendía actuarse³²⁰.

Como ya ha quedado reiteradamente apuntado, la redacción del artículo del CP español recoge bastante fielmente el contenido del art. 23 del Convenio n° 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y abuso sexual, de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote). Sin embargo y como he adelantado, en cuanto al sujeto activo del delito observamos una clara diferencia entre ambos preceptos, destacada entre otros, por Ferrandis Ciprián³²¹. El citado art.

³¹⁷ PARDO ALBIACH, “Ciberbullying”, p. 58.

³¹⁸ AGUSTINA SANLLEHÍ, “¿Menores infractores...?”, p. 34.

³¹⁹ Realiza una comparativa esquemática de los requisitos de incriminación del Convenio de Lanzarote, la Directiva 2011/93/UE y la legislación española, CUGAT MAURI, “La tutela penal”, pp. 3-4.

³²⁰ Así lo destaca VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 207.

³²¹ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 194.

23 habla de las personas adultas y sin embargo en la regulación de la figura en España, puesto que no se hace mención específica al respecto, debemos considerar que puede ser sujeto activo del delito tanto un mayor de edad como un menor de entre catorce y dieciocho años, en cuyo caso respondería penalmente conforme a la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor. Autores como Díaz Cortes³²², Mendoza Calderón³²³ o Rodríguez Núñez³²⁴ así lo han entendido también.

Contrario a una interpretación restrictiva del anterior art. 183 bis se pronunciaba de forma tajante Ferrandis Ciprián, quien proponía como supuesto hipotético el de un menor de dieciséis o diecisiete años que contactara con intenciones sexuales con otro menor de nueve o diez años, más inmaduro y vulnerable que el primero, encontrándose por tanto el primero en un plano de superioridad³²⁵.

Sin embargo, González Tascón, refiriéndose al artículo vigente antes de la reforma del CP de 2015, abogaba a favor de una interpretación restrictiva de la norma en pro de excluir del círculo de sujetos activos de este delito a los menores, con el fin de evitar que en base a una interpretación literal del precepto resultaran punibles conductas “de ligoteo entre menores que por la proximidad de sus edades no revestirían entidad suficiente para merecer el reproche penal”. Ponía el ejemplo de un menor de catorce años que contacta con una chica de doce y argumentaba que en la mente del legislador no estaban casos como el anterior cuando elevó a la

³²² DÍAZ CORTÉS, “El denominado”, p. 21. Llega a la conclusión de que “la referencia ‘*El que*’ cobijaría tanto a adultos como a menores de entre 14 y 18 años” destacando que en caso de que el legislador hubiera querido penalizar únicamente la conducta del adulto, debería haberlo especificado en su redacción, como ocurre en el Reino Unido.

³²³ En relación con esta cuestión, MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 159, señala cómo “[...] llama la atención, en lo que respecta a las cualidades del sujeto activo del delito, que a pesar de que el fenómeno del *grooming* normalmente se caracteriza por referirse al comportamiento de personas adultas que fingen ser menores de edad para contactar con menores, en el tipo delictivo previsto en el art. 183 bis CP no se ha especificado que el sujeto que realiza la conducta de *grooming*, tenga que ser forzosamente una persona mayor de edad. Por lo tanto, esta conducta también podría ser realizada por menores de edad como sujeto activo, dentro de los parámetros marcados por la Ley de Responsabilidad penal del Menor”.

³²⁴ En igual sentido que los anteriores, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 387.

³²⁵ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 194.

categoría de delito determinados actos preparatorios de los delitos sexuales hasta entonces impunes, sino que se identificaba al depredador sexual con un adulto, lo que quedaba corroborado por la propia Exposición de Motivos (debía decir Preámbulo) de la LO 5/2010, que justificaba la incorporación de la nueva figura delictiva para castigar penalmente las conductas que desarrollara una persona adulta³²⁶.

También Fernández Teruelo resaltaba que el hecho de que el sujeto activo del delito de *grooming* pudiera ser otro menor, además de implicar un alejamiento del modelo dispuesto en la normativa europea, posibilitaba el castigo de determinadas formas de relacionarse los jóvenes a través de la red, si bien consideraba que en estos supuestos difícilmente podía afirmarse que se estuviera preparando un delito de los citados en el art. 183 bis CP³²⁷.

Y en similar sentido, Villacampa Estiarte, quien considera un exceso del legislador la posibilidad de que los menores de edad puedan ser autores del delito³²⁸, proponía la conveniencia de limitar la aplicación del *grooming* a sujetos activos adultos³²⁹.

Los anteriores ejemplos referidos a relaciones entre menores bien sean utilizados para apoyar o bien para rechazar una interpretación restrictiva del artículo en lo referente al sujeto activo, carecen actualmente de sentido ya que con la introducción del artículo 183 quáter, se ha tratado precisamente de evitar la penalización de las conductas que pudieran constituir delitos del Capítulo II bis y que hubieran sido llevadas a cabo entre jóvenes cercanos en edad y grado de madurez y desarrollo, siempre que el menor de dieciséis años haya consentido en la realización de la conducta.

³²⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 243-244.

³²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p. 156.

³²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 189-190.

³²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 680.

González Tascón saca a relucir, además, la mencionada diferencia a este respecto entre la redacción del artículo del CP español y lo dispuesto en el art. 23 del Convenio europeo sobre el abuso y la explotación de menores, y en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil o en las legislaciones nacionales como Francia, Australia o Queensland³³⁰.

Bajo mi punto de vista, antes de la última reforma del CP no existía previsión legal alguna que permitiera excluir la responsabilidad penal de los menores de entre catorce y dieciocho años que hubieran realizado la conducta comprendida en el art. 183 bis CP y, de hecho, contamos ya con algún pronunciamiento jurisprudencial en el que se aplica dicho precepto en un Expediente de Reforma, condenando por tanto a un menor como autor de un delito de *grooming*: así, en la SAP Ourense, Sección 2ª, de 4 de octubre de 2013, rec. 667/2013, confirmatoria de la sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013.

Si bien la posibilidad de que los menores pudieran ser sujetos activos del delito de *grooming* podría considerarse un exceso punitivo, la inclusión del art. 183 quáter suaviza considerablemente ese aspecto.

V.2.3. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo del delito de *grooming* es actualmente un niño o niña menor de dieciséis años, edad que concuerda con la del consentimiento sexual³³¹.

El CP de 1995 estableció la edad mínima para poder otorgar consentimiento válido en materia sexual en los doce años, elevándose la misma a los trece en la

³³⁰ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 243.

³³¹ TAMATIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad”, pp. 423-424. Considera el autor que la expresión “edad de consentimiento sexual” (*legal age of consent*) resulta equívoca, refiriéndose la misma, como sabemos, a la edad por debajo de la cual cualquier adulto que mantiene contacto sexual con un menor comete delito ya que se presume, sin posibilidad de prueba en contrario, que el consentimiento del menor es inválido.

reforma de 1999. Consecuentemente, en concordancia con ello, la LO 5/2010 fijaba como sujeto pasivo del delito de *grooming* a los menores de trece años, si bien, como se ha adelantado en apartados anteriores, la enmienda del Partido Popular que dio lugar a la introducción de dicho ilícito penal en el Código abarcaba a todos los menores de dieciocho años; la edad de trece años surgió de una enmienda transaccional del Grupo Parlamentario Socialista. Posteriormente, desde la entrada en vigor el 1 de julio de 2015 de la última reforma del CP, la edad de consentimiento sexual es la de dieciséis años y por ello los sujetos pasivos del delito del art. 183 ter CP han de ser menores o jóvenes de menos de dicha edad.

El hacer coincidir la edad mínima para poder otorgar consentimiento en materia sexual con el límite de edad por debajo del cual han de estar los sujetos pasivos del delito de *grooming*, además de ser lógica, obedece al cumplimiento de las previsiones del artículo 23 del Convenio de Lanzarote, que establece la obligación de los Estados parte de castigar la citada conducta en los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño, habiendo dejado la normativa europea a criterio de los Estados la determinación de la misma, cuestión esta que viene constituyendo objeto de un encrudecido debate doctrinal desde hace tiempo.

En otro orden de cosas, se echaba en falta desde un primer momento la inclusión como posibles sujetos pasivos del delito de los incapaces (o discapacitados)³³² que tampoco han sido añadidos tras la reforma introducida por la LO 1/2015. No obstante, debe destacarse, que ni el Convenio de Lanzarote ni la posterior Directiva 2011/93/UE planteaban tal exigencia y, por ello, haciendo referencia al anterior art. 183 bis, Pérez Ferrer argumentaba que la omisión de los incapaces obedecía a que, al parecer, el legislador quiso ceñirse únicamente a cuanto le obligaba la Convención Europea de 2007³³³.

³³² Tras la reforma del CP operada por LO 1/2015 debe denominárseles personas con discapacidad.

³³³ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 5.

Tal ausencia de referencia a las personas con discapacidad ha sido puesta de manifiesto y criticada por varios autores³³⁴, resaltando Muñoz Cuesta la discrepancia que ello supone respecto de las muchas ocasiones en las que que el CP equipara a menores e incapaces y apuntando que hubiera sido deseable un esfuerzo para otorgarles idéntica protección³³⁵, opinión esta que comparto completamente.

Por último, creo que merece la pena destacar, por ser discrepante con la mayoría de la doctrina, la opinión de González Tascón, que en coherencia con su afirmación de que el bien jurídico protegido por el art. 183 ter CP es tanto la indemnidad sexual como la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, mantiene que debe identificarse como sujeto pasivo de este delito tanto al concreto menor de dieciséis años (ella hablaba de menores de trece por referirse al anterior art. 183 bis), independientemente de su sexo, como a la infancia en general³³⁶, postura esta que no comparto, tal y como ya he argumentado en apartados anteriores.

V.2.3.1. Críticas al establecimiento de los trece años como límite de edad del sujeto pasivo del *grooming* hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015.

Como ya se ha dicho, la normativa europea dejó a criterio de los Estados la determinación de la edad de consentimiento sexual; ha predominado entre los distintos países la opción de los catorce años, como ocurre en Italia y Portugal³³⁷, y España opta inicialmente por la de trece años y ya a partir de la LO 1/2015 por la de

³³⁴ Entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 190. Destaca, comparativamente a lo que sucede con el *grooming*, el tratamiento semejante que el legislador ha dado a los incapaces y los menores de edad en conductas relacionadas con la explotación sexual. Y propone de *lege ferenda* la inclusión en el tipo de las personas con discapacidad.

³³⁵ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 131.

³³⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 244.

³³⁷ Alemania, Italia, Portugal, Hungría, Austria, Bulgaria, Estonia, Serbia, Croacia, Bosnia y Hercegovina, Albania, Macedonia, Montenegro, Liechtenstein, San Marino y Noruega fijan el límite en catorce años; Francia, Polonia, Rumanía, Grecia, República Checa, Suecia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Islandia y Mónaco, en los quince; Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Finlandia, Georgia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Rusia, Suiza, Ucrania y Reino Unido en los dieciséis; Irlanda y Chipre, en los diecisiete; Malta y Turquía, en los dieciocho, y en EEUU distintos Estados la establecen entre los dieciséis y dieciocho años.

dieciséis. Durante mucho tiempo han coexistido diferentes opiniones sobre la conveniencia de fijar una u otra edad.

Por lo que respecta en concreto al delito de *grooming*, la mayoría de los autores criticaron el establecimiento del límite de edad en trece años para el sujeto pasivo en la regulación inicial de la figura delictiva y lo hicieron en base, fundamentalmente, a dos cuestiones. La primera, la realidad de los datos criminológicos, que apuntaban a que los menores de edad mayores de trece años presentan más vulnerabilidad respecto a este tipo de conductas. La segunda, la incoherencia que suponía dicha limitación de trece años con la referencia en el propio tipo penal a la intencionalidad del sujeto activo para perpetrar delitos cuyo sujeto pasivo podía ser mayor de dicha edad, bien en el caso de que su consentimiento se hubiera obtenido mediante el empleo de violencia o intimidación o bien en aquellos supuestos referidos a la obtención de pornografía infantil³³⁸.

Respecto a la primera cuestión, como ya se ha visto, Díaz Cortés analizó diversos estudios realizados en España, llegando a la conclusión de que las proposiciones sexuales a través de Internet se encontraban más presentes respecto a menores que cursaban el segundo ciclo de ESO, de entre catorce y quince años, reduciéndose levemente en el caso de menores dieciséis y diecisiete años. Es decir, que los menores más vulnerables al *grooming* son aquellos que superan la edad fijada antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015 para prestar su consentimiento en materia sexual³³⁹.

También Frago Amada mencionaba esta desconexión entre la edad del sujeto pasivo del anterior art. 183 bis CP y los datos criminológicos³⁴⁰.

³³⁸ En este sentido, ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5. Se sorprendía del establecimiento del límite de edad en los trece años, cuando tanto a nivel nacional como supranacional la pornografía infantil se vincula a menores de dieciocho años, destacando igualmente el hecho de que todos los menores están expuestos a las acciones de los depredadores en la red.

³³⁹ DÍAZ CORTÉS, “El denominado”, pp. 7 y ss.

³⁴⁰ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 2. Apuntaba el dato de que el grueso de víctimas de estos delitos son chicas entre los 14 y 18 años, con lo que en España esta actuación no sería delictiva, al menos a través de este precepto, refiriéndose al anterior art. 183 bis.

El otro inconveniente que la doctrina destacaba era el hecho de que el artículo 183 bis contemplaba dentro del ánimo subjetivo del autor delitos cuyo sujeto pasivo podía ser mayor de dicha edad y por tanto se consideraba excesiva la limitación de la edad del sujeto pasivo del *grooming* en el caso de que para la consecución del consentimiento al acceso sexual se hubiera empleado violencia o intimidación y por tanto el consentimiento estuviera viciado. Lo mismo podría decirse del abuso sexual mediante prevalimiento, en el que la edad de la víctima no es relevante (art. 181.3) o del tipo de abusos sexuales fraudulentos, del que solo puede ser sujeto pasivo la persona mayor de trece años y menor de dieciséis (art. 182). Respecto a este último supuesto, destacaba González Tascón su especial interés ya que las características de algunas TIC se prestan fácilmente a que el sujeto activo engañe a su víctima a fin de encontrarse con ella con la intención de cometer determinados delitos³⁴¹.

Prácticamente la misma incoherencia se contemplaba entre la edad de los sujetos pasivos en el delito de *grooming* y en los delitos orientados a la participación en la elaboración de pornografía infantil, uno de los que pueden ser comprendidos en el ánimo subjetivo del autor, añadiéndose a ello que, como destaca Berdugo Gómez De la Torre, en los casos de pornografía infantil el bien jurídico protegido no coincide con el de los delitos de abusos y agresiones sexuales, y tanto a nivel nacional como supranacional la pornografía infantil viene en todo caso vinculada a la participación de niños, entendiéndose por tales los menores de dieciocho años³⁴².

Respecto a esta falta de coincidencia entre el sujeto pasivo del *grooming* y de alguno de los delitos a los que puede ir dirigida la intención del autor, Díaz Cortes sugería que “Otra cuestión , sería plantear solamente los casos de abusos sexuales, en

³⁴¹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 244.

³⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La reforma 5/2010”, pp. 21-22. Dirá este autor: “Es decir, mientras que para mantener relaciones sexuales se establece la relevancia del consentimiento del menor a partir de determinada edad, de manera que desde ese momento la indemnidad pasa a configurarse como libertad sexual y las relaciones sexuales mantenidas de manera consentida con el menor carecen de sanción penal, en el caso de la participación del menor en la elaboración de material pornográfico su consentimiento es totalmente irrelevante y el marco punitivo se determinará según su edad, al margen de que su participación era [*sic.*] sin conocimiento -por ejemplo, en caso de captación subrepticia de imágenes del menor desnudo-, forzada o voluntaria y plenamente consciente”.

los cuales se parte de un obrar en el sujeto activo sin violencia ni intimidación pero abusando de la inmadurez propia de un menor de 13 años. No obstante, la alusión del artículo 183 bis a los artículos 178 a 183 y 189, en los cuales se incluyen las agresiones sexuales – con uso de violencia e intimidación – excluye esta última posibilidad”³⁴³.

Aunando ambos motivos de crítica referidos, Valverde Megías consideraba que la edad del sujeto pasivo (trece años entonces) restringía excesivamente el ámbito de aplicación del art. 183 bis cuando la finalidad del delincuente es elaborar pornografía infantil (art. 189 CP). Mantenía que la exposición a la acción de delincuentes sexuales que utilizan las TIC para persuadir o forzar a la participación para la elaboración de pornografía infantil abarca no solo a los menores de trece años sino a la adolescencia en su integridad, basándose para realizar la anterior afirmación en datos arrojados por el estudio sobre “La Generación Interactiva en España 2009”, en el cual se contemplaba que el 71% de los menores utilizaba las redes sociales y a partir de los catorce años el uso de las mismas superaba el 80% hasta alcanzar una cota máxima del 85% a los diecisiete años.

También recogía el autor datos del “Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles” publicado en 2011, para poner de manifiesto que la edad media de acceso a la telefonía móvil inteligente está en los trece años de edad y el acceso a redes sociales por los menores a través de esa vía supuso un 7,1% en 2010 y un 54,3% en 2011.

En base a ello, concluía que “La exposición y vulnerabilidad que presenta un adolescente ante un supuesto de *child grooming* que tenga por objeto lograr la creación de material pornográfico bien hubiera podido justificar que la reforma del Código Penal hubiese previsto unos términos más amplios que dieran cabida al menos a los menores de dieciséis años en caso de concurrir determinadas circunstancias tales como el engaño, lo cual podría hallarse en línea con lo que viene estableciéndose en el propio Código Penal en el actual artículo 182 respecto a los

³⁴³ DÍAZ CORTÉS, “Aproximación criminológica”, p. 303-304.

menores de dieciséis años y mayores de trece que sean víctimas de abusos sexuales mediando engaño, previsión que responde precisamente a las especiales circunstancias de ese rango de edad”³⁴⁴.

Además de las anteriores consideraciones sobre la incoherencia que supone que los sujetos pasivos del delito del anterior art. 183 bis fueran los menores de trece años y los de algunos de los delitos a los que podía ir orientado el ánimo subjetivo del autor abarcaran otras edades, en el fondo del debate subyace el peso que en las diferentes posturas ostenta la posición que se mantenga sobre el ejercicio de la faceta sexual de los menores de determinada edad y si se acepta o no la posibilidad de que ellos sean sujetos participativos y sexualmente activos o no.

V.2.3.2. Consideraciones sobre el establecimiento de los dieciséis años como límite de edad del sujeto pasivo del *grooming* tras la entrada en vigor de la LO 1/2015.

Con la última reforma del CP el legislador ha tenido opción de mejorar la redacción del artículo en el aspecto relativo al sujeto pasivo del delito de *grooming*, optando por establecer el límite de edad del mismo en los dieciséis años.

Ya había autores que proponían como adecuada esta edad, para equipararlo con el abuso sexual fraudulento³⁴⁵ o tomando como ejemplo a otras legislaciones³⁴⁶ frente a otras opciones planteadas por autores como Muñoz Cuesta, quien consideraba acertado el establecimiento de la edad de catorce años ya que a los trece la formación intelectual del menor aún está en fase de desarrollo y su capacidad de discernimiento está muy alejada de su plenitud, argumentando también que los

³⁴⁴ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 11-12.

³⁴⁵ Así lo explica FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 195.

³⁴⁶ DÍAZ CORTÉS, “Algunas consideraciones”, p. 18. Cree la autora más razonable el haber seguido la línea de legislaciones como las de Reino Unido o Canadá, que consideran sujetos pasivos del delito a los menores de 18 o 16 años.

catorce es la edad en la que el menor adquiere responsabilidad a través de la LO 5/2010, de 12 de enero³⁴⁷.

La Directiva 2011/93/UE en su art. 2 define la edad de consentimiento sexual como aquella por debajo de la cual, de conformidad con el derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor, dejando a los Estados libertad para la determinación de la misma en sus correspondientes legislaciones, con la limitación que ello pueda suponer para la armonización de las normas penales sobre las materias que trata la Directiva, tanto en relación con la responsabilidad penal como con agravaciones y con la persecución y cooperación internacional³⁴⁸.

Pues bien, una vez modificada la edad para otorgar consentimiento sexual y con ello la del sujeto pasivo del *grooming*, debemos preguntarnos si la fijación de la misma en dieciséis años obedece a datos empíricos concretos, se trata de una corrección intuitiva o se ha acudido a otros modelos de derecho comparado³⁴⁹. Lo que parece evidente es que en este aspecto se ha legislado acogiendo las críticas procedentes de organismos internacionales y asociaciones de protección de la infancia³⁵⁰. En este sentido, el propio Preámbulo de la LO 1/2015 dice expresamente que “[...] el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”.

No obstante, la propuesta legislativa inicial no fue la de dieciséis años. Como ya se ha dicho, la tercera versión del Anteproyecto de ley de reforma del CP, que data del 3 de abril de 2013, fijaba la edad de consentimiento sexual en los quince años y fue en el Proyecto de 20 de septiembre de 2013 donde ya se disponía en su

³⁴⁷ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 130.

³⁴⁸ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva”, p. 233.

³⁴⁹ Cuestión esta que pone sobre la mesa CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4.

³⁵⁰ Así lo apunta DE LEMUS VARA, “El delito”, p. 2.

Exposición de Motivos que como novedad más importante se acordaba elevar dicha edad a los dieciséis años.

Apunta Pérez Cepeda, refiriéndose a la argumentación de la Exposición de Motivos para la inicialmente proyectada elevación de la edad de consentimiento sexual a los quince años, que en la Convención sobre los Derechos de la Infancia solo se menciona de forma expresa a las personas de quince años en referencia a las medidas para que aquellas no participen en conflictos armados, citándose en el resto de disposiciones a los menores de dieciocho años³⁵¹.

Otro aspecto que no podemos pasar por alto a la hora de determinar si es adecuada o no la fijación de los dieciséis años como edad de consentimiento sexual es el de si a esa edad los menores han alcanzado la madurez suficiente para otorgar el mismo, y todo parece indicar que la respuesta debe ser afirmativa. Ramón Ribas, tomando como base la opinión de Borrás Sansaloni, llega a la conclusión de que el anterior establecimiento de trece años resultaba arbitrariamente elegido por el legislador, pese a lo cual podía considerarse acertado, ya que a esa edad el desarrollo cognitivo del menor es similar al del adulto. No obstante, siendo necesario atender también al desarrollo psicoafectivo, resultaría dudoso que a los trece años se hubiera alcanzado su plenitud, por lo que estimaba el autor la existencia de un riesgo de que el reconocimiento general de la libertad sexual a dicha edad abarcara a menores que no hubieran alcanzado la madurez suficiente para decidir libremente; por ello consideraba que la elevación de dicha edad a los catorce limitaría dicho riesgo³⁵². Siendo esto así, no podemos sino concluir que dicha madurez, desde el punto de vista psicológico, ya se ha alcanzado a los dieciséis años.

³⁵¹ PÉREZ CEPEDA, “Justificación”, pp. 29-30. La autora se refiere al Proyecto de ley, pero ya el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 fijaba la edad en quince años.

³⁵² RAMÓN RIBAS, “Minoría de edad”, pp. 208-209.

Pese a las anteriores consideraciones, el establecimiento de la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años ha seguido siendo objeto de críticas³⁵³. Una de ellas se basaba en su incoherencia con algunos otros aspectos del ordenamiento jurídico español como la posibilidad de contraer matrimonio a partir de los catorce años (art. 48 CC). Este aspecto fue ya puesto de manifiesto por Rodríguez Mesa en referencia al Anteproyecto de ley que determinaba la edad de consentimiento sexual en quince años pero que resulta también aplicable a la posterior fijación en los dieciséis. Se preguntaba la autora si es compatible la presunción general de falta de capacidad para consentir en materia sexual a un menor de quince años con la consideración de que tiene suficiente madurez para comprender la trascendencia y significado del matrimonio³⁵⁴. Ahora, sin embargo, la Ley de Jurisdicción Voluntaria que ha entrado en vigor el 26 de julio de 2015 ha elevado la edad para contraer matrimonio a los dieciséis años.

Por su parte Tamarit Sumalla achaca a la nueva regulación del consentimiento sexual que de este modo no se produce una gradualidad en la respuesta del Derecho Penal a las diferentes conductas delictivas, creando un sistema de protección único para menores de edades muy diferentes y otro sistema distinto para una franja muy estrecha de edades, los dieciséis y diecisiete años³⁵⁵.

En definitiva, hoy en día la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años es considerada en todo caso como delito salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, circunstancia esta que se analizará en apartados posteriores. Por lo que respecta al delito de *grooming*, me parece adecuada la elevación de la edad del sujeto pasivo a los dieciséis años puesto que, a pesar de que ya he dicho de forma reiterada que considero que el delito no pone en peligro la indemnidad sexual, no por ello dejo de pensar que antes de dicha edad los menores difícilmente habrán

³⁵³ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, p. 440. Considera la elevación de la edad del sujeto pasivo del delito de *grooming* como un gravísimo error político-criminal tanto en relación con el propio art. 183 ter como respecto al resto de conductas que entran en el ámbito de lo punible penalmente.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva”, pp. 233-234.

³⁵⁵ Vid. TAMARIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad”, pp. 424-425.

alcanzado un grado de desarrollo y madurez tal que les permita ser conocedores de la verdadera trascendencia de sus actos en dicho ámbito.

Por último, podemos decir que el legislador no ha aprovechado la reforma para evitar el mantenimiento de la incoherencia que supone el hecho de que uno de los delitos a los que debe ir orientado el ánimo subjetivo del autor (la pornografía infantil) pueda tener un sujeto pasivo de entre dieciséis y dieciocho años.

V.2.3.3. Relevancia del consentimiento del menor de dieciséis años para mantener relaciones sexuales.

Ni la regulación anterior de los delitos sexuales contra menores de trece años ni la actual referida a los menores de dieciséis hacen referencia expresa al valor que pueda concedérsele al consentimiento sexual otorgado por un menor que no haya alcanzado la edad mínima para que dicho consentimiento sea válido. Es por ello que habrá que analizar si cabe otorgar algún tipo de eficacia al mismo ya que nos encontramos con opiniones doctrinales discrepantes al respecto.

Con anterioridad a la LO 5/2010 se presumía *iuris et de iure* la ausencia de autodeterminación sexual del menor de trece años, sin que su consentimiento tuviera validez alguna. Los abusos sexuales se regulaban en el art. 181 CP con tres modalidades, una de las cuales consideraba en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre un menor de trece años o sobre persona privada de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare. El fundamento agravatorio radicaba en la incompatibilidad de estas fases de inmadurez psicoorgánica (menor de trece años) o estos estados patológicos del sujeto (privación de sentido, trastorno mental) con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto.

A este respecto resulta ilustrativa la SAP Valencia, de 30 de abril de 2008, que decía: “A partir de qué momento el consentimiento adquiere eficacia, por provenir de una decisión libre, es una cuestión normativa que debe ser establecida

según los criterios sociales que rijan al respecto. Al tratarse de los menores de 13 años, no obstante opiniones doctrinales que consideran que debiera establecerse una presunción que admitiera prueba en contrario a través del análisis a posteriori de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual, lo cierto es que el Código, art. 181.2 CP, establece una presunción “*iuris et de iure*” sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad de acción exigibles (SSTS. 22.10.2004, 20.10.2001, 15.2.2005), lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Este límite de edad ha de referirse a la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad a la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica. Consecuentemente, encontrándonos, a tenor de lo dicho, ante un claro supuesto de incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido (art. 181.2), resulta irrelevante no solo tal consentimiento de la menor en mantener relaciones sexuales sino incluso que fuese ella quien llevase la iniciativa”.

No obstante, hay autores, entre los que se encuentra Monge Fernández, que sí otorgaban cierta relevancia al consentimiento del menor de trece años. Así, la citada autora opina que si ese menor, con plena madurez y desarrollo sexual, consiente una relación sexual con un adulto, esta conducta no debería subsumirse automáticamente en el tipo de abusos sexuales, debiendo probarse en el proceso que la decisión del menor no fue libre, en base al principio *in dubio pro reo*³⁵⁶.

En la misma línea, González Tascón mantenía que la creación de un Capítulo específico dedicado a las agresiones y abusos sexuales a menores de trece años llevó aparejada la supresión de la presunción legal de invalidez del consentimiento prestado por un menor de esa edad en la esfera sexual. Comparaba la autora la anterior redacción del art. 181.2, que consideraba abusos sexuales no consentidos los ejecutados sobre menores de trece años, interpretado como presunción *iuris et de*

³⁵⁶ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos*, pp. 60-61.

iure, con la nueva redacción de la norma que decía “el que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años [...]”, redacción ésta que flexibilizaba la cuestión de la edad legal de consentimiento sexual en el sentido de que resultaba posible que, atendiendo al grado de madurez del menor, su consentimiento pudiera adquirir relevancia cuando este tuviera “la capacidad para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuadamente y justamente el significado y el alcance del acto que realiza” (STS nº. 476/2006, de 2 de mayo, FJ. 2º)³⁵⁷.

A los anteriores argumentos a favor de la posibilidad de otorgar cierto valor al consentimiento del menor de trece años deberíamos añadir el hecho de que en el Preámbulo de la LO 5/2010, como ya se ha expuesto anteriormente, se hablaba específicamente de que el menor tiene derecho a no verse involucrado en un contexto sexual “sin un consentimiento válidamente prestado”³⁵⁸.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha sostenido la opinión contraria. Entre muchos otros, Dolz Lago o Gudín Rodríguez-Magariños³⁵⁹.

También Tamarit Sumalla entendía que la barrera de los trece años establecía el límite por debajo del cual se presumía *iuris et de iure* la irrelevancia del consentimiento, si bien criticaba la falta de gradualidad y elasticidad a la hora de fijarse el criterio de la edad por darse una diferenciación excesiva y muy automática de las consecuencias jurídicas de hechos que, dependiendo de la edad y madurez del menor y de las circunstancias concurrentes, especialmente de la diferencia de edad con el autor, pudieran requerir respuestas menos diferentes³⁶⁰.

³⁵⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 233-234.

³⁵⁸ En este sentido NÚÑEZ FERNÁNDEZ, Presente y futuro, pp. 189-190.

³⁵⁹ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 2, señala con contundencia que “[...]los menores de trece años no pueden prestar ni válida ni inválidamente el consentimiento en las relaciones sexuales, según nuestra normativa penal”. Y GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 2, que el consentimiento del menor, que se presume *iuris et de iure* como viciado de nulidad, no excluye el delito, por no reunir los requisitos de capacidad que exige el ordenamiento.

³⁶⁰ Así lo considera TAMARIT SUMALLA, *La Reforma Penal*, p. 170.

Bajo mi punto de vista, el Código Penal ni en su redacción anterior ni en la actual permite otorgar ningún tipo de relevancia al consentimiento prestado por el menor de trece y dieciséis años, respectivamente. Y parece una decisión consciente. Si aplicamos esta premisa al delito de *grooming*, resulta aún más evidente dicha falta de validez de consentimiento ya que el propio tipo penal asume que el menor podrá acceder al encuentro propuesto por el sujeto activo (aún en los casos en los que no se utilice por este la coacción, intimidación o engaño) sin que esto conlleve ninguna diferencia en la pena, lo cual implícitamente indica la falta absoluta de relevancia del consentimiento del menor en este delito³⁶¹. Otra cosa es que dicho consentimiento deberá valorarse a efectos de tomar en consideración en determinados casos la aplicación del art. 183 quáter para eximir de responsabilidad al autor del delito si concurren además las circunstancias en el precepto exigidas: proximidad por edad y grado de desarrollo o madurez entre el sujeto activo y pasivo.

V.3. Conducta típica del art. 183 ter 1.

V.3.1. Consideraciones generales.

Podemos considerar sin lugar a dudas que el delito contemplado en el art. 183 ter 1 CP es un delito de peligro, frente a los delitos de resultado, y que, como dice Pérez Ferrer, en el mismo se ha llevado a cabo una tutela de corte preventivo, al adelantarse la reacción penal al momento en que se origina una situación de riesgo para la indemnidad sexual del menor, sin necesidad de esperar a la efectiva materialización³⁶².

³⁶¹ Si bien la mayoría de autores hablan del consentimiento del menor a mantener relaciones sexuales, resulta novedosa la aportación de MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 160. Dice que el consentimiento del menor respecto del encuentro que el sujeto activo le propone en el delito de *grooming* resultaría absolutamente irrelevante penalmente.

³⁶² PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 4.

Afinando más la descripción, parte de la doctrina lo considera como un delito de peligro abstracto o peligro hipotético³⁶³ y, además, de mera actividad, sin que se exija un resultado concreto (ni jurídico ni físico) para que la conducta reciba una pena y sin que se contemple como elemento del tipo dicha peligrosidad ya que se trata de una peligrosidad presumida o presunta. Así, nos encontraríamos incluso ante la consumación del delito en el caso en que se produzca el contacto, la propuesta de encuentro y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento aunque el menor hubiera respondido al contacto por mera curiosidad sin intención alguna de encontrarse con el sujeto activo en el momento y lugar concertados. Ello avala la tesis de que se trata de un delito de peligro abstracto ya que el delito de peligro concreto exigiría que de la conducta peligrosa surgiera de manera inminente la lesión del objeto en peligro³⁶⁴.

A pesar de que también Dolz Lago se decanta por considerar al delito como de peligro abstracto, apunta la posible polémica que el asunto puede provocar, en función de cuál se considere el bien jurídico protegido por el precepto. Así, mantiene que “El tipo penal exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, lo que abonaría la tesis del peligro concreto, si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor. Pero si ampliamos el bien jurídico protegido a la infancia, como defenderemos después, entiendo que estaríamos más en presencia de un delito de peligro abstracto”³⁶⁵.

La incorporación de los delitos de peligro abstracto al CP obedece a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos sin que se produzca la efectiva lesión de aquellos, lo que supone un adelantamiento de la barrera punitiva a momentos previos a dicha lesión. Este tipo de delitos se caracteriza porque lo que se castiga es una acción peligrosa, que tenga probabilidad de producir la lesión del bien jurídico protegido sin necesidad de que esta se produzca.

³⁶³ En este sentido, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, p. 731.

³⁶⁴ En este sentido NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 203-204.

³⁶⁵ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 6.

Esta técnica legislativa, que se desarrolla en los años setenta, supuso un abandono de los principios liberales clásicos del Derecho Penal en base a los cuales no cabría penalizar conductas anteriores a la lesión del bien jurídico.

No obstante, como ya hemos apuntado, no parece estar tan claro que el *grooming* sea un delito de peligro abstracto, asunto respecto al cual la propia jurisprudencia ha expresado sus dudas, decantándose por la opción de considerarlo un delito de peligro concreto. Así, el TS en su sentencia de 24 de febrero de 2015, cuyo ponente es Berdugo Gómez De la Torre, dice expresamente lo siguiente:

“La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.

Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al [*sic*] tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada”.

Con anterioridad al citado pronunciamiento, parte de la doctrina ya se había decantado por la opción de considerar al *grooming* como un delito de peligro concreto. Pérez Ferrer, destacaba que ampliar el bien jurídico protegido a la infancia, entendiendo así que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto resulta una calificación muy próxima al fenómeno del expansionismo del Derecho Penal³⁶⁶.

Bajo mi punto de vista el *grooming* es un delito de peligro abstracto tal y como ha sido configurado por el legislador español, quien ha regulado la figura bajo la presunción de que los comportamientos recogidos en el tipo presentan una alta probabilidad de lesionar el bien jurídico protegido. Para la consumación del delito no

³⁶⁶ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 4.

se exige la efectiva puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor con quien haya contactado el *groomer*. Esta regulación me parece totalmente desafortunada ya que considero que es contrapuesta al principio de lesividad. Ya he expuesto anteriormente que en muchos supuestos que serían merecedores de condena según está redactado el tipo, ni siquiera se produce la más remota puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor.

En todo caso, nos encontremos ante un delito de peligro abstracto o concreto, el delito de *grooming* opera castigando actos preparatorios de posteriores delitos de carácter sexual.

La creciente utilización de las nuevas tecnologías por determinadas personas especialmente vulnerables como son los menores crea riesgos a los que el legislador ha considerado que debe ponerse una barrera, penalizando las conductas que los generan.

Así, como he dicho, se adelanta la barrera de la punibilidad a los actos preparatorios de otros delitos de carácter sexual y con ello la intervención penal alcanza a supuestos que, según dice Pérez Ferrer, estructuralmente tienen rasgos en común con los actos preparatorios de los delitos sexuales a cuya comisión se orientan, pero cuya gravedad excede de la propia de estos³⁶⁷.

Respecto a lo anterior, parece evidente que el legislador sí ha considerado que los actos preparatorios en que consiste el delito de *grooming* ostentan una gravedad adicional por presentar un alto riesgo de afectar a la indemnidad sexual, opinión ésta que no comparto.

Este adelantamiento de la barrera punitiva ha sido objeto de críticas por algunos autores, como por ejemplo Monge Fernández, quien entiende que con este delito se configura un tipo contrario al principio de culpabilidad³⁶⁸. Apunta también

³⁶⁷ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 4.

³⁶⁸ MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos*, pp. 232 y 234.

Álvarez Hernando que podríamos incluso hablar de un delito de sospecha³⁶⁹. En esta clase de delitos la existencia de ciertos elementos del tipo penal se infieren a partir de la concurrencia de otro u otros.

También es crítico con la introducción del delito de *grooming* en el Código Penal, por considerarlo contrario al principio de lesividad, Ramos Vázquez. Mantiene una argumentación muy clara e ilustrativa, por lo cual reproduciré parte de la misma, indicando que ni siquiera la intencionalidad del sujeto activo otorga un plus de lesividad a su conducta. Pone como ejemplo el caso en que el sujeto que ha citado al menor va al lugar acordado, pero este, que además es desconocedor de la intención sexual de la propuesta, no acude.

“En tal caso, parece evidente que ni se ha lesionado ni puesto en peligro bien jurídico alguno del menor (que ni siquiera tiene por qué haberse percatado de que todo era una añagaza). Y dar por supuesto que, de haberse presentado el niño se habría producido necesariamente un delito sexual es, a la vez, juicio contrafáctico y presunción *iuris et de iure*, con todos los problemas inherentes a dichas figuras.

El *quid* de la cuestión estriba, naturalmente, en la confluencia de dos elementos distorsionadores: el *moral panic* asociado a los delitos sexuales con víctima menor de edad y la sobredimensión del elemento intencional del autor.

Ello conduce a penalizar incluso los estadios más remotos de lesión al bien jurídico, criminalización guiada por una desmesurada atención sobre el autor. En suma, al igual que sucede con otras figuras delictivas de muy discutible razón de ser, aquí lo que se busca no es tanto proteger al menor (que bien puede no ser consciente de que ha estado en riesgo; aún más, que puede no haber estado en modo alguno en riesgo) sino perseguir una parafilia o proteger una moral sexual colectiva”³⁷⁰.

³⁶⁹ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 4.

³⁷⁰ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 8-9.

En la misma línea, Mendoza Calderón alerta sobre la necesidad de no olvidar la aplicabilidad del principio de responsabilidad por el hecho, ante la expansión del Derecho Penal y destaca “la amenaza de ceder ante un ‘*Derecho penal de autor*’ en el que el sujeto no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es”³⁷¹.

En este punto debemos destacar también la incongruencia que supone la tipificación de actos preparatorios de determinados delitos sexuales. Dada la excepcionalidad de penalización de dichos actos preparatorios en el CP, con carácter específico, y al margen de la construcción concreta en ámbitos puntuales de delitos que no son sino conductas preparatorias de otros, únicamente se castiga la conspiración, proposición y provocación para la comisión de determinados delitos, entre los que no se encuentran los que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales. Debemos analizar por ello la interesante e ilustrativa comparación que propone Núñez Fernández entre las siguientes conductas, que reciben un tratamiento penal completamente diferente. En el caso de que dos profesores conspiren para atentar sexualmente contra un alumno suyo menor de edad (el autor habla de menor de trece años refiriéndose al anterior art. 183 bis CP) sin que finalmente lleguen a cometer el delito porque el menor cambie de centro escolar y domicilio, los sujetos no son penalmente responsables. Sin embargo, respondería en base al actual art. 183 ter 1 CP uno de dichos profesores que contacta por Internet con un menor que reside en una ciudad cercana proponiéndole un encuentro con la finalidad de abusar sexualmente de él y que incluso llega a comprar un billete de tren para acudir a la localidad del menor pero de camino a la estación decide no viajar. No cabe hablar de desistimiento porque el delito de *grooming* ya se habría cometido, sin embargo, como dice el autor, la peligrosidad de la conspiración del primer supuesto no es desdeñable en comparación con el acercamiento al menor a través de Internet del segundo supuesto³⁷².

³⁷¹ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 167.

³⁷² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 201-202.

Contrariamente a las anteriores opiniones, Uriarte Valiente³⁷³, Cugat Mauri o Pérez Ferrer³⁷⁴, reproduciendo esta los argumentos de la anterior, defendían la introducción en el CP del anterior art. 183 bis. A juicio de Cugat Mauri, la utilización de las TIC permite el establecimiento de una relación con el menor previa a la relación sexual “que puede favorecer una situación de subyugación moral al agresor de particular intensidad [...]. Solo ello reuniría ya gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales. Por lo tanto, de la sola presencia del elemento subjetivo del injusto por el que la conducta debe orientarse a la comisión de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, no puede deducirse que estemos ante un mero acto preparatorio que atente contra el principio de *última ratio*”³⁷⁵. Cree la autora que en caso de que se tomara contacto con el menor en el mundo físico y se realizaran actos materiales encaminados al acercamiento, podríamos encontrarnos ante una tentativa del delito sexual correspondiente, por lo que del simple hecho de que exista distancia física en el caso del contacto telemático, no puede deducirse que la conducta quede en grado de acto preparatorio³⁷⁶.

La crítica que Núñez Fernández hace a la anterior argumentación me parece, sin embargo, plenamente acertada, por lo que la reproduzco literalmente y en su integridad: “A mi modo de ver el planteamiento de esta autora no resulta convincente dado que, por un lado, se basa en circunstancias que no están para nada presentes en el tipo penal analizado que solo exige que el sujeto activo contacte con el pasivo, le proponga un encuentro con la finalidad de llevar a cabo determinados delitos sexuales y realice actos materiales orientados al acercamiento. En modo alguno debe existir una subyugación moral ni un chantaje sexual sobre la base de la información compartida ya que el acaecimiento de tal circunstancia daría lugar a la apreciación del tipo agravado del delito analizado o de otros más graves como las amenazas

³⁷³ URIARTE VALIENTE, “La reforma”, p. 9. Aplauda la criminalización de actos preparatorios a fin de que el abuso o explotación sexual sobre el menor no se materialice, por considerar a los menores como el sector más débil e indefenso de la sociedad.

³⁷⁴ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 4-5.

³⁷⁵ CUGAT MAURI, “Delitos contra la libertad e indemnidad”, pp. 235-236.

³⁷⁶ Vid. CUGAT MAURI, “La reforma”, pp. 20-21.

condicionales de un mal constitutivo de delito reguladas en el artículo 169.1 CP (como más adelante tendremos ocasión de comprobar). Asimismo, dar por sentado el riesgo de que se produzca tal situación coactiva y sobre la base de este planteamiento, ajeno de todo punto a la realidad empírica que se conoce sobre el delito analizado, es sin duda cuestionable. En último lugar habría que decir [*sic*] una parte importante del argumento de la autora se basa en la presencia del elemento subjetivo del injusto y ya se ha demostrado que dicho elemento en caso de que concurra, lo que es harto infrecuente de acuerdo con los estudios empíricos analizados, es muy difícil de demostrar en la práctica”³⁷⁷.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza del delito de *grooming* y en la citada sentencia de 24 de febrero de 2015 expone lo ya tantas veces referido respecto al anterior art. 183 bis, que nos encontramos en un supuesto en el que se han adelantado las barreras de protección castigando los actos preparatorios para la comisión de abusos sexuales a menores de trece años y añade que “Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito [*sic*], existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta”.

Bajo mi punto de vista, también resulta criticable la introducción del delito de *grooming* y su posterior mantenimiento tras la reforma del CP ya que considero que bajo el amparo del art. 183 ter CP se pueden llegar a condenar conductas respecto de las cuales me resulta difícil identificar la reprochabilidad penal o el peligro de lesión de algún bien jurídico. Y como ejemplo, considero adecuado el utilizado por Orts Berenguer del adulto que contacta a través de correo electrónico con un menor, además le hace llegar una pizza y logra que acuda a una cita, consistiendo el

³⁷⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 201.

encuentro únicamente en compartir una copa de helado³⁷⁸. A pesar de que el autor no lo dice expresamente, en dicho caso debemos suponer una inicial intención del sujeto activo de cometer un delito sexual contra el menor, pero finalmente una vez se encuentra con el mismo, o incluso antes, durante la aproximación al lugar de encuentro, decide no hacerlo. Los elementos del tipo ya se habrían completado y por ello la conducta desplegada sería susceptible de recibir la correspondiente pena conforme a lo establecido en el art. 183 ter CP. Sin embargo, no se atisba ni siquiera de forma muy remota que la indemnidad sexual del menor haya sido puesta en peligro.

V.3.2. Tipicidad objetiva. Elementos del tipo.

En los apartados que expondré más adelante analizaré los elementos requeridos por el tipo objetivo del artículo, los cuales pueden dar lugar a no pocas dudas interpretativas.

El delito se basa en la construcción de un tipo mixto acumulativo que exige varios actos, numerando algunos autores dos³⁷⁹, otros tres³⁸⁰, hablando algún otro, genéricamente, de varios actos³⁸¹. Núñez Fernández discrepa de tal consideración por entender que no se unen en la misma figura delictiva varias modalidades de ataque al bien jurídico cuya realización da lugar a la apreciación de varios delitos. Es

³⁷⁸ ORTS BERENGUER, *Derecho Penal*, p. 270.

³⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p. 156. Define el delito desde el punto de vista de la acción “como un tipo mixto acumulativo y mutilado en dos actos (se contacta con el objeto de establecer un encuentro)”.

³⁸⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 24. Habla de “un tipo mixto acumulativo que precisa para su consumación que el sujeto activo realice tres acciones, que se suceden en el tiempo: a) contactar con el menor de trece años, b) proponer concertar un encuentro con él a fin de cometer determinados delitos de significación sexual, y c) realizar actos materiales encaminados al acercamiento. Con la particularidad de que de esta última se hace depender la punibilidad de la conducta”.

³⁸¹ PÉREZ FERRER, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 4, quien dice que se trata de un “tipo mixto acumulativo que exige una pluralidad de actos”.

necesario que el sujeto realice las tres conductas para que se aprecie la existencia de un solo delito³⁸². No es esto, sin embargo, lo que define los tipos acumulativos.

El TS, en su sentencia de 24 de febrero de 2015 considera expresamente que “En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento”.

No hay duda de que estamos ante un tipo acumulativo de tres actos, mutilado además en cuanto a la finalidad pretendida.

Esta necesidad de concurrencia de varios elementos del tipo ha dado lugar a bastantes críticas. Así, Rovira del Canto, refiriéndose al art. 183 bis, destacaba que el delito requería demasiados elementos objetivos sucesivos para su consumación y auguraba que su apreciación judicial, como delito de mera actividad con el elemento subjetivo finalista del injusto iba a devenir en una limitada aplicación, y en la mayoría de los casos apreciable solo como forma imperfecta de ejecución, además de poder ser objeto de apreciaciones contradictorias de la jurisprudencia menor, dados los términos ambiguos de su redacción, que precisarían una interpretación restrictiva jurisprudencial penal en base a los principios de mínima intervención, subsidiariedad y *última ratio*, en aras a evitar la vulneración del principio de seguridad jurídica³⁸³.

Otro de los autores críticos con la redacción del tipo penal es Gudín Rodríguez-Magariños, quien llega a afirmar que “De un lado, examinando el ámbito objetivo del tipo, la escueta e ineficiente descripción del hecho típico revela un manifiesto desconocimiento del legislador sobre esta materia. Ciertamente, el legislativo parece más interesado en regodearse y autocomplacerse con la idea de que se ha tipificado esta conducta (en este sentido basta leer la exposición de motivos

³⁸² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 192.

³⁸³ ROVIRA DEL CANTO, “Nuevas formas de ciberdelincuencia”, p. 44.

para cerciorarse de esta afirmación) que en realizar una concreta y pormenorizada descripción fáctica de la misma [...]”.

Continúa afirmando que el tipo penal tal y como está redactado -refiriéndose al art. 183 bis- resulta insuficiente e ineficaz ya que las conductas realizadas por el acosador a través de Internet no se limitan a una cita puntual o encuentro sino que son mucho más amplias y complejas de lo que el tipo recoge, dejando fuera de su alcance algunos comportamientos que deberían ser castigados, como ocurre con el supuesto en el que partiendo de chateos con el menor, el acosador conoce los lugares que frecuenta este y provoca un encuentro aparentemente casual con el mismo³⁸⁴.

A juicio de Valverde Megías, la técnica legislativa empleada para la redacción del tipo penal origina lagunas y dificultades interpretativas que indicaba podían acabar impidiendo la aplicación del precepto a conductas que debieron haber sido sancionadas atendiendo a la motivación del legislador y del Convenio, particularmente en los casos en los que la finalidad pretendida es una conducta del art. 189³⁸⁵.

Así las cosas, pasamos a continuación a analizar detalladamente cada uno de los elementos que forman parte del tipo objetivo: contactar con un menor a través de Internet o medio análogo, proponerle concertar un encuentro, con actos materiales tendentes al acercamiento.

V.3.2.1. Contactar con un menor a través de Internet o medio análogo.

Este es el primer elemento del tipo y debemos considerarlo de especial relevancia dada la diferente penalidad que conllevará una conducta de similares características sin el empleo de las TIC. En este sentido, Ramos Vázquez nos insta a considerar el absurdo que supone el hecho de que un profesor que se gane la

³⁸⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 2.

³⁸⁵ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p.16.

confianza de su alumno y, con fines sexuales, concierte con él (en persona y no a través de Internet) una cita y se presente a la misma, aunque el menor no lo haga, no habrá cometido el delito de *grooming*, al contrario de lo que sucedería si el contacto se hubiese producido a través de la red. Según el autor, “Enfatizar el elemento tecnológico y centrarse en los desconocidos lleva a estas paradojas de desprotección”³⁸⁶.

Opina De Lemus Vara que esta exigencia de que haya contacto o comunicación entre sujeto activo y pasivo es una de las características que diferencia este delito de otros delitos de nuevo cuño, como el *stalking* previsto en el art. 172 ter CP, que según el autor conlleva la realización como acción típica de un menoscabo a través de redes sociales, teléfono, mensajes, Internet etc., sin que ello implique la necesidad de contacto o conversación entre autor y víctima³⁸⁷. Bajo mi punto de vista, son bastantes más las diferencias que separan y distinguen el delito de *grooming* y el de *stalking*, comenzando por el bien jurídico protegido, la posibilidad de que este último se cometa sin necesidad de utilizar las TIC y el hecho de que abarca muchas más conductas que las descritas por el autor.

Si hacemos una comparativa entre, por un lado, la redacción del art. 183 ter y por otro, el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE, podemos comprobar que ninguno de los instrumentos normativos europeos hacen expresa referencia al contacto previo al encuentro, pero coincido con Cugat Mauri al entender que el mismo se puede dar por supuesto en aquellos textos, pues no hay lo uno sin lo otro³⁸⁸.

Opina de forma diferente Villacampa Estiarte, quien considera que perfectamente podría haberse suprimido la referencia al contacto anterior a la proposición pues destaca que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE comprenden la comunicación como algo separado y antecedente a la

³⁸⁶ RAMOS VÁZQUEZ, “Depredadores, monstruos”, p. 222.

³⁸⁷ DE LEMUS VARA, “El delito”, p. 3.

³⁸⁸ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4.

propuesta de encuentro, por lo que la conducta típica podría iniciarse directamente con dicha proposición³⁸⁹.

Como hemos visto anteriormente, en la regulación del delito de *grooming* en el Reino Unido se exigen al menos dos comunicaciones (o encuentros) con el menor. En el caso del art. 183 ter CP es evidente que, a pesar de que parte de la doctrina denomina ciberacoso a este delito, el tipo no requiere en ningún caso que los contactos o propuestas sean reiteradas³⁹⁰. Un solo contacto es suficiente, siempre que vaya acompañado del resto de elementos que conforman el tipo.

En cuanto a los medios concretos a través de los cuales debe producirse la comunicación entre sujeto activo y sujeto pasivo, el artículo hace referencia a Internet, el teléfono y las tecnologías de la información y comunicación, concretando de este modo un poco más que la Directiva 2011/93/UE, en donde no se hace mención expresa al teléfono.

De *lege ferenda*, Villacampa EstiarTE considera adecuado que el contacto con el menor pueda llevarse a cabo a través de otros medios distintos de los tecnológicos, pues la limitación de la relevancia del *grooming* al que se lleva a cabo a través de las TIC obedece, según la autora, a la traslación al campo legal del estereotipo del “*stranger danger*”³⁹¹. También Monge Fernández lamenta que hayan quedado fuera del tipo los contactos realizados fuera del ámbito de las TIC³⁹².

Puesto que la referencia genérica a las TIC que hace el precepto penal, además de al teléfono e Internet, puede abarcar distintas modalidades de contacto, algunos autores han especificado varias vías comunicativas que pueden quedar comprendidas en dicha referencia. Así, Valverde Megías señala que la mención del

³⁸⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 208. También la misma autora en “Propuesta sexual telemática”, pp. 684 y 701.

³⁹⁰ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 192-193.

³⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 683-684.

³⁹² MONGE FERNÁNDEZ, “De los abusos y agresiones”, p. 100.

legislador a Internet o el teléfono es “un listado abierto que da cabida a cualesquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o una línea telefónica (entendiendo que es este el sentido que pretende el legislador cuando se refiere al teléfono y no al terminal en sí), como, por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet sin acceso a Internet, aplicaciones de comunicación social basada en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse”³⁹³. Estas posibilidades son recogidas de forma casi literal por la STS de 24 de febrero de 2015³⁹⁴.

De forma más genérica que Valverde Megías, Muñoz Cuesta especifica que la comunicación se puede concretar a través de las redes sociales, por SMS o a través de cualquier otra tecnología idónea para establecer contacto³⁹⁵.

Merece la pena destacar una novedad introducida por la Directiva 2011/93/UE respecto del contenido del Convenio de Lanzarote. Si bien en este último solo se requería la penalización del *grooming* llevado a cabo a través de las TIC, la Directiva 2011/93/UE, en su considerando 19 del Preámbulo, menciona que “[...] los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación”. Por ello “Se exhorta a los Estados miembros a que tipifiquen como delito la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con el delincuente con fines sexuales se desarrolla en presencia o cerca del menor, por ejemplo en forma de delito preparatorio especial, tentativa de las infracciones contempladas en la presente Directiva o como una forma especial de abuso sexual. Independientemente de la solución jurídica por la que se opte a la hora de tipificar

³⁹³ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 10.

³⁹⁴ STS 24 de febrero de 2015 (FD 1º): “El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La Ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse”.

³⁹⁵ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 136.

como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deben velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos”.

V.3.2.1.1. Supuestos en los que también hay contacto físico.

Tal y como ha sido redactado el artículo, el contacto debe llevarse a cabo por medio de Internet, el teléfono o las TIC, descartándose el contacto físico personal. No obstante, el hecho de que el tipo exija los citados medios, no excluye la tipicidad de la conducta en los supuestos en los que a un inicial contacto en persona le siga uno o varios contactos telemáticos, como bien apuntan Cugat Mauri³⁹⁶ o Dolz Lago³⁹⁷.

La anterior opinión es compartida por González Tascón, quien puntualiza que “A tenor del significado del verbo ‘contactar’, esto es, establecer contacto o comunicación con alguien, sin precisión alguna sobre el momento del contacto, habría que concluir que es indiferente que el sujeto activo y su concreta víctima se hayan conocido con anterioridad en el espacio físico”³⁹⁸. En igual sentido Núñez Fernández, quien considera además que la evidencia empírica demuestra que en la mayoría de las ocasiones el sujeto activo, previamente al contacto virtual, conoce a la víctima en el espacio físico³⁹⁹.

Coincido con los anteriores autores en considerar que en cualquier caso debe existir un contacto a través de las nuevas tecnologías ya que la intención del

³⁹⁶ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4.

³⁹⁷ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 7: “[...] puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, ya que el tipo penal no especifica si este contacto es el inicial o derivado” y pone como ejemplo el del profesor o monitor conocido por el menor que acude al medio tecnológico para la captación de este aunque inicialmente su contacto sea directo y personal.

³⁹⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 246.

³⁹⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, pp. 193-194.

legislador, que se deduce del Preámbulo de la LO 5/2010, era precisamente castigar la utilización de estos medios por la facilidad que suponen para captar al menor.

Sin embargo, entre la doctrina hay voces discrepantes de la anterior postura. Valverde Megías sostiene que debe descartarse la aplicación del delito en los casos en los que la relación se desarrolle mediante contacto físico entre las partes aunque la misma se solape con un contacto simultáneo telefónico o a través de Internet, argumentando que tal exclusión deriva de la finalidad que se persiguió con la introducción del delito, la preocupación por el “uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores”, en términos del Convenio de Lanzarote, que proviene de la facilidad para el anonimato y la extensión potencial del número de víctimas, elementos estos que han hecho que el Tribunal Constitucional dé una especial cualificación a los delitos cometidos por medio de las tecnologías de la información. Si desaparecen tales notas por la concurrencia de una relación física, para el autor no tendría sentido la aplicación del precepto⁴⁰⁰.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto. En concreto, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 1ª, de 2-7-2013, nº 224/2013, rec. 4/2013, absuelve al acusado del delito de *grooming* en un supuesto en el que el autor, además de abusar sexualmente de una menor, a la que conocía personalmente en el ámbito familiar, contactaba con ella a través de *facebook*, fundamentalmente los fines de semana⁴⁰¹. La Audiencia entiende que el

⁴⁰⁰ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p. 16-17. También el mismo autor en “*Child grooming*”, p. 10.

⁴⁰¹ Los hechos enjuiciados, según la propia sentencia, eran los siguientes: “El acusado Victoriano mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio en el año 2003 con Sofia, madre de la menor Begoña, nacida en Rusia el NUM004 de 1998. Ekaterina convivió con su madre, el acusado y otros dos hijos menores habidos de la pareja entre los años 2008 y 2011, compartiendo todos ellos domicilio en la C/ DIRECCION000, num. NUM005, piso NUM006, puerta NUM007 de la ciudad de Lleida.

En fechas indeterminadas, pero en todo caso durante el año 2011 (el último año de convivencia), el acusado, aprovechando las ocasiones en las que su esposa Sofia se encontraba fuera del domicilio familiar trabajando, procedió varias veces a masturbarse delante de Begoña y a pedir a la misma que le masturbase, a lo que la menor accedía pues de lo contrario el acusado se ponía violento y le decía que si no lo hacía no le permitiría hacer uso de Internet o no la dejaría salir con las amigas, llegando a dirigirse a la menor en los siguientes términos ‘Com t’agrada posar-te algo entre les cames’, ‘si et poso el dit al chocho t’agradarà molt i et correràs’, ‘si no em masturbes me l’hauràs de xupar i et possessarà el

art. 183 bis CP no resulta aplicable al caso. En concreto, dice en su FD 3º : “La Acusación Particular a la vez que califica los hechos por el art. 183,4,d del CP también incluye el tipo del art. 183 bis del CP en su calificación del delito de abusos sexuales, aunque acaba solicitando la imposición de una única pena, de lo que se deduce que tan solo interesa la condena por un solo delito de abusos sexuales.

Pese a tal articulación confusa, lo cierto es que nos hallamos ante dos tipos distintos, pues en el art. 183 bis del CP se castiga a quien a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Siendo ello así, tal precepto tampoco resultaría de aplicación al presente supuesto en que, tal y como ya se ha expuesto, la edad de la víctima no puede situarse por debajo de los trece años a los efectos de tipificación de la conducta delictiva. Pero es que, además, en este caso la menor no fue captada por el acusado a través de medios tecnológicos de comunicación, sino que la relación entre ambos y los hechos enjuiciados derivan directamente y tienen su origen en la convivencia de la menor con el acusado”

La sentencia parece otorgar especial importancia al hecho de que la menor no fuera captada a través de las TIC ya que así lo indica de forma expresa, lo que me lleva a entender que, aunque en este caso la edad del sujeto pasivo impide la aplicación del anterior art. 183 bis, el Tribunal considera que para que nos encontremos ante el delito de *grooming* también sería necesario que el contacto

dit al chocho, si no ho fas et quedarás sin Internet’, ‘els nois l'únic que fan es utilizar- te, si vas amb un d'ells et follaré’.

Además de todo ello, el acusado, con ánimo libidinoso, realizaba tocamientos en el pecho, nalgas y zona genital de la menor, llegando a grabar en su teléfono móvil la imagen de el mismo introduciendo su mano en el interior de la parte trasera de los pantalones de la menor. En alguna ocasión, la menor llegó a despertarse junto al acusado, hallando el pene del mismo en su mano.

Mientras todo esto ocurría, el acusado también mantenía contacto con Begoña a través de facebook, fundamentalmente cuando la misma acudía los fines de semana a la localidad de Ponts, llegando a remitirle en una ocasión el siguiente mensaje: ‘avui si tinc u regal wapo de cumple... el axe i el masaxe...jeje millor i tu ets la primera a que estaves feliç jejeje...doncs el mil sera millor...et fare mullar les calses i el pantalón i cridaràs una suplicanme que et penetri...jejejej...))) t estimo nena.’

Como consecuencia de estos hechos Begoña se vió afectada por hipervigilancia, nerviosismo y dificultades para conciliar el sueño”.

inicial entre sujeto activo y pasivo se produzca a través de la red, opinión ésta que no comparto ya que la existencia de conocimiento previo de los sujetos en la vida real no impediría en ningún caso la aplicación del tipo penal. Otra cosa distinta es que, puesto que en el caso analizado en la sentencia parece ser que los abusos sobre la menor ya se habían producido o se simultaneaban con los contactos *online*, pudiéramos defender la aplicación preferente del delito de abuso sexual, en virtud del principio de consunción del art. 8.3 CP, cuestión esta sobre la que trataré de forma más profunda en el apartado correspondiente de este trabajo. Por otro lado, quisiera llamar la atención sobre el hecho de que nos encontramos ante uno de los supuestos en los que el empleo de las TIC en modo alguno supone una mayor peligrosidad para la menor contactada, puesto que esta ya conocía previamente a su agresor del propio ámbito doméstico.

V.3.2.1.2. Iniciativa del contacto por el sujeto pasivo.

El artículo 183 ter 1 del CP exige que el sujeto activo contacte con el menor de dieciséis años, pero nada dice respecto a si es el autor del delito quien debe iniciar obligatoriamente ese contacto, por lo que habrá que preguntarse qué ocurrirá en los supuestos en los que sea el menor quien lo haga.

Sobre este particular, Núñez Fernández hace una diferenciación entre lo que llama “contacto inicial”, cuando es el sujeto activo quien toma la iniciativa, o “contacto derivado”, cuando es el menor quien establece la comunicación, entendiendo que en este segundo supuesto nos encontraremos en presencia de la conducta típica, siempre que el sujeto activo conteste⁴⁰².

A la misma conclusión llega González Tascón, con quien coincido plenamente. Afirma que nos encontraríamos ante el contacto que exige el tipo penal cuando, por ejemplo, es el propio menor quien pica en el *chat* al sujeto activo, si este estaba a la espera de que algo así sucediera ya que “Otra interpretación diferente

⁴⁰² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 193.

posibilitaría que las personas que acechan a los menores con una finalidad sexual en Internet eludiesen la aplicación del tipo penal simplemente cuando aprovechen ese primer contacto llevado a cabo por parte del menor para realizar la propuesta de concertar un encuentro con él o sencillamente se las arreglaran para que fuese siempre el menor quien tomase la iniciativa de contacto en caso de que mantuvieran contactos sucesivos. Cuando realmente nos encontramos ante una auténtica preparación del menor para fines sexuales, entendiéndose como tal aquella en la que el sujeto activo trata de ganarse la confianza de la víctima, lo normal será que en algún momento el sujeto activo tome la iniciativa del contacto con el menor. Pero nuestro tipo penal a tenor de su dicción ampara también otras conductas que no requieren de tal preparación”⁴⁰³.

V.3.2.1.3. ¿Es necesaria la obtención de respuesta al contacto?

Nada dice el precepto penal sobre si el contacto que haya sido iniciado por el sujeto activo debe obtener respuesta del destinatario y no es esta una cuestión en la que la doctrina se haya puesto de acuerdo.

Considero que hemos de diferenciar dos cuestiones que deben recibir distinta solución: Una es si es necesaria la respuesta del menor al contacto comenzado por el agente, es decir, el inicio de una comunicación bidireccional, en cuyo caso considero que la respuesta debe ser afirmativa (lógicamente no hay contacto si no hay persona contactada realmente) y otra cuestión diferente es si debe recibir respuesta la propuesta de encuentro, que por tratarse de un elemento diferente del tipo penal, trataré en el siguiente subapartado.

Tamarit Sumalla⁴⁰⁴, Ramos Vázquez⁴⁰⁵, Villacampa Estiarte⁴⁰⁶ y Núñez Fernández, basándose este último en un interpretación literal del verbo típico⁴⁰⁷,

⁴⁰³ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 246.

⁴⁰⁴ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p.1185.

⁴⁰⁵ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 6.

afirman que la comunicación enviada por el sujeto activo sí debe obtener respuesta, sin que quepa entender como contacto el envío de correos electrónicos o mensajes de texto (sms) a los que el menor no haya contestado.

En igual sentido, Orts Berenguer mantiene que un mensaje que no llega al destinatario carece de la más mínima y elemental capacidad de generar alguna clase de peligro para el bien jurídico y los principios de proporcionalidad y ofensividad vedan su punición⁴⁰⁸. No cabe sino estar de acuerdo con este planteamiento.

V.3.2.2. Proponer concertar un encuentro.

Este elemento del tipo, cuya introducción también responde a las previsiones del artículo 23 del Convenio de 2007, da lugar a varias dudas interpretativas, algunas ya resueltas por pronunciamientos jurisprudenciales.

Si bien inicialmente la propuesta del Grupo Popular para introducir el art. 183 bis en el CP incluía como parte del tipo “lograr un acercamiento”, finalmente la redacción eliminó esta referencia, siendo suficiente la propuesta de encuentro.

Reitero en este punto la interpretación de Villacampa Estiarte, quien propone que, puesto que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE hacen referencia a la comunicación como algo separado y anterior a la propuesta de encuentro, la conducta típica puede iniciarse directamente con esta última⁴⁰⁹. No obstante, sí pueden distinguirse el contacto y la propuesta de encuentro como elementos típicos aunque estos se den de forma simultánea.

⁴⁰⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 682.

⁴⁰⁷ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 192.

⁴⁰⁸ ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 12.

⁴⁰⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 192.

En cuanto a las características que debe presentar la propuesta de encuentro, entiende acertadamente Muñoz Cuesta que aquella debe de ser concreta y con voluntad de llevarla a cabo, sin que sea suficiente una mera afirmación con expresiones como que en el futuro se conocerán o que sería conveniente que entablaran una relación en persona.

Por mi parte, coincido con Mendoza Calderón y creo que se entenderá que existe una voluntad de encontrarse con el menor, y por tanto, que la propuesta es seria, en todos aquellos supuestos en los que se proponga un lugar y momento concreto para la cita e incluso aunque no se lleguen a concretar dichos datos, cuando de las propias palabras del autor del delito se deduzca la firmeza de la proposición⁴¹⁰.

Por otro lado, debo ser crítica con la interpretación que Monge Fernández hace de este requisito cuando afirma que la acción nuclear del delito gira en torno a “contactar” y “proponer concertar” un encuentro de carácter sexual⁴¹¹, pues en ningún caso el tipo exige que en la propuesta que se hace al menor deba de especificarse que el carácter del encuentro vaya a ser sexual. De hecho, será muy habitual que el sujeto activo engañe al sujeto pasivo, manifestándole tener otras intenciones o finalidades para conseguir el acercamiento al mismo y que por tanto su finalidad sexual no sea expresada.

Como último apunte, hay que señalar que no es necesario que se produzca más de una sola propuesta de encuentro. En este sentido, Rodríguez Núñez explica que no es precisa la reiteración de la solicitud de encuentro, lo que conformaría el concepto de acoso, similar al establecido en el tipo de acoso laboral o sexual⁴¹², y a decidir las relaciones concursales que habrían de establecerse en tales supuestos.

⁴¹⁰ MENDOZA CALDERÓN, “El fenómeno del acoso”, p. 165. Dice el autor que “[...] no bastará para realizar la conducta típica que se lleven a cabo vagas sugerencias o insinuaciones, sino que tendrá que producirse una conducta que implique **concretar** un encuentro con el menor, valorándose la existencia de datos fehacientes encaminados a lograr dicho encuentro, como fijar un lugar donde encontrarse, hora, formas de identificarse, etc.”.

⁴¹¹ MONGE FERNÁNDEZ, “El menor-víctima”, p. 14.

⁴¹² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 387.

V.3.2.2.1. Propuesta de encuentro realizada por el sujeto pasivo.

Entiende Villacampa Estiarte que la propuesta de encuentro tiene que ser emprendida activamente por el *groomer*, ello en atención al bien jurídico protegido, la indemnidad sexual⁴¹³. Comparto la anterior afirmación, de manera que en el supuesto caso de que el contacto haya sido iniciado por el sujeto activo, incluso con fines sexuales, si este no llega a proponer el encuentro porque se le “adelanta” el menor, aún en el caso de que se lleguen a producir actos materiales tendentes al acercamiento, no se habrían completado todos los elementos exigidos en el tipo y, por tanto, no nos encontraríamos ante la perpetración del delito. Aunque resulta alto improbable que el delincuente llegue a tal conocimiento de la legislación, en caso de que el sujeto activo conozca esta posibilidad de conseguir su exculpación, le bastará con ser lo bastante habilidoso y utilizar sus dotes de enamoramiento o embaucamiento del menor para que sea este quien tome la iniciativa a la hora de proponer un encuentro y convertir de este modo su conducta en irrelevante desde el punto de vista penal, a pesar de que la reprochabilidad de la misma se me antoja de igual significación que la que contempla el tipo.

V.3.2.2.2. ¿Es necesario que la propuesta reciba respuesta?.

La mayoría de la doctrina se ha centrado en discutir sobre la necesidad de que el contacto del sujeto activo reciba respuesta por parte del menor, pero no se ha concedido la misma importancia a analizar si sería exigible la respuesta a la propuesta de encuentro.

En este punto comparto la opinión de Villacampa Estiarte, quien entiende que la propuesta debe de recibir contestación, en uno u otro sentido, por parte del menor, descartando la posibilidad de penalizar las proposiciones que no han llegado a ser

⁴¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 684.

conocidas por la víctima o que esta no ha tomado suficientemente en serio, ya que en esos supuestos ni siquiera existe un peligro potencial para el bien jurídico protegido. Matiza la autora que la reacción del menor es la que permite afirmar la existencia de la afectación de la indemnidad sexual⁴¹⁴. Así, los casos en los que exista proposición de encuentro que no ha recibido respuesta, incluso acompañado de actos materiales encaminados al acercamiento, no suponen ni siquiera un potencial peligro para el bien jurídico protegido.

V.3.2.2.3. ¿Es necesaria la aceptación del encuentro?

Una de las dudas que plantea la redacción dada a este concreto elemento del tipo, la proposición de un encuentro por parte del sujeto activo, es si la misma ha de ser aceptada por su destinatario, que no es lo mismo que el hecho de que la propuesta reciba contestación por parte del menor, ya que esta puede ser rechazando la cita.

Valverde Megías⁴¹⁵ y González Tascón⁴¹⁶, basándose en una interpretación literal del artículo, se encuentran entre los autores que ofrecen una respuesta negativa a la anterior cuestión. También Muñoz Cuesta especifica que resulta innecesario para apreciar el tipo que el menor acepte la proposición o conteste a ella de forma afirmativa⁴¹⁷ al igual que lo hace Álvarez Hernando⁴¹⁸. Por precisar más, Ferrandis Ciprián, citando a Sáinz Cantero, nos aclara que no se castiga el hecho de citarse con el menor sino el hecho de pedirle una cita⁴¹⁹.

⁴¹⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 684-685.

⁴¹⁵ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p. 18, dice: “A la vista de la propia redacción del precepto, parece que la consumación, en caso de concurrir los restantes elementos del tipo, se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación”.

⁴¹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 246-247, afirma que puesto que el tipo habla de la realización de la propuesta de concertar un encuentro, de ello se desprende que resulta irrelevante si efectivamente entre el sujeto activo y el pasivo se llega a un acuerdo acerca del momento y del lugar de ese encuentro.

⁴¹⁷ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 137.

⁴¹⁸ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5.

⁴¹⁹ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 196.

Ahondando algo más en las posibles interpretaciones, pero coincidente con los anteriores autores, Núñez Fernández opina que si bien desde un punto de vista teleológico es acertado entender necesaria la aceptación de la propuesta de encuentro por parte del menor, una interpretación literal del precepto impide considerar necesaria la misma⁴²⁰.

Defienden la postura contraria otros autores, quienes creen que la exigencia de actos materiales tendentes al acercamiento no puede desvincularse de la propuesta. Por tanto, solo se consumaría el delito cuando haya existido una aceptación de la proposición por el menor y se inicien, además, los actos destinados al encuentro⁴²¹. Va incluso más allá Monge Fernández, quien realizando una interpretación absolutamente extensiva del precepto, bajo mi punto de vista inaceptable, dice que será necesario que “se haga tomar al sujeto pasivo la resolución de complacer a un tercero”⁴²².

En la misma línea interpretativa se encuentran Rovira del Canto, quien afirma que para que se dé la consumación del delito es preciso que el adulto llegue a un acuerdo con el menor para reunirse con él ⁴²³ y Ramos Vázquez, quien cree que la propuesta de encuentro debe haber sido aceptada por el menor⁴²⁴.

Ninguno de los autores que defienden la necesidad de aceptación de la propuesta de encuentro analiza qué consideración tendrá la conducta del sujeto activo que propone una cita con intención de cometer un delito sexual contra el

⁴²⁰ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 194.

⁴²¹ En este sentido, MAGRO SERVET, “El ‘grooming’ o ciber acoso”, p. 10. Describiendo la acción típica afirma que “[...] la consumación se conseguiría con cualquier acto material destinado a conseguir el acercamiento, lo que serviría concertar una cita el mayor, que sea aceptada por el menor, y que se inicien actos destinados a que se ejecute la misma”.

⁴²² MONGE FERNÁNDEZ, “El menor-víctima”, p. 16. También la misma autora en “De los abusos y agresiones”, p. 100.

⁴²³ ROVIRA DEL CANTO, “Nuevas formas de ciberdelincuencia”, p. 44.

⁴²⁴ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 6.

menor y no recibe respuesta de este. Bajo esa interpretación defensora de la necesidad de aceptación del encuentro, nos encontraríamos ante una tentativa inacabada.

De entre la escasa jurisprudencia con que contamos a la fecha de redacción de este estudio, encontramos pronunciamientos expresos a este respecto.

La sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013 y la SAP Ourense, Secc. 2ª, de 4 de octubre de 2013, Rec. nº 667/2013, confirmatoria de la anterior tratan del asunto. En esta última se afirma que la resolución del Juzgado de Menores “[...] pondera con buen tino el resultado de las pruebas personales actuadas en juicio y delimita con precisión la verdadera esencia y alcance del acto de acoso sexual (en la modalidad de ‘child grooming’ introducido en la reforma normativa operada por la Ley Orgánica 5/2010) cometido” y se responde en sentido negativo por la Audiencia Provincial a la duda que la doctrina se ha planteado sobre la necesidad de aceptación o no de la propuesta de encuentro realizada por el sujeto activo. Así, de forma contundente afirma que “[...] el precepto mencionado no exige aceptación de la propuesta de encuentro del sujeto agente, siendo así además que en menor medida es ello predicable en el caso respecto de menor de 12 años [*sic.*], que no puede prestar consentimiento válido de clase alguna”.

En igual sentido, la STS de 24 de febrero de 2015 dice literalmente que “A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación”, si bien recoge también la opinión discrepante de parte de la doctrina.

A la vista de todas las anteriores consideraciones creo que la literalidad del tipo penal no permite la exigencia de la aceptación del encuentro por parte del menor, cuestión con la que muestro mi más absoluta discrepancia ya que debo insistir una vez más en que con ello se abarcan conductas que no lesionan y ni siquiera ponen en peligro la indemnidad sexual del menor, tal y como evidentemente

ocurre en el caso de que este no llegue a aceptar la cita propuesta por el *groomer*. Es por ello que considero que bajo el respeto al principio de lesividad, esta postura sería defendible en un juicio.

V.3.2.2.4. ¿Es necesario que se produzca el encuentro?

La opinión de la doctrina resulta bastante coincidente al interpretar que para que nos encontremos ante un delito de *grooming* no es exigible que el encuentro propuesto por el sujeto agente llegue efectivamente a producirse⁴²⁵ por lo que, como bien apunta Álvarez Hernando, no será necesario verificar si el mismo ha tenido lugar⁴²⁶.

No obstante, la efectiva existencia o no del encuentro podrá ser tenida en cuenta a la hora de la individualización de la pena, tal y como se hace en la SAP Barcelona, secc. 6ª, de 19 de julio de 2013, nº 676/2013, rec. 3/2013427. Así, en su Fundamento Jurídico 8º, dice: “Con relación a la extensión individualizada de las penas, y por lo que respecta al delito del art. 183 bis CP, tomando en consideración que se ha apreciado la conducta agravada de engaño, la pena prevista en abstracto se situaría entre los dos y tres años de prisión o multa de 18 a 24 meses. Atendidas las circunstancias del hecho, las maniobras concretas desarrolladas para conseguir su propósito y el hecho de que el encuentro llegara finalmente a producirse, resulta adecuado optar por la de prisión, si bien en su expresión mínima por concurrir una circunstancia atenuante, fijando la pena principal en la de DOS AÑOS DE PRISIÓN”.

Propone Mendoza Calderón, en aras a respetar el principio de intervención mínima, que hubiera resultado más adecuado, en lugar de tipificar la mera propuesta acompañada de actos materiales “encaminados” (entendiendo por tal “dirigidos” al

⁴²⁵ Por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, p. 13. Mantiene que “para la consumación solo es preciso trazar el plan de encuentro con el menor y no que efectivamente llegue a producirse” y ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 12.

⁴²⁶ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5.

acercamiento), detallar en el tipo penal que el encuentro (físico, no virtual), al menos, se hubiera producido obligatoriamente. Tal y como está redactado el precepto, dice el autor que “[...] el simple encuentro entre el adulto y el menor, de no producirse una conducta valorable como inicio de acción ejecutiva de otro delito sexual, solamente podría considerarse un acto posterior impune, si consideramos que el delito del art. 183 bis CP se consumaría con la mera proposición acompañada de actos materiales dirigidos al acercamiento al menor”⁴²⁸.

A pesar de que según la interpretación literal del artículo 183 ter 1 en ningún caso será exigible la existencia efectiva del encuentro entre el sujeto activo y pasivo del delito, considero que la intervención penal introducida con esta figura típica resulta excesiva ya que, tanto si se defiende que el bien jurídico protegido por la misma es la indemnidad sexual del menor como el desarrollo de su personalidad y sexualidad sin interferencias, o incluso la seguridad del mismo en la utilización de la TIC, en caso de que no exista respuesta alguna del menor a la proposición del actor y ni siquiera se llegue a producir el encuentro, no se pone en peligro el bien jurídico protegido por el precepto ya que, como he avanzado, entiendo que las conductas contempladas en el artículo no ponen en peligro la indemnidad sexual del menor.

V.3.2.2.5. Encuentro físico o virtual.

El sentido que deba darse al concepto “encuentro” deberá ser determinado por la jurisprudencia, tal y como dice Valverde Megías, cuando se pregunta si debemos entenderlo solamente en la acepción de encuentro físico o podría también aplicarse a encuentros verificados en un entorno digital, tales como videoconferencias, a través de herramientas como *Messenger* y *Facetime* o redes sociales como *Facebook* o *Google+*⁴²⁹.

⁴²⁸ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 160.

⁴²⁹ Vid. VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p. 18-19.

De hecho, contamos con datos que apuntan que muchos ciberabusadores no buscan el encuentro en persona con sus víctimas (Briggs *et al.*, 2011) ni raptarles o agredirles físicamente (Wolak *et al.*, 2004), sino mantener relaciones en el ámbito virtual o intercambiar experiencias íntimas y/o imágenes sexuales⁴³⁰.

Para responder a esta cuestión, Valverde Megías analizaba el anterior art. 183 bis y concluía que era preciso diferenciar aquellos supuestos en que la finalidad del sujeto activo fuera cometer un abuso o agresión sexual de aquellos casos en los que persiguiera la elaboración de pornografía infantil, abogando en este último caso por la posibilidad de que el encuentro se produjera a través de Internet. Decía concretamente que si la intención del autor es la comisión de un abuso o agresión sexual, difícilmente puede tener cabida un concepto de encuentro que no sea físico y que, sin embargo, cabe plantearse la posibilidad de que lo que pretenda el autor del delito sea emplear las TIC para, mediante el ciberacoso a menores, crear pornografía infantil. Por ello, “Si se realizase una interpretación restrictiva que limitase los encuentros a la necesaria concurrencia física en un lugar y un momento determinado del delincuente y el menor, al hablar de la elaboración de pornografía infantil como finalidad de tal encuentro la aplicabilidad del tipo quedaría circunscrita a los casos en que vaya a elaborarse pornografía infantil en un estudio u otro lugar habilitado para la grabación, pero quedarían fuera los supuestos antes indicados, mucho más frecuentes, en los que el material se produce mediante la grabación o captura de las acciones que el menor de 13 años es compelido a realizar frente a una *webcam*. Y ello pese a que el material así obtenido pudiera tener mayor contenido sexual, sea más explícito o la participación del menor haya sido más degradante o supuesto una mayor explotación”. Concluía, por tanto, que a falta de exclusión expresa en la redacción, habría de interpretarse en el sentido de que el artículo daba cabida a la posibilidad de encuentros digitales en los que concurrieran ambos sujetos, resultando totalmente prescindible el contacto físico para llevar a cabo la explotación sexual de un menor, haciéndole participar en la elaboración de pornografía infantil. Bajo su punto de vista, “[...] un precepto que responde ‘a la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra los menores’, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley que lo

⁴³⁰ Así lo recogen MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, p. 218.

introduce, resultaría inaplicable si no hay una proyección de tales conductas fuera de las propias tecnologías de la comunicación”⁴³¹.

En idéntico sentido se pronunciaba Berdugo Gómez De la Torre⁴³².

También otros autores como Álvarez Hernando⁴³³, Álvarez García⁴³⁴, González Tascón⁴³⁵ o Núñez Fernández⁴³⁶ (citando a la anterior) creen que el “encuentro” puede ser entendido en sentido físico o virtual, incluyendo los dos últimos la posibilidad de comisión de los delitos de abusos y/o agresiones sexuales a través de las TIC. A este respecto, se pregunta Cugat Mauri qué ocurrirá en aquellos casos en los que el *groomer* mantenga contactos con el menor sin tener intención de encontrarse físicamente con él. Entiende la autora acertadamente, que en estos supuestos podríamos encontrarlos fuera del ámbito de aplicación de tipo, por exigirse en este la intención de cometer un delito sexual posterior, con la salvedad de los casos en los que se pretenda mantener una relación sexual *online*⁴³⁷, además de los delitos de pornografía infantil o amenazas. Mantiene la posibilidad de condena por *grooming* cuando la conducta del autor pretenda la citada relación sexual telemática⁴³⁸.

⁴³¹ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p.18-19.

⁴³² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La reforma 5/2010”, p. 23.

⁴³³ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5. Pone como ejemplo un encuentro en un chat en tiempo real a través de la *webcam*.

⁴³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, “La tutela”, p. 13.

⁴³⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 247. Dice la autora que “[...] determinados delitos cuya realización persigue el sujeto activo son susceptibles de cometerse a distancia gracias precisamente a las TIC, así algunos delitos relativos a la pornografía infantil (la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material pornográfico) e incluso, dependiendo de la interpretación de la expresión ‘realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor’, abusos y agresiones sexuales que no requieran de un contacto corporal entre el sujeto activo y la víctima. Consiguientemente, no vemos obstáculo alguno a que ese encuentro pueda llevarse a cabo en el ciberespacio”.

⁴³⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 194.

⁴³⁷ Cabe la condena por agresiones sexuales sin mediar contacto físico. Ver STS 1029/1996, de 19 de diciembre y STS 1397/2009, de 29 de diciembre.

⁴³⁸ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4.

Si entendemos que el encuentro puede considerarse como la coincidencia virtual de los sujetos, quizás deberíamos de tener en cuenta que, como destaca Ferrandis Ciprián, en caso de que la propuesta de encuentro no lo fuera para mantener una relación personal, quedaría vacía de contenido la exigencia de que la misma vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, reduciendo este a una mera reiteración de contactos a través de las TIC⁴³⁹.

Si bien la mayoría de la doctrina admite, como hemos visto, la posibilidad de que el encuentro sea entendido como aproximación tanto física como virtual, un sector minoritario rechaza esta segunda posibilidad⁴⁴⁰. Entre ellos, Bermúdez González aboga por una interpretación más restrictiva del referido concepto⁴⁴¹ aunque en un artículo posterior reconoce que ante la contemplación entre los delitos que abarca el ánimo subjetivo del autor el del art. 189, sería posible incluir como “concertar” un encuentro el hecho de obligar al menor a exhibirse de manera sexualmente explícita ante la cámara. Pero continúa pensando que probablemente ello supone una interpretación extensiva⁴⁴².

Debemos entender que Miró Llinares también cree que el encuentro ha de realizarse en el ámbito físico pues habla literalmente de “actos materiales destinados a un contacto físico final”⁴⁴³.

⁴³⁹ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 196.

⁴⁴⁰ MONGE FERNÁNDEZ, “El menor-víctima”, p. 15. Habla de la acción nuclear del delito de *grooming* describiéndola como acciones realizadas por el sujeto activo utilizando medios tecnológicos con la finalidad de concertar un encuentro de carácter sexual, consiguiendo un contacto corporal. FLORES RODRÍGUEZ, “La tutela penal”, p. 169. Parece también abogar por la necesidad de que el encuentro sea físico. Se deduce lo anterior de las expresiones del autor cuando habla de un encuentro en “un lugar concreto” o “un lugar de encuentro seguro donde consumir el abuso”. ORTEGA BALANZA y RAMÍREZ ROMERO, “Amistades peligrosas”, p. 2. Hablan específicamente de una propuesta de encuentro físico.

⁴⁴¹ BERMÚDEZ GONZÁLEZ, “La reforma”, p. 7. Si bien defiende la posibilidad de cometer una agresión sexual sin contacto físico, poniendo como ejemplo el hecho de obligar mediante intimidación a realizar conductas autoeróticas para la satisfacción del que observa, entiende que ello supone una interpretación extensiva en exceso, por lo que propone partir del concepto tradicional.

⁴⁴² Vid. BERMÚDEZ GONZÁLEZ, “Los delitos informáticos”, p. 9.

⁴⁴³ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, p. 676.

Villacampa Estiarte ofrece dos argumentos para defender la necesidad de considerar el encuentro como necesariamente físico. En primer lugar recuerda que la introducción del *grooming* en la legislación penal ha elevado a la categoría de delito los actos preparatorios de delitos contra la libertad sexual, que en el caso de abusos o agresiones sexuales, requieren la convergencia del autor y la víctima en un mismo espacio y tiempo físicos. En segundo lugar, hace referencia a que el informe explicativo del Convenio de Lanzarote indica que la proposición seguida de actos materiales tendentes al encuentro requiere acciones concretas, como que el ofensor llegue al lugar en el que está previsto el citado encuentro⁴⁴⁴. Coherente con dicha interpretación, afirma que si en la expresión “actos materiales encaminados al acercamiento” se sustituyera esta última palabra por la de encuentro (el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE emplean el término *meeting*), se generarían menos dudas⁴⁴⁵.

Si bien es cierto que uno de los delitos que pueden estar comprendidos en el ánimo subjetivo del autor es la agresión o abuso sexual, deja de lado la autora la posibilidad de que la finalidad última del sujeto activo sea la de obtener imágenes pornográficas del menor, para lo cual no es en absoluto necesaria la coincidencia de ambos en un lugar físico concreto. Por otro lado creo que la referencia contenida en el informe explicativo del Convenio de Lanzarote debe ser entendida como un ejemplo de acto material tendente al acercamiento, pero, evidentemente, no como única posibilidad. Es por ello que antes de la introducción del segundo apartado del precepto mi parecer era que la referencia al art. 189 prácticamente obligaba a aceptar la posibilidad de que el encuentro pudiera ser también virtual. Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo por LO 1/2015, en los casos en los que el propósito del autor sea la obtención de pornografía infantil sin pretender un encuentro real o personal con el menor, será aplicable el nuevo número dos que contempla la conducta consistente en realizar actos dirigidos a embaucar al menor de dieciséis años para que le facilite ese tipo de material y que no exige la realización de actos encaminados

⁴⁴⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 686.

⁴⁴⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 193.

al acercamiento. Ello unido a la necesidad de vincular la propuesta de encuentro con la verificación de dichos actos materiales encaminados al acercamiento, que sí interpreto como físicos, me han llevado finalmente a considerar que el encuentro debe ser entendido en sentido físico.

V.3.2.3. Verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.

Este concepto jurídico indeterminado empleado por el legislador puede dar lugar a una gran dosis de inseguridad jurídica ya que su contenido no ha quedado especificado. Lo único que está determinado es el carácter material y no formal de los actos y parece evidente que se trata de un *numerus apertus*. Flores Rodríguez mantiene que los actos materiales encaminados al acercamiento suponen actos de exteriorización, de los que quede constancia y dirigidos a que el encuentro sea real, en un lugar concreto⁴⁴⁶.

Es prácticamente unánime la opinión de la doctrina en el sentido de considerar excesivamente impreciso el concepto empleado en el precepto penal⁴⁴⁷ y, sin embargo, la reforma del artículo llevada a cabo por LO 1/2015 no ha sido aprovechada para determinar más este concepto jurídico⁴⁴⁸.

Son varios los autores que opinan en el anterior sentido, como Frago Amada, quien critica que nos encontramos ante una cuestión absolutamente subjetiva y carente de buena técnica legislativa, que muy probablemente deje como delitos en grado de tentativa muchas propuestas de contacto que no lleguen a materializarse, resaltando que se trata de un elemento del tipo sumamente impreciso⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ FLORES RODRÍGUEZ, “La tutela penal”, p. 169.

⁴⁴⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 248 y MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos*, p. 234. Consideran que en este punto hubiera sido deseable una mayor determinación de la ley, destacando la segunda que la redacción empleada, que califica como vaga e imprecisa, resulta contraria al principio de taxatividad.

⁴⁴⁸ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 208.

⁴⁴⁹ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 2.

Debido a esa indeterminación del legislador, la doctrina se ha empleado a fondo a fin de fijar algunos ejemplos de las acciones que podrían tener encaje en el mencionado concepto, proponiendo entre otras, las citas, proposiciones o desplazamientos (Gutiérrez Romero)⁴⁵⁰, remitir al menor una tarjeta postal o una caja de bombones o un billete de autobús, acercarse al colegio al que asista para contemplarlo desde lejos o rondar el portal de su casa (Orts Berenguer)⁴⁵¹, facilitar una dirección o lugar de encuentro, enviar fotografías o mensajes explícitos para ganarse la confianza del menor, reservar habitaciones o ir a buscar al menor (Gallego Soler)⁴⁵², comprar regalos tangibles como viajes, entradas para el cine o videojuegos (Álvarez Hernando)⁴⁵³ o incluso la creación de un espacio virtual destinado al contacto privado (Núñez Fernández)⁴⁵⁴. Por su parte Muñoz Cuesta especifica que “se debe desplegar una conducta añadida al contacto con la proposición del encuentro, la que puede materializarse en acudir el autor a los lugares que frecuente el menor, o simplemente estar presente en el lugar que manifestó el agente que podían encontrarse aunque aquel no manifestase que acudiría”⁴⁵⁵.

Me parece dudosa la posibilidad de considerar como acto material encaminado al acercamiento la proposición de una cita o el facilitar el lugar o dirección donde llevarse a cabo la misma pues ello queda ya integrado en el anterior elemento del tipo consistente en la proposición del encuentro, por lo que entiendo que el acto material tendrá que ir más allá que esta.

⁴⁵⁰ GUTIÉRREZ ROMERO, “El tratamiento de los delitos sexuales”, p. 5.

⁴⁵¹ ORTS BERENGUER, *Derecho Penal*, p. 271.

⁴⁵² GALLEGO SOLER, “Artículo 183 bis”, p. 440.

⁴⁵³ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5.

⁴⁵⁴ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 199.

⁴⁵⁵ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 137.

Otra de las dudas interpretativas surgen del empleo de la palabra “acercamiento”, preguntándose la doctrina si los actos tienen que ser necesariamente físicos o pueden ser virtuales.

Como ya he apuntado en apartados anteriores, Villacampa Estiarte, partidaria de que el encuentro entre sujetos debe ser en el ámbito físico, propone que hubiera resultado más acertado el empleo del término “encaminados al encuentro”⁴⁵⁶.

Por su parte Valverde Megías entiende que la redacción parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción o embaucamiento, al acercamiento entre los sujetos, afianzado mediante los actos materiales, como el envío de regalos, el afecto y confianza de la víctima⁴⁵⁷.

Fernández Teruelo, cuya opinión comparto plenamente, se inclina por considerar que los actos deberán ser necesariamente de carácter físico, esgrimiendo las siguientes razones: En primer lugar, el significado propio del término “materiales” relacionado con la realidad física en contraposición a la realidad espiritual o virtual. En segundo lugar, dice, se encuentra el hecho de que en la red no cabe hablar de “acercamiento” porque en ella no hay distancias, los encuentros en Internet no serían actos de acercamiento sino segundos o posteriores contactos. Y además porque las agresiones y abusos sexuales a las cuales irían dirigidos los actos de acercamiento requieren para su ejecución un contacto físico. Si bien alguna de las conductas descritas en el art. 189 pueden llevarse a cabo sin aproximación física, por ejemplo, concertar una cita con el menor para grabarle con la *web-cam* mientras se masturba, defiende el autor que estos casos serían subsumibles en el propio artículo 189, en grado consumado o de tentativa⁴⁵⁸ y debo añadir que, actualmente, en el número dos del art. 183 ter, lo cual deja más clara la interpretación de los actos encaminados al acercamiento como de carácter físico.

⁴⁵⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 701 y *El delito*, p. 208.

⁴⁵⁷ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 14.

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p.157.

Otro argumento que podría utilizarse a favor de la interpretación de que el acercamiento ha de ser físico es que el Convenio de 2007 en su art. 23 no utiliza la expresión acercamiento sino que habla de “actos conducentes a dicho encuentro”. Como bien apunta Valverde Megías, “Se tratará, por tanto, de determinar si el legislador español en este punto (y solo en este punto) ha querido deliberadamente separarse de las pautas mínimas del Convenio y dar una mayor dimensión a la regulación penal o bien se trata de una mera reminiscencia estilística de la Enmienda introducida a propuesta del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que se hablaba en todo momento de acercamiento, no de encuentros, y la voluntad del legislador, deficientemente expresada, fue la de mantener meramente las previsiones del Convenio”⁴⁵⁹.

Otros autores que consideran que los actos tendentes al acercamiento deben ser físicos son Rovira del Canto y Tamarit Sumalla⁴⁶⁰.

Mantienen la opinión contraria Álvarez Hernando, quien cree que los mismos deben referirse a actos encaminados a estrechar la relación con el menor y ganarse su confianza⁴⁶¹ o González Tascón, quien citando a Dolz Lago, afirma que los actos materiales encaminados al acercamiento solo aparecen acotados legislativamente a través de los parámetros de su naturaleza y finalidad y sostiene que pueden tener dicha consideración el merodear por los lugares que frecuenta el menor para encontrárselo, la adquisición de un billete de transporte con destino al lugar donde se halle la víctima, el desplazamiento a dicho lugar, etc. e incluso, en el caso de que el sujeto activo persiga cometer un delito en el espacio virtual, podrían consistir en volver a contactar a través de las TIC con el menor para realizar los actos de ejecución del ulterior delito sexual⁴⁶².

⁴⁵⁹ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 14.

⁴⁶⁰ ROVIRA DEL CANTO, “Nuevas formas de ciberdelincuencia”, p. 44, entiende como acto material encaminado al acercamiento “el desplazamiento de ambas partes o de una de ellas, para contactar personalmente en algún lugar”. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1185, considera como acto material encaminado al acercamiento al “acto que trascienda el mero contacto virtual” que, según el autor, podría ser acudir al lugar en el que se ha citado con el menor.

⁴⁶¹ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 5.

⁴⁶² GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, pp. 247-248.

Pero va más allá la autora, pues partiendo de la idea de que el encuentro entre sujeto pasivo y activo no tiene por qué darse necesariamente en el espacio físico ya que ello llevaría a descartar la punibilidad de conductas de explotación sexual de menores a través de las TIC, como la pornografía infantil, y teniendo en cuenta que el encuentro en el ciberespacio origina una situación peculiar, dado que el tipo de actos de acercamiento que han de llevarse a cabo se realizan a través de una acción de contactar, considera que podremos decir que en el marco de la comisión de los delitos sexuales en el espacio virtual podría vaciarse de sentido la exigencia de que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

Como ya he adelantado al valorar la argumentación de Fernández Teruelo, en mi opinión debemos entender la expresión “acercamiento” en un sentido físico y no emocional (o virtual). El factor de ganarse la confianza del menor que se inicia a través del contacto virtual, puede continuar con regalos, cartas, etc., pero creo que éstos no deben ser entendidos como actos materiales tendentes al acercamiento, por lo que descartaría la consideración como tales de algunos de los indicados por los autores mencionados con anterioridad como las citas, proposiciones, la remisión al menor de una tarjeta postal o una caja de bombones, facilitar una dirección o lugar de encuentro y enviar fotografías o mensajes explícitos para ganarse la confianza del menor. Con mayor rotundidad y en base al mismo argumento creo que no es posible entender comprendido en el citado concepto jurídico indeterminado el propuesto por Panizo Galende, Jefe del Grupo de Investigación Tecnológica de la Jefatura Superior de Policía de Castilla y León, quien habla del envío de una fotografía o vídeo de un niño de catorce años, ligero de ropa fingiendo ser el sujeto activo y proponerle seguidamente al menor que haga lo mismo⁴⁶³.

Por último, merece la pena destacar la apreciación de Valverde Megías de que hay varios supuestos que se encuentran en la frontera entre lo físico y lo digital, por participar de características de ambos y que, dice, plantearán problemas interpretativos, como puede ser la realización de una reserva de hotel no en persona o

⁴⁶³ PANIZO GALENCE, “El ciber-acoso”, p. 26.

por teléfono sino por Internet, en cuyo caso no estaríamos ante una actuación física, llegándose, según el autor, a la conclusión absurda de que la reserva *online* excluya la aplicación del tipo⁴⁶⁴.

Considero, sin embargo, que el hecho de que la reserva se haya realizado *online*, presencialmente o por teléfono no debería modificar su consideración de acto tendente al acercamiento pues la disyuntiva físico *versus* virtual debe referirse al acercamiento al menor, pero si entendemos que el hecho de reservar una habitación de hotel puede constituir uno de los primeros pasos para que se de el encuentro físico, la forma en que se haya realizado la misma, carece de trascendencia.

Curiosamente, el TS tampoco ha dejado clara la determinación de qué debe entenderse por actos materiales encaminados al acercamiento y en su sentencia de 24 de febrero de 2015 (F.D. 1º) mantiene que “[...] El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

Se sostiene en la doctrina la necesidad de hacer la interpretación de este requisito y determinar qué actos pueden tener tal consideración. Por un lado, los mismos actos deben ir ‘encaminados al acercamiento’, finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio ‘encuentro’. De aceptar la primera interpretación actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP.

⁴⁶⁴ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 14.

Por otro lado será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean ‘materiales’ implica que los mismos deban necesariamente reflejarse más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por parte de la doctrina mayoritaria. Ahora bien, otro sector opina que si el legislador ha tomado el término material como opuesto al espiritual, conforme a la acepción de la Real Academia Española, tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física. Así, considerados los actos digitales exigidos por el tipo como ‘encaminados al acercamiento’, no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar”.

Más claro es el pronunciamiento de la ya referida sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013, rec. Nº 171/2012 y de la sentencia de la AP Ourense, Secc. 2ª, de 4 de octubre de 2013, Rec. nº 667/2013, confirmatoria de la anterior. En ese caso la conducta desplegada por el sujeto activo no iba más allá de contactar con la menor de trece años por *whatsapp* y proponerle reiteradamente un encuentro con la finalidad de mantener relaciones sexuales, sin que se produjeran acciones dirigidas a un acercamiento físico a la víctima.

El Tribunal mantiene que “El propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene erecto que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas”.

Como he dicho, en el supuesto que estamos analizando podemos comprobar que el sujeto activo no llegó a realizar actos tendentes a un acercamiento físico hacia la víctima pese a lo cual el Juzgado y después la Audiencia Provincial aplicaron el delito del art. 183 bis del CP. Se entendió que las expresiones utilizadas por aquel,

recogidas entre los hechos probados de la sentencia, fueron suficientes para contemplar la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento. De este modo, la cuestión doctrinalmente debatida de si es necesario que dichos actos tiendan hacia un acercamiento físico o basta que se den en el ámbito virtual recibe respuesta en este segundo sentido y por ello, según el criterio del juzgador, dichos actos no necesitan una trascendencia más allá del mero acercamiento virtual.

Coincido con Díaz Cortés al discrepar de la interpretación de la Audiencia, que entiende las expresiones que en ese caso empleó el sujeto activo como una manifestación de los actos materiales encaminados al acercamiento, pues según la autora, “Con esto se le da connotación de *materialidad* a expresiones que, si bien tienen un contenido sexual explícito, resulta difícil entender que por sí mismas impliquen una clara intención de cometer un delito de carácter sexual y menos aún implique la materialidad que exige el delito. Lo anterior no es otra cosa que establecer una serie de presunciones que prejuzgan contra reo al ser consideradas en sí mismas como ‘actos materiales encaminados al acercamiento’. Tales deducciones son propias de la indeterminación del precepto, en el que no aparecen criterios para considerar cuándo se dan dichos actos materiales”⁴⁶⁵.

También Ramos Vázquez es crítico con la argumentación de la sentencia, que, según él, prescinde de la necesidad de acreditación de la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, es decir, obvia ese elemento del tipo, considerando suficiente la realización de una proposición seria y veraz. Añade el autor, con razón, que aún en el caso de que la Audiencia hubiera entendido que la remisión de la foto con el pene erecto era en sí el acto material tendente al acercamiento, dicha interpretación también sería criticable⁴⁶⁶.

Resulta más sencillo entender cumplido el elemento típico que nos ocupa en aquellos casos en los que el acusado se dirige hacia algún lugar en el que crea que puede encontrar al menor, como ocurre en el asunto analizado en la sentencia de la

⁴⁶⁵ DÍAZ CORTÉS, “Sentencia”, p. 354.

⁴⁶⁶ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 440-441.

AP de Barcelona de 19 de julio de 2013, en cuyo Fundamento Jurídico primero se dice “[...] Concurren en el mismo todos los elementos de tal delito como son el contacto con el menor, que en aquel momento contaba con once años de edad, la propuesta de concertar un encuentro con fines sexuales y la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, puesto que el acusado llegó a realizar una visita al domicilio de aquel tras averiguar su dirección y asegurarse de que iba a estar solo en la casa. Todo ello sin perjuicio de los delitos que hubieran podido cometerse en el transcurso de tal encuentro, a los que nos referiremos más adelante”.

V.3.3. Tipicidad subjetiva.

V.3.3.1. Dolo y error de tipo en cuanto a la edad del sujeto pasivo.

El dolo en el delito de *grooming* debe abarcar, como es evidente, todos sus elementos típicos, si bien el que hace referencia a la edad del sujeto pasivo con quien se ha de contactar merece atención especial por la manera virtual en que se produce dicho contacto, que puede conllevar una falta de información o información falsa al respecto.

Como hemos podido ver al inicio de este trabajo, en algunas legislaciones el propio tipo penal contempla específicamente el error del sujeto activo respecto de la edad del sujeto pasivo. Así, en Canadá es suficiente la mera creencia por parte del autor de que la persona con la que contacta es menor de una edad concreta, para que se entienda cometido el delito. En otras palabras, en dicho país el sujeto pasivo puede ser una persona mayor de edad, ya que basta con que el sujeto activo crea que aquel es menor de dieciocho, dieciséis o catorce años, según los casos, para que, en concurrencia de los demás elementos del tipo, cometa el delito. Algo similar ocurre en la legislación australiana.

En el Reino Unido y en Escocia se contempla expresamente en el propio artículo regulador de la conducta penalizada la exclusión de punibilidad para los casos en los que el sujeto activo crea razonablemente que la persona a quien se dirige es mayor de dieciséis años, cosa que no se da en la legislación española, en la

que ni el actual art. 183 ter ni el anterior art. 183 bis hacen referencia expresa a dicho error. Debemos plantearnos, como lo hace Villacampa Estiarte, siguiendo a Cancio Meliá, la cuestión de si sería necesaria la previsión de la posibilidad de cometer el delito de forma imprudente en supuestos de concurrencia de error vencible sobre la edad del sujeto pasivo⁴⁶⁷.

Ante la falta de previsión expresa al respecto, debe entenderse que el dolo del sujeto activo debe abarcar la edad del menor y en caso contrario la conducta será atípica, sin posibilidad de sanción alguna ante la concurrencia de error sobre uno de los elementos del tipo, incluida la edad del sujeto pasivo, sea este vencible o invencible, pues no está prevista la posibilidad de comisión imprudente del delito y a tenor de lo que indica el artículo 14.1 CP⁴⁶⁸.

Argumentos a favor de este modo de abordar esta cuestión son también el hecho de que el tipo penal creado ya supone un adelantamiento importante de la barrera punitiva y que el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE exigen la incriminación únicamente de las conductas de *grooming* dolosas⁴⁶⁹.

Además de la creencia de que la víctima tiene más de dieciséis años, puede concurrir en el sujeto activo el error, en sentido contrario, de creer que el sujeto pasivo no ha cumplido aún los dieciséis años (error al revés). En dicho supuesto nos hallaremos ante un supuesto obviamente impune⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 693-694.

⁴⁶⁸ En este sentido, entre otros, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 387, afirma expresamente que el *grooming* es una conducta dolosa por lo que el delincuente debe querer conscientemente no solo acometer el acercamiento al menor con las finalidades sexuales determinadas en el precepto sino que ha de conocer, al menos con dolo eventual, que está contactando con un menor de trece años.

⁴⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 693-694, considera esto adecuado aún a riesgo de que determinadas conductas queden impunes.

⁴⁷⁰ No como dice GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 249, porque no quepa la tentativa en este delito, sino porque no cabe la sanción del delito imposible.

Resulta importante destacar que en las ocasiones en las que se alega desconocimiento de la edad del sujeto pasivo, cuando esta constituye un elemento del tipo o de una específica cualificación, debe acreditarse debidamente, sin que sea suficiente la mera alegación⁴⁷¹.

Ya podemos adivinar que no serán pocos los casos en los que se dicte sentencia absolutoria por desconocimiento de la edad del sujeto pasivo, dada la peculiaridad del modo virtual del contacto. En este sentido, destacan Gallego Soler⁴⁷² o Ferrandis Ciprián⁴⁷³, que existen formas de contacto en las que no se podrá conocer la edad de la persona con la que se establece la comunicación, como en los chats privados en los que el menor puede fingir sobre su edad y no envía fotografías o envía fotografías ajenas o extraídas de la red.

Como apunta Frago Amada, la posibilidad de alegar error en las cualidades de la víctima por parte del autor puede generar un problema de prueba para las acusaciones que intenten evitar la aplicación del art. 14⁴⁷⁴.

Cobrará especial importancia, por tanto, el análisis de aquellas circunstancias e imágenes del sujeto pasivo que hayan llegado a conocimiento del autor, así como el contenido de las conversaciones entre ambos.

Así, por ejemplo, será muy difícil que se aprecie error sobre la edad de la persona con quien se contacta, si de las propias fotos que aquella hace llegar al

⁴⁷¹ En este sentido, por ejemplo, se pronuncia la SAP A Coruña, de 4-05-2015, FD 3º: “El artículo 14.1 del C. Penal establece que ‘El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente’. Cuando se alega el desconocimiento de la minoría de edad de la víctima en los delitos en que dicha minoría de edad constituye un elemento del tipo o de una específica cualificación la jurisprudencia destaca las dificultades que entraña determinar la existencia de ese error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, y pone de relieve la exigencia de su prueba, sin que baste su mera alegación; en este sentido analizan la problemática del error de tipo las SSTS de 13.01.1989, 13.06.1990 , 22.01.1991 , 25.05.1992 , 7.07.1997 , 7.09.2006 y 30.01.2007 , entre otras”.

⁴⁷² GALLEGO SOLER, “Artículo 183 bis”, p. 440.

⁴⁷³ FERRADIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 195.

⁴⁷⁴ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 2.

sujeto activo o publica en su perfil o redes sociales, se desprende claramente que es menor de dieciséis años (trece años antes de la última reforma). Esto es lo que ocurría en el asunto tratado en la SAP Barcelona de 19-07-2013, que desestimó la pretensión de la defensa del acusado que interesaba la aplicación del art. 14 CP por existencia de un error de tipo y termino condenándole por un delito que llama “de corrupción de menores a través de tecnologías de la información y comunicación” del art. 183 bis, con la agravación específica de engaño, un delito de abusos sexuales y otro delito de posesión de pornografía infantil. Según el Tribunal “[...] resulta difícil de creer que el acusado no conociera la edad de la víctima después de haber mantenido un número importante de comunicaciones. Basta además examinar las fotografías de perfil del menor, así como la obrante al folio 389 de las actuaciones para acreditar que el mismo representaba de forma clara e inequívoca la edad que en ese momento tenía: el día de los hechos cumplía los 12 años, por lo que la pretensión ha de resultar igualmente desatendida, a pesar de las manifestaciones llevadas a cabo por el acusado en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa”.

Incluso en el supuesto de que el menor haga llegar al autor del delito una serie de fotografías que representan a mayores de edad puede no entenderse concurrente el error si en las conversaciones mantenidas entre ambos sujetos, el menor reconoce su verdadera edad. Así ocurrió en el caso enjuiciado por un delito de *grooming* en el Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, que dio lugar a la sentencia de 13 de mayo de 2013. Esta desestimaba la pretensión de aplicación de un error de tipo respecto a la edad de la víctima a pesar de que las fotos que la menor había puesto en la red social en que se inició el contacto y en el *whatsapp* correspondían a una chica mayor y ello porque, entre otras cosas, a pesar de tales imágenes, la víctima le hizo saber al sujeto activo a lo largo de sus conversaciones y en más de una ocasión que tenía doce años.

Dice la sentencia (FD 1º), de modo realmente confuso: “El menor en sus sucesivas declaraciones ante la Fiscalía y en la audiencia reconoce que efectivamente le mandó todo ese repertorio de mensajes libidinosos a Susana, si bien él creía que Susana tenía dieciséis años. Primero porque el primer contacto que tiene con ella es a través de ‘Twenty’ y en esta red social para registrarse es necesario ser

mayor de catorce años, Susana además en esta red había colgado una foto de una chica que aparentaba ser mayor, sobre unos 16 años. Segundo. Dice el menor que cuando le enviaba los whatsaps el continuaba creyendo que Susana era mayor pues también tenía una foto en el whatsapp de una chica que aparentaba también más edad y por las preguntas que Susana le hacía, siguiéndole además la conversación daba a entender que era mayor. En definitiva *la cuestión se centra en determinar si hay error de prohibición sobre un elemento esencial del tipo, cuál es la edad, que si es invencible excluye la atipicidad y si es vencible la culpabilidad [sic]*, sin que este tipo de delitos admitan la comisión culposa (arts. 14.1 y 12 del Código Penal). Es cierto que cuando Simón y Susana contactan vía ‘twenty’, Susana pone la foto de otra chica de más edad, e igualmente en el whatsapp la foto de otra chica distinta que también aparenta ser mayor. No obstante los mensajes libidinosos los manda por whatsapp y ninguno en ‘Twenty’, dice Simón en la Fiscalía que la foto que había puesto Susana en la red social era de una chica alta, morena y de ojos verdes; Susana dice que en whatsapp tenía la foto de otra chica distinta a la del ‘Twenty’. A la primera propuesta libidinosa de Simón del día 2 de septiembre, *Susana ya le dice claramente que tiene doce años*: ‘una niña de doce años quedando con un chaval de 19¿ Ttttt no sé yo’ y él le responde ‘pero no se lo dices a Encarna que se pica. No tengo 19, tengo 17, jajaja’. En esa conversación del mismo día cuando Simón le pregunta ‘Te gustaría probar a xuparmela?’, Susana le responde otra vez que no sabe que tiene doce años y que él tiene novia. El mismo 2 de septiembre, a las 14:36 h. cuando Simón le dice que le mande una foto en sujetador, Susana le dice ‘tío tngo 12 años aún encima crees que te iba a mandar una foto? [sic.]. Así pues Susana le dijo en varias ocasiones a Simón que tenía tan solo doce años y sin duda alguna Simón lo sabía no ya tan solo porque Susana se lo hubiese dicho, sino también porque Simón sabía que Susana conocía a su novia Encarna de manera que Simón estaba hablando con alguien próximo a su entorno, así Susana en la segunda conversación del día 2 de septiembre tras pedirle fotos de ella desnuda e insistirle Simón en quedar para hacerle tocamientos, Susana le dice que se lo va a contar a Encarna , respondiéndole Simón ‘Xq si tu m jodes voy a joderte. Y n te interesa. Pienso yo’, mensaje que igualmente el menor reconoce en Fiscalía haberle mandado a Susana. Por otra parte que Susana participase en las conversaciones o le hiciese preguntas a Simón para nada avala la versión meramente defensiva de este, sino que por el contrario como es

frecuente en este tipo de delitos el menor acosado sigue en cierta medida la conversación, las preguntas que le hace Susana ponen de manifiesto su desconocimiento sobre las relaciones afectivas y sexuales, como por ejemplo cuando le pregunta que es lo que les hace a las chicas, como se corre una mujer, preguntándole entonces Simón si ella nunca se ha corrido y respondiéndole Susana que no”.

Obviamente, no cabe hablar de error de prohibición, ni es correcta la explicación de lo que el error implica, pero la sentencia sirve para explicar cómo se percibe probatoriamente por los Tribunales esta cuestión.

También en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 4-05-2015 (FD 3º), se hace referencia a la importancia del aspecto físico de la víctima en relación con la alegación de error sobre la edad del sujeto pasivo disponiendo que “[...] frente a las alegaciones de su defensa relativas al desarrollo físico de la víctima, las apreciaciones del juzgador de instancia le hacen plasmar en su sentencia que ‘la niña tenía 13 años y su aspecto en las fotos, que el acusado tuvo ocasión de ver ..., no deja lugar a dudas sobre ello. Es más en el momento de la vista Celia tenía más de 18 años, y su aspecto semejaba una menor de edad’; a lo que se añade el texto del mensaje que Celia envió al acusado refiriendo que él era mayor de edad, lo que solo escribiría una persona que no ha alcanzado esa mayoría de edad [...]”.

Junto con el aspecto físico de la víctima, otra de las posibles alegaciones de la defensa en solicitud de la aplicación del art. 14.1 CP, en caso de contactos virtuales, podrá ser el hecho de que determinadas redes sociales y chats exigen una edad mínima para acceder a ellos por lo que el sujeto activo puede entender que quien ha entrado a los mismos cuenta al menos con dicha edad. Al paso de esta alegación sale el Tribunal en la SAP A Coruña, de 4-05-2015 indicando que “[...] la mención del recurrente a que en la red social ‘Tuenti’ no pueden actuar menores, no es cierto; la propia prueba documental aportada por el acusado en el acto del juicio oral sobre las condiciones de uso de ‘Tuenti’ acredita que los menores de 14 años pueden acceder con permiso parental y los mayores de 14 años sin dicho

permiso, y para la aplicación del artículo 189.1 a) del C. Penal (según la redacción dada al mismo por la L.O. 11/1999) por el que viene condenado el acusado se exige que la víctima sea menor de edad, no menor de 14 años. No queda, por tanto, acreditado el alegado error sobre la edad de la víctima, lo que impide excluir la responsabilidad criminal derivada de la proposición del acusado a la menor que se incluye en el relato de hechos probados”.

Sobre este mismo extremo, la SAP Ourense, de 4 de octubre de 2013, en la que se resuelve el recurso de apelación planteado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores anteriormente citada, deja claro que el hecho de que para darse de alta en las redes sociales se requiera una edad mínima de catorce años no le servirá al sujeto activo, como no podía ser de otro modo, para aplicar el error de tipo (no de prohibición, como incorrectamente se dice en la sentencia) respecto a la edad de la víctima (en aquel entonces el sujeto pasivo del delito era el menor de trece años). La Audiencia estudia en su sentencia esta alegación de la defensa del acusado, resolviendo que:

“En absoluto es factible acoger la concurrencia del error de prohibición [*sic*] invocada en el recurso. Este no consigue convencer acerca del desconocimiento de la edad de la menor, del que el acusado logró percatarse sobradamente a través de la repetidas comunicaciones por medio de whatsapp mantenidas con aquella. Lo alegado en tal sentido por el recurrente no se corresponde con lo probado en el plenario de instancia y que valora con todo acierto la juez a quo. Frente a lo expuesto en el recurso la menor hizo saber al acusado con reiteración (incluso en tono airado y recriminatorio) que tenía solo 12 años y pese a ello el imputado prosiguió en su actuación de hostigamiento de carácter lascivo, promoviendo sin disimulo ni reparo el contacto personal y sexual con la menor. Cobra mérito valorativo además advertir, como se refleja en la sentencia apelada, que el acusado sabía que la menor conocía a su novia, por lo que tal búsqueda de contacto tiene lugar en el ámbito de su entorno social y afectivo. Es cierto lo alegado en el recurso en torno a las fotos de perfiles de la menor en las redes sociales y a la edad de 14 años exigida para darse de alta en ellas, pero lo es también,

resueltamente, que la niña le transmite al acusado de manera clara, admonitiva e imprecatoria su verdadera edad; a lo que hace caso omiso sin ambages el imputado”.

Distinta suerte corrió la pretensión de absolución del delito de abuso sexual y de *grooming*, por concurrir error sobre la edad del sujeto pasivo, que fue estimada en la SAP Valencia, sec. 3ª, S 24-10-2013, nº 722/2013, rec. 23/2013. El acusado, un joven de veintiún años, contactó a través de *Tuenti* con una menor de doce años, pero que dijo tener catorce, llegando ambos a encontrarse y mantener relaciones sexuales.

El Ministerio Fiscal interesaba la condena por un delito de abuso sexual del art. 183.1. y 3, inciso primero CP, subsidiariamente, por un delito de abuso sexual del art. 182.1 y 2, primer inciso CP, y en cualquier caso, tanto se atendiera a la petición principal como la subsidiaria, interesó también la condena por un delito del art. 183 bis CP. La sentencia, sin embargo, fue absolutoria respecto de todas las peticiones de condena, en concreto respecto de los delitos del art. 183.1 y 3 y del art. 183 bis, por no haberse acreditado que el acusado conociera la edad de la menor. Así, se recoge entre los hechos probados que no constaba que este supiera que la menor víctima tuviera doce años “[...] quien había dicho al acusado, de forma genérica, que tenía menos de 14 años, indicándole este a Sara inicialmente, que él tenía 16 años y, durante la conversación mantenida, le dijo que tenía más edad, pero sin concretarle la misma”.

La misma resolución, respecto al error de tipo en el delito de abusos sexuales, dice (FJ 2º) que “En efecto, ni el acusado ha manifestado ser conocedor de que Sara tenía menos de 13 años cuando mantuvo el encuentro sexual con ella, ni esta ha afirmado en la vista oral que, de alguna manera, hubiere dado a conocer a aquel su verdadera edad, explicando la menor que se abrió una cuenta para registrarse en la red social ‘Tuenti’, ayudándole a ello una amiga y si bien primero intentaron hacerlo reflejando su verdadera edad, introduciendo su fecha de nacimiento a tal fin, la red no le permitía registrarse al constar una edad inferior a la de 14 años -el mínimo a partir del cual el registro es factible-, motivo por el cual decidieron, al efecto de poder ser admitida Sara en la red, poner otra fecha de

nacimiento coincidente con una edad de 14 años; asimismo, en ningún momento refirió que le hubiese dicho al acusado que tenía 12 años. Por su parte, el testigo D. Lázaro, padre de Sara, manifestó en el plenario que sabía, porque así lo había oído decir, que en la cuenta que le apertura a su hija una amiga, habían puesto una fecha de nacimiento que no se correspondía con la verdadera edad.

Y, por lo demás, si bien es cierto que, por lo que pudo apreciar el Tribunal, Sara no presenta en la actualidad una complexión especialmente desarrollada, no lo es menos que se desconoce qué aspecto tenía en la época de autos, sabiendo únicamente, porque así lo manifestó la misma, que el día del encuentro se pintó los ojos, lo que no hacía habitualmente, ignorándose otros datos que hubieren podido ayudar a conocer la edad que, entonces, aparentaba, no habiendo sido aportada ninguna fotografía, ni referencias de su físico a través de testimonios, etc., por lo que no pude tenerse por acreditada la concurrencia de los elementos de delito mencionado”.

Además la resolución también hace referencia expresa al hecho anteriormente comentado de que en algunas redes sociales, en concreto en *tuenti*, es necesario hacer constar que se es mayor de catorce años para abrirse una cuenta. Así, analizando el error sobre la edad de la menor específicamente en el caso del *grooming*, dice (FJ 2º): “[...] siendo requisito necesario, para estar en presencia del presente tipo penal, que el acusado tenga conocimiento o pudiera conocer, que la persona con la que contacta por cualesquiera de las vías que recoge el artículo, tiene 13 años, lo que, como más arriba se ha expuesto, no consta conociere el acusado, debiendo mencionarse aquí, de nuevo, que ni cuando se registró Sara en la red social de referencia, abriendo la oportuna cuenta, hizo constar su verdadera edad -pues para poder registrarse al efecto puso que tenía 14 años por el motivo ya mencionado-, ni tampoco consta que en algún momento durante esos dos meses aproximadamente- antes de conocerse en persona- que estuvieron ‘tuiteando’, le hubiere comunicado al acusado que tan solo tenía 12 años; y tampoco fueron aportadas al procedimiento ninguna de las comunicaciones a que se contraían los contactos habituales a través de la red que ambos se cruzaron, de las que pudiera desprenderse, de algún modo a la

vista de su contenido, que el acusado tenía la posibilidad de conocer que aquella era menor de 13 años”.

Por último, será muy sencillo desestimar la pretensión de error sobre la edad del menor contactado en aquellos casos en los cuales las comunicaciones del sujeto activo y su propia actitud dan a entender todo lo contrario. Esto es lo que ocurría en el caso visto en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, que en su sentencia de 22-12-2014 en la que se condena al acusado por un delito de *grooming* desestima la existencia del error ya que “No plantea problemas el conocimiento por parte del acusado de la minoría de edad de la niña dado que ella expresaba en el mensaje que tenía 13 años, de hecho tenía una menos, y por tanto este dato le era conocido al acusado por mucho que este alegue que siempre le pareció mayor; hay mensajes que revelan que no es así y que era plenamente consciente de la edad de Sara (por ejemplo ‘...cuando nos vea tedare un adelanto beo que teace falta, pero eres muy joven...’ ‘...eres muy joven y a hotel no se si pasaríamos...’). [...]”

Ya nos hemos referido al aspecto de la edad revelada por la propia menor en el anuncio que colgó en Internet y como en varios mensajes el acusado se refiere a su menor edad respecto a la que no puede luego alegar desconocimiento pretendiendo que se le crea. Por lo demás el propio tenor literal de los mensajes revela esa intención del acusado de mantener una relación de tipo sexual con la niña”.

Las mismas apreciaciones son igualmente mantenidas por el TS en el recurso de casación que se interpuso contra la anterior sentencia (STS 22-09-2015):

“En esa situación es el propio acusado, hoy *recurrente*, quien *asume que la menor no alcance la edad de disposición de la libertad sexual, entonces 13 años y hoy a 16, y mantiene esa situación arriesgada para el bien jurídico sin hacer nada para adecuar su conducta a la no realización del tipo penal prohibitivo de este tipo de conductas respecto de menores sin capacidad de disposición, asumiendo la realización del delito*. No empece esa situación el que la menor dijera que tenía 13 años, pues lo que la niña realiza es una solicitud del trabajo que sea, pues necesita dinero, y el acusado mantiene una conversación en la que resulta clara que la

conversación es con una menor y que sea menor de 13 años es un elemento fáctico que el acusado se representa, ‘eres joven... no nos dejan entrar en el hotel’, y no hace nada para obviar esa representación de una edad típica. Asume que la situación es arriesgada sobre la concurrencia de los elementos de la tipicidad y, no obstante, mantiene su conducta para proseguir en el hecho, no desarrollando una cautela propia de quien no quisiera realizar el tipo. Decide continuar sabiendo la situación de riesgo en la realización y continua en la conducta desatendiendo la representación de la lesión al bien jurídico.

En consecuencia realiza el tipo, sin que la expresión del recurso consistente en no haber visto la fotografía sea relevante para enervar la representación del peligro y el desprecio a la lesión que produciría”.

Interesa también referir la sentencia del TS de 24-02-2015, nº 97/2015, rec. casación nº 1774/2014, que si bien analiza en este caso los elementos del tipo del art. 187 CP, el propio Tribunal dice que serían aplicables al delito de *grooming*.

Realizo una transcripción literal de parte del fundamento jurídico segundo de la resolución en el que el Tribunal explica el tratamiento que ha de recibir la alegación de error sobre la edad, que debe ser probado en cualquier caso, estableciendo también que en aquellos supuestos en los que existiendo duda sobre la edad del sujeto pasivo no se intenta eliminar dicha duda o desistir de realizar la acción, no se considerará como un error sino que se entenderá que concurre dolo eventual. Ello aun a pesar de que se entienda mayoritariamente que este tipo, por la existencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, no acepta el dolo eventual. Más bien habría que indicar que estamos ante un dolo directo, probado a través de los indicios que de modo suficiente obren en la causa.

“En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que el menor tenía menos de 13 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de un menor de 13 años.

Ahora es indudable que *el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del art. 187.1 y 2 CP o en su caso del art. 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia*. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que *cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo*. Actúa entonces con dolo eventual (SSTS 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, ‘todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción’ (SSTS 737/1999, de 14 de mayo ; 1349/20001, de 10 de julio ; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. *El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que si de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido. El menor según el factum nació el NUM003 .2001, por lo que tenía 11 años y 7 meses cuando los hechos se iniciación y la Sala, en todo caso, descarta el error invocado por tres razones que explicita: su fotografía de perfil del menor (folio 161), el propio aspecto de menor constatado por el tribunal por su directa percepción en el juicio oral, pasados dos años; y el hecho de que el acusado vio en persona al menor el día que se hizo entrega del teléfono móvil -6-10-2012-, lo que lleva al Tribunal a considerar imposible que el acusado creyera que el menor en esas fecha tuviese 13 años de edad”*.

Por último, creo que merece la pena destacar la reflexión contenida en la SAP Girona, de 31 de marzo de 2011, tratando un asunto de corrupción de menores en su modalidad de elaboración de pornografía infantil en su redacción vigente hasta la reforma introducida por LO 5/2010. En ese caso, en el que los contactos entre sujeto activo y sujetos pasivos se llevó a cabo a través de Internet, la sentencia plantea la posibilidad hipotética (ya que finalmente no la aplica en este caso) de concurrencia de error en el sujeto activo por creer este que el material pornográfico que recibe en contestación a su solicitud de dichas imágenes, a pesar de representar a menores de edad, no se corresponden con imágenes de la persona con la que ha contactado⁴⁷⁵.

De todo lo anterior se extrae la conclusión de que habrá que analizarse minuciosamente en cada caso a qué información e imágenes del menor ha accedido el sujeto activo, pero no consideradas de forma aislada sino en relación con el contenido de las conversaciones que se haya mantenido con aquel, a fin de poder determinar, del conjunto de todo ello, si efectivamente existían datos suficientes para que el autor del delito conociera que la persona con la que había contactado era menor de dieciséis años. El hecho de que algunas redes sociales exijan ser mayor de catorce años para registrarse no será un dato relevante desde el momento en que el sujeto pasivo ha pasado a ser el menor de dieciséis años y en cuanto, además, es fácil y frecuente mentir sobre dicha edad.

⁴⁷⁵ SAP Girona, de 31-03-2011 (FD 3º): “La Sala no tiene duda de que, en abstracto, tal alegación de error factico tendría ocasión de prosperar. Y no precisamente porque las imágenes que recibió el señor Rafael pudieran inducir a confusión sobre la minoría de edad de las víctimas; así, el propio imputado ha reconocido, tras exhibírsele algunas de ellas en el juicio, algo que resulta obvio para cualquiera: que las protagonistas de las fotografías -y los vídeos- que recibió de sus ‘contactos’, fueran quienes fueran, eran sin duda menores de edad. Ello por no decir que la mayoría de las menores, en un momento u otro de su relación epistolar, indicaron su edad al imputado. Sin embargo, cualquiera que sea usuario de Internet conoce las infinitas posibilidades de camuflar la propia identidad que el ciberespacio permite; así, y sin ir más lejos, el propio señor Rafael es un ejemplo práctico de cómo se puede ser en Internet Melody, Angie o Mª. Ángeles sin dejar de ser en la vida real Rafael. Y es perfectamente posible que quien remite a un tercero una fotografía -o un vídeo- de una menor en posiciones obscenas, o masturbándose, la haya obtenido de alguna de las muchas páginas web que, desgraciadamente, se dedican a ofrecer este tipo de material; en la mayoría de ocasiones, amparándose en la impunidad que ofrecen determinados países poco escrupulosos al respecto. [...]”

Unos envíos que, teniendo en cuenta que existen muchas páginas web en las que unas mismas chicas -sean o no menores de edad- aparecen de ambas maneras, revelando su intimidad de un modo progresivo y supuestamente incitante, quizás podría haber llevado a cabo un tercero distinto de la protagonista de las fotografías, aprovechándose para poder hacerlo del material contenido en las páginas citadas”.

V.3.3.2. El elemento subjetivo del tipo de injusto adicional al dolo.

El art. 183 ter 1 contiene como uno de los elementos típicos la previsión de que la propuesta de encuentro trasladada al menor deba realizarse “a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 183 y 189”. Esta exigencia del tipo consistente en que el autor lleve a cabo la acción con la intención de comisión de un delito futuro, configura al *grooming* como un delito de dolo directo, también denominado por parte de la doctrina dolo reduplicado.

Asimismo, ese propósito de cometer sobre el menor un delito de agresión sexual, abuso sexual o la utilización de aquel para la producción de pornografía también determina, como bien destaca González Tascón, que nos encontremos ante un “delito de tendencia interna transcendente y dentro de éstos un delito mutilado en dos actos”⁴⁷⁶.

También Tamarit Sumalla define al delito como mutilado en dos actos, opinando acertadamente que las exigencias típicas respecto a la dimensión subjetiva de la conducta son superiores a las de la parte objetiva, excediendo el elemento subjetivo del injusto del contenido propio del dolo. Aboga el autor por una interpretación estricta del elemento subjetivo⁴⁷⁷.

Flores Prada detalla que es preciso que el acceso al menor, el contacto con el mismo y la proposición de un encuentro se encaminen a la comisión de alguno de los delitos citados en el precepto⁴⁷⁸. Sin embargo, debo discrepar en este punto ya que

⁴⁷⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 249.

⁴⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1187.

⁴⁷⁸ FLORES PRADA, *Criminalidad Informática*, p. 250.

considero que sería suficiente para que nos encontráramos ante la comisión del ilícito penal con el hecho de que la propuesta de encuentro sea la única que se haya realizado con el citado interés sexual. Así, bajo mi punto de vista, cometería el delito de *grooming* quien en un inicial acceso y contacto con el menor no tiene otra intención que entablar una amistad y sin embargo en un momento dado decide proponer un encuentro al menor con intenciones, en ese momento ya sí, de carácter sexual. Y cabe la anterior interpretación puesto que, como ya he apuntado anteriormente, el tipo no exige un contacto anterior a la propia propuesta de encuentro, de manera que podría entenderse que los iniciales contactos sin intención sexual son impunes y que el desarrollo de la conducta típica comienza con el primero de los contactos que propone el encuentro con intencionalidad de cometer alguno de los delitos de los arts. 183 o 189.

En relación con lo anterior, opina Álvarez Hernando que en caso de que la cita propuesta tenga como objetivo del acosador ir a un parque o tomar algo con el menor, los hechos no resultarían delictivos a pesar de que aquel tuviera pensado desde el primer contacto virtual mantener relaciones sexuales con el menor en una segunda o tercera cita que no han sido propuestas⁴⁷⁹. Comparto esta opinión, puesto que el penalizar dicha conducta adelantaría excesivamente la barrera de punibilidad, actuando en un momento tan temprano que la lesión del bien jurídico se presenta muy remota.

También Valverde Megías entiende que la finalidad de abuso o explotación no se refiere a la intención general del sujeto activo a la hora de entablar el contacto, sino al encuentro mismo. Y explica que en caso de que la cita que se ha propuesto por el delincuente al niño tenga una finalidad no sexual, como por ejemplo la de ir al cine, los hechos no serían delictivos aun cuando se acreditara que el sujeto activo tenía perfectamente planificado desde el primer momento mantener relaciones sexuales con el menor en un segundo encuentro aprovechando la confianza generada por el primero, si tal segunda cita no se hubiera propuesto⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, pp. 5-6.

⁴⁸⁰ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 15.

En cualquier caso, estamos en presencia de un elemento subjetivo del injusto que excluye tanto la posibilidad de comisión del delito de forma imprudente como con dolo eventual. Como señala Tamarit Sumalla “el tipo presenta una estructura caracterizada por su incongruencia por exceso subjetivo, ya que se exige una intención trascendente a los hechos cuya manifestación es requerida en el plano de la tipicidad objetiva”⁴⁸¹.

Es crítico con esta configuración Gudín Rodríguez-Magariños, quien mantiene que se ha llevado la presunción a tal extremo, maximizando las conjeturas e indicios, que se situará a cualquier acusación ante una “*probatio diabólica*”. Asegura que el tipo solo se podría entender partiendo del dato de que el imputado sea reincidente y haya cometido comportamientos análogos de modo que aquel “[...] parece preordenado para combatir conductas aparentemente asépticas de individuos previamente etiquetados o catalogados como pedófilos, por lo que comparte planteamientos del derecho penal de autor (*tätertypus*) o del funcionalismo sistémico de Jakobs ya que se adelanta la línea de represión, se exagera la punición y se persigue más al delincuente que al propio delito”⁴⁸².

En la práctica, la demostración de concurrencia de este elemento subjetivo será relativamente compleja⁴⁸³ y conllevará no pocos problemas en un procedimiento penal por lo que resultará inevitable tener que acudir para su acreditación a presunciones o indicios deducidos de la conducta externa del autor en los casos en que no haya una confesión de la intención por parte de este corroborada objetivamente. También es cierto que dicha dificultad probatoria se reducirá en casos en los que, como expone Flores Prada, el acceso al menor venga seguido de la obtención de fotografías, vídeos o grabaciones de voz de aquel⁴⁸⁴ o incluso no existirá tal dificultad en los supuestos en los que se llegue a cometer o al menos se

⁴⁸¹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1185.

⁴⁸² GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 2.

⁴⁸³ En este sentido se pronuncia acertadamente GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 250.

⁴⁸⁴ FLORES PRADA, *Criminalidad Informática*, p. 250.

intente el delito sexual pretendido, tal y como refiere Valverde Megías. Argumenta este que si llega a producirse el encuentro y a cometerse o intentarse el delito contra la indemnidad sexual procederá la condena siempre que concurren los demás requisitos del tipo puesto que la finalidad del encuentro podrá entenderse acreditada a la vista de lo sucedido en el mismo. Pero mantiene acertadamente, al igual que Álvarez Hernando, que los problemas de prueba sobre la intencionalidad del sujeto activo podrán plantearse en los supuestos en que se interrumpa la acción de aquel antes del encuentro, pues habrá que deducir la finalidad del contexto de la relación que se ha mantenido, según lo que resulte de las declaraciones de víctima y testigos y de las conversaciones que consten registradas así como de los datos y archivos informáticos a que se pueda acceder⁴⁸⁵.

En el caso analizado en la ya referida SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2014, si bien no se interrumpió la acción del sujeto antes del encuentro, sí en ese mismo momento, pese a lo cual el Tribunal tuvo elementos más que suficientes que le permitieron deducir la verdadera intencionalidad del *groomer*. Así, se explicaba que: “El principal problema de prueba se plantearía en cuanto al ánimo o finalidad del sujeto activo del delito, dado que se trata de un aspecto interno o subjetivo, debiendo acudir a la prueba de indicios, salvo confesión expresa del acusado, que en este caso ha negado tener intención de causar cualquier daño a la menor, debemos entender que tampoco mantener relaciones de tipo sexual con ella. Pues bien ese problema se resuelve sin duda para este Tribunal acudiendo al propio contenido de los mensajes; donde el acusado se refiere a la menor como cariño, se despide con un beso, le pregunta cosas tales como que le gusta hacer con los chicos o donde la va a llevar con la duda de que la dejen entrar en un hotel visto lo joven que es.

Teniendo en cuenta que de nada absolutamente de nada conocía el acusado a la menor, que además se plantea ayudarle económicamente si ‘se porta bien’, expresión que de nuevo nos remite al cariz sexual de la relación que pretendía entablar, que de hecho le recargó el móvil en alguna ocasión como relató la menor, el Tribunal no advierte ninguna otra finalidad del acusado como razonable, mas que la

⁴⁸⁵ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 15.

de mantener relaciones de tipo sexual con la menor, puesto que las demás que pudiera tener con ella no tendrían porqué desarrollarse en un espacio cerrado como un hotel, siendo explícitas las referencias cariñosas hacia la menor y de mantener relaciones de esta índole pese a la diferencia de edad. [...]

Este interés del acusado en que la niña se subiera con él al coche desvirtúa de nuevo su declaración en el sentido de que pensaba que era una persona mayor, porque al verla en persona, y ponérsele por tanto de manifiesto la minoría de edad, no se marchó o simplemente se quedó a charlar con ella en la estación sobre el porqué del anuncio, sino que insistía en llevarla al coche”.

Dichas consideraciones fueron refrendadas por el TS en su sentencia de 22 de septiembre de 2015, con ocasión de la tramitación del recurso de casación interpuesto contra la anterior. Decía el Tribunal que “El contenido sexual que el recurrente perseguía aparece exteriorizado a partir de las conversaciones que han sido incorporadas al relato fáctico, con expresiones referidas a la realización de actos, ‘lo que te gusta, lo que a ti te guste’, hasta referencias a lugares a los que acudir, el hotel”.

Otro supuesto de facilidad de prueba sobre la intencionalidad del sujeto por la comisión del posterior delito sexual es el caso examinado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 22 de septiembre de 2015, en donde se consideró acreditado que el acusado había cometido un delito de abuso sexual⁴⁸⁶ por lo cual, la finalidad del contacto previo mantenido por el sujeto activo con la menor víctima a través de *Facebook* vino casi inevitablemente unida a dicha circunstancia,

⁴⁸⁶ SAP Albacete, de 22-09-2015: “HECHOS PROBADOS. El 11 de septiembre de 2013 el procesado, Celso, mayor de edad, nacido el NUM000 -1989 en Bolivia, con NIE nº NUM001, sin antecedentes penales, sin residencia legal en territorio español y en situación de privación de libertad por esta causa desde el 21 de septiembre de 2013, mantuvo contacto a través de la red social Facebook con Gabriela, de 12 años de edad (nacida el NUM003 -2000), y, con la intención de mantener con ella relaciones sexuales, sabiendo que tenía 12 años, le propuso encontrarse al día siguiente en su domicilio con la excusa de conocerse personalmente.

Como la menor aceptó dicha propuesta, el día 12 de septiembre de 2013, sobre las 09:30 horas, acudió al domicilio del procesado, sito en la CALLE000 nº NUM002 de la localidad de Hellín, y el procesado, una vez allí, la subió a su habitación ubicada en la segunda planta de la vivienda, donde, actuando con ánimo de satisfacer su deseo sexual, la tumbó sobre la cama, le quitó las bragas y se puso encima de ella, penetrándola por vía vaginal, produciéndole el desgarramiento del himen. [...]”.

a pesar de que no constaba el contenido de las conversaciones mantenidas entre ambos. Siendo así, las justificaciones que se pretendieron dar para explicar la propuesta de encuentro, diferentes de una intencionalidad sexual, no se dieron por buenas.

Así, dice la sentencia (FD 3º) “El acusado explicó en el juicio que el motivo de encontrarse personalmente con la menor era el interés de esta de pertenecer a una peña que él gestionaba, para lo que tenía que pagar una cuota. Pero sobre esa cuestión no dijo nada en sus anteriores declaraciones, en las que dio a entender que simplemente él y la menor querían conocerse. Además, no existe ninguna prueba sobre la existencia de la peña aludida”.

También resulta ilustrativa la SAP Ourense, de 4 de octubre de 2013, a la hora de comprobar a qué actitudes y manifestaciones del sujeto atienden los Juzgadores para estimar la concurrencia del dolo específico que se requiere para la comisión del delito de *grooming* y que llevan a concluir que aquel tenía la intención, en este caso concreto muy clara por ser expresa, de cometer sobre el menor determinados delitos sexuales. A través de los hechos probados de la sentencia del Juzgado de Menores de Ourense de fecha 13 de mayo de 2013, que la Audiencia Provincial acepta y da por reproducidos, se establece que: “[...] Tomás, a sabiendas de que Casilda tenía doce años ya que así se lo había manifestado esta por el móvil, empezó a enviarle reiterados whatsaps a Casilda proponiéndole quedar con ella para realizar actos sexuales. En concreto:

El 02/09/2012, a las 12,04 horas, tras proponerle él quedar con ella y negarse Casilda manifestándole que tiene doce años y que no puede quedar con un chico de diecinueve, Tomás le dice que tiene diecisiete años y le escribe: ‘yo ha he follado y chupado, ee y tú no’. Tomás le habla de sexo oral, de que a él se la han chupado y que él también a alguna chica y le preguntaría ‘Xuparías conmigo. Es decir...tú a mí’, ‘te gustaría probar a xuparmela’, respondiéndole Casilda en este momento que ella no sabe cómo hacerlo ya que tiene doce años. El mismo día 02/09/2012, sobre las 14,36 horas, Tomás le envía otro whatsapp en el que le dice: ‘Me mandas una foto en suje, luego yo una de la polla y tú de tus tetas. OK’, enviándole Tomás una foto de

un pene erecto y contestándole Casilda que es un pederasta y que tiene doce años, insistiendo de nuevo Tomás en quedar con ella y proponiéndole que si quedan le enseña el pene a ella sola y le deje que se lo toque.

El 11/09/2012 Tomás vuelve a enviarle varios whatsaps a Casilda, insistiendo en quedar con ella y le dice ‘¿Tú eres de las que se lía? De las que se lía y xupa? De las que se lía y paja) no sé cómo eres’. Le sigue preguntando ‘y q xuparías kn kondon o sin él?’, insistiendo Tomás en que quedaran y en que le permitiera realizar tocamientos”.

La Audiencia (FD 4º) “[...] aprecia, por tanto, que el menor recurrente (próximo a la sazón a la obtención de la mayoría de edad) conjugó con su conducta el verbo núcleo del tipo penal examinado, realizando actos evidentes de proposición sexual con innegable intención de concertar encuentro de tal naturaleza con la víctima, menor de 13 años”.

Otro aspecto destacado por la doctrina es la ausencia de referencia, entre los delitos a los que puede ir orientado el ánimo subjetivo del autor, a otras figuras delictivas como el exhibicionismo y la provocación sexual⁴⁸⁷ o la prostitución (arts. 187 y 188 CP)⁴⁸⁸. Sin embargo Núñez Fernández entiende que esta objeción carece de fundamento ya que el contacto a través de las TIC con la finalidad de que los menores se prostituyan puede quedar incluido en el art. 187.1 que no exige una u otra forma de contacto⁴⁸⁹. Creo que con esta apreciación el autor no aporta una verdadera solución a las quejas, lógicas, de la doctrina, que se refieren a que no ha quedado

⁴⁸⁷ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, “De los abusos y agresiones”, p. 100.

⁴⁸⁸ Por todos, ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, pp. 11-12. “El ciber acoso tiene una estructura realmente compleja, plantea el arduo problema de la prueba del elemento subjetivo de que le ha dotado el legislador y abre una interrogación a propósito de por qué no figuran los delitos de los arts. 187 y 188.2 y 3 entre los que persigue cometer el ciber acosador. [...] Al margen de la valoración que pueda merecer el tipo de acción del art. 183 bis, no acaba de entenderse que se haya dejado fuera del delito comentado la propuesta de concertar un encuentro para favorecer o determinar la prostitución del menor, que no es menos dañina para su formación y su futuro que participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la realización de material de este género”. En el mismo sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 250 y BOIX REIG, *Derecho Penal*, p. 357.

⁴⁸⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 196.

penalizado de forma autónoma el acto preparatorio del delito de prostitución. Y digo lógicas, desde el punto de vista de la homogeneidad de tratamiento que sería deseable en todos los citados casos por el similar desvalor que representan, pero como ya he reiterado en varias ocasiones, en todos los supuestos me parece excesiva la intervención penal.

Quedaría en este apartado por analizar si la finalidad de cometer un delito contra la libertad o indemnidad sexuales se puede entender referida a un tercero distinto del sujeto pasivo con quien se contacta a través de las TIC. Comparto la respuesta negativa de Rovira del Canto a esta pregunta argumentando que la pretensión del legislador al introducir el precepto fue proteger a los menores frente a adultos que a través de medios tecnológicos buscan la confianza de éstos concertando encuentros con la finalidad de conseguir actividades sexuales y en este caso devendría la adecuada subsunción punitiva en el delito sexual cometido o pretendido cometer contra dicha tercera persona⁴⁹⁰. Cuestión distinta es la referencia en el apartado segundo del artículo a la posibilidad de que el sujeto activo solicite material pornográfico o imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca “un menor”, asunto que trataré en el apartado correspondiente de este trabajo.

La regulación del tipo anterior a la última reforma del CP contenía un mayor número de delitos hacia los que podía ir orientado el ánimo subjetivo del autor, pues el art. 183 bis se refería concretamente a los artículos 178 a 183 y 189. Ello dio lugar a innumerables críticas por parte de la doctrina. Muchos autores eran partidarios de una aplicación restrictiva de la remisión del artículo, limitándola, en concordancia con las exigencias del Convenio de Lanzarote, al ánimo subjetivo del autor dirigido a la comisión de abusos o agresiones sexuales con menores que no hubieran alcanzado la edad para otorgar válido consentimiento sexual o bien a la producción de pornografía infantil con dichos menores⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ ROVIRA DEL CANTO, “Ciberdelincuencia intrusiva”, p. 17.

⁴⁹¹ Por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 693.

La anterior remisión de carácter tan amplio sorprendió, entre otras cosas, por incluir los arts. 178 a 182 CP, referidos a agresiones, abusos sexuales y violación cuyo sujeto pasivo era una persona mayor de edad o mayor de trece años, cuando la víctima del *grooming* debía ser menor de dicha edad. Se excedía así la normativa penal española de lo que le era exigible en cumplimiento del Convenio de Lanzarote, que determina como sujeto pasivo del delito al menor que no hubiera alcanzado la madurez sexual.

Entre las críticas recibidas se encuentra la de Muñoz Cuesta, quien califica la remisión como redundante o como el resultado de un defecto de técnica legislativa⁴⁹² y, en igual sentido, las de Valverde Megías⁴⁹³ y Díaz Cortés⁴⁹⁴. No obstante, puede entenderse que la referencia a dichos preceptos pudo obedecer a la posibilidad de que el sujeto pasivo superara los trece años durante el proceso de acercamiento⁴⁹⁵. La edad de la víctima solo es relevante en el momento en que se produce el contacto con el menor y propuesta de encuentro con la finalidad sexual específica tantas veces referida en este trabajo. Una conclusión que, en opinión de González Tascón, refuerza el planteamiento de la identificación de la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC como uno de los bienes jurídicos protegidos⁴⁹⁶.

⁴⁹² MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 136. “[...] siendo evidente que al tratarse el sujeto pasivo de un menor de trece años no puede tener el autor intención de perpetrar alguno de los delitos de los arts. 178 a 182 CP, puesto que éstos se refieren a mayores de esa edad y esas mismas conductas están recogidas para los menores de trece años en el art. 183 CP, por tanto esa remisión es redundante o sin más un defecto de técnica legislativa, debiendo de tener el propósito de llevar a cabo los tipos del art. 183 ó del 189 CP”.

⁴⁹³ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 15: “[...] al establecer el artículo 183 bis que exclusivamente los menores de trece años puedan ser víctimas hubiera bastado con la remisión al artículo 183, que abarca todo abuso o agresión sexual contra los niños que no alcancen tal edad”.

⁴⁹⁴ DIAZ CORTES, “Algunas consideraciones”, p. 19: “[...] si tomamos en cuenta que según la última reforma del Código Penal, el artículo 183 vino a regular las agresiones y los abusos sexuales a menores de 13 años, debemos entender que una adecuada remisión del artículo 183 bis, debió hacer alusión a los artículos 183 y 189 del CP, ya que en los mismos el sujeto pasivo es un menor de 13 años”.

⁴⁹⁵ En este sentido FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p. 157.

⁴⁹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 250.

Rodríguez Vázquez, quien como hemos visto defiende que el bien jurídico protegido por el artículo es la indemnidad sexual, entiende que la única forma de justificar la inclusión entre los delitos-fin, como él llama a los delitos en los que se exige un ánimo subjetivo del injusto adicional al dolo, de los artículos 178 a 182 “es pensar que el legislador pretende abarcar el *grooming* que se ejerce sobre una persona menor de trece años esperando, por ejemplo, agredir sexualmente a la víctima una vez supere esa edad o, incluso, una vez alcance los dieciocho años de edad, circunstancias que, por cierto, deberían ser abarcadas por el dolo del autor”⁴⁹⁷.

Debemos tener en cuenta que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE exigían tan amplia remisión como anteriormente existía, limitándose dichos instrumentos normativos a hacer referencia a conductas de abuso y agresión sexual y producción de pornografía infantil.

Así, tras la reforma introducida por LO 1/2015 el legislador ha corregido en parte el error técnico de que adolecía el anterior artículo, eliminando la remisión a los arts. 178 a 182, de modo que actualmente se configuran únicamente como elementos tendenciales del sujeto pasivo las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años y las conductas de tráfico de pornografía infantil y corrupción de menores. No obstante, se sigue manteniendo la remisión *in totum* al art. 189, que tantos problemas interpretativos ha suscitado y que analizaremos a continuación. Tampoco podemos pasar por alto que precisamente la citada reforma ha afectado a los arts. 183 y 189, ampliándose los hechos típicos contenidos en los mismos.

Pillado Quintas interpreta que con la supresión de la referencia a los arts. 178 a 182, en el caso de que el sujeto activo intente concertar un encuentro con el menor de dieciséis años realizando actos materiales para la comisión de un delito sexual, pero para perpetrarlo cuando el menor ya se halle en la horquilla de edad de los dieciséis a los dieciocho años, todos los actos preparatorios de ciberacoso para

⁴⁹⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 10.

conseguir la comisión del delito contra la libertad sexual serían impunes, castigándose únicamente el delito sexual que finalmente se pudiera cometer⁴⁹⁸.

Creo que debería hacerse una matización a la anterior interpretación. En primer lugar, los actos materiales que contempla el art. 183 ter son los encaminados al acercamiento y no los dirigidos a la comisión del delito sexual propiamente. Por tanto, si la intención del sujeto activo es cometer el delito sexual una vez el menor contactado supere los dieciséis años, lo lógico sería que el encuentro se propusiera para cuando se de esta última circunstancia, con lo cual, las conductas desplegadas no encajan en el art. 183 ter CP. Por otro lado, si se intenta concertar el encuentro, parece entenderse según dice el autor, para cuando el menor no ha cumplido aún dieciséis años, se supone que el sujeto activo no concertará ese encuentro con la intención de cometer el delito, que lo va a postponer hasta que el sujeto pasivo cumpla al menos diecisiete años, por lo que tampoco la conducta será punible conforme al art. 183 ter, porque falta la finalidad delictiva en ese encuentro. Independientemente de ello, lo que el autor denomina actos preparatorios de ciberacoso no serían impunes siempre que pudieran penalizarse como delito de amenazas, coacciones u otro.

Con la reforma se sigue manteniendo la ausencia, entre los delitos a los que debe ir orientado el ánimo subjetivo del autor, de la prostitución infantil y tampoco se ha incluido el nuevo art. 183 bis que castiga a quien con fines sexuales determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, omisión esta última criticada por Rodríguez Vázquez, quien entiende que esta finalidad será una de las que con más frecuencia persiga el autor del delito de *grooming*⁴⁹⁹.

Como curiosidad, señalar que llama la atención que Orts Berenguer, al hablar del nuevo artículo proyectado, destaque como única diferencia de regulación

⁴⁹⁸ PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 18.

⁴⁹⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 16.

respecto al anterior art. 183 bis, la edad del sujeto pasivo, pasando por alto esta importante modificación respecto a los delitos que debe abarcar el ánimo subjetivo del sujeto activo⁵⁰⁰.

En cuanto a la remisión que el precepto hace al art. 189 debo destacar las dudas interpretativas que ello ha venido generando incluso en el caso del anterior art. 183 bis.

Si bien el citado art. 189 ha sido objeto de modificación en la reforma del CP de 2015, tanto en el momento actual como antes de dicha reforma abarca un elenco tan amplio de conductas referentes al exhibicionismo y pornografía infantil (captación de menores para elaboración de material de ese tipo, producción, venta, distribución, exhibición, difusión y posesión) que debe analizarse si sería conveniente abogar por una interpretación restrictiva, acorde con el contenido del art. 23 de la Convención Europea y de la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, referidas únicamente a los casos de producción de pornografía infantil y dejar así fuera otros comportamientos relacionados con la misma como la oferta, distribución o posesión, u optar por una interpretación literal de la norma y considerar que el legislador ha querido que la remisión se refiera a todas las modalidades delictivas contempladas en el art. 189 CP⁵⁰¹.

Pues bien, gran parte de la doctrina, entre otros Tamarit Sumalla⁵⁰² o Ramos Vázquez⁵⁰³, ha optado por entender limitada la remisión a los supuestos del apartado 1. a) del art. 189: captación y utilización del menor para la elaboración de material

⁵⁰⁰ ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 11. Dice que “El art. 183 bis CP y el 183 ter 1 del Proyecto coinciden en todo salvo en la edad límite del sujeto pasivo”.

⁵⁰¹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 2. Se pronunciaba ya el autor sobre la extensión de la remisión, haciendo referencia al anterior art. 183 bis, comparativamente con lo exigido por el art. 23 del Convenio Europeo.

⁵⁰² TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1186, descarta la relevancia típica del hecho de pretender exhibir o facilitar material pornográfico al menor para uso de este o difusión a otras personas.

⁵⁰³ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, pp. 6-7.

pornográfico o para que participe en espectáculos exhibicionistas o pornográficos⁵⁰⁴, explicando Muñoz Cuesta que las demás conductas del art. 189 no encajan en lo que pueda hacer el sujeto del acercamiento al menor, como por ejemplo distribuir o poseer material pornográfico con menores⁵⁰⁵.

Por su parte, Núñez Fernández, refiriéndose a la regulación anterior a la reforma, llevaba a cabo una interpretación más extensiva que los anteriores autores, al incluir entre las conductas del art. 189 a que entendía hecha la remisión las contenidas en su párrafo cuarto: hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de este⁵⁰⁶.

La reforma llevada a cabo por LO 1/2015, en definitiva, a pesar de las críticas doctrinales que ya había recibido la regulación del delito de *grooming* por la remisión íntegra al art. 189 CP, la ha mantenido, lo cual seguirá suponiendo la dificultad de delimitar las conductas incardinables en el art. 183 ter apartado primero de las del art. 189.1 a)⁵⁰⁷. Es por ello que de *lege ferenda* sería deseable una mayor limitación de la remisión, punto en el que coincido con la opinión de Villacampa Estiarte⁵⁰⁸, sin perjuicio de que en la actualidad, la legalidad obligue a tener en cuenta la totalidad de ambos preceptos (art. 183 y art. 189).

V.3.4. Tipo cualificado.

En caso de que el autor haya utilizado la coacción, intimidación o engaño para captar la voluntad del menor, en concreto para obtener el acercamiento,

⁵⁰⁴ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4, señala que la mayoría de la doctrina interpretaba la remisión del art. 183 bis al art. 189 como referida tan solo a las conductas del art. 189.1.a) CP.

⁵⁰⁵ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 137.

⁵⁰⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 196.

⁵⁰⁷ En este sentido, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, p. 441.

⁵⁰⁸ Así lo propone VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 206.

la pena se aplicará en su mitad superior, tal y como se detalla en el inciso segundo del art. 183 ter 1, es decir, la extensión de la pena en dicho supuesto será la de prisión de dos a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

Como ya se ha indicado, en la inicial propuesta del Grupo Popular para la creación del nuevo delito, la comisión de la conducta mediante la coacción, intimidación, engaño u otro ardid formaba parte del tipo básico, pero a través de la enmienda transaccional de la que derivó la inclusión del delito en el CP, los medios comisivos engaño, coacción e intimidación pasaron a integrar el tipo cualificado. Y así se ha mantenido tras la última reforma, a pesar de que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE exigían el establecimiento de un tipo cualificado. Pero no solo no lo exigían sino que de los mismos se desprende que la incriminación de la conducta de *grooming* es necesaria precisamente por la posibilidad de que el adulto consiga un acercamiento al menor “aparentando” (o sea, engañando sobre) ser menor de edad.

Como se deduce de la interpretación literal del precepto, será suficiente la concurrencia de una sola de las circunstancias citadas para que se aplique el tipo cualificado⁵⁰⁹.

Por otro lado, no podemos pasar por alto que, como bien apunta Ferrandis Ciprián, entre la coacción, la intimidación y/o el engaño empleados y el acercamiento logrado debe existir un nexo causal, es decir, que haya sido precisamente la utilización de esos medios la que ha provocado la aceptación del acercamiento por parte del menor⁵¹⁰. Pero en este punto debemos preguntarnos qué se entiende por acercamiento ya que si asimilamos este al encuentro entre sujeto activo y pasivo, que, sea físico o virtual, no es necesario que sea aceptado por el menor, según la propia jurisprudencia mantiene, la consecuencia sería que solamente en aquellos casos en que el menor hubiera aceptado el encuentro propuesto por el sujeto activo se podría aplicar el tipo cualificado, lo que parece que no ha sido la

⁵⁰⁹ Por todos, MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 137.

⁵¹⁰ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 198.

voluntad del legislador. Pero para entender lo contrario, es decir, que cabe la aplicación del tipo agravado incluso en el caso de que no se haya aceptado por el menor la propuesta de encuentro, deberíamos interpretar la palabra “acercamiento” como aproximación emocional o estrechamiento de lazos con la víctima. En ese caso la indeterminación del concepto causaría una gran inseguridad jurídica porque no está claro cual es la línea divisoria a partir de la que puede considerarse que se ha “obtenido” ese acercamiento.

En este sentido, destaca Villacampa Estiarte, una de las autoras más críticas con la introducción de la agravación, la deficiente redacción utilizada por el legislador, al requerirse el empleo de la coacción, intimidación o engaño para “obtener” el acercamiento cuando según el tipo básico no es preciso que este acercamiento se produzca, sino solo los actos materiales tendentes al mismo⁵¹¹.

Otra de las cuestiones importantes que deben tratarse en relación con el tipo cualificado es el sentido que deba darse a los términos empleados en el precepto: coacción, intimidación y engaño, que genera dudas interpretativas como la que plantea Cancio Meliá, para quien “la coacción parece difícil, a menos que el término se utilice en un sentido extraño, cuando aún no hay encuentro personal; el engaño parece consustancial a la conducta del tipo básico, y la amenaza genera un problema concursal innecesario”⁵¹².

Según Tamarit Sumalla la interpretación de dichos términos no debe realizarse a partir del sentido que se les da cuando son legalmente previstos como medios de comisión de los delitos de agresión o abuso sexual⁵¹³.

Por su parte Boix Reig es partidario de que los medios típicos, coacción, intimidación y engaño, se interpreten en su pleno sentido técnico-jurídico por razones sistemáticas y en atención al principio de legalidad⁵¹⁴.

⁵¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 691-692.

⁵¹² CANCIO MELIÁ, *Delitos sexuales*, p. 374.

⁵¹³ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1187.

Las dudas interpretativas generadas por la redacción del precepto penal unidas al hecho de que las condenas por el delito que hasta ahora se han producido lo han sido en mayor número por el tipo básico, contrariamente a lo que la mayor parte de la doctrina opina que es la forma habitual de actuar del *groomer*, hacen conveniente eliminar el tipo agravado y que dichas modalidades comisivas pasen a formar parte del tipo básico, sin perjuicio de la influencia que la utilización de unos u otros medios comisivos deban tener en la individualización de la pena.

En este aspecto coincido con Villacampa Estiarte, que ya antes de la modificación del precepto penal por LO 1/2015, consideraba que el tipo cualificado debía desaparecer pasando a formar parte del tipo básico la coacción, la intimidación y el engaño. Sin embargo la argumentación de la autora era precisamente la contraria, que el *modus operandi* habitual del sujeto activo consiste no solo en actuar con engaño sino con empleo de una situación de superioridad cuando exista una importante diferencia de edad y experiencia entre el adulto y el menor⁵¹⁵. Una vez modificado el precepto mediante LO 1/2015 y no alterado en cuanto a su tipo cualificado, sigue mantenido su propuesta, con la finalidad de dotar de mayor contenido de injusto a la conducta en aquellos supuestos en que se actúe valiéndose del engaño o de una situación de superioridad derivada de la diferencia de edad⁵¹⁶.

A pesar de ser crítica con la existencia del tipo agravado, no comparto la opinión de Hernández Guerrero, quien afirma que los supuestos de agravación no tendrán lugar nunca, ya que según él, unas conductas son de imposible aparición, refiriéndose a la violencia en el ámbito virtual, y otras, como el engaño, son de ineludible concurrencia para la comisión del delito; en concreto el engaño simulando el actor una identidad y edad diferente a la real⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Vid. BOIX REIG, *Derecho Penal*, p. 358.

⁵¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 691-692.

⁵¹⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 196.

⁵¹⁷ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 527.

Si bien considero, como he dicho, que lo más conveniente es que los medios comisivos formen parte del tipo básico, entiendo que tal y como está redactado el precepto, los supuestos de agravación no solo podrán aplicarse, sino que de hecho, en muchos casos, nos encontraremos con la aplicación efectiva del tipo agravado por el empleo de engaño, como así ha sido en la SAP Cádiz, de 14 de mayo de 2012 o la SAP Barcelona, de 19 de julio de 2013.

Por otro lado, a pesar de que pudiera pensarse que el engaño concurrirá en la gran mayoría de los casos de *grooming*, lo que también puede ocurrir con la coacción e intimidación, la aparición de los mismos no es indispensable, contrariamente a lo que opina Álvarez Hernando, quien expresamente afirma que los elementos intimidatorios y coaccionantes siempre concurrirán en el delito de *grooming*⁵¹⁸. Véanse, por ejemplo, varias de las sentencias ya citadas, como la SAP Jaén, de 11 de mayo de 2015, o la STS de 22 de septiembre de 2015, confirmatoria de la SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2014.

Como indica Cugat Mauri, uno de los posibles supuestos de aplicación del tipo básico es el de una relación que se ejerce a través de un abuso de superioridad sobre el menor⁵¹⁹.

Conviene llamar la atención precisamente sobre el hecho de que, a pesar de que es generalizada la creencia de que el *groomer* actúa, habitualmente, empleando engaño, ya he adelantado que de entre las sentencias dictadas hasta la fecha en relación con el que hoy es art. 183 ter, son más las que aplican el tipo básico, o sea, sin engaño, que el agravado.

En cuanto a cómo debe interpretarse el tipo cualificado en relación con el significado de los términos empleados en él, así como las consecuencias derivadas de

⁵¹⁸ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 6.

⁵¹⁹ CUGAT MAURI, “La tutela penal”, p. 4.

su concurrencia por lo que respecta a la pena a imponer, deben distinguirse los tres supuestos.

V.3.4.1. Coacción.

Examinando la descripción del desarrollo de las conductas de *grooming* que se viene haciendo desde la doctrina, no es difícil encontrar casos en los que se identifica a dicho fenómeno con una situación de coacción hacia el menor víctima⁵²⁰. Evidentemente, ello supone una limitación descriptiva no amparada por la literalidad del tipo penal básico, pues como reiteradamente he manifestado a lo largo de este trabajo, el mismo no exige el empleo de amenazas o coacciones, por más que este modo de actuar, a decir de muchos autores, pueda ser habitualmente empleado por los *groomers*.

Teniendo en cuenta que el significado del delito de coacciones que se describe en el art. 172.1 pfo. 1 CP permite incluir, según doctrina y jurisprudencia mayoritarias, el empleo de violencia y de fuerza contra las personas o las cosas, parece poco probable que, dado el tipo de relación virtual que se establece entre sujeto activo y pasivo, el legislador pretendiera emplear el término coacción en el expresado sentido.

Así opina, entre otros, Muñoz Cuesta, proponiendo la interpretación del vocablo como apremio, exigencia o mandato, que no llegue a constituir una amenaza o intimidación, puesto que esta forma ya está prevista expresamente en el propio precepto, refiriéndose al art. 183 bis⁵²¹.

En igual sentido que el anterior se pronuncia Hernández Guerrero⁵²².

⁵²⁰ Véase, por ejemplo, GIL ANTÓN, “El fenómeno”, pp. 243-245, que parece limitar el *grooming* a una “situación de extorsión”, según sus propias palabras.

⁵²¹ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, pp. 136-137.

⁵²² Vid. HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, pp. 526-527.

Definida la coacción como apremio o mandato, si esta se produce parece claro que lo que procede es la aplicación del tipo agravado del delito de *grooming* excluyendo, en virtud del principio *non bis in idem*, la condena también por el delito de coacciones. Así se pronuncian, entre otros, Mendoza Calderón⁵²³ y Valverde Megías⁵²⁴. Para evitar dudas interpretativas, Frago Amada sugiere que habría resultado más adecuado el empleo del término “violencia”⁵²⁵, pero ya hemos expresado las dificultades interpretativas que ello supondría en el ámbito de una relación virtual.

V.3.4.2. Intimidación.

La interpretación de este término no debería presentar mayor problema y ser entendido como el empleo de alguna forma de doblegar la voluntad del menor en aras a conseguir el acercamiento con este, teniendo en cuenta su edad y madurez.

Entre las definiciones de “intimidación” propuestas por la doctrina, me parece acertada la que realiza Muñoz Cuesta, quien la describe como una amenaza de un mal, expreso o tácito, que hace el partícipe al menor de dieciséis años, no constitutivo de tal delito porque está ya previsto como tipo agravado en el art. 183 ter 1 CP, asimilando la intimidación a la que concurre en el delito de robo o extorsión, que en definitiva no es más que una amenaza que forma parte del conjunto de otro tipo penal⁵²⁶.

Tamarit Sumalla propone por su parte que la intimidación “[...] debe ser valorada en el contexto de un acto dirigido a evitar que el menor interrumpa el

⁵²³ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 162-163. Es partidaria de esta opinión la autora, si bien realiza alguna matización respecto a las amenazas, que será expuesta en apartados siguientes dedicados al concurso de delitos.

⁵²⁴ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 17.

⁵²⁵ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 2.

⁵²⁶ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, pp. 137-138. El autor hace referencia realmente al menor de trece años y al art. 183 bis CP por haber escrito su artículo con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada por LO 1/2015.

contacto o informe del hecho a sus padres o acepte un encuentro, como por ejemplo amenazar con avisar a los padres sobre aspectos de su intimidad a los que haya conseguido tener acceso u otros medios idóneos teniendo en cuenta la edad y circunstancias de la víctima para doblegar la resistencia del menor”⁵²⁷. En igual sentido Lamarca Pérez habla de amenazar al menor con revelar sus secretos o exhibir fotografías comprometidas⁵²⁸.

Observamos, por tanto, la sutil línea divisoria que separa en el delito de *grooming* la coacción y la intimidación. De hecho, en ambos casos la doctrina expone como ejemplo la amenaza de difusión de imágenes del menor desnudo. Los efectos prácticos de considerar que ha existido uno u otro tipo comisivo serán realmente poco importantes puesto que, como ya he dicho, con la concurrencia de solo uno de ellos, se aplicará el tipo agravado. Otra cosa es que la intensidad de la intimidación o el engaño o el hecho de emplear uno o los dos medios tengan sus efectos en la individualización de la pena.

El reciente estudio de Villacampa Estiarte y Gómez Adillón “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*” indica que únicamente 6 de los 489 encuestados afirmaron que el *groomer* había amenazado o se había puesto violento, no superando el 18%, en el caso de *grooming* procedente de adultos, aquellos casos en los que se había empleado violencia o intimidación⁵²⁹.

Lo anterior, a pesar de que no tenemos la definición exacta de lo que los encuestados consideraron violencia o intimidación, parece indicarnos que no es tan prevalente el empleo de los mismos en el delito de *grooming* como se había supuesto.

Señalar, como dato curioso, que Hernández Guerrero sitúa el empleo de la intimidación en una fase intermedia del delito, o en lo que él denomina la fase

⁵²⁷ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1187.

⁵²⁸ LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad”, p. 194.

⁵²⁹ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, pp. 20-21.

descendente, una vez se han cometido los hechos que atentan contra la libertad sexual del menor⁵³⁰.

Ahora bien, el aplicar el tipo agravado y no el delito de coacciones o amenazas puede resultar en ocasiones más beneficioso para el acusado. Así lo explica González Tascón, quien considera que bien pudiera haberse introducido la exclusión de apreciación del tipo cualificado cuando el medio empleado para el acercamiento de lugar por sí mismo a un delito más grave, lo cual permitiría aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico del artículo 183 ter 1 y el correspondiente delito de coacciones o amenazas.

Propone la autora el siguiente ejemplo: el sujeto activo que habiendo contactado con un menor y haberle propuesto un encuentro le amenaza con difundir algunas fotografías de carácter pornográfico suyas si no acepta verse con él en un determinado lugar. “El hecho de que esa amenaza forme parte del tipo cualificado podría dar lugar a que en caso de que el menor acepte y el acercamiento tenga lugar, el tipo penal aplicable sea precisamente ese, que, como hemos visto, prevé una pena alternativa de prisión o multa. Si no existiera este, la calificación de los hechos descritos (prescindiendo de la relevancia de la posesión de pornografía infantil) daría lugar a un concurso medial de delitos entre el tipo básico del artículo 183 *bis* (pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses) y un delito de amenazas condicionales del 169.1º (pena de prisión de uno a cinco años), que con arreglo a las reglas que disciplina la determinación de la pena en los concursos mediales de delitos (art. 77) comportaría la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, esto es, la pena prevista para las amenazas, una pena única de prisión de tres a cinco años. Penalidad que resulta más grave que la prevista en el tipo cualificado”⁵³¹.

⁵³⁰ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, pp. 526-527.

⁵³¹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 251.

En discrepancia con lo anterior, hay autores que consideran que en los casos en que se emplee la amenaza para conseguir el acercamiento con el menor, procederá aplicar el principio de alternatividad del art. 8,4º CP⁵³².

Una de las formas habituales de coaccionar al menor para lograr el acercamiento consistirá en la posibilidad de difusión de determinadas imágenes comprometidas suyas que el sujeto activo haya podido conseguir con o sin su consentimiento. Fernández Teruelo dice que “En este contexto puede plantearse el castigo de la llamada “*sextorsión*” (*sextortion*), en la cual se coacciona a una persona por medio de imágenes o vídeos de sí misma desnuda que ha compartido a través de Internet mediante *sexting* (envío a través del móvil o Internet de imágenes de contenido sexual). La víctima es posteriormente coaccionada para tener relaciones sexuales con el chantajista, para producir pornografía u otras acciones. Para su tipicidad serían necesarios los actos de acercamiento (por ejemplo, concertar una cita y acudir a ella)”⁵³³.

A pesar de que, por la utilización habitual que los menores hacen de Internet y las redes sociales, sean conocedores de que existe esa posibilidad de que sus imágenes sean grabadas y difundidas, el tipo agravado deberá ser aplicado en aras a proteger a dichos menores que aún no han alcanzado siquiera la edad de consentimiento sexual. Realiza una reflexión sobre este aspecto la sentencia de la AP de Girona, de 31-03-2011 en relación a unos hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010. Se pregunta la Sala en el FJ 4º, pfo. 3 de la sentencia “[...] si, a la luz de los usos sociales vigentes, amenazar a una adolescente con difundir en Internet unas imágenes obscenas en cuya producción ella misma ha colaborado libremente -por más que no pueda darse validez legal a su consentimiento, al ser una menor- y que además ha entregado voluntariamente a una persona desconocida, perdiendo así el control sobre su futura e hipotética difusión, es un acto con la gravedad objetiva suficiente como para ser constitutivo de delito. [...]

⁵³² GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, p. 732.

⁵³³ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p. 158.

La Sala, sin embargo, entiende que la protección de los menores de edad es un imperativo social tan evidente que debe alcanzar incluso aquellos supuestos en los que las víctimas, por decirlo sin rodeos, parecen haber evitado consciente e intencionalmente dicha protección. En otras palabras, que el interés social, en estos casos, obliga al Tribunal a entender que la conducta enjuiciada constituye la amenaza de un mal que, en abstracto, es de una indiscutible gravedad para el desarrollo de la personalidad de la víctima; haciendo así la amenaza constitutiva de delito. Aunque, sin duda, las menores implicadas no lo hayan apreciado así”.

Por fin, debemos contemplar la posibilidad de que las imágenes con cuya publicación se amenaza al sujeto pasivo no existan realmente, lo cual, entiendo que no impediría la aplicación del tipo agravado. De hecho, la aplicación del delito de amenazas en el supuesto indicado, ya ha sido resuelta por los Tribunales. Así, la SAP Bizkaia nº 759/2008, recurso nº 467/2008, de 18 de noviembre de 2008, condenó al acusado por un delito de amenazas, sin que hubiera quedado acreditado que realmente el sujeto activo poseía las grabaciones con cuya publicación amenazó a la menor.

V.3.4.3. Engaño.

Venimos reiterando desde prácticamente el inicio de este trabajo que se ha descrito como una dinámica habitual de comportamiento que presentan los acosadores por Internet la utilización del engaño, el mentir al menor sobre su edad, sexo y/o sobre sus verdaderas intenciones, a fin de conseguir la confianza de dicho menor y que finalmente este acceda a sus deseos, o incluso simular ser un amigo suyo⁵³⁴. Es precisamente por ello que desde un primer momento la doctrina auguró que, en la práctica, la gran mayoría de los casos de *grooming* tendrían su encaje en

⁵³⁴ Este último ejemplo es planteado por LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad”, p. 194. También destaca la importancia del engaño (autor del delito que no es quien dice ser) para obtener la confianza del menor, RUBIO LARA, “Acoso sexual”, p. 157.

este tipo agravado⁵³⁵. De hecho, hay autores que incluso opinan que el engaño siempre se va a dar en los supuestos de *grooming*⁵³⁶.

Por mi parte, insisto una vez más en que, tal y como la doctrina venía describiendo el fenómeno, podía llegar a pensarse que la dinámica habitual del *grooming* puede conllevar el engaño al menor, pero ello no se refleja en la jurisprudencia existente hasta el momento. En cualquier caso, no creo que debamos llegar a extremos como el mantenido por Flores Rodríguez, quien defiende que “La conducta debe estar presidida por el ardid o el engaño hasta el momento en que el delito se consuma finalmente, de modo que la finalidad última no le deberá constar al menor, a quien se le ocultará la verdadera intención, presente tan solo en el interior del que será el futuro agresor cuando el ataque se consume”⁵³⁷. Evidentemente, la redacción del tipo penal, tanto en su forma original (art. 183 bis) como actual (art. 183 ter) no permiten la interpretación ofrecida por el autor.

Debido a ello un sector de la doctrina ha entendido que la concurrencia del engaño debe interpretarse de forma restringida, a fin de no vaciar de contenido el tipo básico del precepto, ya que en caso contrario la agravación se aplicaría en la mayoría de los supuestos, desvirtuándose lo que ha de significar su propio componente agravatorio⁵³⁸. Se plantean diferentes propuestas que se exponen a continuación:

⁵³⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, *Derecho penal e Internet*, p. 157 y VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 16, opinan que se ha creado un tipo agravado con lo que en la práctica será la dinámica habitual de los comportamientos de *grooming*, lo cual a juicio de Fernández Teruelo ocurrirá especialmente en el caso del engaño, ya que será frecuente que la propuesta de encuentro vaya acompañada de algún ardid para que el menor acceda al mismo.

⁵³⁶ ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 2, dice que el ciberacosador siempre utilizará un falso avatar o perfil de red social que resulte llamativo para los menores a fin de ganarse su confianza, indicando que tiene una edad similar y puntos de afinidad con la víctima. Habla en concreto de una relación basada en el engaño.

⁵³⁷ FLORES RODRÍGUEZ, “La tutela penal”, p. 169.

⁵³⁸ Por todos, ÁLVAREZ HERNANDO, “El ciberacoso sexual”, p. 6, quien defiende que no cualquier engaño sería susceptible de cumplir con el subtipo agravado, “[...] debiendo referirse circunstancias determinantes para establecer el contacto o alimentar la supuesta relación entre el menor y el delincuente digital”.

Ramos Vázquez es partidario de que para que el engaño sirva para cualificar la conducta debe ser de cierta entidad, como hacerse pasar por un conocido del menor o por un adolescente “[...] no siendo aplicable, por ejemplo, a supuestos en los que el autor del *grooming* alegue motivos no sexuales para conseguir que el menor acceda al encuentro, pues, en tal caso, la agravante devendría automática en la inmensa mayoría de los supuestos, desvirtuándose el sentido agravatorio de ese último inciso [...]”⁵³⁹.

Aboga también por una interpretación restrictiva del término “engaño” González Tascón, pero, curiosamente, llega a la conclusión radicalmente contraria, pues afirma que “tomando en consideración que el engaño que motiva la agravación de la pena tiene que ser la causa de que el acercamiento se lleve a cabo, cabría realizar una interpretación restringida del mismo, en el sentido de que este solo adquiriese relevancia penal cuando se oculta a la víctima la verdadera razón del acercamiento, esto es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos que menciona el tipo”⁵⁴⁰.

También Tamarit Sumalla cree que en este caso de alegación de motivos no sexuales procede aplicar la agravación, pero no solo en ese supuesto⁵⁴¹.

La opinión de González Tascón es rebatida por Núñez Fernández, quien afirma que entender que solo se debe aplicar la agravante de engaño cuando se oculte el propósito sexual del actor, supone castigar al sujeto que trata de no autoinculparse. Y añade que el planteamiento descrito resulta poco plausible pues implica que el sujeto deje prueba escrita en un medio cibernético, de fácil acceso, sobre sus intenciones criminales, lo que no es probable que ocurra. Pero va más allá el autor, al sostener que si el sujeto activo anuncia su intención de cometer un delito sexual contra el menor de trece años (hoy sería menor de dieciséis) con el que contacta

⁵³⁹ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 7. En el mismo sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 199.

⁵⁴⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 252.

⁵⁴¹ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1187, dice que “Como engaño puede tenerse en cuenta el hecho de que el acosador mayor de edad simule tener una edad próxima a la de la víctima o la alegación de motivos no sexuales para conseguir que acceda a tener un encuentro”.

estaría incurriendo en una amenaza o intimidación que darían lugar en todo caso a la aplicación del tipo agravado, por lo que la interpretación descrita no resuelve el problema que pretende resolver⁵⁴².

Si bien no comparto la interpretación de González Tascón, no considero que las razones esgrimidas por Núñez Fernández para rebatirla sean totalmente admisibles, fundamentalmente la apreciación recogida en último lugar que hace referencia a la aplicación de la agravante de intimidación ya que no se trata de que el sujeto activo amenace al menor con cometer un delito sexual contra él sino que le propone mantener relaciones sexuales o realizar pornografía infantil y este acepta, por lo que el planteamiento no es o no tiene por qué ser amenazante. En este caso es en el que cabría aplicar el tipo básico.

Indica Muñoz Cuesta que, dada la edad de la víctima, el engaño no tiene que tener la condición de bastante, sino simplemente ser capaz de hacer girar la voluntad del menor en la dirección que desea el autor de la acción criminal⁵⁴³, postura esta con la que estoy plenamente de acuerdo.

Puesto que el engaño, tal y como viene redactado el precepto, no es consustancial al tipo, también constituiría delito de *grooming* el caso de un mayor de dieciocho años que reconociendo su edad, y sin utilizar el engaño, proponga una cita al menor con fines explícitamente sexuales, siendo la propuesta aceptada por este, por más que la criminalización de tal conducta, independientemente de que se llegue a intentar o consumir el delito sexual, me parezca excesiva. En este mismo sentido, Valverde Megías considera que la aplicación del tipo básico quedará restringida a los casos en que el autor revele su identidad, su edad y sus propósitos y el menor, conocedor de dichos datos, de manera libre y voluntaria acceda al encuentro para mantener relaciones sexuales o participar en la elaboración de pornografía infantil⁵⁴⁴.

⁵⁴² NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 208.

⁵⁴³ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 138.

⁵⁴⁴ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 16. El autor hacía referencia también al supuesto en que el menor accediera a realizar las actuaciones previstas en los artículos 178 a 183 CP, puesto que se estaba refiriendo al anterior art. 183 bis.

Es este precisamente el supuesto que se enjuicia en la SAP Jaén, de 11 de mayo de 2015. En el mismo, el autor, ni oculta su identidad, ni su edad, ni tampoco sus propósitos sexuales, por lo que la condena se produce por el tipo básico⁵⁴⁵.

Un dato interesante respecto a la concurrencia del engaño, que ya se indicó en el apartado correspondiente a la política criminal española, procede del estudio “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”, ya citado. A pesar de que, como hemos visto, existe la creencia de que en la mayoría de los casos el *groomer* empleará el engaño para acceder a su víctima, los resultados arrojados por el estudio indican que el porcentaje de supuestos en que los menores creen que la información de perfil de la persona que contacta con ellos es falsa se sitúa entre el 27% y el 33%, pero son mayoritarios los casos en que las víctimas creen que la citada información es verdadera (entre el 47% y el 53% de los casos)⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ SAP Jaén, de 11 de mayo de 2015: “HECHOS PROBADOS: En la Carolina el acusado D. Luis Enrique, de nacionalidad Argentina pero residente en España, al menos desde Octubre de 2012, ha venido manteniendo contactos por Internet (Tuenti) con la menor Enma de 11 años de edad en esa época en la cuenta de su correo electrónico DIRECCION N000.

En dichas conversaciones además de tener un evidente contenido sexual y obsceno el acusado aprovechaba para quedar con ella con la finalidad de satisfacer sus más íntimos deseos. Así en concreto en un mensaje enviado por el acusado a través de dicho chat del día 26 de Octubre de 2012 queda con la menor con la finalidad de mantener un encuentro sexual con esta, de dicha conversación se infiere claramente la realidad de dichos encuentros, llegando a sugerirle ‘que se labara bien el chochete’, quedando este en recogerla. Igualmente otro mensaje enviado el día 27 de Octubre de 2012 el acusado le llega a decir en un momento determinado que ‘en esa ocasión tocan cosas nuevas que me aburro’, diciendo a continuación ‘meter o todavía estas con eso’. El día 28 de Octubre el acusado propone igualmente a través de Internet a la menor que en su próximo encuentro acuda la misma ‘sin bragas ni sostén así nos vamos por la tarde en el coche y es más fácil, boluda’.

Como resultado de dichas conversaciones y contactos mantenidos entre el acusado y la menor a través de Internet, se han producido diversos actos atentatorios contra la libertad sexual de esta, así el día 22 de Octubre de 2012, el acusado con intención de satisfacer sus instintos básicos quedó en recoger a Enma en su coche llevándola a continuación hasta el Polígono de Aquisgrana en la localidad de La Carolina, donde besó en repetidas ocasiones a la menor en la boca a la vez que le realizaba tocamientos en sus partes íntimas tanto por encima como por debajo de la ropa.

Días más tarde, entre el 28 o 29 de Octubre, el acusado con la misma intención quedó con la menor en recogerla en una guardería cercana al domicilio de esta, llevándola al mismo polígono industrial donde en esta ocasión el acusado se bajó los pantalones y la ropa interior enseñándole el pene a Enma y pidiéndole que se lo tocara, petición a la que no accedió la menor.

Toda esta situación ha ocasionado en Emma una situación de vergüenza por los comentarios de la gente de su entorno habitual por lo que evita salir a la calle y relacionarse con dicha gente”.

⁵⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías”, p. 17.

Creo que debería hacerse una matización en relación con estos resultados, ya que se refieren a la creencia de las víctimas sobre la sinceridad de las personas que han contactado con ellas, sin que el estudio aporte datos para verificar si efectivamente esta creencia se corresponde con la realidad. Con ello quiero decir que, a pesar de que el sujeto contactado crea que el *groomer* no le miente, esto puede no ser así y encontrarnos realmente ante una falsa identidad.

En cuanto a la jurisprudencia dictada hasta el momento, no son tantas las sentencias que aplican el tipo agravado, como pudiera haberse pensado tras la introducción del delito en el CP.

Sí nos encontramos ante un delito de *grooming* con concurrencia de engaño en la SAP Cádiz, de 14 de mayo de 2012, pero dicha resolución fue dictada por conformidad entre la acusación y la defensa por lo que no nos aporta datos suficientes para hacer una valoración de la aplicación del subtipo agravado.

Contamos con más datos en la SAP Barcelona de 19 de julio de 2013, ya citada anteriormente. En ese caso el actor se identifica en las redes sociales como una adolescente⁵⁴⁷. No obstante, en el momento del encuentro con el menor víctima, este

⁵⁴⁷ SAP Barcelona, de 19-07-2013: “HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Se declara probado que el acusado Silvio, español, mayor de edad y sin antecedentes penales conocidos, en situación de prisión provisional a resultas de la presente causa desde el 27 de octubre de 2011 (privado de libertad desde el 25 de octubre) y en la que permanece hasta hoy, a partir de abril de 2011, inició contacto mediante identidad ficticia en las que se hacía pasar por una chica de 17 años de nombre ‘Mosca’ que trabajaba como modelo en una agencia, en unos casos a través de la red social ‘Facebook’ y en otros del programa de mensajería ‘Messenger’, con los menores Anselmo , nacido el NUM003 de 1999, y Epifanio , nacido el NUM004 de 1997. El acusado, conocedor de la edad de los mismos, se dirigía a ellos con manifestaciones explícitas de contenido claramente sexual y proponiendo encuentros de tal índole, solicitándoles además el envío de fotografías en las que aparecieran en ropa interior o desnudos. Más tarde introdujo en las conversaciones la existencia de un varón, premedidamente amigo de ‘Mosca’, que practicaba sexo oral con los amigos de esta.

SEGUNDO.- Habiendo averiguado a través de tales comunicaciones, y ocultando su verdadera identidad tras la ficticia de la tal ‘Mosca’, la dirección de Anselmo, y conocedor por los mismos medios que el día 22 de octubre de 2011 lo encontraría solo en su domicilio, a sabiendas de que se trataba de un menor de 13 años, en tal fecha se personó en el mismo sito en la AVENIDA000 de Vilanova i la Geltrú. Una vez allí se identificó como el amigo de Mosca, el menor le franqueó el paso, y ya en el salón de la casa, intentó besarle en la boca y le pidió que le dejara practicarle una masturbación a lo que el menor se negó, sometiéndolo no obstante a diversos tocamientos en el pene con ánimo libidinoso, sin que haya resultado probado que llegara a practicarle una felación. Cuando el menor le pidió que se marchara, el acusado insistió en quedarse repitiendo sus deseos de masturbarlo, pero ante la actitud firme del menor, finalmente se marchó del lugar.

le permite el paso a su domicilio a pesar de comprobar que es un varón mayor de edad. La Audiencia, a mi modo de ver acertadamente, y en contra de las pretensiones de la defensa, aplica el tipo cualificado en base al siguiente argumento: “La acusación pretende que tal acercamiento se obtuvo, cuando menos, con existencia de engaño, por lo que la pena debería imponerse en su mitad superior tal y como prevé el último párrafo del precepto mencionado. Justifica tal agravación en el hecho de que el acusado utilizó la identidad falsa de una chica joven para atraer la atención y el interés del menor en tener un encuentro, utilizando además la fotografía de una adolescente obtenida en Internet para reforzar tal apariencia como tal. El acusado defiende que cuando se presentó en el domicilio del menor este ya conocía su verdadera identidad (el pretendido ‘amigo de Mosca’), pero tal hecho ha sido negado por el mismo, y el simple hecho de que, una vez comprobado que se trataba de un varón, accediera a franquearle el paso no desvirtúa el hecho de que se hubiera utilizado el engaño para llevar a cabo el acercamiento, por lo que la agravación pretendida concurre en la conducta con las consecuencias penológicas que luego se dirán”.

Es interesante también el dato criminológico referido por Montiel, Carbonell y Salom, quienes a su vez recogen la opinión de Wolak, Finkelhoy y Mitchell (2004), que sugieren que el estereotipo de pederasta en Internet como persona que utiliza el engaño y la violencia es inexacto ya que en la mayoría de los casos las

TERCERO.- El día 16 de octubre de 2011, tras haberse citado como ‘el amigo de Mosca’ a través de ‘Messenger’ con el menor Epifanio en una playa de la localidad de Vilanova i la Geltrú, a la que acudió conduciendo el vehículo de su madre, en el interior del mismo le practicó a Epifanio una felación, con el consentimiento de este, y a continuación, y también con su consentimiento, le realizó fotos de la cara, del cuerpo y del pene, sin que dichas fotografías obren en las actuaciones.

CUARTO.-.- En el ordenador portátil del acusado han sido halladas un total de 1322 fotografías y 37 videos en las que aparecen menores de edad de ambos sexos, si bien en la mayoría de los casos se trata de varones, en situaciones de explícito contenido sexual. En algunos de tales soportes se observa a los citados menores siendo penetrados anal y vaginalmente, así como practicando sexo oral o masturbándose. No ha resultado probado, sin embargo, que tales archivos estuvieran en disposición de ser compartidos con otros usuarios de las distintas redes sociales ni fueran difundidos en forma alguna, habiendo sido poseídos por el acusado para su propio uso y satisfacción sexual.

QUINTO.- Al momento de producirse los hechos, el acusado presentaba ligeros trastornos en su personalidad con caracteres de inmadurez, dependencia y actitudes egocéntricas en su personalidad, así como déficits en las habilidades sociales con problemas de ansiedad, rasgos hipocondriacos y comportamientos patológicos de sumisión, que en su conjunto afectaban levemente sus facultades comprensivas y volitivas sin llegar a anularlas”.

víctimas son conscientes de que están en contacto con adultos que desean mantener relaciones sexuales con ellos⁵⁴⁸.

Únicamente curiosa, y un tanto incomprensible, es la afirmación de Frago Amada, para quien “A priori parece que tendrá que descartarse la aplicación de la agravante de disfraz al ser casi intrínseca a la comisión de este delito, en aplicación del principio *non bis in ídem*”⁵⁴⁹.

V.4. Conducta típica del art. 183 ter 2.

Como antes se ha dicho, la Directiva europea en su art. 6.2. obligaba a los Estados a castigar una conducta añadida a la contenida en el inicial art. 183 bis CP, consistente en el embaucamiento a un sujeto por debajo de la edad de consentimiento sexual para que proporcione pornografía infantil en la que se represente aquel. En concreto, el artículo de la Directiva emplea el término “*soliciting*”.

Esta previsión no venía contemplada en el Convenio de Lanzarote, por lo que ha sido introducida en la legislación española con ocasión de la reforma del CP planteada en la LO 1/2015, en cuyo Preámbulo se señala que “[...] la protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ MONTIEL, CARBONELL y SALOM, “Victimización infantil”, p. 214.

⁵⁴⁹ FRAGO AMADA, “El delito de grooming”, p. 2.

⁵⁵⁰ Llama la atención que en el Preámbulo se ha plasmado un error al hacer referencia al sujeto pasivo del *grooming* como el menor de quince años, referencia heredada de la redacción que se dió al precepto en el Anteproyecto de Ley.

La actual redacción del art. 183 ter 2 CP es la siguiente: “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 realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Algún autor ya ha calificado esta redacción como paupérrima y confusa⁵⁵¹.

V.4.1. Consideraciones generales y naturaleza jurídica del delito.

Tanto en los informes del Consejo Fiscal (08-01-2013)⁵⁵² y del CGPJ (16-01-2013)⁵⁵³ como en el Dictamen del Consejo de Estado (27-06-2013 – Ref. 358/2013) al Anteproyecto de ley⁵⁵⁴ se consideraba este delito como un acto preparatorio del delito de producción de pornografía infantil por lo que habría de aplicarse la regla de la consunción en caso de que el sujeto activo llegara a obtener el material o imágenes de esas características.

En concreto, el Consejo Fiscal decía (pp. 156-157) que “[...] debe también repararse en que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a), castigado con mayor pena (de uno a cinco años de prisión) y aplicable no solo a menores de 13 años sino a cualquier menor de 18 [Téngase en cuenta que en el Anteproyecto aún no se había modificado la edad del sujeto pasivo del delito].

⁵⁵¹ Entre otros, MANZANARES SAMANIEGO, *La Reforma*, p. 185.

⁵⁵² Disponible en www.fiscal.es.

⁵⁵³ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>.

⁵⁵⁴ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>.

De hecho, la reforma 5/2010 incorporó un nuevo verbo típico al art. 189.1 a, consistente en ‘captar’.

Por ello, entendemos que no es necesario introducir un nuevo tipo en el Código Penal para cumplir con las exigencias del art. 6.2 de la Directiva de 2011. Con el art 189 CP ya se podrían reprimir tales conductas.

En todo caso, si se mantiene la tesis de la necesidad de una tipificación expresa, entendemos que el propio tipo de nuevo cuño debiera restringir su aplicación a la tentativa, partiendo de que la efectiva producción de material pornográfico infantil integraría el tipo del art. 189”.

En igual sentido, el CGPJ afirmaba en su informe (pp. 175-176) que “El comportamiento tipificado se sitúa en el momento previo a la ejecución del delito planeado por el autor, que es el de producción de pornografía infantil. Caso de que se haya ido más allá en la realización y se haya obtenido el material pornográfico o las imágenes pornográficas en las que aparezca el menor, se consumaría el delito de producción de pornografía infantil del art. 189, quedando absorbido el delito del 183 ter 2 por el delito principal.

Hubiera sido más correcto la tipificación de este comportamiento dentro del artículo que regula la pornografía infantil (art. 189 CP), evitando así el problema que surge al establecer el 189.6 AP, al amparo de la cláusula de discrecionalidad que otorga el art. 8.2 de la Directiva 2011/92/UE, que: *‘La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismos [sic].*

De manera que, con la nueva regulación del anteproyecto, la producción de pornografía infantil para uso privado cuando se trate de ‘imágenes realistas de un

menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales' (189.1 c) es atípica, mientras que el engaño para que un menor le facilite el material pornográfico para su producción de esa naturaleza resulta castigado. Esta contradicción debe ser corregida”.

Por último, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyectado art. 183 ter es prácticamente una reproducción literal del Informe del Consejo Fiscal con la salvedad de que en aquel se hace ya referencia a los menores de quince años, pues en el Anteproyecto examinado por el Consejo de Estado ya se había modificado en dicho sentido la edad del sujeto pasivo del delito.

A pesar de las anteriores consideraciones, parte de la doctrina mantiene que, al haberse incluido el precepto en el Capítulo II bis y no en el Capítulo V referido a delitos relativos a la prostitución, explotación sexual y corrupción de menores, parece que el legislador quiso entender la conducta no como un acto preparatorio del delito del art. 189 sino como un acto preparatorio de un abuso o agresión sexual⁵⁵⁵. Argumenta en este sentido Miró Llinares que “[...] muchas de las conductas que podrían sancionarse por medio de estos preceptos se relacionan en última instancia con la voluntad de captación de pornografía infantil para su posterior difusión, pero [...] en muchos casos tales imágenes adquieren una dimensión de riesgo propio y su obtención supone una negación suficiente de la indemnidad sexual de los menores que justifica su inclusión fuera de los delitos de pornografía al no constituir únicamente un acto preparatorio de tales delitos”.

Así, el autor apunta la posibilidad de que la conducta contenida en el segundo número del art. 183 ter CP constituyera un acto preparatorio del propio *grooming*, del delito de difusión de pornografía infantil así como del delito de coacciones. Sin embargo, cree que la verdadera justificación de la introducción del nuevo ilícito penal radica en que este afecta a la indemnidad sexual⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Así lo entendieron ya analizando el Anteproyecto, MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, p. 671.

⁵⁵⁶ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, pp. 684-687.

También Díaz Cortés, al analizar el art. 183 ter 2 del Proyecto de CP, concluía que este no constituía un acto preparatorio de delitos de pornografía infantil “[...] sino el involucrar al menor en conductas de carácter pornográfico, por ejemplo, pidiendo material pornográfico de adultos o pidiendo la realización ante la cámara web de actuaciones sexuales explícitas”⁵⁵⁷.

Respecto al bien jurídico protegido por el precepto, al igual que en el caso del primer número, la discusión es la misma, siendo acertada la explicación que lo cifra en la protección de la esfera sexual de los menores de dieciséis años a fin de garantizar su bienestar psíquico, desarrollo, proceso de formación y socialización en dicho ámbito⁵⁵⁸, es decir, su indemnidad sexual.

Una propuesta totalmente diferente a las expuestas es la presentada por Rodríguez Mesa, quien, en pos de conseguir mayor claridad y coherencia, mantiene que debería haberse tipificado la conducta recogida en este segundo número del art. 183 ter CP como un delito autónomo en un capítulo dedicado al embaucamiento de menores⁵⁵⁹.

En mi opinión, y al igual que se decía en los Informes del Consejo Fiscal, el CGPJ y el Consejo de Estado, es difícil negar que el delito del art. 183 ter 2 sea un acto preparatorio de alguno de los delitos de pornografía infantil del art. 189.

La consideración de las conductas descritas como actos preparatorios del delito de coacciones o de un abuso o agresión sexual no me parece acertada. Respecto al primero de los supuestos, si el sujeto activo pretende la obtención de imágenes pornográficas del menor a fin de emplearlas para amenazarle con su difusión en caso de que no admita un encuentro, no nos encontraríamos ante un

⁵⁵⁷ DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 3.

⁵⁵⁸ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, “*Grooming y sexting*”, pp. 623-624.

⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ MESA, “La Directiva”, p. 253.

delito de coacciones sino ante el tipo agravado del art. 183 ter 1; en caso de que se desplieguen actos materiales encaminados al acercamiento. Si no se producen dichos actos, el adelantamiento de la barrera de punibilidad bajo la suposición (ya que ninguna acreditación exige el artículo) de que la obtención de imágenes van a emplearse para extorsionar al menor, sin ningún otro requisito, me parece que quebrantaría radicalmente el principio de lesividad, por lo que deberemos encontrar alguna otra explicación que haya llevado a la criminalización de la conducta, como el entender la misma como acto preparatorio de un delito del art. 189.

Similar apreciación cabe hacer respecto a la consideración del embaucamiento para obtención de pornografía como preparación de un posterior abuso o agresión sexual. Si la intención del autor es realmente esta y además despliega actos encaminados al acercamiento, nos encontramos otra vez ante la conducta típica del primer número del precepto, que sí es un acto preparatorio, y en caso de que no los despliegue o lo haga, pero no se acredite la intención de cometer un abuso o agresión, no podremos sin más, suponer que la intención del autor es esa y deberemos considerar la conducta, también aquí, como acto preparatorio de un delito del art. 189.

Por último, cabe destacar que con la regulación del anterior art. 183 bis no estaban incluidas en el tipo penal las conductas de captación de imágenes del menor desnudo o en una actitud sexual ni tampoco la grabación de una conversación del citado carácter. No obstante lo anterior, si el sujeto activo guardaba en cualquier tipo de soporte dichas grabaciones, su conducta podía ser ya tipificada como delito de posesión de material pornográfico del artículo 189.2 CP o de corrupción de menores del artículo 189.4 CP⁵⁶⁰. Hoy en día esa conducta de captación de imágenes de carácter pornográfico quedará incluida en el número dos del art. 183 ter.

V.4.2. Elementos del tipo.

⁵⁶⁰ En este sentido se pronunciaba MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 241.

El número dos del artículo 183 ter mantiene una estructura semejante a la del primer número: básicamente, un contacto a través de las TIC con un menor de dieciséis años y actos tendentes a satisfacer una finalidad sexual, en concreto el embaucamiento para que el menor le proporcione material pornográfico.

En cuanto al empleo de las TIC me remito a lo comentado a este respecto en el estudio del primer número del precepto, añadiendo únicamente la apreciación de Miró Llinares de que la referencia a Internet y el teléfono podría haberse suprimido al estar dichas acepciones incluidas en el concepto de tecnología de la información y la comunicación⁵⁶¹.

En todo caso, Díaz Cortés se pregunta por qué motivo el legislador español ha insistido en otorgar relevancia al contacto a través de las TIC, cuando este tipo de conductas se pueden dar en contactos cara a cara. Y hace esa reflexión la autora, comparando esta opción elegida en el Proyecto de ley de reforma del CP con la Directiva europea en la cual, en concreto, en la consideración 19, se reconoce la importancia del embaucamiento al margen de las TIC⁵⁶².

Puesto que parte de los elementos del tipo son coincidentes con los del número que le precede, en el presente apartado me referiré únicamente a aquellos que merecen especial consideración por presentar peculiaridades o diferencias. Adelanto ya desde este momento que no creo que una de las diferencias entre ambos números sea, como ha indicado algún autor, destacándola además como diferencia nítida, que el delito del art. 183 ter 1 se lleve a cabo con la finalidad de tener una relación directa con el menor y el del segundo número esté centrado en la obtención de pornografía infantil⁵⁶³ pues también con esta segunda intención puede desplegar el sujeto activo las conductas descritas en el art. 183 ter 1 ya que en el mismo uno de

⁵⁶¹ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, p. 689.

⁵⁶² Vid. DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 1.

⁵⁶³ Interpretan de dicha forma la diferencia entre ambos delitos MUÑOZ CUESTA y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Cuestiones prácticas*, p. 138.

los delitos a los que puede ir orientado el ánimo subjetivo del autor es precisamente la comisión de los delitos descritos en el art. 189.

Antes de comenzar con el análisis conviene poner de manifiesto que por parte de algunos autores ya se han destacado las evidentes discrepancias entre el contenido de la Directiva 2011/93/UE, por lo que a este concreto delito se refiere, y la redacción del artículo en el CP español⁵⁶⁴, diferencias que también serán tratadas cuando se estudien cada uno de los elementos del tipo.

En concreto, la dicción literal del art. 6.2. de la Directiva 2011/93 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 es la siguiente: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”.

A continuación podremos comprobar en qué medida el tipo penal del art. 183 ter 2 respeta la anterior exigencia y en qué medida se aparta de ella.

V.4.2.1. Sujeto activo.

Encontramos en este elemento del tipo la primera discrepancia entre la regulación española y el contenido de la Directiva europea, ya que si bien el art. 6 de esta última determina como sujeto activo del *grooming* al adulto, la regulación de la figura del embaucamiento en España lleva a cabo una extensión en cuanto al posible autor de los hechos, eliminando la condición de delito especial⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 443-446. También DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, pp. 1-2, en el exhaustivo análisis crítico del art. 183 ter 2 tal y como fue redactado en el Proyecto poniéndolo como ejemplo de desconocimiento del tenor y sentido de las Directrices Europeas a la hora de asumir las mismas en el ordenamiento interno.

⁵⁶⁵ En este sentido, DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 1. Considera la autora que la posibilidad de que el delito sea cometido por un menor de edad desnaturaliza la motivación de la

El ilícito penal podrá ser cometido por un menor de edad y aunque algún autor ha planteado la posibilidad de aplicar en este caso la cláusula de exención de responsabilidad del art. 183 quáter⁵⁶⁶, la misma no entraría en juego por resultar incompatible el consentimiento libre que exige con el embaucamiento propio del art. 183 ter 2.

Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta se muestran conformes con la posibilidad de comisión del delito por menores de edad penalmente responsables considerando que en ese caso la indemnidad sexual de los menores víctima se ve afectada de igual manera que en los supuestos en los que el sujeto activo sea mayor de edad. La potencialidad lesiva de la conducta no depende de la diferencia de edad entre víctima y victimario, se dirá⁵⁶⁷, opinión que no comparto ya que la posibilidad de que el sujeto activo de este delito sea un menor de edad conlleva la consecuencia nada deseable de que se puedan penalizar conductas de *sexting* entre adolescentes⁵⁶⁸ que evidentemente no presentan lesión del bien jurídico indemnidad sexual. O al menos no en idéntica manera.

V.4.2.2. Actos dirigidos al embaucamiento del menor.

Llama la atención que el precepto emplee la expresión “actos dirigidos”, lo que supone un adelantamiento excesivo de la penalidad, apreciación esta en la que coincido con Miró Llinares⁵⁶⁹. Criticaba ya Villacampa Estiarte el Proyecto de ley en este sentido y el exceso del legislador español por haber actuado adelantando más

introducción del delito ya que la Directiva destaca el anonimato que ofrecen las TIC, facilitando la ocultación de la identidad y las circunstancias personales, como la edad.

⁵⁶⁶ Así lo considera VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, p. 705.

⁵⁶⁷ MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, p. 674.

⁵⁶⁸ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 443-445.

⁵⁶⁹ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, p. 687.

aún la punición de conductas que suponen ya un adelantamiento de las barreras de protección penal: adquisición, posesión o acceso a pornografía infantil⁵⁷⁰.

Analizando el Anteproyecto del 2012 Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta, propusieron acertadamente la sustitución de la expresión “realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite/muestre” por “solicite u obtenga” en aras a obtener una mayor seguridad jurídica, entre otras cosas, porque al no contar en la legislación penal española con ningún precedente normativo que haya empleado el término “embaucar” que pudiera servir de guía para la interpretación del mismo, se puede poner en riesgo la funcionalidad del principio de taxatividad. Los autores consideraban más adecuada su propuesta por los dos siguientes motivos: porque la solicitud de imágenes pornográficas supone un riesgo para la libertad en el proceso de toma de decisiones del menor así como para su indemnidad sexual y porque la obtención de las imágenes supone un riesgo evidente para la libertad e indemnidad del menor siempre que se hayan obtenido a petición del sujeto activo⁵⁷¹.

Tal confusión crea el empleo del vocablo que también Manzanares Samaniego entiende que el tipo quedaría simplificado si se eliminara el embaucamiento como eslabón que une la acción del sujeto activo con su finalidad⁵⁷².

Díaz Cortés encuentra la explicación al problema interpretativo que supone el término “embaucar” en una inadecuada traducción de la versión inglesa del artículo de la Directiva 2011/93/UE, que habla de “*solicitation of children for sexual purposes*”⁵⁷³.

El término empleado en el precepto, “embaucar”, significa según la Real Academia Española de la Lengua, “engañar, alucinar, prevaliéndose de la

⁵⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 704-705.

⁵⁷¹ MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, pp. 672-673.

⁵⁷² MANZANARES SAMANIEGO, *La Reforma*, p. 185.

⁵⁷³ Vid. DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 2.

inexperiencia o candor del engañado”. Por tanto, en base a una interpretación literal del artículo⁵⁷⁴, el engaño conformaría un elemento del tipo, a diferencia de lo que ocurre en el número uno del art. 183 ter en el que aquel es una circunstancia agravante. En consecuencia, deberá probarse la existencia del engaño, quedando fuera los casos en los que el menor, *motu proprio*, es quien propone la entrega de las imágenes, aceptándolas el sujeto activo⁵⁷⁵. Es más, apunta Miró Llinares, que ni siquiera era necesario emplear el término embaucar, puesto que encontrándonos ante menores de dieciséis años, no sería preciso el empleo del engaño para que los comportamientos sexuales que realicen resulten ilícitos⁵⁷⁶. No obstante debe matizarse respecto de la anterior apreciación, que el embaucamiento es el utilizado para conseguir material pornográfico, no para otro tipo de actos sexuales, los cuales, en su caso, constituirán conductas típicas si se llevan a cabo con menores de dieciséis años.

Debemos tener en cuenta también, como dice Pillado Quintas, que la utilización de los verbos “facilitar” y “mostrar” del artículo, implican que el menor voluntariamente, aunque engañado, entrega o exhibe el material (enviándoselo, mostrándoselo o incluso dándole acceso al mismo mediante la entrega de las claves del ordenador o mediante el acceso a la cámara *web*), lo cual excluye la posibilidad de aplicación del tipo cuando el sujeto activo arrebatara el material contra la voluntad del menor. Efectivamente, el término “embaucar” parece excluir cualquier tipo de convencimiento intimidatorio o violento, indicando el autor como posibles modos de embaucar al menor no solo el engaño, sino también la entrega de dinero o de regalos⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma”, p. 161, dice que el término “embaucar” deberá ser interpretado conforme al significado contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entendiéndose que concurre embaucamiento cuando, por ejemplo, el menor facilita las imágenes engañado sobre el uso que se les va a dar a las mismas. También la misma autora en “El menor”, pp. 46-47.

⁵⁷⁵ Así lo entienden MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, p. 672.

⁵⁷⁶ MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, p. 687.

⁵⁷⁷ PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 19.

En cuanto a los elementos a valorar para la acreditación de la existencia de embaucamiento propone García Álvarez la edad del menor y la del sujeto activo, la vinculación existente entre ellos y otros factores, ante la necesidad de demostrar que el autor del delito consiguió el material pornográfico prevaliéndose de la relación con el menor⁵⁷⁸.

Resulta aquí interesante, un tanto exigente quizás, la posición de Ramos Vázquez, quien partiendo de la citada definición de la Real Academia, sostiene que al recaer el embaucamiento sobre menores de dieciséis años, inexpertos en el ámbito sexual, no será suficiente cualquier engaño sino que debe tratarse de una ardid en el que una persona experta en lides sexuales (adulto medio) no hubiese caído⁵⁷⁹. Pero no tiene por qué negarse virtualidad, con mayor razón, al ardid con el que se hubiera podido engañar incluso a una persona experta en asuntos de naturaleza sexual.

Hay en todo caso autores que insisten, partiendo de la edad del sujeto pasivo, en que la utilización o no del engaño es irrelevante⁵⁸⁰.

Entiendo que lejos de considerar superflua la cláusula que alude al embaucamiento, esta permite una interpretación restrictiva que nos lleva a necesitar la acreditación de la inocencia o candor sexual del sujeto pasivo, desde la exigencia del engaño o de otra actuación que capte, sin violencia ni intimidación, la voluntad del menor, en consonancia, como bien apunta Ramos Vázquez, con el bien jurídico protegido, la esfera sexual de los menores de dieciséis años en garantía de su bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma”, pp. 161-162.

⁵⁷⁹ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, p. 442.

⁵⁸⁰ En este sentido, DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 2, afirma “Conforme a lo anterior, si el sujeto realiza actos claros sin engaño para obtener que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, ¿podríamos plantearnos que dicha conducta no sería delito? Lo anterior no tiene mucho sentido, ya que estamos frente a menores que no tienen la edad para prestar su consentimiento en materia sexual, por lo cual es irrelevante plantear el engaño”.

⁵⁸¹ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 442-443.

Por supuesto, como mantiene de forma acertada De Lemus Vara, si se produce el delito del art. 183 ter 2 con empleo de coacciones y/o amenazas, podrá penarse separadamente por estos delitos⁵⁸². Así, en el caso en el que tras intentar embaucar al menor para que este proporcione pornografía al autor y no conseguirlo, momento en el que ya cabe la aplicación del art. 183 ter 2 CP, el sujeto activo cambia su estrategia y con la misma finalidad, coacciona y/o amenaza al menor.

En todo caso, con la simple realización de actos dirigidos a embaucar al menor se consuma el delito, siempre que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido⁵⁸³. Pero el embaucamiento será necesario. Ello a pesar de la dificultad de prueba que supondrá el tener que acreditar el elemento adicional consistente en engañar. Es decir, no será suficiente la solicitud de imágenes por el sujeto activo sino, como dicen Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta, “algo más” que no puede ser concretado pero que deberá estar relacionado con las conversaciones que se hayan mantenido entre sujeto activo y pasivo y que los autores intuyen que complicará la aplicación de este precepto⁵⁸⁴.

Y, claro está, en caso de que las acciones de embaucamiento del sujeto activo den resultado y efectivamente obtenga el material pornográfico solicitado, los hechos se podrán subsumir en el art. 189.1.a) y 2.a) CP, que prevé una mayor pena⁵⁸⁵.

V.4.2.3. Material que se solicita al menor.

La Directiva europea articula el delito de embaucamiento a un menor para conseguir material pornográfico como un acto preparatorio de la adquisición, posesión o acceso a pornografía infantil, delimitando su contenido, al entender que el engaño debe dirigirse a que el menor facilite pornografía en la que se represente a él

⁵⁸² DE LEMUS VARA, “El delito”, p. 4.

⁵⁸³ En este sentido se pronuncia RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, p. 446.

⁵⁸⁴ MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, p. 672.

⁵⁸⁵ En este sentido ya se pronunciaron la Fiscalía General del Estado en su informe de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de LO y el CGPJ en su informe aprobado por el Pleno el 16 de enero de 2013.

mismo. Es decir, el adelanto de la barrera de protección lo es respecto de la autoproducción de pornografía infantil de menores.

No obstante lo anterior, la diferente redacción que ha venido teniendo el número segundo del art. 183 ter desde su fase de Anteproyecto, ha presentado serias inconcreciones y ha propiciado confusión y diferentes interpretaciones incoherentes con el bien jurídico que se trata de proteger.

Así, en el Anteproyecto se indicaba que se penalizaría a quien realice actos para embaucar al menor a fin de que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor. Por tanto, si bien el precepto era fiel al articulado de la Directiva al emplear la expresión “dicho menor”, exigiéndose que fuera el sujeto embaucado el que apareciera en las imágenes pornográficas, respecto al material pornográfico podía interpretarse que el mismo no tenía por qué representar a ese menor ni siquiera a otro. Esta interpretación era la llevada a cabo por Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta, quienes afirmaban en relación al art. 183 ter 2 del Anteproyecto, que parecía claro que las dos conductas tipificadas diferían en la intensidad de la afectación al bien jurídico protegido: “la indemnidad sexual se verá afectada en menor medida por el hecho de conseguir que el menor ‘le facilite material pornográfico’ que cuando ‘le muestre imágenes pornográficas en las que aparezca dicho menor’. Es por ello, que el legislador debería optar, bien por hacer una diferenciación entre estas dos conductas a efectos de pena, o bien -como se propone- por suprimir la referencia a la facilitación de cualquier otro material pornográfico”.

Además de ello, refiriéndose al Proyecto de ley, redactado en iguales términos a los detallados con anterioridad (“[...] para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor [...]”) destacaba Villacampa Estiarte el exceso en que incurría el legislador español respecto a las obligaciones impuestas por la Directiva 2011/93/UE que le incumbían, al ampliar el rango de conductas delictivas, ya que la

finalidad de estas no se limitaba a tener acceso a pornografía autoproducida por el menor, sino a cualquier tipo de material pornográfico⁵⁸⁶.

Pues bien, la redacción definitiva del CP es aún más deficiente al incluir, en contra de lo ordenado en la Directiva europea, los casos en los que lo solicitado sean imágenes pornográficas de otros menores distintos del sujeto pasivo del delito al emplear la expresión “[...] para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor” . Un menor, no dicho menor.

Según viene destacando la mayor parte de la doctrina⁵⁸⁷, la dicción literal del precepto, por tanto, no excluye de ninguna manera que el menor que aparece en las imágenes pueda ser otro diferente de aquel que ha sido embaucado⁵⁸⁸. Es por ello que, de *lege ferenda*, convendría determinar que el material pornográfico que solicita el sujeto activo del delito ha de ser aquel en que se represente a la víctima o sujeto pasivo⁵⁸⁹.

Ahondando más en la cuestión, Ramos Vázquez destaca la incompreensión de que se castigue igualmente la solicitud de fotos propias como ajenas, poniendo de relieve el mal encaje, dice, que ello tiene con la protección del bien jurídico tutelado en este artículo. No obstante, la cuestión que más problema le parece que puede presentar es que, en este caso, si el menor embaucado envía fotografías de otro menor, está cometiendo un delito de distribución de pornografía infantil, lo cual resulta realmente preocupante, sin que, además, se pueda aquí aplicar el art. 183

⁵⁸⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 704-705.

⁵⁸⁷ Entre otros, DE LEMUS VARA, “El delito”, p. 4 y VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 211.

⁵⁸⁸ PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 19, explica que el material pornográfico será, lógicamente, aquel que encaje en la definición del mismo contenida en el art. 189.1 CP, material referido a un menor, entendiendo que no es necesario que se trate del mismo menor embaucado, sino que puede ser de otro menor diferente.

⁵⁸⁹ En este sentido, entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 211 y MIRÓ LLINARES, “Notas críticas”, p. 688.

quáter para la exención de responsabilidad⁵⁹⁰, apreciación esta última con la que coincido plenamente.

Sin embargo, me parece discutible que en caso de que se solicite a un menor de dieciséis años pornografía infantil, por más que las imágenes no le representen a él mismo, no se afecte a su indemnidad sexual, si bien es cierto que de una forma tan leve que considero innecesaria la intervención del Derecho Penal.

Realmente, consistiendo la obligación impuesta por la Directiva 2011/93/UE tan solo en la penalización de la solicitud de pornografía del menor contactado, entiendo que el precepto del CP español se debería de haber limitado a recoger como sujeto pasivo a dicho menor, no obstante, de momento, desafortunadamente, la dicción literal del precepto obligará a penalizar conforme al art. 183 ter 2 las conductas de embaucamiento a menores para obtención de pornografía infantil de otros menores.

Pero no terminan ahí los problemas interpretativos que plantea la redacción del art. 183 ter 2 ya que el mismo puede incluso entenderse en el sentido de que es penalizable no solo la solicitud de pornografía autoproducida por el menor sino de cualquier tipo de material pornográfico. Así lo entiende, por ejemplo, Villacampa Estiarte⁵⁹¹, criticando la posibilidad de que en caso de que una persona embauque al menor de dieciséis años para que le facilite revistas de pornografía de adultos, o sea, material pornográfico, pueda aplicarse el precepto. En igual sentido Díaz Cortés opina que “[...] aceptar lo anterior sería tanto como señalar que la facilitación de material pornográfico adulto se convierte en delito si es solicitada a un menor que la posee, lo cual no tiene mucho sentido atendiendo a la motivación de la reforma”⁵⁹².

⁵⁹⁰ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 444-445. Pone como ejemplo el siguiente: Un menor de catorce años que contacta con otro menor de quince años y le embauca para que le envíe fotos de un tercer menor de diecisiete años, cosa a la que aquel accede. En este supuesto, los dos menores de catorce y quince años habrían cometido el delito del art. 189.

⁵⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 210-211.

⁵⁹² DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 3.

Además, tampoco se ve cuál pueda ser el bien jurídico protegido en este supuesto, como bien indica Orts Berenguer⁵⁹³.

A mi entender, a pesar de que considero la redacción del artículo ciertamente desafortunada, la misma permite interpretar que tanto el material pornográfico como las imágenes pornográficas se refieren al menor “embaucado” u otro menor, pero no a un mayor de edad. Esta interpretación, aunque pueda pensarse que no es estrictamente literal, si la expresión “las”, femenino, se entiende referida al término “imágenes”, es la adecuada en consonancia con el bien jurídico que protege el precepto y además también puede entenderse gramaticalmente correcta refiriéndola al “material pornográfico”, aunque el sustantivo sea aquí masculino.

Respecto a la cualidad de pornográficas de las imágenes o el material solicitado, e interpretando este como necesariamente representativo de menores de edad, debemos acudir como antecedente de la regulación española a la definición de pornografía infantil del artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE, que describe la misma como todo material que represente de manera visual a un menor, a una persona que parezca ser menor o imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, así como toda representación con fines sexuales, de los órganos sexuales de un menor, de una persona que parezca menor o imágenes realistas de los mismos.

A primera vista el anterior concepto ya se muestra excesivamente amplio y con cierto tinte moralizante, ya que en los supuestos en los que las imágenes o representaciones no sean de un menor de edad o no sean reales (p.e. imágenes

⁵⁹³ ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 13, dirá que es “[...] todavía más inexplicable que se castigue a quien consigue que un menor le proporcione material pornográfico genérico. Si un menor posee material pornográfico para su propio uso, obtenido por el procedimiento que sea, y un adulto le convence, por las malas o buenas artes que se le ocurran, para que se lo facilite y el menor accede ¿cuál es el bien jurídico lesionado o puesto en peligro? ¿O acaso se piensa que si el menor es persuadido para que entregue material pornográfico, bajado de la red o adquirido en cualquier establecimiento del ramo, se ha dado un primer paso para conseguir material en el que interviene el menor? Me parece un disparate. Otra cosa es, naturalmente, que el material pornográfico esté protagonizado por el menor, pero que en el referido material aparezca el menor, no una mera representación suya, más o menos aproximada, por cuanto su nocividad para el bien jurídico es hartamente remota”.

digitales), no es fácil determinar en qué consiste la lesión del bien jurídico que debe protegerse, la indemnidad sexual del menor.

No obstante lo anterior, la Directiva dejaba a criterio de los Estados la penalización de los citados supuestos en los casos en que la persona que parezca ser menor resulte tener dieciocho o más años cuando se tomaron las imágenes; la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil artificial o virtual si es para uso privado y para su producción no se ha empleado el material pornográfico referido en los apartados i) a iii) de la letra c) del art. 2 (material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales), así como la reproducción y posesión de pornografía infantil para uso privado, realizada con el consentimiento de menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual.

Queda descartada como pornografía la escritura o narración escrita, al referirse aquella a material que pueda ser visualizado: dibujos, películas, fotos u otras formas de plasmación de la imagen.

La actual configuración del art. 189 CP incluye las conductas de captación de menores para producción de pornografía infantil, las de producción de pornografía, la posesión para distribución o autoconsumo en caso de que se trate de material contemplado en las letras a y b del art. 189.1, 2º y la adquisición y acceso a la misma a través de las TIC.

V.4.3. Consideraciones críticas sobre la introducción del número 2 del art. 183 ter.

Las críticas al nuevo número del artículo 183 ter surgieron por parte de la doctrina ya desde la fase de Anteproyecto de ley⁵⁹⁴, fundamentalmente por la posibilidad de reconducir las conductas contempladas en el mismo al art. 189 CP, con lo cual ya se cumplían las exigencias contenidas en el art. 6.2. de la Directiva 2011/93/UE⁵⁹⁵, sentido este en el que, como se ha dicho, ya se pronunciaron el CGPJ, el Consejo Fiscal y Consejo de Estado en sus informes al Anteproyecto de 2012, destacando también la existencia de una posible contradicción entre el apartado segundo del art. 183 ter y el apartado 6 del art. 189⁵⁹⁶.

Considerando innecesaria la nueva figura, varios autores entienden que, al igual que se indicó por parte de la doctrina cuando se introdujo el delito de *grooming* en la legislación española, nos encontramos realmente ante una ley simbólica declarativa⁵⁹⁷.

Según Ramos Vázquez, la única aportación del párrafo segundo del art. 183 ter es penológica, pero ello supone un resultado no pretendido por el legislador ya que con la aplicación preferente por el principio de especialidad del art. 183 ter 2, puede resultar una pena inferior a la que resultaría de aplicar el art. 189 en grado de tentativa, teniendo además en cuenta que, en ausencia de cláusula concursal explícita, si efectivamente se consigue el material solicitado, no cabría la aplicación

⁵⁹⁴ Por todos, RODRÍGUEZ PUERTA, “Delitos contra la indemnidad sexual”, pp. 649-650. Analizando el Anteproyecto de 2012 la autora ya proponía la eliminación del número segundo del artículo 183 ter por considerar que dichas conductas podían quedar comprendidas en el art. 189 dedicado a la pornografía infantil, constituyendo una forma específica de dicho material en la que no es el propio autor el que produce la pornografía sino que se sirve del menor para obtenerla.

⁵⁹⁵ En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, “Bien jurídico protegido”, p. 37. El autor entendía que en todo caso el tipo de embaucamiento debería haber contemplado solo su aplicación en caso de tentativa.

⁵⁹⁶ Art. 189.6 Anteproyecto: “La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente”. La letra c) del párrafo segundo del apartado 1 del artículo hacía referencia a imágenes realistas de un menor participando en una conductas sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor.

⁵⁹⁷ Así, PÉREZ CEPEDA, “Justificación”, p. 30 o GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma”, p. 162. También la misma autora en “El menor”, p. 47.

del art. 183 ter, número segundo sino solo la del art. 189, en virtud del principio de consunción del art. 8.3. CP⁵⁹⁸.

Sin embargo, resulta esencial ahondar en los problemas que podría conllevar la reconducción de las conductas del art. 183 ter 2 al art. 189, siguiendo las reflexiones que hace Villacampa Estiarte, quien se pregunta qué ocurriría en caso de que un menor o joven adulto pidiera una fotografía de un desnudo provocador a su novia de quince años, quien se la remite libremente o en el caso de que aquel, sin haber solicitado la fotografía la recibiera, o incluso qué le ocurriría a la joven de quince años que se ha sacado a sí misma la fotografía. Se trataría de un caso de producción de pornografía infantil consentida, pero al estar prevista la aplicación de la cláusula de exoneración de responsabilidad solo para los artículos contenidos en el Capítulo II bis, de reconducirse la tipificación de las citadas conductas únicamente al art. 189 CP se produciría una condena conforme a este precepto por captar a un menor para producir pornografía en el primer supuesto, como posesión en el segundo y como producción de pornografía en el tercero. Para evitar esta situación, propone la autora la conveniencia de añadir una cláusula de exoneración de responsabilidad similar a la del art. 183 quáter aplicable al delito de pornografía infantil⁵⁹⁹.

Diferente opinión sobre la introducción del nuevo número del precepto la encontramos en Valverde Megías, quien entiende que el tratamiento por separado de las conductas en él contenidas “[...] libera de las restricciones que el actual 183 bis impone y que, a la postre, dificultan sobremanera la aplicación del precepto para los fines que fue introducido (y ello, sin perjuicio de las nuevas dificultades interpretativas que generaría, en la redacción proyectada, la superposición de la

⁵⁹⁸ RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, pp. 445-446.

⁵⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 212-213. Advierte la autora de que en caso de no incluirse una cláusula de exoneración de responsabilidad penal similar a la contemplada en el art. 183 quáter para los delitos del art. 189 CP podríamos encontrarnos en una situación similar a la de EEUU, en donde se está aplicando a menores la normativa antipornografía inicialmente pensada para predadores sexuales adultos. Señala que el hecho de que en caso de sujetos activos menores de edad la pena correspondiente sea más leve por aplicación de la LO 5/2000 no impedirá en ningún caso la incriminación de conductas que no suponen lesión alguna de la indemnidad sexual.

remisión al artículo 189 en el apartado primero y la referencia a pornografía infantil en el segundo)”⁶⁰⁰.

También le parece razonable la introducción del nuevo apartado del delito a Hernández Guerrero, quien considera que la regulación del art. 183 bis CP dejaba fuera de su aplicación los casos que con más frecuencia se podían dar y por los que entiende que cobra sentido la referencia a las TIC, que son aquellos en los que a través del contacto únicamente virtual se pretendiera la elaboración u obtención de material pornográfico o la participación del menor en actos de exhibición sexual ante la *web cam*⁶⁰¹. Esta opinión es coherente con la interpretación por parte del autor del “encuentro” entre sujeto activo y pasivo del delito de *grooming* en el sentido físico⁶⁰². No obstante, hemos de precisar que, como ya hemos indicado, un sector importante de la doctrina entendía el encuentro tanto en su sentido físico como virtual.

Otros autores que se muestran de acuerdo con la introducción del art. 183 ter 2 son Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta, quienes analizando el Anteproyecto de 2012, consideraban que desde un punto de vista criminológico la conducta recogida en el precepto supone un alto riesgo no solo para la libertad sexual del menor sino también para su libertad de obrar y su intimidad ya que el sujeto activo puede emplear las imágenes pornográficas del menor para coaccionar a este; por ello consideran que el riesgo es al menos de la misma entidad que el de las conductas contempladas en el número primero del artículo. Concluyen los autores que “si admitimos la tipificación de la conducta del primer apartado del 183 ter por su potencial lesividad para estos bienes, por los mismos motivos deberemos aceptar la tipificación del segundo apartado, pues ambos tienen un injusto de igual entidad”⁶⁰³.

⁶⁰⁰ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 18.

⁶⁰¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, pp. 525-526. Hace referencia el autor al Anteproyecto de diciembre de 2012.

⁶⁰² HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 522.

⁶⁰³ MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “*Child grooming*”, pp. 671-672.

No me parece que la anterior argumentación sea acertada pues considero que, en relación con el número segundo del precepto, únicamente debe valorarse la lesividad para el bien jurídico que supone la petición de las imágenes. Nada más. En caso de que el autor llegue a obtenerlas y las emplee como medio de coacción, ya tendrá su correspondiente pena, en primer lugar a través del art. 189 y, además, en base a la aplicación del delito de amenazas y/o coacciones o del propio art. 183 ter en su número primero, dado el caso.

Uno de los autores más críticos con la introducción de la figura es Rodríguez Vázquez, que hace un exhaustivo análisis del precepto de forma clara, concluyendo que es distorsionador e innecesario⁶⁰⁴. Resumiré a continuación su postura, con la que coincido en lo sustancial, pero no así en la apreciación que hace de que no existe justificación para la diferencia de penas, tal y como expondré en su momento.

Realiza en primer lugar un análisis comparativo de los dos párrafos del art. 183 ter destacando lo que define como aparentes diferencias entre ambos, que en definitiva no son tales.

Considera el autor, por un lado, que el primer apartado parece requerir la necesidad de contacto físico mientras en el caso del segundo número es suficiente el contacto virtual. No obstante argumenta a continuación que no existe tal diferencia ya que no es descartable que el acercamiento del primer número del precepto pueda ser entendido como aproximación virtual y no física.

Por otro lado, siempre según el mismo autor, en principio, el desvalor subjetivo de la acción contemplada en el número primero del art. 183 ter pudiera considerarse cualitativamente mayor, pues el ánimo subjetivo del injusto debe ir dirigido a realizar conductas especialmente lesivas para el bien jurídico protegido, como son las recogidas en el art. 183 CP y no bastaría con obtener imágenes del

⁶⁰⁴ Se refiere el autor al artículo contenido en el Proyecto de ley, pero las argumentaciones son extrapolables al tipo penal tal y como quedó definitivamente redactado.

menor, sin contacto físico. No obstante, defiende acertadamente que esto no es así, ya que el ánimo específico del injusto en el caso de número uno no se limita a las conductas contempladas en el art. 183, al incluirse también el art. 189, que supone una menor afectación del bien jurídico protegido.

Concluye por tanto, que no existiendo realmente diferencias sustanciales entre los dos números del precepto, la desigualdad de penas no estaría justificada, opinión esta que también mantiene Orts Berenguer⁶⁰⁵.

Añade además que si realmente este nuevo delito del art. 183 ter 2 presenta la naturaleza de un acto preparatorio del art. 189 CP, entraría en colisión directamente con el art. 183 ter 1 CP, que ha sido calificado por la mayoría de la doctrina como un acto preparatorio de los delitos-fin que debe abarcar el ánimo subjetivo del injusto, entre ellos el art. 189 CP. Frente a esta interpretación mantiene que se podría aducir que este nuevo delito no presenta naturaleza de un acto preparatorio del art. 189 CP sino que constituye un delito autónomo; sin embargo, reconoce que esta solución parece tener poco sustento⁶⁰⁶.

Continuando con su argumentación, Rodríguez Vázquez considera que las conductas de los apartados 1 y 2 del art. 183 ter del Proyecto no se diferencian ni en su aspecto objetivo (embaucamiento a un menor a través de las TIC) ni desde el punto de vista subjetivo (en ambos casos hablamos de delitos dolosos). Por tanto, deberíamos acudir al ámbito de referencia del ánimo subjetivo del injusto. Y en este punto también encuentra el autor un solapamiento entre los dos apartados del precepto por lo siguiente: Entre los delitos que debe contemplar el ánimo subjetivo del autor según el número primero se encuentra el art. 189, entre cuyas conductas típicas se incluyen las de captar o utilizar a menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, públicos o privados por lo que dicho tipo puede abarcar la captación de imágenes del propio menor y la simple exhibición del menor a través de la *webcam*, lo que es equiparable a lo previsto en el art. 183 ter 2. Pero

⁶⁰⁵ Vid. ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 13.

⁶⁰⁶ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, pp. 17-18.

incluso aunque consideráramos que la conducta de este precepto es netamente diferente a la descrita en su primer apartado y que no presenta naturaleza de acto preparatorio del art. 189, el autor considera que puede ser constitutiva de una tentativa del art. 189.1 a) o de una consumación de este o del art. 189.2 b) del Proyecto (en realidad debería decir 189.2.a). Destaca que, de hecho, esta solución era la que adoptaban los Tribunales antes de la entrada en vigor del anterior art. 183 bis CP, como ocurría, por ejemplo, en la SAP Granada, de 25 de mayo de 2009, en la que se enjuiciaba a una persona que contactaba con menores de edad a través de *messenger*, haciéndose pasar por una niña de edad similar, ganándose la confianza de aquellos haciéndoles regalos hasta que conseguía, o no, que accedieran a exhibirse desnudos adoptando determinadas posturas sexualmente explícitas ante la *web cam*. En la resolución se condenaba al autor por la comisión de cinco delitos de corrupción de menores del art. 189.1. a) en relación con el art. 189.3. CP, tres de ellos en grado de consumación y dos en grado de tentativa, argumentando (FJ 1º) respecto a éstos últimos que “[...] no llegaron a integrar la consumación delictiva de dicha infracción. Pues aunque el acusado les pedía que les enseñaran el pene y se masturbaran delante de la webcam, ellos no lo hicieron, por lo que el delito es en grado de tentativa [...] consideramos que (pese a ser un delito de mera actividad y no de resultado que sí admite formas imperfectas) con la proposición a la masturbación, el acusado comete una tentativa de corrupción de menores, ya que intentar hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de este está tipificado en el art. 189.3 del Código Penal, piénsese que la conversación obscena de que les enseñare el pene y la invitación a masturbarse, repercute gravemente en el desarrollo de la personalidad de niño de haber sido consumado”.

Por ello Rodríguez Vázquez termina también concluyendo que la incorporación del delito de *grooming* a la legislación obedece a un uso simbólico del Derecho Penal ante la alarma social generada por el abuso de menores a través de las TIC y a pesar de los datos que parecen indicar que no hay razón para tales temores; además de pretender hacer ver que se cumplen las Directivas europeas, copiando de forma literal los tipos penales recogidos en la Directiva 2011/93/ UE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sin analizar previamente si ello es necesario en el ordenamiento penal español⁶⁰⁷.

Mantiene esta misma opinión Díaz Cortés, quien destaca también la falta de rigor legislativo al asumir directrices internacionales al margen de estudios propios de una política criminal racional, añadiendo que “lo cierto es que esa aparente obediencia ciega suele incluso desconocer el propio tenor y sentido de las Directrices europeas”⁶⁰⁸.

Por último, respecto a las reflexiones de Rodríguez Vázquez, destacar que el autor concluye que el nuevo delito del art. 183 ter 2 no debería incluirse en el CP por la tan reiteradamente referida posibilidad de encajar las conductas contempladas en el mismo en otros tipos penales, apreciación que también mantenía del anterior art. 183 bis. Las tentativas de agresiones y/o abusos sexuales se tipificarían a través del art. 183 en relación con el art. 16 CP y los hechos subsumibles en el art. 183 ter 2 se tipificarían como consumación o tentativa del art. 189.1 a) en relación con el art. 189.3 a) CP (entendiendo que debería decir 189.2.a). No obstante, acertadamente explica que “[...]si se mantiene que el art. 183 ter 2 está tipificando un acto preparatorio del art. 189.1.a), lo cierto es que será totalmente ineficaz, pues en la práctica resultará muy difícil, por no decir imposible, poder detener y condenar a un sujeto por dicha conducta, porque o bien la detención y el proceso judicial llegarán cuando dicho sujeto haya realizado actos ejecutivos del art. 189.1. a) CP, en cuyo caso este último es el artículo aplicable, o bien porque aunque se detuviese al sujeto al contactar con el menor si no existe ningún hecho exterior que revele sus intenciones de obtener imágenes o vídeos de dicho menor (en cuyo caso, insisto, estaríamos ya en presencia de actos ejecutivos del art. 189.1 a) CP y, por tanto, sería de aplicación dicho delito en grado de tentativa) no será posible probar el ánimo específico del injusto requerido por el tipo penal [...]”⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, pp. 20-23.

⁶⁰⁸ DÍAZ CORTÉS, “Una nueva modalidad”, p. 1.

⁶⁰⁹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, pp. 20-23.

En definitiva, el solapamiento que se produce entre la regulación contenida en los arts. 183 ter 2 y 189 me lleva a concluir que la incorporación del primero de los preceptos resultaba totalmente innecesaria. Además de ello es incoherente la previsión del legislador de que en caso de que la conducta del autor solicitando pornografía infantil quede en grado de acto preparatorio quepa aplicar la exención de responsabilidad en base al art. 183 quáter y no suceda lo mismo si procede la condena conforme al art. 189.

Coincido plenamente con la apreciación de Rodríguez Vázquez al entender que será prácticamente imposible una condena por conductas que no hayan llegado a iniciar los actos ejecutivos del art. 189 1.a) y 2.a) puesto que no podrá acreditarse que la intención del contacto es la de obtener pornografía infantil a no ser que dicha finalidad ya haya sido expresada, momento en el cual ya nos movemos en el ámbito de la tentativa del art. 189. No obstante, el planteamiento teórico de posibilidad de incardinar unos hechos dentro del art. 183 ter 2 o 189 1.a) y 2.a) en grado de tentativa, debe resolverse mediante la aplicación del principio de consunción (art. 8.3. CP) pues la tentativa absorbería a los actos preparatorios.

Una vez que se haya obtenido el material pornográfico pretendido y por ello sea de imposible aplicación el art. 183 ter 2, la disyuntiva entre aplicar el primer número de ese mismo precepto o el art. 189 se resolverá igualmente por aplicación del art. 8.3. CP penalizando por el delito de pornografía infantil, pues afectando ambos preceptos a la indemnidad sexual, la lesión es más intensa en el caso del art. 189 y en este se comprende el desvalor de la acción contenida en el art. 183 ter 1.

V.5. Culpabilidad y error de prohibición.

De forma general podemos decir que en el caso de concurrir un error de prohibición debemos aplicar la máxima "*ignorantia iuris non excusat*" (el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento). No obstante, se viene dando diferente tratamiento a los errores dependiendo de si éstos recaen sobre infracciones de carácter natural o formal. En el primer caso hablamos de conductas

que lesionan normas éticas existentes en la conciencia de todas las personas, que son necesarias para la convivencia y que dependen del contexto sociocultural. A la conducta que viola esas reglas se le denominaba por los canonistas acción *mala in se*. Frente a ella, están los actos *mala quia prohibita*, que son los delitos denominados, no del todo correctamente, formales, cuya razón de ser la encontramos en principios de oportunidad.

Cuando el error recae sobre normas fundamentales del Derecho Penal, no cabe su apreciación. Así, no se aplicará exención de responsabilidad por error de prohibición en los casos de infracciones de carácter material o elemental cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada.

En este sentido, la STS de 18 abril de 2006, nº 411/2006, rec. 421/2005, refleja la doctrina de ese Tribunal al afirmar : “Ya hemos señalado como en aquellos delitos denominados naturales, que reprueban la práctica totalidad de las culturas o cuya ilicitud puede considerarse notoria en un círculo cultural determinado, resulta muy difícil apreciar la invencibilidad y aún el error mismo de prohibición.

Otras veces, los medios de comunicación social se encargan de generalizar la ilicitud de otros comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales”.

Aplicando este entendimiento al caso del *grooming*, opinaba Escrihuela Chumilla, en relación con la regulación anterior, que la ilicitud del trato sexual entre adultos plenamente capaces y menores de edad tan escasa como la de doce años, cuya capacidad de discernimiento todavía no se encuentra mínimamente formada, es hoy notoriamente evidente y de conocimiento general⁶¹⁰.

La cuestión entiendo que debe plantearse en otros términos, ya que, dada la naturaleza del delito, que castiga meras intenciones, no se trata de ser conocedor de la prohibición de mantener relaciones sexuales con menores de determinada edad,

⁶¹⁰ ESCRHUELA CHUMILLA, *Todo Penal*, p. 686.

sino de saber o al menos sospechar de la antijuridicidad de los contactos mantenidos con dicha intención, pero antes de que se llegue a producir el acceso al menor; o, en el caso del número segundo del precepto, sospechar de la antijuridicidad de convencerle mediante engaño para que le remita imágenes pornográficas. Habrá que analizar caso por caso la trascendencia que deba darse al error de prohibición, sobre todo en aquellos supuestos del primer número del art. 183 ter en que no se actúe con coacción, intimidación o engaño, debiéndose prestar especial atención a la cultura y país de procedencia del sujeto activo. Y con más rotundidad debe mantenerse esta postura en el momento actual en el que el sujeto pasivo del delito es todo menor de dieciséis años.

A este respecto, la jurisprudencia establece que para la apreciación de la existencia de error (vencible o invencible) deben analizarse en cada caso, tanto las circunstancias objetivas del hecho como las subjetivas del autor del mismo. Entre las primeras, se valoran la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para ser conocido por el sujeto activo. En cuanto a las circunstancias subjetivas, se encuentran las condiciones psicológicas y de cultura del sujeto activo, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su conducta.

La SAP Valencia, sec. 1ª, de fecha 30 de abril de 2008, nº 119/2008, rec. 118/2006, analiza la influencia que pueden tener algunos aspectos subjetivos en la concurrencia del error de prohibición, siendo estos extrapolables a los casos de *grooming*. Dice lo siguiente: “En el supuesto que analizamos, como antes hemos dicho, consta que el procesado era conocedor de la edad que tenía Sofia aunque creía que las relaciones que mantenían eran lícitas, igualmente, que en el momento de los hechos la menor de edad presentaba una apariencia física de tener una edad superior y una marcada personalidad, que pudo ser constatada por los miembros de este Tribunal ante los que se expresó con absoluta naturalidad y desparpajo; por su parte, el acusado, que no sufre alteración de sus facultades mentales y tiene un coeficiente intelectual normal, si bien presenta un bajo nivel cultural, y es originario de la selva de Ecuador, con el convencimiento de plena normalidad de los noviazgos de chicos

de 20 años con niñas de 11 o 12 con las que incluso contraen matrimonio. Consecuente con tal declaración fáctica debemos entender que concurre un error de prohibición si bien debe calificarse como vencible por cuanto que el procesado con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular empleando una diligencia objetiva y subjetivamente exigible, dado que conocía la edad exacta de la menor y había entablado una previa relación de ‘noviazgo’ durante año o año y medio que le permitió a través de sus familiares, de la madre de Liz con la que habló en alguna ocasión para decirle que quería casarse, o incluso por efecto de los medios de comunicación que se encargan de generalizar la ilicitud de comportamientos delictivos respecto de cuya nocividad la sociedad no está tan sensibilizada. Esta suerte de notoriedad en sentido amplio facilita un conocimiento que asimila estos casos al de los más característicos delitos naturales”.

En un caso parecido al anterior, el Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de abril de 2006, nº 411/2006, rec. 421/2005, rectificando la consideración por parte de la Audiencia del error de prohibición como vencible, entendió que este era irreversible o invencible y en consecuencia absolvió al acusado del delito de abuso sexual. Para ello se tuvieron en cuenta varias circunstancias, entre ellas las características subjetivas tanto del sujeto activo como pasivo, tal y como se expresa a continuación:

“[...] en el caso que analizamos nos encontramos, con dos personas de nacionalidad ecuatoriana, una menor entre 12 y 13 años con una madurez mental superior a esa edad -los médicos forenses en el acto del juicio señalaron que presenta una personalidad y mentalidad muy madura, aproximadamente representaría 17 años y conocía lo que eran las relaciones sexuales y sus consecuencias, y el acusado de 24 años con un bajo nivel cultural y un grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica, hasta el punto de que la propia sentencia, fundamento derecho primero, admite que incluso los factores psicológicos, puntualmente observados, apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado, y una única relación sexual entre ambos, que se consideraban mutuamente novios, no solo consentida por la menor, sino que incluso los informes antes indicados consideran que era ella quien en esa relación presentaba una personalidad más fuerte y llevaba

las riendas de la relación, siendo especialmente significativas sus manifestaciones tanto en la exploración judicial en el mes de octubre de 2004, nada más ocurrir los hechos, (‘que está bien, que quiere a su novio, que le considera como su novio, que le quiere y por eso lo hizo, que él no la forzó’), como en el plenario de 21.1.2005, (‘conocía en qué consistían las relaciones sexuales, estaba informada por el Colegio. Acudieron a casa de Carlos Antonio. El acusado no le hizo ninguna propuesta, tampoco hablaron de acostarse, comenzaron a besarse y era algo que apetecía a los dos. Su relación con Carlos Antonio fue voluntaria y consentida ... No se sintió presionada y sabía lo que era la relación sexual y sus consecuencias...’).

Siendo así, la calificación como vencible del error de prohibición del procesado que la Sala sentenciadora infiere del conocimiento de la edad exacta de la menor y de haber entablado una previa relación de amistad con esta, durante varias semanas, antes de las relaciones sexuales, no puede ser compartida.

La edad de la menor ‘de camino a 13 años’, según expresión del procesado, está justo en el límite de la presunción del art. 181.2 CP e incluso hubiera determinado antes de la reforma de la LO. 11/99 de 30.4, que elevó el límite de 12 a 13 años, la no tipicidad, al menos por dicho precepto, de la conducta imputada al recurrente.

La previa relación de amistad con la menor antes de mantener la relación sexual no tiene especial incidencia sobre la vencibilidad del error, no solo porque, según el relato fáctico, aquella relación de amistad se entabló ‘durante el mes de septiembre’ y los hechos sucedieron el día cinco de octubre del mismo año, sino porque dadas las circunstancias del hecho y las condiciones psicológicas y de cultura del infractor y la realidad social de acusado y víctima, los dos ecuatorianos y pertenecientes a una cultura en la que las relaciones de este tipo son permitidas y toleradas, tal como la sentencia refiere en el Fundamento Jurídico tercero, en base a las declaraciones tanto del acusado como de la propia menor y su madre, aquella relación previa, en la que la menor llevaba la iniciativa, no podría haber subsanado el error del acusado en orden a la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”.

Respecto al *grooming* podremos encontrarnos en supuestos como los analizados, en los que personas procedentes de otras culturas, que ni siquiera alcanzan a ver motivo de reproche en relaciones sexuales “consentidas” con menores no solo de dieciséis años, sino también de mucha menor edad, con más razón, desconocerán absolutamente que el hecho de relacionarse con ellos a través de las TIC y proponerles una cita con intenciones sexuales, ya es penalizable. Tampoco parece improbable pensar que en esos casos, dependiendo lógicamente de las circunstancias concretas de cada supuesto, el error sea considerado como invencible, ya que el conocimiento general sobre la penalidad de este tipo de conductas incluso en un ciudadano medio español, no está muy extendido. Los medios de comunicación, cuando hacen referencia a los “acosadores sexuales” que operan a través de Internet, evidentemente, no hacen una definición concreta de la conducta típica, por lo que, al menos en el caso de gente procedente de otros países y sin una gran integración aquí, se podría considerar seriamente la apreciación de un error de prohibición invencible. Y respecto de personas españolas y/o con una adecuada integración en este país, también podremos encontrarnos con la existencia de dicho error de prohibición, al menos vencible, sobre todo en las relaciones a través de Internet entre jóvenes próximos en edad y fundamentalmente cuando no concurra coacción, intimidación o engaño.

En cuanto a la conducta de embaucamiento para obtención de pornografía infantil, parece que, al menos el ciudadano medio español, como mínimo sospecha o debe sospechar, que la misma constituye delito, por lo que la apreciación del error de prohibición se presenta alto improbable. Sin embargo, sí es posible, más aún ahora con la elevación de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, que jóvenes de poco más de dieciocho años, incurran en la conducta del art. 183 ter 2 sin que tengan ni la más mínima sospecha de que están cometiendo un delito. Deberán estudiarse las circunstancias que concurran en cada caso para valorar la posibilidad de aplicar en estos supuestos la existencia de un error de prohibición invencible, dada la imposibilidad de que opere el art. 183 quáter cuando el material pornográfico sea efectivamente enviado.

V.6. Grados de ejecución del delito.

La consumación del delito de *grooming* se produce cuando tras la propuesta de encuentro con el menor, se dan los actos materiales encaminados al acercamiento. No es hasta el momento en que éstos tienen lugar, cuando se realiza plenamente el ilícito penal. Debido a la naturaleza del tipo de consumación anticipada, dice Berdugo Gómez de la Torre, acertadamente, que existen dificultades para su ejecución por tentativa⁶¹¹, reconociéndose esta misma reflexión en la STS de 24 de febrero de 2015.

González Tascón propone de *lege ferenda* la posibilidad de comisión del delito en grado de tentativa a fin de lograr de ese modo la pretendida prevención de conductas peligrosas para la indemnidad sexual de los menores, que, según ella, afectan también a la seguridad de la infancia en el ciberespacio. Resalta que ello permitiría otorgar relevancia penal al error inverso sobre la edad del menor, facultando el castigo de la tentativa relativamente inidónea y hace referencia a las legislaciones que ya hemos analizado anteriormente, que equiparan de forma expresa el hecho de que la víctima sea menor de una edad con el hecho de que el sujeto activo crea que así es⁶¹². Por mi parte no puedo mostrarme de acuerdo con dicha postura porque en el caso propuesto por la autora, nos encontraríamos ante una tentativa absolutamente inidónea, que si se penalizara atentaría contra el principio de lesividad.

Contrariamente, Núñez Fernández, si bien critica la posibilidad de que se den formas imperfectas de ejecución, considera que ello es posible, en coherencia con el principio de legalidad. Tiene en cuenta que el delito está formado por la sucesión de tres conductas, de modo que la ejecución de alguna de ellas sin llegar a realizar la última por razones ajenas al autor, daría lugar a la tentativa inacabada del art. 16 CP⁶¹³, lo cual ocurre siempre en el caso de los tipos acumulativos.

⁶¹¹BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La reforma 5/2010”, p. 21.

⁶¹²GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 253.

⁶¹³NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 202.

En consecuencia, debemos mantener que formalmente cabe la tentativa del delito contemplado en el art. 183 ter 1 si bien, debido a que con anterioridad a la ejecución de los actos materiales encaminados al acercamiento no existen conductas penalmente relevantes que impliquen una, al menos remota, lesión del bien jurídico podríamos entender que no existe antijuridicidad material por ausencia de ofensividad alguna.

No podemos pasar por alto la posibilidad de que haya supuestos en los que se produzcan los actos materiales encaminados al acercamiento sin que las conductas anteriores del sujeto activo hayan desplegado todos sus efectos por causas ajenas al mismo, como sucedería en caso de que la remisión del mensaje del autor al menor con la propuesta de encuentro no llegara a este. Por ejemplo, dicha proposición para encontrarse con el menor puede haberse enviado a través de correo electrónico. Este tipo de comunicación atraviesa por diferentes fases que, tal y como detalla Arrese Fernández, explicando la forma de trabajar de la policía autónoma del País Vasco ante los delitos informáticos, consisten en: redacción y remisión del mensaje; el mensaje se redirecciona a un recipiente virtual del proveedor de servicios de correo (servidor de correo saliente); el mensaje se enruta por diversos nodos en la red; el correo llega al proveedor de servicios de correo del destinatario, almacenándose en un recipiente virtual (servidor de correo entrante); finalmente, se produce la recepción del mensaje⁶¹⁴. Es posible que el *mail* quede atascado en algunas de las etapas anteriores a su recepción y por tanto no llegue a conocimiento de su destinatario. Lo que debemos plantearnos y preguntarnos es si debemos penalizar la conducta del remitente del correo electrónico, el cual, sea por el motivo que sea, se detiene en alguna de las fases intermedias descritas, que, desconocedor de la falta de recepción del *mail* por el menor, acude al lugar propuesto para el encuentro ¿Podríamos en ese caso pretender penalizar la conducta como tentativa del delito de *grooming*?

⁶¹⁴ARRESE ALEXANDRE, “Amenazas y coacciones”, p. 4.

Como ya he adelantado, teóricamente, formalmente es posible, pero parece adelantar excesiva e innecesariamente la barrera de punibilidad en estos casos. La indemnidad sexual del menor, desconocedor de la propuesta y que no acude al lugar, no se ha visto afectada en lo más mínimo.

En cuanto al delito de embaucamiento para la obtención de pornografía infantil, si el mensaje en el que se solicita del menor dicho material no llega a este, el razonamiento sería el mismo. Y, en mi opinión, la ausencia de lesividad debe conducir a negar la sanción en tales supuestos.

V.7. Aspectos sobre la práctica de la prueba.

V.7.1. Introducción.

En el ámbito del *grooming* y del embaucamiento para obtención de pornografía, debido a la naturaleza del delito y el medio a través del cual se comete (las TIC), habrá de recurrirse a la investigación en el marco informático y tecnológico a fin de obtener pruebas incriminatorias: contenido de *mails*, SMS, comunicaciones a través de redes sociales u otros medios telemáticos.

Hasta la reciente entrada en vigor de la LO 13/2015, de 5 de octubre, se venía poniendo de manifiesto por la doctrina y sectores vinculados a la investigación de delitos informáticos la urgente necesidad de regulación expresa por parte de la LECrim del acceso a la información contenida en dispositivos electrónicos y su incorporación al proceso penal⁶¹⁵.

La investigación, obtención de prueba y enjuiciamiento de los delitos informáticos presentan bastante dificultad y existían varios aspectos necesitados de mejora y/o regulación, parte de ellos contemplados en la Recomendación R (95) 13, de 11 de septiembre, sobre los problemas de derecho procesal penal relacionados con las tecnologías de la información, y en el Convenio Europeo sobre cibercriminalidad

⁶¹⁵ Por todos, DELGADO MARTÍN, “La prueba electrónica”, p. 2.

de Budapest (2001). De entre ellos, destacaba Flores Prada la necesidad de dotación de unidades policiales especializadas, fortalecimiento de los sistemas de cooperación internacional entre cuerpos policiales, creación de unidades policiales internacionales, constitución de escalas de peritos informáticos al servicio de la policía, fiscalía y Tribunales, creación de fiscalías especiales, modificación en los ordenamientos procesales a fin de regular medidas para interceptación de las comunicaciones informáticas, datos de navegación, rastreo de contenidos, necesidad de adoptar acuerdos internacionales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relativas a delitos informáticos, reformas penales en material de legitimación y ejecución de sentencias etc.⁶¹⁶.

De hecho, incluso el TEDH, en su sentencia de 10 de febrero de 2009, recogió la necesidad de que las normas habilitantes para interferir las comunicaciones se adaptaran a las nuevas tecnologías.

En este punto, conviene especificar, siguiendo a Delgado Martín, que la prueba electrónica es toda información producida, almacenada o transmitida por medios electrónicos, que puede tener efectos para acreditar hechos en la investigación de todo tipo de infracciones penales y no solamente de los denominados delitos informáticos⁶¹⁷.

Pues bien, a pesar de la importancia que las TIC y más en concreto Internet están cobrando con el paso del tiempo como medios a través de los cuales se pueden cometer delitos, en la legislación española se carecía de una normativa procesal específica relativa a la investigación e instrucción de los delitos informáticos⁶¹⁸.

⁶¹⁶ FLORES PRADA, *Criminalidad Informática*, pp. 311-312.

⁶¹⁷ DELGADO MARTÍN, “La prueba electrónica”, p. 1.

⁶¹⁸ Así, DE LA ROSA CORTINA, “Algunas cuestiones”, pp. 2-3. Exponía el autor con anterioridad a la modificación de 2015 de la LECr, la necesidad de una regulación específica en el caso de los delitos informáticos en cuanto a normas de competencia, jurisdicción y determinadas formas de investigación, como la interceptación de correos, análisis de los contenidos de equipos informáticos o teléfonos móviles, pericial informática etc.

Ante este panorama, se planteó la posibilidad de crear una nueva ley procesal penal con la finalidad de modificar y actualizar no solo los aspectos que aquí nos ocupan, relacionados con la investigación en el ámbito tecnológico, sino otra serie amplia de cuestiones para ajustar la regulación a la actualidad, de forma que el 2 de marzo de 2012 el Consejo de Ministros constituyó una Comisión Institucional para la elaboración de un Texto Articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Comisión presentó una propuesta de Código Procesal Penal el 25 de febrero de 2013, que finalmente quedó paralizada por falta de consenso, sin que nunca llegara al Consejo de Ministros, sustituyéndose por una reforma parcial de la LECrim.

El Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 de diciembre de 2014, introducía ya algunas figuras novedosas a fin de paliar las insuficiencias detectadas en la investigación de los delitos cometidos a través de Internet o simplemente de las pruebas relacionadas con las TIC en caso de los delitos tradicionales, creándose en el Título III del Libro II un nuevo Capítulo denominado “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas” y realizándose una mención expresa a la facultad de la policía judicial, previa autorización judicial, para la intervención de las comunicaciones teniendo en cuenta la evolución que las formas de comunicación han experimentado con la introducción de las nuevas tecnologías.

Dicho Anteproyecto, finalmente, fue dividido en dos proyectos de ley fechados el 13 de marzo de 2015: por una parte, un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales y por otra parte, un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que es el que regulaba la materia que aquí nos interesa.

Finalmente, la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la

regulación de las medidas de investigación tecnológica creó una nueva estructura para el Título VIII del Libro II de la LECr, bajo la rúbrica “De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”. Dentro de dicho Título se comprenden diez Capítulos, algunos de los cuales recogen normativa que tendrá especial aplicación en el ámbito de los delitos que se cometen a través de las TIC. En concreto hablamos del nuevo Capítulo IV, denominado “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”, el nuevo Capítulo V, referido a “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, el Capítulo VIII, “Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información” y el Capítulo IX, denominado “Registros remotos sobre equipos informáticos”.

Los principios rectores para la adopción de las medidas de interceptación de las comunicaciones telemáticas, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos, entre otros, vienen recogidos en el art. 588 bis a) de la nueva LECrim⁶¹⁹.

⁶¹⁹ “Art. 588 bis a. Principios rectores.

1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2. El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

3. El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.

4. En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o

b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

5. Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros.

En el mismo sentido que ya se había pronunciado la jurisprudencia, se establece para la adopción de dichas medidas de investigación la necesidad de autorización judicial otorgada mediante Auto motivado tras oír al Ministerio Fiscal (art. 588 bis c). Por tanto, no caben autorizaciones administrativas debido a la implicación de los derechos fundamentales del art. 18.3 CE.

El principio de especialidad prohíbe las investigaciones prospectivas o *causa generalis* ya que, como dice el TS en su sentencia nº 1432/2011, de 16 de diciembre, “[...] el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional”.

Respecto a la excepcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida, coincido con González-Montes Sánchez⁶²⁰ en que la adopción de la misma implicará la existencia de una mínima investigación previa de la que se deduzcan indicios de la comisión de determinado delito⁶²¹.

En cuanto a las Disposiciones Generales (Sec. 1ª), debemos destacar que se produce una novedad en la nueva regulación, que podrá dar lugar a problemas de constitucionalidad ⁶²² y que consiste en la posibilidad de intervenir comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a terceros, siempre que conste que la persona investigada se sirve de aquellos para transmitir o recibir información o en caso de que el titular colabore con el sujeto investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad y en casos en

Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del derecho”.

⁶²⁰ GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 28.

⁶²¹ Para un análisis crítico de los principios rectores del art. 588 bis a) de la LECrim véase RODRÍGUEZ LAINZ, “La interceptación”, pp. 3-4.

⁶²² Así lo apunta GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 33.

que el dispositivo sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular (art. 588 ter c).

Ya he apuntado anteriormente en este trabajo la dificultad probatoria que representa el elemento subjetivo del tipo en el caso del *grooming*, el cual la mayor parte de las veces se tratará de acreditar a través del contenido de las comunicaciones entre sujeto activo y pasivo. Precisamente por ello es importante que seamos muy escrupulosos con el respeto a la legalidad en el proceso de obtención de dichos datos⁶²³ tanto por lo que respecta a su forma de extracción, almacenamiento, manipulación y reproducción como, en definitiva, en cuanto a su forma de incorporación al proceso, para que pueda constituirse como prueba de cargo válida.

Este procedimiento puede llegar a ser arduo y dificultoso hasta tal punto que Agustina Sanllehí, recogiendo las opiniones de Suzanne Ost apunta que “si la policía debe reunir suficiente material probatorio para que la relación *online* sea constitutiva de *Grooming*, se llegará tarde las más de las veces; o, en el otro extremo, se realizarán juicios prematuros con nefastas consecuencias”⁶²⁴. De hecho, en otro de sus artículos doctrinales, aboga el autor por la implementación de mecanismos de transparencia y control en la navegación por Internet, bajo un principio de “privacidad limitada”, que no comparto en absoluto, por lo que de intromisión en lo personal conlleva. Mantiene que el propio hecho de que los usuarios se conciencien de que la navegación puede ser investigada, y la reducción de posibilidades de mantener el anonimato, ya de por sí presentan un gran efecto disuasorio en los delitos cometidos a través de la red⁶²⁵.

Como ya he dicho, el respeto de las normas procesales y de las garantías constitucionales resulta de especial relevancia en la obtención de la prueba relacionada con las comunicaciones entre sujeto activo y pasivo en el caso del *grooming*, ya que probablemente en bastantes casos esta sea la única prueba en que

⁶²³ Así lo destaca URIARTE VALIENTE, “La reforma”, p. 9.

⁶²⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, “Deconstruyendo”, p. 2.

⁶²⁵ AGUSTINA SANLLEHÍ, “La arquitectura digital”, pp. 10-11.

se base la condena. Lo mismo cabe decir respecto a la conducta contemplada en el apartado segundo del art. 183 ter, añadiéndose en este caso la utilidad de conocer si las imágenes pornográficas han sido realmente remitidas al solicitante, a fin de poder delimitar si nos encontramos en un caso de aplicación del citado precepto o del art. 189 CP. Es por ello que en los siguientes apartados haré referencia, aunque sea de forma breve, a las normas que deben presidir la obtención de las pruebas telemáticas.

V.7.2. Rastreo de información en la red.

Cuando el usuario de Internet navega va dejando indefectiblemente una serie de rastros que pudieran constituir los iniciales vestigios del delito o al menos información relevante para la investigación del mismo. Si bien, nos movemos en un ámbito que puede estar protegido por el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, hay algunos datos que se pueden extraer de la red, para cuya consecución no es necesaria la previa autorización judicial. Se trata de aquello que es público, que el propio usuario ha introducido en Internet, y cuya averiguación mediante rastreos policiales resulta totalmente legítima.

Es decir, que en aquellos casos es que se cuente con la autorización del sujeto porque este haya difundido información personal libremente en la red, la obtención de la misma sin autorización judicial no violaría el art. 18.3 CE⁶²⁶. A este respecto, la no utilización de claves de acceso o contraseñas se viene entendiendo como presunción de autorización del sujeto al acceso a la información.

En el anterior sentido se pronuncia la STC 241/2012, de 17 de diciembre, en la que, con un voto particular en contra, se entiende no vulnerado el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones en el caso de una persona que instala un programa de mensajería instantánea en un ordenador de la empresa para la que trabaja, vertiendo en él unos comentarios a los que accede otro trabajador. Al no haber establecido barreras de acceso a dicha información, se presume que los

⁶²⁶ En este sentido, ARIZA COLMENAREJO, “Especialización”, p. 99.

derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones no han sido conculcados. No obstante, dado el desconocimiento que muchas veces existe respecto a la privacidad que ofrece determinado programa, página web o instalación informática, coincido con Ariza Colmenarejo en que para determinar la existencia de barreras en el acceso a la comunicación hay que acudir a expertos que puedan analizar los programas y establecer el grado de confidencialidad que se presume en cada uno de ellos⁶²⁷.

Una de las técnicas empleadas en la investigación relacionada con Internet es el ciberrastreo o monitorización, la cual se encontraba carente de regulación hasta la entrada en vigor de la LO 13/2015, sustentándose su empleo en el anterior art. 579, 3º LECrim. Consiste en la utilización de programas que permiten hallar rastros informáticos mediante la acumulación por parte de los proveedores y servidores de los movimientos del usuario en la red. El programa es capaz de duplicar la información telecomunicativa así como el contenido de los archivos de un terminal en otro. Pero, moviéndonos en el ámbito de las comunicaciones, resulta imprescindible delimitar el campo protegido por los derechos fundamentales y así poder determinar en qué casos es preceptiva una previa autorización judicial habilitante para la obtención de los datos anteriormente citados ya que, como ilustrativamente afirma Velasco Núñez, los ordenadores desde el punto de vista jurídico se pueden simplificar en archivos de intimidades y sistemas telecomunicativos⁶²⁸.

V.7.3. Interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Había quedado patente desde hacía ya mucho tiempo que el anterior art. 579 LECrim, precepto que tenía su origen en una ley que data de 1988 (LO 4/1988, de 25 de mayo) resultaba insuficiente para regular la intervención de las comunicaciones que se practican a través de las nuevas tecnologías, por lo que sobre dicha cuestión se

⁶²⁷ ARIZA COLMENAREJO, “Especialización”, p. 100.

⁶²⁸ VELASCO NÚÑEZ, “Novedades técnicas”, p. 6.

vinieron construyendo diversas interpretaciones analógicas⁶²⁹. Precisamente, en la reforma de la LECrim el legislador, al regular esta materia, ha incluido los requisitos que la jurisprudencia ha venido exigiendo para la práctica de las intervenciones telefónicas⁶³⁰.

En este ámbito, la investigación se encuentra directamente afectada por el necesario respeto al derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones⁶³¹ y por tanto, será esencial poder determinar cuándo nos encontramos ante una “comunicación”. Si bien en algunos casos es fácil deducir que lo que se está investigando es una comunicación, hay ocasiones en las que aunque aparentemente así sea, la jurisprudencia no otorga tal consideración al intercambio de información de determinado tipo.

Por ejemplo, podemos decir que resulta ilustrativa, por la referencia que hace a un supuesto de intercambio de pornografía infantil, la SAP Sevilla, de 11 de julio de 2007, al considerar que ello no constituye “comunicación”, por lo que la utilización por parte de la policía de un programa para rastrear dichos intercambios no vulnera el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) ya que con la pornografía infantil no se transmiten mensajes protegidos constitucionalmente por el secreto (expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos, hecha de forma directa y entre dos particulares). Dice además la sentencia que Internet es una red pública internacional y quien distribuye en ella sus contenidos -en ofrecimiento público, genérico, universal e indiscriminado- y utiliza sus herramientas, sabe que deja rastros de su entrada y uso que pueden ser analizados por los investigadores, de la misma manera que quien delinque en la calle sabe que se

⁶²⁹ VALLÉS CAUSADA, “Una mirada”, p. 51, destaca que el desbordamiento del precepto anteriormente citado se certifica, entre otras cosas, por la existencia de varias condenas del TEDH a España por la ineficiencia de su ley procesal en cuanto a las intervenciones telefónicas y por la ingente creación jurisprudencial anclada en la obsoleta doctrina surgida del Caso *Malone* del TEDH y la STC 114/1984.

⁶³⁰ Así lo refiere GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 22. Hace referencia el autor al Proyecto de LO.

⁶³¹ Para un profundo estudio del derecho al secreto a las comunicaciones en el caso de utilización de la red *wifi*, relacionado con la jurisprudencia del TC, véase RODRÍGUEZ LAINZ, “Análisis del espectro”, pp. 1-20.

expone a que se encuentren pruebas de su autoría. Su búsqueda no es sino la inspección ocular en el mundo virtual, que si no afecta a áreas de privacidad ni a secretos comunicativos, se hace exactamente igual que en el mundo convencional.

Tras la reforma operada por LO 13/2015, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas viene regulada, como se ha indicado anteriormente, en el Capítulo V del Título VIII del Libro II LECrim.

Respecto al concepto de comunicación, el Preámbulo de la citada ley hace referencia a la intervención de los SMS, MMS o cualquier otra forma de “comunicación telemática de carácter bidireccional”, por lo tanto parece exigir la bidireccionalidad como elemento esencial de la comunicación; pero, como indica Rodríguez Lainz, este concepto no debe interpretarse como que a uno y otro lado se encuentren personas físicas que interconecten entre sí, sino que será suficiente con que en el elemento emisor, y en no pocos supuestos, receptor, intervenga el factor humano⁶³².

El tipo de delitos respecto de los que existe la posibilidad de intervención de las comunicaciones, medida esta limitativa del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones, tradicionalmente, se fijaba por la jurisprudencia atendiendo al criterio de la gravedad de la pena aparejada al delito investigado así como a la trascendencia social de la conducta. En la actual regulación se amplía la posibilidad de investigación no solo a delitos de determinada gravedad (dolosos que lleven aparejadas penas de al menos tres años de prisión) sino también a los casos de delincuencia organizada, terrorismo o empleo de las TIC como medio comisivo, aspecto este último que ha recibido el aplauso de autores como Vallés Causada por la posibilidad que brinda para investigar conductas desarrolladas a través de instrumentos informáticos o cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación que no pueden considerarse objetivamente graves: *phishing*, amenazas, estafas, injurias, determinadas formas de

⁶³² RODRÍGUEZ LAINZ, “La interceptación”, p. 2.

delitos sexuales y otras, que según el autor, generarían un espacio de impunidad en la red⁶³³.

En definitiva, la investigación de los delitos de *grooming* y embaucamiento para obtención de pornografía se encontrarán comprendidos entre aquellos respecto de los que se puede acordar la interceptación de las comunicaciones, cuya regulación se contempla en los arts. 588 ter a) al 588 ter m).

V.7.3.1. Investigación de la dirección IP.

Las IP (*Internet Protocol*) son las claves de acceso que no pueden ni modificarse ni ocultarse y que los proveedores de servicios de Internet asignan a cada ordenador cuando se conecta a Internet. Una IP consiste en cuatro grupos de números separados por un punto, variable en el caso de usuarios particulares y fijo para empresas titulares de dominio.

Con dichas claves puede identificarse al titular de la línea telefónica desde la que se establece una conexión y por tanto aquellas serán un elemento determinante para la investigación del delito de *grooming* y de embaucamiento de menores para obtención de pornografía. No obstante, conviene recordar que con ello no se identifica directamente al autor ni siquiera al equipo informático concreto desde el que se realizó la conexión en el caso de líneas telefónicas asociadas a un domicilio con varios terminales. Además de ello, hoy en día la mayoría de las conexiones se realizan a través de *wifi*, que si no dispone de las suficientes medidas de seguridad, puede ser utilizada por un tercero⁶³⁴.

Las cuentas de correo, los *nicks*, apodos, *posts* u otros datos dejan su huella digital, también llamada “trazabilidad”, por estar todos ellos vinculados a una

⁶³³ VALLÉS CAUSADA, “Una mirada”, p. 52.

⁶³⁴ Así, BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, p. 428.

dirección IP, con determinación de la fecha y hora de conexión, creación o publicación en las aplicaciones informáticas de la Internet⁶³⁵.

Esta dirección IP puede ser localizada mediante rastreos en la red, pero es muy importante tener en cuenta que tras la obtención de la misma deberá solicitarse la correspondiente autorización judicial para que se oficie a los proveedores de servicios de Internet a fin de que certifiquen sobre la titularidad, domicilio y línea telefónica correspondiente a la IP localizada.

Otra forma de obtener la IP puede ser a través del *log* del PC del que recibe el contenido que interesa investigar, cuando el denunciante o víctima pone libre y voluntariamente a disposición de la policía su dispositivo electrónico⁶³⁶.

La ya referida reforma introducida en la LECr mediante LO 13/2015 determina expresamente en su art. 588 ter k) que “Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el art. 588 ter e), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso”.

El anterior precepto ha venido a recoger en esencia el asentado criterio jurisprudencial que en ausencia de legislación expresa al respecto había determinado de forma clara la no necesidad de autorización judicial para la investigación de una IP cuando el usuario utiliza programas que hacen público en la red ese dato (SSTS

⁶³⁵ BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, pp. 427-428.

⁶³⁶ VELASCO NÚÑEZ, “Pericias informáticas (1ª Parte)”, p. 3.

236/2008, 680/2010 y 842/2010); y de este modo se ha venido aplicando de forma constante⁶³⁷.

Así, la STS nº 842/2010, de 7 de octubre determinaba lo siguiente: “Quien utiliza un programa P2P asume que muchos de los datos que él mismo incorpora a la red con su actividad se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en Internet, no se hallaban protegidos por el art. 18-1º ni por el 18-3º CE, por lo que no era precisa la autorización judicial para obtener las identificaciones de las IPs involucradas en la descarga de archivos de contenido pedófilo”.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, sí resulta necesaria la previa autorización judicial para la identificación del terminal, teléfono o titular del contrato de una IP, tal y como también se venía ya exigiendo según el criterio jurisprudencial desarrollado antes de la entrada en vigor de la reforma de la LECr.

Como ejemplo de lo anterior podemos citar las STS nº 236/2008, de 9 de mayo, SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, nº 72/2009, de 26 de febrero y la SAP Las Palmas, sec. 1ª, nº 42/2009, de 6 de abril.

También el Pleno no jurisdiccional del TS de 23 de febrero de 2010 decía que “es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”.

⁶³⁷ Como ejemplo podemos citar la SAP Girona, de 31 de marzo de 2011, en la cual se enjuiciaba un delito de corrupción de menores y ante las alegaciones de la defensa de falta de motivación del Auto judicial que acordaba la averiguación de las direcciones IP, argumentaba la Audiencia que para tal fin ni siquiera resulta exigible dicha resolución judicial, por lo que no tiene trascendencia su motivación.

A la hora de afrontar una investigación de este tipo es importante tener en cuenta que según la citada Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, como norma general, la obligación de conservar la información anteriormente referida lo es únicamente por el período de un año, lo que evidentemente limita de forma importante las posibilidades de encontrar por estos medios al autor del delito.

La averiguación del dispositivo electrónico desde el que se haya producido la comunicación con el menor será especialmente relevante para la investigación del delito del art. 183 ter CP, pero esa labor no siempre resultará sencilla dada la posibilidad de empleo de técnicas nada complicadas para dificultar la localización del autor.

Así, Arrese Alexandre destaca algunos de los obstáculos que se presentan en la investigación de los delitos informáticos, como la posibilidad de conexión desde un cibercafé, la utilización de una red *wifi* hacheada, de un *software* de navegación anónima o de otras técnicas de ocultamiento⁶³⁸.

En la misma línea, Villén Sotomayor y Martínez Ginesta, directora de Seguridad Lógica y Prevención del Fraude en la Red y Gerente de Seguridad Lógica, respectivamente, en Telefónica España, recalcan que existiendo muchas formas en las que un particular puede enmascarar su actividad, el operador de telecomunicaciones no será la única fuente a la que se deba acudir para realizar una investigación sobre las comunicaciones, ya que existen límites en los datos que aquel puede facilitar⁶³⁹.

La posibilidad de acceso a técnicas y/o programas que ayudan a conseguir el anonimato a través de Internet se encuentra cada vez más extendida y, como dice Barrera Ibáñez, si bien antes el ciberacosador tenía que contar con ciertos

⁶³⁸ ARRESE ALEXANDRE, “Amenazas y coacciones”, p. 6.

⁶³⁹ VILLÉN SOTOMAYOR y MARTÍNEZ GINESTA, “Posibilidades técnicas”, p. 3.

conocimientos sobre informática para ocultar su autoría, actualmente existen los llamados “anonimizadores”, herramientas o aplicaciones informáticas que permiten ocultar la dirección IP comercializadas por varias empresas. No obstante, debemos resaltar que ninguno de tales “anonimizadores” garantiza el anonimato completamente⁶⁴⁰.

Pero no solo existen los anteriores inconvenientes relacionados con la prueba relativa a la identificación de la IP sino que últimamente se están utilizando las IPs dinámicas que cambian en cada conexión del usuario a Internet y son suministradas de forma automática por cada proveedor a través del protocolo internacional DHCP (*Dynamic Host Configuration Protocol*)⁶⁴¹.

Todas las anteriores dificultades suponen un escollo en la investigación de los delitos contemplados en el art. 183 ter CP.

V.7.3.2. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes e identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.

Entre los medios comisivos del delito contemplado en el art. 183 ter CP también se encuentra, citado expresamente, el teléfono. En relación con la averiguación del terminal desde el que se ha producido la comunicación, debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 588 ter 1) LECrim que regula la posibilidad de que la Policía Judicial, empleando técnicas adecuadas, pueda acceder a un determinado número de abonado a través de la averiguación del código de identificación o etiquetas técnicas del aparato, como la IMSI o el IMEI. No será hasta después de haber obtenido dichos datos cuando se les exija la obtención de autorización judicial para proceder a la intervención de las comunicaciones.

⁶⁴⁰ BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, p. 413 y 422.

⁶⁴¹ Así nos lo explica FLORES PRADA, *Criminalidad Informática*, pp. 306-307, citando a su vez a Galán Muñoz.

En este caso, se permite el acceso a información privada de la persona investigada, lo que supone una injerencia en dicho ámbito privado sin previo control judicial. González-Montes Sánchez, ya en su revisión del Proyecto de ley, proponía como más adecuada la necesidad de solicitar autorización judicial también para la obtención de los códigos de identificación, lo cual se puede hacer conjuntamente con la solicitud de intervención de las comunicaciones, consiguiéndose de esta manera que todo el proceso pueda quedar controlado judicialmente sujeto a los principios generales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Sin embargo, también destacaba el autor las ventajas de esta regulación pues los códigos de identificación de los dispositivos tipo IMSI o IMEI identifican al terminal y, por consiguiente, la persona que pudiera utilizarlo, aunque sea de forma temporal. Si en el curso de la investigación los sujetos investigados cambian continuamente de dispositivos, puede ser muy adecuado el uso del art. 588. ter l) que permita a los agentes tener acceso muy rápido a los datos de identificación e ir solicitando paulatinamente la intervención de las comunicaciones de los nuevos y temporales dispositivos de los investigados⁶⁴².

Por otro lado, el art. 588 ter m) determina que “Cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia”.

V.7.3.3. Correo electrónico, secreto de las comunicaciones e intimidad.

⁶⁴² GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, “Reflexiones”, p. 35- 36.

El contenido del correo electrónico será una prueba esencial en muchos de los casos de *grooming* y embaucamiento para obtención de pornografía; por ello presenta especial relevancia el análisis de los requisitos procesalmente exigibles para la obtención de los datos de esa comunicación, teniendo en cuenta el deber de respetar el derecho al secreto de las comunicaciones contenido en el art. 18.3 CE⁶⁴³.

El anterior art. 579 LECr exigía autorización judicial para intervenir las comunicaciones en aras a proteger el derecho al secreto de las mismas, pero no mencionaba la necesidad de habilitación del Juez cuando lo que estaba en juego era el derecho a la intimidad. Debíamos por tanto ser capaces de delimitar qué aspectos de la comunicación, en este caso del correo electrónico, estarían amparados por uno u otro derecho⁶⁴⁴.

La normativa que afecta a esta cuestión al margen de la LECrim es el art. 18 CE y el art. 1 de la Ley 25/2007, de 18 de Octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones. Esta ley tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación⁶⁴⁵,

⁶⁴³ Sobre la intervención del correo electrónico y conservación de datos en las comunicaciones electrónicas, véase SAIZ GARITAONANDIA, “Algunas notas”, pp. 299-303.

⁶⁴⁴ Ilustra sobre los derechos fundamentales afectados en función de los diferentes momentos del proceso comunicativo DELGADO MARTÍN, “Derechos fundamentales”, pp. 17-19.

⁶⁴⁵ Según el art. 3 de la Ley 25/2007:

“1. Los datos que deben conservarse por los operadores especificados en el artículo 2 de esta Ley, son los siguientes:

a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

i) Número de teléfono de llamada.

ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.

2.º Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:

i) La identificación de usuario asignada.

ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía.

iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil:

así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplado en el Código Penal o en las leyes penales especiales⁶⁴⁶.

Actualmente, el art. 588 ter j) LECrim es el que recoge ese deber de los prestadores de servicios de comunicación, determinando que los datos que se

i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas.

ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet:

i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet.

ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.

2.º Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet:

i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado.

ii) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.

d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación.

1.º Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).

2.º Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet: el servicio de Internet utilizado.

e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:

1.º Con respecto a la telefonía de red fija: los números de teléfono de origen y de destino.

2.º Con respecto a la telefonía móvil:

i) Los números de teléfono de origen y destino.

ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada.

iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada.

f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

1.º La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.

2.º Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

2. Ningún dato que revele el contenido de la comunicación podrá conservarse en virtud de esta Ley”.

⁶⁴⁶ Comparto la opinión de DÍAZ CAPP, Confidencialidad, p. 2-10, que considera que no parece que el término “graves” del precepto se refiera a la clasificación de los delitos contenida en el CP, sino que interpretando el vocablo a la luz de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, debería entenderse referido a la relevancia y alarma social que el delito conlleva.

obtengan de ellos solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso mediante autorización judicial.

Anteriormente, amparándose en la referencia expresa que la Ley 25/2007 hacía a los delitos graves, se venía denegando judicialmente la expedición de mandamientos de revelación de las IP directamente a los agentes legalmente facultados e incluso entradas y registros, lo que desde luego habría dejado fuera la posibilidad de obtención por parte de aquellos de estos datos en asuntos referidos al *grooming* y embaucamiento. Si bien la cesión de datos por parte de la autoridad judicial se podía conceder respecto a todo tipo de delitos, al igual que ocurre en este momento, en los casos en los que se tratara de delitos no graves la misma debía verificarse directamente a dicha autoridad judicial, limitándose la cesión directa de datos a los agentes facultados por imperativo legal a los fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves⁶⁴⁷.

Sin embargo, como apunta Fernández García, cabían interpretaciones alternativas a la anterior, como la reflejada en un recurso del Ministerio Fiscal a una denegación de revelación de IP en un delito de *grooming*⁶⁴⁸, que transcribo en su integridad por el interés y detenida elaboración de su argumentación:

“[...] En la comparecencia policial realizada el día 26 de enero de 2010 el padre describía el acoso con propósito sexual que un desconocido –cuyas direcciones de correo electrónico aporta– estaba desarrollando desde diciembre pasado. En dichas comunicaciones, el extraño le pedía que encendiera su cámara web para verla; se había desnudado ante la menor, y le hacía preguntas de claro contenido sexual.

Las diligencias de investigación realizadas, especialmente el análisis de las cabeceras de datos de tráfico asociados a los correos electrónicos conservados por la víctima, arrojaron el dato de que cuatro de ellos habían sido remitidos desde direcciones IP españolas. Con tal motivo, y a los fines de identificación, la Policía

⁶⁴⁷ Así se acordó expresamente, por ejemplo, en la Junta de Magistrados de Secciones Penales de la AP de Málaga el día 8 de marzo de 2010.

⁶⁴⁸ Véanse las referencias de FERNÁNDEZ GARCÍA, “Los problemas prácticos”, pp. 49-51.

Judicial solicitó del Juzgado el correspondiente mandamiento de identificación de datos IP dirigido al proveedor de acceso Internet.

2º El motivo de denegación del Juzgado ha sido que la medida solo está prevista para la investigación de delitos graves, de acuerdo con el art. 2 de la ley 25/2007, de 11 de noviembre, de conservación y retención de datos de comunicaciones electrónicas. La interpretación dada a la dicción ‘delito grave’ se basa exclusivamente en la aplicación de la calificación de penas asociadas a los delitos investigados que cabe realizar con arreglo al Código penal, concretamente a su art. 33.2. Al entender el Juzgado que los hechos solo son constitutivos de delito de corrupción de menores del art. 189.4º CP, cuyas penas no rebasan dichos límites punitivos, estima que la medida no puede ser adoptada. [...]

En el caso concreto, discrepa el Fiscal de la posible tipificación de los hechos. Si bien es cierto que los actos de acoso con propósito sexual suelen calificarse por la figura del art. 189.4º, es muy frecuente la comisión de complejos delictivos (delitos multi-etapa) realizados con el mismo propósito sexual. En el caso presente, los hechos son conocidos con el nombre anglosajón de *grooming* (acoso sexual informático de un mayor sobre un menor), y constan de una primera fase de captación de la voluntad del menor mediante la toma de contacto por medio de mensajería instantánea, con o sin imágenes de cámara web, mensajes de correo, y videoconferencias; posteriormente aparecen los actos explícitamente sexuales (exhibicionismo del mayor o petición de exhibición del menor), para concluir, en la última fase, con la amenaza directa al menor cuando este quiere cesar el contacto. En este supuesto, los hechos se hallan en la segunda fase, habiéndose producido un acto de exhibicionismo del mayor, así como comunicaciones de hostigamiento.

En el complejo delictivo con propósito sexual no es descartable -pues así nos lo dicta la experiencia cotidiana de las investigaciones policiales y procedimientos enjuiciados- que los actos sexuales de exhibicionismo a que son compelidos los menores a través de las videoconferencias sean grabados por los acosadores, constituyendo delitos de captación in consentida de imágenes de contenido sexual

afectantes a menores (art. 197.1º y 4º CP) y de elaboración de material pornográfico que afecta a menores de trece años (art. 189.1º y 3º.a CP).

En estos casos -no descartables ya simplemente con la información aportada en la denuncia- nos encontraríamos con delitos sancionados con penas de dos a cuatro años y multa en el primer caso, y de cuatro a ocho años en el segundo; amén del posible delito contra la integridad moral por los actos de acoso continuados realizados con miras a la realización de los presentes hechos (art. 173.1º CP), y los actos individualizados en que puede manifestarse, posteriormente, dicho acoso (art. 177 CP). Por ello, nada más que por el posible concurso del art. 189.3.a) CP, el delito debe ser considerado grave en los términos manejados por el Instructor.

Si se nos alega en contrario que estos hechos no se han producido hasta el momento, cabrá argumentar, de una parte, que tampoco se ha producido hasta el momento la corrupción del menor, dado que se exige que efectivamente se afecte a su desarrollo sexual (y no se objeta dicha circunstancia para limitar la investigación de hechos que apuntan a este comportamiento); y de, otro, que habrá que esperar a la comisión de todo el complejo delictivo -con las evidentes consecuencias para la menor- para que pueda ser investigado el hecho criminal único del acoso sexual, en los términos de planificación criminal realizada por el autor del hecho. Ante estas circunstancias, el Fiscal considera suficiente tomar en consideración acumulativa los hechos y las penas asociados a los hechos, tal y como la práctica nos los presentan lamentablemente, y entender, desde el plano dosimétrico, que el límite punitivo de los delitos graves a que alude el art. 2 de la Ley 25/2007 no es un obstáculo para la investigación de este hecho.

4º En evitación de las consecuencias para la investigación criminal de este tipo de hechos, cabe también alegar la interpretación que del concepto de ‘delito grave’ efectúa el Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en la STC (2a) 03/04/2006, donde estudió el límite desde la perspectiva del principio de proporcionalidad que debía concurrir para la adopción de esta medida limitativa de un derecho fundamental [...]”

Por mi parte, me parece que en este caso la argumentación del Ministerio Fiscal es más que suficiente para justificar la concesión de la autorización judicial pretendida.

A la hora de solicitar a los proveedores de servicios determinada información, hay una cuestión que no podemos pasar por alto y es que los servicios de alojamiento, servidores o *hostings (ISP's Internet Services Providers)* son programas que se ejecutan continuamente en un ordenador proveedor base, a la espera de peticiones de ejecución de un cliente. La importancia de la localización geográfica de los servidores de un servicio de alojamiento radica en el diferente mecanismo de solicitud de los datos de conexión a un servidor si este está en España o en el extranjero. En el primer caso se solicitarán a través de mandamiento judicial dirigido a la compañía de servicios y en el segundo supuesto deberán articularse los mecanismos procedentes de cooperación internacional. Así mismo, la obligación de guardar los ficheros de registro depende de la regulación de cada país⁶⁴⁹.

También es importante tener en cuenta que, como hemos expuesto, los servicios de acceso a Internet, correo electrónico, mensajería instantánea, *chat*, foros u otros, precisan la intervención de un servidor o prestador del servicio pero, curiosamente, la Ley 25/2007 obliga a conservar datos de tráfico a los operadores que prestan servicio de correo electrónico, de telefonía VoIP y de acceso a Internet, pero no existe dicha obligación para el resto de prestadores de servicios⁶⁵⁰.

La anteriormente citada normativa derogó el art. 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico que, en su párrafo tercero establecía que “Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces y Tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre

⁶⁴⁹ Así lo refiere BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, pp. 425-427.

⁶⁵⁰ Así lo explica SALOM CLOTET, “La investigación informática”, pp. 3 y 10.

protección de datos personales”. Según Díaz Cappa esta normativa recogía con mayor rigor la esencia de los contenidos afectados por los datos de tráfico relativos a las comunicaciones pues, con la intromisión de los agentes de la autoridad en dichos datos se afectaba no al secreto de las comunicaciones sino a la intimidad⁶⁵¹.

Siguiendo al citado autor, destacaremos la importancia de tener en consideración que la confidencialidad informática abarca no solo el contenido de la comunicación sino también los elementos tangenciales de la misma, el cuándo, cómo, dónde y entre qué personas se produce aquella (aquellos elementos para cuya obtención la Ley 25/2007 requiere autorización judicial) y por tanto resulta esencial determinar qué derecho se está protegiendo en cada momento (derecho a la intimidad, al secreto de la comunicación y a la protección de los datos personales). Resulta también imprescindible diferenciar entre comunicación terminada y comunicación en proceso.

La Ley 25/2007 hace referencia a los elementos de identificación de una comunicación no en curso sino terminada, con independencia de que el receptor conozca o no su contenido, o bien en proceso pero habiendo ya generado todos los datos de tráfico necesarios. Así, diferencia el autor el caso de las comunicaciones telefónicas, en las que el momento preciso de la comunicación hace decaer al mismo tiempo la propia existencia de lo que se está comunicando, del caso de las comunicaciones electrónicas o SMS y similares, que pueden resultar efectivas con posterioridad al momento del envío, por lo que resulta difícil diferenciar de forma concreta el momento exacto de la comunicación *stricto sensu*. Concluye afirmando que la Ley 25/2007 se refiere precisamente a eso, a datos que son susceptibles de ser conservados, que ya existen físicamente y que han tenido su proceso de producción en un momento pretérito. Son los datos de una comunicación ya terminada, que por afectar a la intimidad pero no al secreto de las comunicaciones, para su obtención no sería precisa, a juicio del autor, previa autorización judicial y se muestra por ello más partidario de la anterior regulación contenida en la Ley 34/2002.

⁶⁵¹ DÍAZ CAPPA, “Confidencialidad”, p. 4.

La citada Ley 25/2007 tenía como objetivo la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio. Díaz Cappa, en apoyo de su tesis, opina que la citada Directiva europea hace referencia al derecho a la intimidad y protección de datos personales y no al secreto de las comunicaciones⁶⁵².

No obstante, el criterio jurisprudencial sobre este tema, ya establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/2007, es la necesidad de autorización judicial previa para el acceso a los datos de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica, lo cual podría aplicarse también al caso de las comunicaciones telemáticas, véase correo electrónico.

Así, la STC 123/2002, de 20 de mayo, se pronunciaba sobre la obtención de listados de las llamadas telefónicas suministrados por la compañía telefónica, diciendo:

“CUARTO.- En efecto, este Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone, ha afirmado que el concepto de secreto de la comunicación cubre no solo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. [...]

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en esta Sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si ex art. 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, ‘no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial’ respecto del derecho a la intimidad personal. Ahora bien,

⁶⁵² DÍAZ CAPPÁ, “Confidencialidad”, pp. 2-10.

también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). [...]

Proyectando estas consideraciones sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, este derecho garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc...- de la misma. [...]

SEXTO.- La aplicación de la doctrina expuesta conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes. El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran

externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo”.

Díaz Cappa partiendo de las mismas premisas que la anterior sentencia, llega a la conclusión contraria, a mi juicio de modo equivocado, es decir, a la no necesidad de autorización judicial para la obtención de los datos a los que se refiere la Ley 25/2007. Así, a partir de la distinción entre la preceptiva habilitación judicial para la intervención de las comunicaciones y la no obligatoriedad de la misma respecto al derecho a la intimidad, entiende que si la comunicación está en proceso, es necesaria la habilitación judicial para su conocimiento por otros operadores al ser la confidencialidad del proceso comunicativo lo que está en juego y, junto con su contenido, los datos de tráfico y localización anexos, dependientes e inseparables del mismo. Pero si el proceso comunicador ha finalizado lo que está en juego es la confidencialidad propia del derecho a la intimidad y por tanto para la obtención de los datos conexos a la comunicación susceptibles de ser conservados no sería precisa la autorización judicial, si bien deben respetarse para su obtención los principios de proporcionalidad, idoneidad y beneficio para el interés público.

Propone además que “debemos dar un paso más, desde la nulidad radical por falta de habilitación judicial, a la posibilidad de anulabilidad de lo actuado por el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, que permitiría el necesario control judicial del proceso de enjuiciamiento de las infracciones penales y de la validez de los métodos de investigación usados”⁶⁵³.

De La Rosa Cortina, apoyándose en la citada STC nº 70/2002, de 3 de abril, destaca que se debe diferenciar entre los correos electrónicos ya recibidos y abiertos para cuyo examen no es precisa la autorización judicial y los correos electrónicos enviados y recibidos pero aún no leídos y los mensajes en proceso de transferencia, para acceder a los cuales debe contarse con la previa autorización judicial⁶⁵⁴, conclusión esta que me parece acertada teniendo en cuenta que para examinar el

⁶⁵³ DÍAZ CAPP, “Confidencialidad”, pp. 4 y ss.

⁶⁵⁴ DE LA ROSA CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil*. pp. 243-244.

contenido de los *mails* ya abiertos y leídos no es necesario acceder al proceso comunicativo mientras este está teniendo lugar y ello a pesar de que, al especificar el art. 1 de la ley 25/2007 que la misma se aplicará a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o usuario registrado, ello podría servir de base para exigir autorización judicial para la obtención de dichos datos tanto en el caso de las comunicaciones terminadas como en curso.

Respecto a este último supuesto de correos electrónicos recibidos pero que aún no hubieran sido abiertos por su destinatario, Velasco Núñez precisa con razón que, en aras a respetar el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), será obligatorio citar al imputado (art. 584 LECrim) para proceder a su apertura, con aplicación de las cautelas previstas para la apertura de correspondencia (arts. 580-588 LECrim) en todo lo que resulte aplicable a esta específica forma de comunicación⁶⁵⁵.

V.7.4. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

V.7.4.1. Intervención del ordenador y acceso a sus archivos.

El acceso y análisis de la información contenida en dispositivos electrónicos puede afectar a varios derechos fundamentales, como la intimidad personal, el secreto de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa en el ámbito de la protección de datos personales e incluso el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los casos en que el dispositivo sea hallado en el curso de una entrada y registro domiciliarios⁶⁵⁶.

Esta materia ha sido también objeto de regulación reciente mediante la LO 13/2015. Hasta la entrada en vigor de la misma, la práctica forense venía

⁶⁵⁵ VELASCO NÚÑEZ, “Pericias informáticas (2ª Parte)”, p. 3.

⁶⁵⁶ Así, DELGADO MARTÍN, “Derechos fundamentales”, p. 2.

determinando que, una vez averiguado cuál había sido el ordenador utilizado para la comisión del delito, el Auto judicial autorizando la entrada y registro en un domicilio se consideraba título suficiente para la intervención de los equipos informáticos hallados en el mismo. No obstante, el acceso a los archivos del ordenador sí precisaba de una previa habilitación judicial. Pues bien, una vez más, la práctica se ha llevado a la ley, de manera que actualmente el art. 588 sexies a) de la LECr señala, igualmente, que la incautación de material informático en el registro domiciliario no legitima el acceso a su contenido, sino que para ello resulta preceptiva la autorización judicial⁶⁵⁷.

Advierte a este respecto Rubio Alamillo de un aspecto que puede resultar interesante y es que, bajo su punto de vista, de esta forma, al no poder la policía judicial acceder *in situ* a los discos duros al objeto de que el Letrado de la Administración de Justicia levante acta del contenido de aquellos, la cadena de custodia de los discos se pierde automáticamente salvo que se realice una clonación de cada disco y se genere y anote su correspondiente *hash* y el de su copia clónica en la propia intervención domiciliaria. Y argumenta lo anterior en base a la apreciación de que los discos duros o memorias de un dispositivo son fácilmente manipulables sin que quede rastro alguno de ello. La simple conexión de un disco duro o memoria USB a un ordenador para proceder a su análisis, sin ni siquiera interactuar con el disco, contamina la prueba de forma irremediable. Para evitar esta contaminación, es necesario el uso de bloqueadoras de escritura, que son dispositivos que actúan como puente entre el disco duro o memoria y el ordenador, de tal forma que el disco o memoria nunca se conectan directamente al ordenador, sino a la bloqueadora, siendo esta la que se conecta finalmente a la máquina⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Art. 588 sexies a) LECrim. “Necesidad de motivación individualizada.

1. Cuando con ocasión de la práctica de un registro domiciliario sea previsible la aprehensión de ordenadores, instrumentos de comunicación telefónica o telemática o dispositivos de almacenamiento masivo de información digital o el acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución del juez de instrucción habrá de extender su razonamiento a la justificación, en su caso, de las razones que legitiman el acceso de los agentes facultados a la información contenida en tales dispositivos.

2. La simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente”.

⁶⁵⁸ Vid. RUBIO ALAMILLO, “La informática”, pp. 6-7.

Bien entendido, creo que debe matizarse que, tal y como el propio autor explica, el riesgo que existe es el desprecinto y manipulación de la prueba antes de su entrega en sede judicial por lo que, como él dice, “las garantías del acusado quedarían a merced de la buena voluntad de los funcionarios judiciales y policiales”⁶⁵⁹.

Realmente, entiendo que en estos casos no podrá apreciarse una nulidad de la prueba por haberse roto la cadena de custodia, siempre que se acredite que los ordenadores fueron precintados y se documente cada depósito y recogida y entrega de ese material una vez intervenido. No es este el único efecto que queda en manos de la Policía Judicial y que en pura teoría puede ser manipulado. Así ocurre por ejemplo, con las sustancias intervenidas en los casos de delitos contra la salud pública, pero no por ese simple hecho queda rota la cadena de custodia.

Respecto a la forma en la cual debe realizarse el acceso a la información contenida en los dispositivos informáticos, el art. 588 sexies c) de la LECr dispone que será el juez de instrucción el que lo autorice determinando los términos y el alcance del registro y pudiendo autorizar la realización de copias de los datos informáticos. El precepto establece también que será el juez quien establezca las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación al objeto de poder practicar una prueba pericial, pero no determina la forma concreta en que habrá de hacerse.

Rubio Alamillo destaca las graves consecuencias que, bajo su punto de vista, pueden derivarse de la referencia que el precepto hace a “los datos”, ya que al no decirse que se realizarán copias de los dispositivos (discos o memorias), sino de los datos, ello genera una alta inseguridad teniendo en cuenta que para copiarlos es necesario acceder directamente a los mismos, por lo que la prueba quedaría automáticamente contaminada ya que, como ya he indicado anteriormente, explica el

⁶⁵⁹ RUBIO ALAMILLO, “La informática”, p. 7.

autor que para evitar dicha contaminación, deben emplearse bloqueadoras de escritura. Además, añade, los discos podrían ser alterados a discreción en origen y en destino, añadiendo o eliminando datos, sin dejar rastro de la manipulación⁶⁶⁰.

Presentando tanta importancia la obtención de la prueba informática, considero oportuno hacer referencia, si quiera de forma somera, a las diferentes formas posibles de actuación para lograr la preservación de la fuente original de prueba intacta, tal y como las explica Barrera Ibáñez, Inspectora de la Unidad de Delitos Informáticos de la Policía Nacional:

En los casos en los que no se disponga de personal especializado o herramientas informáticas forenses para obtener información de los soportes informáticos intervenidos en el lugar en que se ha procedido a la entrada y registro, se extraerán, aprehenderán y precintarán los dispositivos de almacenamiento y se realizará un clonado y volcado posterior de la información en sede policial o judicial, previo desprecinto, en presencia del Secretario Judicial (hoy denominado Letrado de la Administración de Justicia)⁶⁶¹.

No obstante, debemos tener en cuenta lo que actualmente establece el art. 588 sexies c) LECrim en su apartado segundo, que dice que salvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos en que se encuentren almacenados los datos, si ello pudiera causar un grave perjuicio a su titular o propietario y pudiera realizarse una copia de aquellos en condiciones que garanticen su autenticidad e integridad.

Continúa la autora proponiendo que, cuando se disponga de los medios adecuados, si es acordado por Auto judicial, el clonado y volcado del contenido de los dispositivos de almacenamiento se realizará en el lugar del registro, bajo la supervisión del Letrado de la Administración de Justicia. Tras dicha operación, se procederá al precinto del disco duro o dispositivo de almacenamiento que quedará en

⁶⁶⁰ RUBIO ALAMILLO, “La informática”, p. 8.

⁶⁶¹ BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, pp. 430-431.

poder del Juzgado, quedándose los investigadores con una copia clonada para realizar sobre ella las correspondientes actuaciones sin riesgo de pérdida de la fuente de prueba original.

Por último, en los casos de investigación de delitos menos graves y en los que se infiera que el autor no tiene amplios conocimientos de las TIC, se inspeccionarán en la misma entrada y registro los contenidos de los discos duros y dispositivos de almacenamiento⁶⁶².

Sobre este mismo tema dice Salom Clotet que la práctica de los investigadores aconseja realizar el volcado en el mismo momento del registro, habiendo solicitado autorización judicial expresa para ello al interesar el Auto de entrada y registro, entre otras cosas por la importancia de algunos datos que se pueden extraer a través de la memoria RAM mientras el equipo no sea apagado, como por ejemplo contraseñas de acceso a servicios. Criticaba a su vez la falta de previsión de la LECrim sobre temas relacionados con el volcado *in situ* o en sede judicial, análisis *in situ* de equipos encendidos o el acta de evidencias digitales, destacando la importancia en todos estos actos de la intervención del Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia) a fin de conseguir la legalidad de los indicios, evidencias digitales y prueba preconstituida que se deriven de aquellos⁶⁶³. Podemos comprobar que tras la reforma tampoco la regulación se ha extendido a esos aspectos.

Respecto a la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en las operaciones de volcado, debemos matizar que algunas de ellas se tornan muy largas y por ello dificultan seriamente la presencia de aquel durante todo el proceso. En esos casos se realiza un resumen digital paralelo que garantiza la coincidencia entre lo ocupado y lo clonado, por lo que es suficiente con la presencia del Letrado de la Administración de Justicia en el momento inicial antes del análisis, cuando se realiza

⁶⁶² BARRERA IBÁÑEZ, “Investigación criminal”, pp. 430-431. Téngase en cuenta que la propuesta de actuación la realiza antes de la entrada en vigor de la reforma de la LECrim.

⁶⁶³ SALOM CLOTET, “La investigación informática”, pp. 13-14.

un *hash* y nuevamente al final del mismo. Cualquier modificación del contenido que se hubiera podido realizar durante el proceso de clonado arrojaría un *hash* diferente del original; sin embargo, si ambos resúmenes (anterior y posterior al análisis) coinciden, queda técnicamente acreditada la integridad del análisis⁶⁶⁴.

Por último debe matizarse que cuando el volcado se realice por otras Administraciones, no será precisa la intervención de la autoridad judicial, como por ejemplo con ocasión de una investigación tributaria; ello por supuesto sin perjuicio del contraperitaje que en sede judicial pueda ser solicitado. Esta doctrina es la mantenida en la SAP Zaragoza, sec. 3ª, de 16-01-2008, nº 26/2008, rec. 330/2007 (EDJ 2008/96212).

Un caso especial de acceso al contenido del ordenador es aquel que presenta Velasco Núñez, en relación a los portátiles hallados por la policía en lugares no protegidos por el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Sugería el autor que, deberá analizarse cada caso conforme a las circunstancias concurrentes, ya que la apertura sin la previa existencia de una autorización judicial pudiera violar el derecho a la intimidad y/o el derecho al secreto de las comunicaciones⁶⁶⁵.

El anterior supuesto se encuentra ahora regulado en el 588 sexies b) de la LECrim, que establece la necesaria autorización judicial para acceder al contenido del dispositivo incautado al margen de un registro domiciliario.

Antes de la entrada en vigor de la nueva regulación procesal y a pesar de la práctica instaurada de necesidad de habilitación judicial, nos encontrábamos con excepciones a la misma en situaciones en las que un inicial análisis de los contenidos de un ordenador llevado a cabo por la policía sin dicha previa autorización podía entenderse constitucionalmente legítima. Así se consideró en la STC 173/2011 de

⁶⁶⁴ Véase sobre ello, VELASCO NÚÑEZ, “Pericias informáticas (1ª Parte)”, p. 6.

⁶⁶⁵ VELASCO NÚÑEZ, “Pericias informáticas (2ª Parte)”, p. 3.

fecha 7 de noviembre de 2011⁶⁶⁶, si bien los argumentos vertidos en la misma para fundamentar la legítima intromisión en el derecho a la intimidad no pueden considerarse acertados, tal y como expondré a continuación⁶⁶⁷.

Se trataba en ese caso de la investigación de un delito de pornografía infantil. El propietario de una tienda de informática a la que el dueño del ordenador llevó este a reparar puso en conocimiento de la policía que había encontrado material pedófilo en la carpeta “Mis documentos” y la policía, sin previa autorización judicial, accedió no solo a la citada carpeta sino a otra perteneciente a un programa de intercambio de archivos.

Resulta claro que el acceso del informático al contenido del ordenador es legítimo pues preguntó al dueño del aparato si tenía contraseña a lo que este respondió que no, entendiéndose por este simple hecho que autorizaba el acceso al contenido del mismo, si bien resulta curioso en este punto que el TC considera (salvo el voto disidente) que dicho consentimiento no es tácito o presunto.

Respecto al acceso de la policía al contenido del ordenador el Tribunal deja claro que su legitimidad no puede venir amparada por la inicial autorización dada por el dueño del equipo al informático. Así, dice que el consentimiento inicial “no puede erigirse en legitimación para una intervención posterior realizada por personas distintas y motivada por otros fines. Lo contrario significaría asignar a un acto concreto de autorización una eficacia genérica *erga omnes* y temporalmente indeterminada, argumento que, sin duda, se revela contrario a los márgenes de

⁶⁶⁶ Dice la sentencia que “[...] nos encontramos ante uno de los supuestos excepcionados de la regla general, que permite nuestra jurisprudencia, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Policía era necesaria, resultando la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad”.

⁶⁶⁷ Como dice GARCÍA ALBERO, “TC y PC”, pp. 147-149, los argumentos que la sentencia ofrece para fundamentar la no necesidad de previa autorización judicial para el acceso al contenido del ordenador hace de aplicación general lo que debe ser una excepción pues “Dada la textura del delito y del instrumento investigado, no puede justificarse urgencia, pues no se atisba *la pérdida o perjuicio que una pequeña dilación en la obtención de la autorización judicial produciría*: pérdida de fuentes de pruebas, de responsables, de cese de conducta delictiva, evitar que se consuma un mal inminente, etc. Los argumentos esgrimidos son pues de aplicación a cualquier supuesto y en consecuencia no conforman excepción alguna”.

disponibilidad de los derechos fundamentales, basados en la voluntad de su titular y cuyo alcance solo a él corresponde delimitar”.

Por tanto, la justificación de la adecuación y legalidad de la actuación policial, la basa el Tribunal en las siguientes circunstancias: Concurriendo el fin legítimo consistente en el interés público en la persecución del delito, la habilitación legal a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se contiene en el art. 828 LECrim, el art. 11.1 de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o el art. 14 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

A continuación, respecto a la no existencia de previa autorización judicial, el Tribunal considera que la misma no era preceptiva por concurrir en el caso circunstancias de urgencia y necesidad, tanto por la gravedad de los actos delictivos como por la finalidad de evitar el posible borrado a distancia de los archivos por parte del dueño del equipo informático, así como por la posibilidad de descubrir a otros partícipes.

Así, detalla la sentencia que “Hemos de valorar, además, que la investigación se circunscribía de manera específica a un delito de distribución de pornografía infantil, lo que resulta relevante, no solo por la modalidad delictiva y la dificultad de su persecución penal al utilizarse para su comisión las nuevas tecnologías e Internet, sino fundamentalmente en atención a la gravedad que estos hechos implican, derivada esta de la pena que llevan aparejados por referirse a víctimas especialmente vulnerables. [...]

En este supuesto, hay que tener en cuenta que la persona denunciada no estaba detenida cuando se practica la intervención, por lo que tampoco parece como irrazonable intentar evitar la eventualidad de que mediante una conexión a distancia desde otra ubicación se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la ‘nube’ de Internet. En todo caso, también aparece como un interés digno de reseñar la conveniencia de que por parte de los

funcionarios policiales se comprobara con la conveniente premura la posibilidad de que existiesen otros partícipes [...]”⁶⁶⁸.

Hace referencia el Tribunal a la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, que insta a los Estados miembros a que adopten las medidas necesarias para “garantizar una actuación rápida de las autoridades policiales”.

Resalta por último la resolución que en la actuación policial se respetó el principio de proporcionalidad, pues se trata de una medida idónea para la investigación del delito “[...] imprescindible en el caso concreto (no existían otras menos gravosas) y fue ejecutada de tal modo que el sacrificio del derecho fundamental a la intimidad no resultó desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las evidencias existentes. En este punto merece subrayarse que el órgano judicial no estuvo durante un espacio prolongado de tiempo al margen de la iniciativa adoptada por la Policía, pues esta inmediatamente (a los dos días) dio cuenta al Juez de Instrucción, pudiendo entonces este hacer la conveniente ponderación sobre si dicha diligencia estaba o no justificada, después de oír, como hemos visto, al instructor del atestado instruido”.

García Albero considera, a mi juicio con razón, desacertada la resolución del TC al entender que la actuación policial se reveló desproporcionada y lesiva para el derecho a la intimidad. No puedo sino coincidir con el autor, que hace las siguientes apreciaciones:

La urgente necesidad consistente en la posibilidad de existencia de otros partícipes se está evaluando a partir del conocimiento de que el autor tenía instalado un programa para compartir archivos, lo cual se descubrió precisamente tras el análisis del ordenador por parte de la policía, es decir, a partir de una intervención que ya estaba viciada de nulidad.

⁶⁶⁸ También se refiere a dicha sentencia DELGADO MARTÍN, “Derechos fundamentales”, pp. 15-16.

La posibilidad de un acceso remoto al ordenador para borrar archivos desaparece si se mantiene aquel apagado, con lo cual hubiera sido suficiente que la policía lo hubiera mantenido en ese estado hasta obtener la autorización judicial para su análisis.

El borrado de archivos que pudieran permanecer en la nube no se puede impedir con la custodia ni el acceso al ordenador ya que puede realizarse desde cualquier terminal⁶⁶⁹.

Por tanto, no podemos sino concluir que, en contra de lo argumentado por el TC, en el supuesto analizado habría sido necesaria la obtención de una previa autorización judicial.

La manera de proceder en los casos de urgencia ha recibido regulación a través de la reforma introducida por LO 13/2015 en el artículo art. 588 sexies c) 4, que dispone que en esos supuestos la Policía Judicial podrá acceder sin autorización judicial a los medios incautados comunicando por escrito motivado al Juez competente dentro de las primeras veinticuatro horas desde la intervención domiciliaria, haciendo constar las razones que hubieran justificado dicho acceso, y será aquel quien, en un plazo de setenta y dos horas, deberá revocar o confirmar la actuación.

En este punto, vuelve a incidir Rubio Alamillo en la ausencia de garantías para el investigado⁶⁷⁰.

En caso de que el equipo se encuentre protegido por una clave de acceso, el derecho a no declarar contra sí mismo amparará al imputado si no quiere revelar aquella. Hoy en día esta previsión está contemplada en el art. 588 sexies c), apartado

⁶⁶⁹ Para un análisis pormenorizado de la STC 173/2011, véase ALCÁCER GUIRAO, “Derecho a la intimidad, pp. 77-83”.

⁶⁷⁰ RUBIO ALAMILLO, “La informática”, p. 8, destaca que no se dispone la necesidad de presencia del abogado del investigado e insiste en la facilidad de manipulación de un disco duro o memoria, por lo que considera inaceptable el que se deleguen las garantías procesales del acusado en los funcionarios policiales en lugar de en el propio proceso.

quinto. No obstante, no podemos pasar por alto la importancia que se le pueda otorgar a la negativa de aportación de contraseñas encontrándonos con ocasiones en las que ello será interpretado como un indicio en contra del acusado. Así, la SAP Albacete, de 22 de septiembre de 2015, en la que se enjuicia precisamente la comisión de un delito de *grooming* dice (FD 3º): “Y por último, es significativo que el acusado dijera, en su declaración ante el Juez de Instrucción, que había olvidado su contraseña de Facebook e imposibilitara así la indagación sobre la naturaleza y el carácter de las conversaciones que mantuvo con la menor. No es creíble tal olvido”. De todo ello se deduce que será siempre mejor ampararse en el derecho a no declarar contra sí mismo para no facilitar las claves de acceso solicitadas, que intentar dar una explicación poco verosímil para evitar hacerlo, ya que en este segundo caso, podrá interpretarse ello como un indicio en contra del acusado.

Respecto a la aportación de claves de acceso y contraseñas también deberá tenerse en cuenta que si el imputado en libertad, y aun sin asistencia letrada, las facilita voluntariamente, dicho consentimiento constituirá una habilitación suficiente que no permitirá con posterioridad interesar la nulidad de la prueba obtenida con la utilización de dichas claves. Este caso en concreto es analizado en la STS de 24 de febrero de 2015.

La citada resolución judicial plasma pormenorizadamente la doctrina sobre el derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y acceso a los datos de un ordenador personal (con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la LO 13/2015) determinando que el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial, que no puede entenderse incluida en la resolución judicial que autoriza el acceso al domicilio en el que aquellos dispositivos se encuentran instalados. Por tanto, bien en la misma resolución o en otra debe constar que el órgano jurisdiccional ha tomado en consideración la necesidad de sacrificar, además del domicilio, aquellos otros derechos que convergen en el momento de la utilización de las nuevas tecnologías.

En el concreto caso examinado en la sentencia la policía había solicitado autorización de entrada y registro “[...] todo ello al objeto de localizar pruebas del

ilícito penal investigado, tanto en relación al menor objeto de las presentes, u otros menores, así mismo comprobar si este se encuentra en posesión de material pedófilo, tanto en soporte fotográfico como informático [...]”. En consecuencia, el Auto judicial acordó decretar la entrada y registro “con la finalidad de ocupar material relacionado contra la libertad sexual que se investiga ya sea en soporte documental, fotográfico o informático”. No obstante, la defensa alegaba que para acceder al contenido de las conversaciones en las redes sociales se habían interesado del imputado las claves o contraseñas en el momento del registro de su domicilio, habiéndolas este facilitado en ausencia de asistencia letrada.

En este punto es muy importante tener en cuenta la siguiente apreciación de la sentencia: “Es cierto igualmente que el auto judicial por el que se decreta el volcado de datos informáticos contenidos en los ordenadores incautados no permite sin más el acceso a los contenidos de las redes sociales, sino que es preciso acceder a Internet e introducir una clave de usuario, por lo que apoderamiento del contenido de las redes sociales no se obtiene simplemente por el acceso al contenido del ordenador sino que requiere una acción adicional dirigida expresamente a su apertura y examen, siendo necesario el dictado de un nuevo mandamiento judicial”.

Argumenta igualmente la resolución judicial que la ley no exige la presencia de letrado en la diligencia de entrada y registro sino que se establece que el acusado, si está detenido, no puede prestar válido consentimiento para dicha diligencia sin asistencia de abogado. No obstante lo anterior, en ese caso concreto no consta que la policía accediera en el momento del registro al contenido de las conversaciones con las claves allí recabadas del imputado (ahora deberíamos decir investigado) sino que una vez este fue puesto en libertad se le pidió autorización para el análisis de un teléfono móvil, un disco duro externo y una tableta que sí fueron intervenidos en la diligencia de registro domiciliario. El acusado, en ese momento en libertad y sin que fuera precisa, por tanto, la asistencia letrada para la validez del consentimiento, facilitó las contraseñas para el acceso a las redes sociales e incluso, como la que había aportado como clave de acceso a *twitter* presentaba problemas, volvió a facilitarla y autorizó el estudio de los dispositivos electrónicos.

Mantiene el Tribunal que siendo en este segundo momento cuando la policía realizó el volcado de las conversaciones y no antes, no cabe formular oposición alguna al acceso a los contenidos de los dispositivos electrónicos, actuando el consentimiento del acusado como fuente de legitimación para ello.

La anterior interpretación de la necesidad de asistencia letrada me parece poco garantista para el investigado, ya que realmente, siendo esta su condición, las “conversaciones” que el mismo tenga con la policía han de tener la consideración de “declaraciones” y por tanto, además de ser llevadas a cabo en presencia de su letrado, venir precedidas de la lectura de derechos, entre los cuales se encuentra el de no declarar contra sí mismo.

V.7.4.2. Contenido del teléfono móvil.

Según la redacción del art. 183 ter CP, uno de los posibles medios de contacto entre el sujeto activo y el menor es el teléfono, por lo que las pruebas que se puedan practicar sobre el contenido del mismo serán muy relevantes durante el procedimiento; para ello la jurisprudencia venía manteniendo que no es preceptiva la habilitación judicial.

Así se han expresado tanto el TC como el TS en relación con el examen de la memoria del teléfono móvil. En este sentido cabe citar las siguientes resoluciones: STS de 3-03-2000 (EDJ 2000/3728), STS de 7-12-2001 (EDJ 2001/56463), STS de 27-06-2002 (EDJ 2002/26367), STS de 22-10-2004 (EDJ 2004/192466), STS de 30-11-2005 (EDJ 2005/213914), STS de 23-01-2007 (EDJ 2007/2694) y STS de 16-02-2007 (EDJ 2007/8549).

El Tribunal Supremo entiende que la cesión por petición, aunque sea por Providencia, del listado de las conversaciones mantenidas desde el teléfono móvil de un investigado no está afectado por el secreto de las comunicaciones por ser datos de carácter personal custodiados en ficheros automatizados. Esta doctrina matiza la contenida en la sentencia del TC citada anteriormente en el apartado correspondiente

al correo electrónico, secreto de las comunicaciones e intimidad, por lo que considero necesario transcribir el fundamento de dicha matización, que se recoge en la STS de 23-01-2007 (EDJ 2007/2694) y es la que sigue:

“[...] la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 CE. [...]

Es cierto que esta doctrina ha sido matizada por el Tribunal Constitucional sentencia 123/2002 de 20.5, al indicar que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE.

En efecto los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión. Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes.

El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo, ahora bien, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de

afectación representa en relación con la que materializan las ‘escuchas telefónicas’, siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad. [...]

Pues bien la STC. 123/2002 antes citada, tras reconocer que dicho Tribunal tiene declarado que la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede acordarse, por decisión expresa de la Constitución, en resolución judicial, de modo que dicho requisito constituye una exigencia material de ponderación judicial de la proporcionalidad de la injerencia en el derecho fundamental (por todas STC. 181/95 de 11.12) y que sin ningún género de dudas una providencia no es, por su propia estructura, contenido y función, la forma idónea que ha de adoptar una resolución judicial que autoriza la limitación de un derecho fundamental, y ciertamente, lo deseable, desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental, es que la resolución judicial exprese por si misma todos los elementos necesarios para considerar fundamentada la medida limitativa del derecho fundamental (STC. 299/2000 de 11.12), sin embargo admite que una resolución judicial puede considerarse motivada si, entregada con la solicitud de la autoridad a la que se remite ‘contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva’. (SSTC. 200/97 de 24.11, 166/99 de 27.9, 299/2000 de 11.12).

Desde esta perspectiva, y en la medida en que la exigencia de resolución judicial a efectos de limitar un derecho fundamental posee carácter material, pues han de ser los Jueces y Tribunales los que autoricen el levantamiento del secreto de las comunicaciones ponderando la proporcionalidad de las medidas que afecten a este derecho fundamental y controlen su ejecución, hemos de considerar que, aunque desde luego la resolución debe adoptar la forma de auto, excepcionalmente también sea providencia, integrada con la solicitud a la que se remite, puede cumplir las exigencias constitucionales en su caso como el analizado en el que se trata de autorizar el acceso a los listados telefónicos por parte de la Policía.

Ello sucederá si la providencia integrada en la solicitud policial a la que se

remite contiene los elementos necesarios para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la proporcionalidad de la limitación del derecho fundamental. A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo, como hemos subrayado, el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma”.

Respecto al examen de la agenda de llamadas efectuadas desde un teléfono móvil o de la memoria del mismo, incluso de SMS que ya hayan sido leídos por su destinatario, cabe realizarlo sin previa autorización judicial. A modo de ejemplo cito las SSTS de 30-11-2005, de 27-06-2002 y de 17-04-2006. La jurisprudencia establece que en casos de necesidad de intervención policial inmediata para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias, siempre que se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad, se permiten leves injerencias policiales en el ámbito de la intimidad en el que nos movemos en los supuestos analizados.

En la STC de 9 de mayo de 2013, haciendo referencia a la STC 142/2012, se determina que el hecho de que la policía examine la agenda de un teléfono móvil sin autorización judicial ni consentimiento de su propietario no afecta al secreto de las telecomunicaciones ya que no es un supuesto de acceso a funciones del teléfono que pudiesen desvelar procesos comunicativos. Entiende el Tribunal por agenda el archivo del teléfono en el que consta un listado de números identificados habitualmente mediante un nombre.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en su sentencia de fecha 26-04-2011, donde expresamente mantiene que el examen de la guía o agenda de un teléfono por parte de la policía no conculca ningún derecho constitucional. Hace referencia a las previas resoluciones de ese mismo Tribunal: SSTS 316/2000, de 3 de marzo; 1235/2002, de 27 de junio; 1086/2003, de 25 de

julio; 1231/2003, de 25 de septiembre; 449/2006, de 17 de abril; 1315/2009, de 18 de diciembre o las de 1 de marzo de 2011 y 12 de diciembre de 2010. Y entiende que el registro de la agenda del móvil supone la afectación del derecho a la intimidad por lo que no es preceptiva previa autorización judicial, como sí ocurriría si se encontrara afectado el derecho al secreto de las comunicaciones. En definitiva, la diligencia que afecta a la intimidad se encuentra legalmente autorizada a las fuerzas del orden siempre que resulte justificada con arreglo a los criterios de urgencia y necesidad y que se cumpla el requisito de proporcionalidad.

El tratamiento que deba darse a los mensajes de texto o SMS (*Short Message System*) para que éstos adquieran valor probatorio ha sido especificado, entre otras, en la STS de 8 de junio de 2009. Establece la misma que los mensajes de texto se encuentran amparados por el secreto a las comunicaciones, idea a la que se llega tanto en base a una aproximación intuitiva al significado de esos mensajes en la vida cotidiana como a la inclusión de los mismos en el concepto de correo electrónico fijado en el art. 2.h) de la Directiva 58/2002/CE, de 12 de julio: todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que este acceda al mismo. No obstante, sí conviene resaltar el diferente tratamiento que merecen los SMS en función de su contenido. Así, dice el Tribunal que “Es cierto que no todos los contenidos imaginables de mensajería mediante teléfono móvil pueden aspirar al mismo grado de protección constitucional. Pensemos, por ejemplo, en su extendida utilización como forma de aviso, de comunicación, de participación en concursos, como receptor de alarmas o de titulares de un medio de comunicación. Pero lo que resulta innegable es que en ocasiones como la presente, en la que esos mensajes han servido de vehículo de transmisión de conversaciones y mensajes entre dos o más usuarios, su protección constitucional no es otra que la que, con carácter general, el art. 18.3 de la CE ofrece al secreto de las comunicaciones”.

Por último, refiere el TS que el contenido de los SMS solo puede incorporarse al proceso mediante su lectura por el Letrado de la Administración de Justicia en las sesiones del juicio oral.

Entiendo que lo dicho en relación a los SMS es aplicable igualmente a los mensajes enviados/recibidos por *line*, *viber*, *whatsapp* u otros tipos de mensajería digital.

A este respecto, me parece interesante reflejar el criterio jurisprudencial sobre el tratamiento procesal que deben recibir las capturas de pantalla de las conversaciones telefónicas mantenidas en las redes sociales establecido recientemente en la STS 300/2015, de 19-05-2015 en el que se enjuiciaba un delito de abusos sexuales a menores.

En ese caso se aportó como prueba del contenido de las conversaciones mantenidas a través de *Tuenti* entre sujeto activo y pasivo unas capturas fotográficas que se realizaron en dependencias policiales y que se adjuntaban a la denuncia. Como complemento de dicha prueba, en fase de instrucción se solicitó a *Tuenti* que aportara el contenido literal de las conversaciones.

La defensa del acusado planteó la nulidad de la prueba por quebrantamiento del derecho a la presunción de inocencia, basándose en la falta de autenticidad del diálogo.

La Sala argumentó en el siguiente sentido: “[...] la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

[...] en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba (la víctima) fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima y el testigo mantuvieron aquel diálogo”.

En todo caso, el pantallazo mediante captura fotográfica de las conversaciones en redes sociales extraídas del teléfono del denunciante, por mucho que se realice por la policía y se anexe en el atestado, para que pueda constituirse como prueba de cargo deberá ir acompañada de la certificación emitida por la red social del contenido de la conversación y aportarse a la causa mediante informe pericial.

V.7.5. Registros remotos de dispositivos informáticos.

El art. 588 septies a) de la LECr dispone que el Juez podrá autorizar la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un *software*, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que se sospeche que se están cometiendo delitos en el seno de una organización criminal, delitos de terrorismo, delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente, así como delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. En base a ello, dicha medida podrá aplicarse para la averiguación de la posible comisión de delitos de *grooming* y de embaucamiento para obtención de pornografía.

V.8. Penalidad.

V.8.1. Penalidad anterior a la vigencia del artículo 183 bis CP.

Parte de la doctrina considera que al encontrarse las conductas del actual art. 183 ter en el ámbito de los actos preparatorios, antes de 2010 no recibían respuesta penal alguna. En este sentido, Valverde Megías señala que la mera proposición de un encuentro y la relación virtual difícilmente podían ser considerados actos ejecutivos que configuraran la tentativa de un delito de agresión sexual, abuso sexual o utilización de menores de edad para la elaboración de pornografía infantil⁶⁷¹. En igual sentido, Cugat Mauri también cree que existía un vacío de punibilidad, salvo que se realizaran interpretaciones contra reo⁶⁷².

Hay quien, sin embargo, entiende que las conductas constitutivas del actual delito de *grooming* tenían ya encaje en figuras delictivas como el exhibicionismo, la corrupción de menores, las amenazas, el abuso sexual, la agresión sexual etc. Así lo expresa Rovira del Canto, aunque también destaca que con esta solución se obviaba la estricta protección del menor en el acoso al que era sometido y que además existían posturas o posicionamientos doctrinales e incluso respuestas jurisprudenciales antagónicas al respecto⁶⁷³. Similar es la opinión de Mendoza Calderón, para quien el *grooming* no constituye un nuevo delito, sino una forma de comisión adaptada al nuevo entorno tecnológico para llevar a cabo tipos delictivos preexistentes (contra la libertad, contra la libertad sexual, contra la intimidad, contra el honor)⁶⁷⁴.

Yo ya he manifestado mi opinión sobre el excesivo adelanto de la barrera de punibilidad que supone el delito de *grooming*. Aunque alguno de los elementos del

⁶⁷¹ VALVERDE MEGÍAS, “El ciberacoso infantil”, p. 16.

⁶⁷² CUGAT MAURI, “La reforma”, p. 21.

⁶⁷³ ROVIRA DEL CANTO, “Nuevas formas de ciberdelincuencia”, p. 43. También, el mismo autor en “Ciberdelincuencia intrusiva”, p.16.

⁶⁷⁴ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, pp. 101 y 106-107.

tipo que hoy conforman el mismo ya obtenía respuesta antes de 2010, lo que en realidad se creó con el art. 183 bis es un delito que previamente integraba únicamente la fase preparatoria del posterior delito sexual y que como mero acto preparatorio carecía en sí de posibilidad de ser penado, salvo a través del recurso, en función de la dinámica comisiva, de las amenazas, coacciones o injurias o, en relación con la elaboración de material pornográfico, etc., a los preceptos correspondientes a que hubiera podido dar lugar la relación o encuentro virtual. En definitiva, la sanción, no vedada, dependía de la posibilidad de incardinar los actos tendentes a la perfección del tipo actual en otros preceptos y entendiéndose perfeccionados éstos, o al menos intentados. No, obviamente, cuando se producían simplemente contactos, que habrían de quedar en el ámbito de la impune preparación de otros delitos.

Nada puede resultar más ilustrativo a este respecto que el análisis de alguna sentencia dictada con anterioridad a la vigencia del anterior art. 183 bis en relación a supuestos de *grooming*.

La sentencia nº 1143/2011 del TS, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 octubre de 2011, rec. 11173/2011 recoge los hechos probados contenidos en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Quinta) entre los cuales se observan conductas que actualmente podrían subsumirse en el art. 183 ter CP: “Aureliano, entre los meses de septiembre y octubre del año 2002, contactó con Saturnino, nacido el 26 de marzo de 1990, guiándole desde el principio la intención de obtener una satisfacción sexual. Dicho contacto fue inicialmente de carácter informático en un Chat de Internet. El menor utilizaba el nombre de Saturnino 12 (en referencia a su edad) aunque le dijo a Aureliano que tenía 13 años. Tras ese primer contacto Aureliano le preguntó si le gustaría volver a hablar con él, y cuando el menor dijo que sí, le propuso contactar por vía telefónica a lo que el menor le contestó que no era posible porque no tenía móvil, proponiéndole Aureliano regalarle uno, si bien, como condición, tenían que quedar personalmente para entregárselo.

Pasadas unas semanas el menor accedió, y quedaron en verse en la zona de Travesía de Vigo, en las inmediaciones de las obras del Centro Comercial. El día

fijado, hacia las cinco de la tarde, Aureliano apareció conduciendo un vehículo y le propuso subir para dirigirse a un sitio mejor. En un momento dado el menor se pasó, a petición de Aureliano, al maletero del coche, y cuando salió de este estaban en el garaje de un motel, y de allí pasaron a un [*sic*] habitación. Aureliano propuso entonces al menor mantener relaciones sexuales, diciéndole que si hacía bien todo lo que él quería le compraría el móvil. El menor, convencido de que de hacerlo obtendría el móvil, accedió y mantuvieron relaciones sexuales [...]

En los días siguientes mantuvieron conversaciones telefónicas, en las que Aureliano le decía que seguía buscando su móvil, y finalmente le propuso quedar de nuevo, esa vez ‘solo para hablar’. El menor accedió a un nuevo encuentro que se produjo a finales de 2002, principios de 2003 (mientras el menor aún tenía 12 años). Quedaron en el mismo sitio, y Aureliano lo recogió en el coche y se trasladaron al mismo Motel y del mismo modo. Una vez en la habitación hubo felaciones [...]

Continuaron los contactos telefónicos entre ellos y las promesas de entregarle un móvil, hasta que en mayo de 2003, quedaron de nuevo para la entrega del móvil en el mismo sitio, a la misma hora, accediendo el menor a meterse de nuevo en el maletero, yendo entonces al Motel Aeropuerto. Una vez allí el menor le dijo que no iba a hacer nada, así que Aureliano le dijo al mismo que para ganarse el móvil le iba a hacer unas fotos, siendo estas de contenido sexual, en ellas el menor está desnudo, posando con posturas de provocación sexual y enseñando los genitales, y en dos de ellas estaba practicando a Aureliano una felación, con el pene del mismo dentro de su boca. [...]

El 11 de abril de 2009 Aureliano localizó la dirección electrónica de Saturnino y, a través de la página DIRECCION000 y utilizando como nombre Saturnino, se puso de nuevo en contacto con Saturnino. Para ello utilizó una de las fotos que había sacado a este en el año 2003, en que se le ve con el torso desnudo y pelo largo, que colocó en el Display del Messenger. En esas conversaciones le proponía quedar de nuevo o que le buscara a chicos menores de edad para mantener relaciones sexuales con ellos y como Saturnino no accedió a quedar, le dijo, que de no hacerlo, enviaría a sus padres las fotos y las publicaría. Como se mantuvo en la

negativa, utilizando la dirección de correo electrónico de Hotmail de Saturnino, en la foto que se corresponde al perfil del usuario Aureliano colgó otra foto también obtenida en el año 2003 y en la misma fecha, en la que Saturnino tiene en su boca el pene de Aureliano.

A la vista de estos hechos, Saturnino acudió a denunciar a la policía y tras quedar con Aureliano, este fue detenido [...]

Respecto de Isidoro, los contactos se iniciaron también informáticamente, a través del Messenger. Aureliano, haciéndose pasar por una chica, propuso al menor que se masturbase delante de la webcam, que luego ‘ella’ haría lo mismo. El menor lo hizo, y Aureliano, que en ningún momento llegó a su vez a mostrarse, se desconectó. Al día siguiente, y a través de otra dirección de correo (menores para sexo puedes ganar mucho dinerillo), volvió a ponerse en contacto con Isidoro, diciéndole que formaba parte de una mafia serbia que tenía en su poder las imágenes grabadas en las que él salía masturbándose y que si no accedía a lo que le solicitasen publicarían esas imágenes. Iniciaron contactos informáticos a diario, en que Aureliano le contó que se trataba de una organización que captaba niños, y que a él también le tenían cogido, pero que estaba intentando salir, y que a él le iba a ayudar.

Asegurándole que en caso de no acceder se publicarían las fotos, amenazándole con colgar su video en Internet, logrando con ello que en el mes de septiembre de 2007 el menor accediese a quedar con él. Lo hicieron en las proximidades del Centro Comercial Gran Vía de Vigo, por la tarde. Se dirigieron al Motel Caribe, y antes de llegar le pidió que se metiese en el maletero del coche. Una vez en el Motel, mantuvieron relaciones sexuales. Estos encuentros, a los que Aureliano llamaba ‘sesiones’ se repitieron una o dos veces al mes, produciéndose el fin de la relación con motivo de la detención de Aureliano en junio de 2009. [...]

En varias ocasiones le sacó fotos y grabó videos, con el teléfono móvil y con una cámara, de explícito contenido sexual: fotografiándolo desnudo, posando, enfocando sus genitales, y también con el pene de Aureliano en la boca. [...]

Respecto a Evaristo, en el mes de abril y mayo de 2009, Aureliano mantuvo contactos con él informáticamente. El menor vivía en Zaragoza y Aureliano intentó convencerle de que viniese a Vigo ese verano de 2009. Le dijo que Isidoro era su sobrino, y que mantendría, si quería, relaciones sexuales con Isidoro. Le ofreció comprarle ropa si venía a Vigo, y a cambio de que le permitiese entrar en el probador y verle desnudo. No llegaron a contactar personalmente al ser detenido Aureliano”.

El fallo de la AP de Pontevedra, confirmado por el TS, condenaba al autor de los hechos por la comisión respecto al menor Saturnino de un delito continuado de abuso sexual, un delito de elaboración de material pornográfico y un delito de amenazas; respecto del menor Isidoro un delito continuado de agresión sexual y un delito continuado de elaboración de material pornográfico; en relación a Evaristo, de un delito intentado de corrupción de menores.

Como vemos, efectivamente, conductas que hoy integrarían el delito contenido en el art. 183 ter ya recibían respuesta penal en base a otros preceptos del CP, pero no propiamente como un acto preparatorio elevado a la categoría de delito que es el *grooming*. Hay que tener en cuenta, no obstante, que en el supuesto relatado existía un delito consumado, en el que poder incardinar la conducta del autor. No se plantea la sentencia la posibilidad de que hubiera cabido la sanción penal de no existir los ataques consumados a la libertad sexual.

Actualmente, tras la introducción del art. 183 bis (hoy ter) CP, además de los delitos de carácter sexual por los que fue condenado el procesado, y en aplicación de la cláusula concursal contenida en el precepto, siempre que esta sea entendida como concurso de delitos (opinión defendida por parte de la doctrina, que no comparto y a lo que luego se hará referencia), podría haberse condenado al procesado por tres delitos *grooming*.

a) El primero de ellos, que se aplicaría como delito continuado, lo constituye el hecho de haber contactado el autor con un menor de dieciséis años, Saturnino, a través de un *chat* en Internet, proponerle concertar un encuentro a fin de cometer un

delito de carácter sexual sobre él (hecho que con posterioridad se produce) y verificando, además, actos materiales tendentes al acercamiento.

Entre los hechos probados, se recoge la expresión “guiándole desde el principio la intención de obtener una satisfacción sexual”, que constituiría el elemento subjetivo del injusto cuya concurrencia, como hemos visto, es necesaria para la comisión del delito de *grooming*.

Respecto a los hechos ocurridos a partir de abril de 2009, puesto que el sujeto pasivo ya era mayor de edad, no cabría aplicar el delito del art. 183 ter 1 a pesar de que concurren todos los restantes elementos de dicho tipo, incluso la coacción e intimidación que permitirían la aplicación del tipo agravado y que en la sentencia conllevan la condena por un delito de amenazas ante la existencia de mensajes conminatorios consistentes en la difusión pública de unas imágenes gravemente comprometedoras para la intimidad del menor en caso de no persistir en los encuentros sexuales con el acusado.

b) Los hechos que se producen respecto al menor Isidoro completarían todos los requisitos exigidos por el tipo penal del art. 183 ter 1, incluida la existencia de engaño, al utilizar el sujeto activo varias identidades ficticias, y la coacción (no en el sentido de utilización de violencia), consistente en amenazar con la publicación de grabaciones.

El haber solicitado las imágenes pornográficas del menor, si bien constituiría hoy en día el delito de embaucamiento a menores para obtención de pornografía del art. 183 ter 2 CP, al haberlas conseguido efectivamente, se aplicaría el art. 189.1 en grado consumado.

c) En cuanto al menor Evaristo, nos encontramos con que finalmente no llegó a producirse encuentro alguno. En aquel caso, se le condenó por un delito intentado de corrupción de menores.

Hoy en día, los hechos constituirían un delito de *grooming* del art. 183 ter 1 CP, dependiendo de la interpretación que se de a la expresión “actos materiales encaminados al acercamiento”: si los interpretamos en el sentido ofrecido por la SAP Ourense, de 4 de octubre de 2013, ya referida, como constatación de la seriedad de la proposición o descartando proposiciones poco serias, efectivamente se cumplirían todos los elementos típicos a pesar de que bajo mi punto de vista, como ya expresé en su momento, dicha interpretación no es correcta.

En cuanto a la ausencia de encuentro, la jurisprudencia ya se ha pronunciado acertadamente entendiendo que no es necesario que aquel llegue a tener lugar, en contra de lo que opina un sector de la doctrina como Rovira del Canto y Ramos Vázquez, según se ha explicado anteriormente.

La cuestión es si con la normativa actual procedería la condena conforme al art. 183 ter 1 o 2 CP o conforme al art. 189 CP en grado de tentativa y la respuesta ha de ser que, en ausencia de consumación del delito previsto en el art. 189 CP, la conducta encaja en el primer número del art. 183, es decir, sería un delito de *grooming*, a pesar de que en juicio sería defendible la ausencia de actos materiales encaminados al acercamiento, que por ser, como ya se ha explicado, un concepto indeterminado de difícil interpretación, al menos da lugar a la duda.

Respecto al actual número segundo del art. 183 ter cabe referir la SAP A Coruña de fecha 4 de mayo de 2015, que sanciona por tentativa del delito de corrupción de menores del art. 189.1º CP, en relación a unos hechos acontecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010. Es significativo destacar que ante la petición de la defensa de que, en aplicación del principio de especialidad y atipicidad, no se condenara al acusado, ya que consideraba que las conductas encajaban en el art. 183 bis, no vigente a la fecha de comisión de los hechos⁶⁷⁵, se

⁶⁷⁵ SAP A Coruña 4-05-2015: “TERCERO.- En segundo lugar, el recurrente alega la vulneración del principio de especialidad y atipicidad de la conducta enjuiciada, porque la conducta reflejada en la sentencia pidiendo a la menor que le enseñara los pechos sería constitutiva de un delito de ‘grooming’ o preparación de ilícitos sexuales sobre menores a través de Internet recogido en el art. 183 bis del C. Penal que no estaba vigente en el momento de los hechos. Efectivamente el art. 183 bis del C. Penal con el texto que refiere el apelante en su escrito recursivo de fecha 9.09.2014 no estaba vigente en el momento de comisión de los hechos, pero es que el juzgador a quo no lo ha aplicado. Condena al

produce la condena en el sentido expresado porque (FD 3º) “Se cumplen pues los requisitos legales para entender que la conducta del acusado estaba incardinada en el delito intentado de corrupción de menores por el que viene siendo enjuiciado, porque utilizó a una menor de edad con fines exhibicionistas de carácter privado, aunque no logró su objetivo pero fue debido a que la menor se negó a acceder a las pretensiones del acusado”.

Efectivamente, la introducción del nuevo número segundo del art. 183 ter resultaba del todo innecesaria porque las conductas que acoge ya se sancionaban en los Tribunales con anterioridad a 2015. En cuanto al *grooming* del número 1, como antes decía, muchas de sus conductas se castigaban por el intento de consumación, o por esta, de otros delitos sexuales, además de por los posibles delitos de coacciones o amenazas, pero no los actos preparatorios previos que no podían llegar a considerarse ejecutivos y hoy sí forman parte del tipo acumulativo que se describe en el Código desde la introducción del viejo art. 183 bis.

V.8.2. Pena principal.

El art. 183 ter 1 CP castiga el delito de *grooming* 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. A este respecto el artículo se ha mantenido inalterado respecto a su predecesor art. 183 bis.

El art. 27.1 del Convenio de Lanzarote determinaba que “[...] cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio sean punibles con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, habida cuenta de su gravedad. Las mismas incluirán penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición”. En España

acusado por el delito del art. 189.1.a) en su redacción anterior a la reforma del C. Penal de 2010, a lo que también se opone el recurrente alegando que falta el elemento objetivo del tipo”.

se cumple con este último requisito a la vista de las penas previstas en el art. 183 ter 1 y 2.

Sin embargo, esa sanción no respeta la Directiva 2011/93/UE en el sentido de que esta, en su art. 6.1 exigía la imposición de una pena privativa de libertad de una duración máxima de al menos un año, lo que no se cumple si tenemos en cuenta que en nuestra legislación cabe la aplicación alternativa de la pena de multa⁶⁷⁶.

En cuanto a esta alternatividad, apunta acertadamente Berdugo Gómez De la Torre que ante la posibilidad de optar por dos tipos de penas, deberá tenerse en cuenta la forma en que se ha desarrollado la relación y la medida en que ello ha podido afectar el menor, así como el tipo concreto de abusos, agresión o explotación sexual que se pretendía llevar a cabo o que haya podido producirse. Y ello porque “[...] entre la modalidad más grave de agresión sexual, castigada con pena de hasta 15 años de prisión y el hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad castigado con penas de seis meses a un año de prisión, media un abismo penológico y de afectación a la individualidad sexual”⁶⁷⁷.

En principio podría sorprender que la pena de prisión del número uno sea alternativa a la de multa, lo que no ocurre en el número dos, aunque aquí la duración de la prisión sea menor. Incluso podría considerarse que ello ataca frontalmente al principio de proporcionalidad si entendiéramos que causa una mayor lesión del bien jurídico quien contacta con un menor, le propone concertar un encuentro y realiza actos materiales encaminados al mismo con la intención de agredirle sexualmente, abusar sexualmente de él o cometer contra él cualquiera de los delitos previstos en el art. 189 que quien le embauca para que le proporcione imágenes pornográficas, aún en el caso de que interpretemos restrictivamente el artículo y consideremos que

⁶⁷⁶ Así lo destaca VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 209.

⁶⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La reforma 5/2010”, pp. 24-25.

dichas imágenes deben representar al menor embaucado⁶⁷⁸. Sin embargo, no me parece desacertada la solución penológica adoptada por el legislador, por lo siguiente: El tipo de conductas que queda abarcado por el apartado primero del precepto es de un rango tan amplio, que nos podemos encontrar con situaciones en las que el menor, efectivamente, ve afectada su indemnidad sexual de forma importante. Supongamos el supuesto en que el *groomer* contacta a través de un *chat* con el menor, y mediante engaños, haciéndose pasar por otro menor, consigue de él una serie de imágenes comprometidas. A partir de ahí, revela su auténtica identidad y amenaza con difundirlas si no accede a encontrarse en persona con él. Incluso el *groomer* puede en ese momento hacerle saber sus verdaderas intenciones sexuales. Este sería uno de los casos más graves de *grooming*. Sin embargo, también se comprenderían en el número uno del precepto los supuestos en los que ni de la forma más remota se ha puesto en peligro la indemnidad sexual del menor. Así ocurriría, por ejemplo, en el supuesto en que el sujeto activo, haciéndose pasar por un menor propone un encuentro al sujeto pasivo, y emprende el camino hacia el lugar propuesto con intención de agredir sexualmente a aquel, pero antes de llegar a dicho lugar, abandona su idea y se marcha. El delito se habría consumado pero la indemnidad sexual del menor, como he dicho, ni siquiera habría sido puesta en peligro. La alternatividad de la pena de prisión con la de multa ofrece una horquilla amplia de sanciones que pueden dar cumplida respuesta punitiva a la gran variedad de conductas y grados de afectación del bien jurídico protegido.

Respecto al número segundo del artículo 183 ter, pienso que el bien jurídico siempre se verá afectado en mayor o menor medida por el hecho de que la solicitud de material pornográfico llega al menor y con ello ya se involucra a éste en una dinámica que afecta a su indemnidad sexual. Por ello, entiendo que la no inclusión de la posibilidad de imponer la pena de multa en este caso, estaría justificada.

⁶⁷⁸ En este sentido RAMOS VÁZQUEZ, “Ciberacoso”, p. 446. Considera el autor que la pena prevista para la conducta contemplada en el art. 183 ter 2 (prisión de seis meses a dos años), inferior a la prevista para su apartado primero “[...] podría ser coherente con el hecho de que, de un lado, el primer apartado puede ser un acto preparatorio no sólo de una infracción relacionada con la pornografía de menores, sino también de una agresión sexual y, de otro lado, que el apartado segundo no exige una propuesta de encuentro ni actos materialmente tendentes a conseguirlo, po lo que su potencial lesivo para los bienes jurídicos del menor es teóricamente inferior”.

Las anteriores consideraciones se hacen sin perjuicio de que como vengo diciendo, pienso que ninguno de los dos preceptos eran necesarios en el CP.

Algunos autores entienden que las conductas del párrafo primero y segundo del art. 183 ter afectan en igual medida al bien jurídico protegido, indemnidad sexual, y en base a ello, por aplicación del principio de proporcionalidad, sus penas deberían de ser semejantes. En este sentido, Miró Llinares, Morón Lerma y Rodríguez Puerta, analizando el Anteproyecto de ley, que en cuanto a las penas es igual que la ley definitivamente aprobada, dicen: “Así, por ejemplo, si un sujeto solicita a un menor una fotografía, y este se la facilita, el inmenso poder que le otorga al sujeto la posesión de la misma, le permite utilizar la imagen del menor como instrumento para intimidar a este para que realice actos sexuales de la misma gravedad que los que se prevén en el apartado 1. Se propone por tanto, una equiparación de penas en ambos apartados en aras de una mayor coherencia por parte del legislador, rebajando asimismo la pena en ambas conductas a seis meses a un año de prisión, corrigiendo así la excesiva pena prevista en el Anteproyecto para esta conducta”⁶⁷⁹.

No me parece que la anterior argumentación sea acertada pues considero que, en relación con el número dos del precepto únicamente debe valorarse la lesividad para bien jurídico que supone la petición de las imágenes y nada más. En caso de que el autor llegue a obtenerlas y las emplee como medio de coacción, ya se le impondrá la correspondiente pena, en primer lugar a través del art. 189 y, además, en base a la aplicación del delito de amenazas y/o coacciones o del propio art. 183 ter en su número uno dado el caso.

En otro orden de cosas, como ya se ha explicado anteriormente en este trabajo, a pesar de que existe alguna opinión doctrinal contraria⁶⁸⁰, en el caso de que

⁶⁷⁹ MIRÓ LLINARES, MORÓN LERMA y RODRÍGUEZ PUERTA, “Child grooming”, p. 674.

⁶⁸⁰ GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, p. 732. Dice el autor que “Por lo que respecta a la intimidación, su inclusión es distorsionadora, puesto que plantea el problema del concurso con el correspondiente delito de amenazas, cuya apreciación autónoma llevará normalmente a un resultado punitivo superior. En tal situación debe recurrirse al principio de alternatividad del artículo 8.4 CP”.

para la comisión del delito de *grooming* se utilice la coacción, intimidación o el engaño, por aplicación del principio de especialidad del art. 8.1 CP, no se condenará simultáneamente por los delitos de amenazas y/o coacciones, sino que se aplicará la pena del art. 183 ter 1 en su mitad superior, según la previsión legal del precepto, que en este punto excede de las exigencias derivadas del Convenio de 2007⁶⁸¹.

En cuanto a la relación del sujeto activo con la víctima, el art. 192.2 CP agrava la pena para los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, entre los que se encuentra el art. 183 ter. En dicho caso la pena será aplicada en su mitad superior.

En estos supuestos el Juez o Tribunal podrá además imponer razonadamente la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por el tiempo de seis meses a seis años. El contenido tanto de la inhabilitación para el ejercicio de los derechos de la patria potestad como de la privación de la misma se fija en el art. 46 CP.

Precisamente, en el Preámbulo de la LO 5/2010 se explicaba el reforzamiento de la protección penal de los menores de trece años en el ámbito de los delitos sexuales con la creación de esta última pena. No obstante, se debe tener en cuenta que lo realmente novedoso a partir de la entrada en vigor de la ley es el carácter definitivo de dicha privación ya que con anterioridad ya existía la posibilidad de aplicar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante el tiempo de la condena como pena accesoria (arts. 30 b, 46 y 192.2 CP según redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre).

En el mismo precepto (art. 192.3) se establece la posibilidad de imponer como pena principal la inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la

⁶⁸¹ Así lo destaca VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 16.

profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, de manera que se pretende que los autores de delitos comprendidos en el Título no puedan ejercer funciones que impliquen contacto con menores. En relación con ello, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil establecía en su art. 10.1 lo siguiente: “A fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que una persona física que haya sido condenada por una infracción contemplada en los artículos 3 a 7 pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores”. Por otro lado el mismo art. 10 en su apartado segundo determina que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los empresarios, al contratar a una persona para realizar actividades profesionales o actividades de voluntariado organizadas que impliquen contactos directos y regulares con menores, tengan derecho a solicitar información, de conformidad con el Derecho nacional, por cualquier medio apropiado, como el acceso previa petición o a través del interesado, de la existencia de condenas por infracciones contempladas en los artículos 3 a 7 que consten en el registro de antecedentes penales, o de cualquier inhabilitación para ejercer actividades que impliquen contactos directos y regulares con menores derivada de dichas condenas penales”.

Por ello la reforma de 2015 del CP ha introducido la obligatoriedad de imposición de la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, retribuido o no, que conlleve contacto regular y directo con menores por un tiempo entre tres y cinco años superior a la duración de la pena privativa de libertad, o de dos a diez años, cuando la pena impuesta no fuera privativa de libertad, a los responsables de la comisión, entre otros, del delito del art. 183 ter (art. 192.3 CP).

Hay que tener también en cuenta la previsión del art. 190 CP que establece que “La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos es este Capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces y

Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia” de contenido similar al del art. 22.8ª pfo. 3 actualmente vigente.

Por último, indicar que cabe aplicar la continuidad delictiva en la comisión del delito del art. 183 ter CP en caso de que el autor concierte varios encuentros con el mismo menor de edad o le embauque varias veces para conseguir pornografía, aprovechando ocasiones de características parecidas y en ejecución de un plan preconcebido, de conformidad con lo establecido en el art. 74 CP⁶⁸². Así lo entiende la sentencia de 13 de mayo de 2013 del Juzgado de Menores de Ourense, confirmada por la Audiencia Provincial, que condena por un delito continuado del art. 183 bis vigente a fecha de comisión de los hechos.

Tampoco podríamos descartar la posibilidad de que el delito de *grooming*, al menos teóricamente, se pueda llevar a cabo en grupo, por lo que en ese caso podría ser de aplicación lo establecido en los arts. 570 bis y ter CP⁶⁸³

V.8.3. La libertad vigilada.

El Preámbulo de la LO 5/2010 señalaba que, en determinados supuestos de especial gravedad, el efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado en la medida en que esta no resulta suficiente para excluir un elevado riesgo de reincidencia, sin que resulte posible adoptar la opción inculpativa que se traduciría en la prolongación ilimitada o indiscriminada de la privación de libertad, dado que esto supone una contradicción con los principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara.

Para abordar esta cuestión, la Ley introdujo la medida de seguridad de libertad vigilada, con la que se pretendía hacer compatible la protección a las víctimas y la rehabilitación y reinserción social del delincuente, reubicando otras

⁶⁸² Lo destaca PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 15.

⁶⁸³ En este sentido, VELASCO NÚÑEZ, “Crimen organizado”, p. 23.

medidas no privativas de libertad, ya existentes con anterioridad, e integrándolas en la libertad vigilada.

Esta consiste en el sometimiento al condenado a un control judicial a través del cumplimiento de algunas medidas que se concretan en el art. 106.1 CP.

Con ello, como decía, se trataba de atajar la peligrosidad postdelictual de determinados penados con alta probabilidad de reincidencia en ataques a la vida, integridad física y libertad sexual, lo que algún sector de la doctrina ha denominado la “autocontención frente a los imputables peligrosos”.

No obstante, una vez más, la información que se maneja por el legislador parece no corresponderse con la realidad criminológica de nuestro país. Así, Rodríguez Yagüe, quien es muy crítica con la medida, indica que “[...] tras asentarse la idea de la imposibilidad de rehabilitación de determinado tipo de delincuencia, como por ejemplo la sexual o la reincidente habitual, se tiende a abandonar la idea de reinserción abriendo la puerta a la búsqueda de otros fines como la inocuización o la mera retribución”, a pesar de que, tal y como constata la autora, la delincuencia sexual representa un porcentaje relativamente bajo respecto al total de delitos cometidos en España e inferior al de gran parte de los países de nuestro entorno, siendo aún menor la cantidad de ese tipo de delitos cometidos por delincuentes sexuales reiterativos o especialmente violentos.

Añade que la LO 5/2010 marcó un punto de inflexión en el proceso expansivo del Derecho Penal en el ámbito sexual, extendiéndose tanto a las consecuencias jurídicas como a la ejecución de las penas. En el primer caso, habla precisamente de la libertad vigilada como medida aplicable cuando continúe la peligrosidad tras el cumplimiento de la condena, lo que en este tipo de delincuencia siempre se presume a la vista del tenor del art. 192 CP, marcando, dice, una ruptura con el sistema monista de medidas de seguridad adoptado hasta entonces⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, “Delincuencia sexual”, pp. 24-26.

Indica González Tascón, analizando el *grooming*, que lo que subyace es un pronóstico negativo de reinserción social del condenado o pronóstico de comportamiento futuro criminal, que se explicaría, en cuanto a los responsables de delitos sexuales, por el padecimiento frecuente de una patología de significado sexual que les conduce a cometer dichos delitos. No obstante, la autora defiende con razón, que esto no tiene porqué ser así, más aún tomando en consideración el beneficio económico relacionado con algunos de esos delitos, como los relativos a la pornografía infantil y a la prostitución de menores⁶⁸⁵.

También Cancio Meliá califica la libertad vigilada como un “completo absurdo” y, citando a Cugat Mauri, resalta que las tasas de reincidencia en los delincuentes sexuales no sufren una desviación significativa respecto de otros delitos, no resultando más elevadas, por lo que se parte de un error de base en todo el planteamiento que rodea a la medida de libertad vigilada, ya que esta se refiere a sujetos de alta peligrosidad pero se legisla, no en función de este dato, sino de la clase de delito, con independencia de que la medida resulte positiva o no⁶⁸⁶.

El art. 192.1 CP prevé la imposición con carácter imperativo de esta medida a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en Título VIII. Si el condenado lo ha sido por un solo delito menos grave y es delincuente primario, el Tribunal podrá imponerla o no en atención a la menor peligrosidad del autor.

A pesar de que en el Proyecto de reforma del CP de 20 de septiembre de 2013 se proponía la imposición con carácter potestativo de la libertad vigilada en el caso de delitos contra la indemnidad sexual, así como una ampliación de las concretas medidas en las que puede consistir, finalmente el precepto no ha sufrido modificaciones; a pesar de que ya había recibido importantes críticas; así, la vertida por Tamarit Sumalla, quien tras la inclusión de la misma en el CP mediante la reforma de 2010, indicó que el hecho de que se hubiera centrado exclusivamente en los delitos sexuales así como el automatismo en su régimen de imposición, llevaba

⁶⁸⁵ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 256.

⁶⁸⁶ CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma”, p. 6.

“[...] al absurdo valorativo y político-criminal de que deberá ser aplicada a delitos sexuales de poca entidad mientras no es ni siquiera aplicable a los autores de los más gravísimos delitos violentos imaginables contra la vida y la integridad física”⁶⁸⁷.

En la misma línea, González Tascón mantiene la opinión, a la que me sumo, de que la aplicación de la medida de libertad vigilada plantea interrogantes sobre la proporcionalidad de la respuesta penal a la gravedad del hecho, además de una distorsión del sistema de sanciones penales basado en una clara distinción de la respuesta penal en atención a la capacidad de culpabilidad de la persona o imputabilidad.

Entrando ya la autora en el análisis de alguno de los elementos que pueden imponerse como obligación en la libertad vigilada, en concreto, la participación en programas de educación sexual o de seguir un tratamiento médico externo o sometimiento a un control médico periódico, indica que se produce la contradicción de que durante el cumplimiento de la pena de prisión adquiere reconocimiento la negativa del condenado a seguir dicho tratamiento y, sin embargo, en el contexto de cumplimiento de la libertad vigilada, se le puede imponer el mismo⁶⁸⁸.

V.8.4. Penas accesorias.

El delito de *grooming* también podrá llevar aparejada la imposición de las penas accesorias establecidas en el artículo 57 CP, que, por remisión al art. 48 CP, incluyen la privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares que indique el juez y la prohibición de comunicarse con ellos, durante un período que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. Igualmente, en el caso de que haya sido condenado a la pena de prisión, podrán imponerse las penas establecidas en el art. 56 CP.

⁶⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, *La Reforma Penal*, p. 168. También el mismo autor en *Comentario a los delitos sexuales*, p. 2.

⁶⁸⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 257.

Respecto al tratamiento penológico que recibe el delito, González Tascón llama la atención sobre el hecho de que no se haya incluido entre las penas a imponer al acusado una restricción de la utilización de las TIC por ser este precisamente el elemento que ha dado origen al nacimiento del delito⁶⁸⁹, idea que puede considerarse apropiada a la vez que muy difícil por no decir prácticamente imposible de llevar a la práctica, tanto desde el punto de vista de la ejecución de la pena como del control de cumplimiento de la misma⁶⁹⁰.

V.8.5. Concursos de delitos y de leyes.

A la vista de la regla concursal “[...] sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos” que se contiene en el inciso final del tipo básico del art. 183 ter 1, debemos preguntarnos si en el caso de que tras el inicial contacto a través de las nuevas tecnologías se lleve a cabo el delito a cuya comisión iba orientado aquel, lo que Rodríguez Vázquez denomina delitos-fin⁶⁹¹, el precepto conserva su autonomía punitiva, lo cual se considera cuestionable por muchos autores⁶⁹².

También, qué ocurre con la posible realización de otros tipos penales en atención a la modalidad de *grooming* desplegada (por ejemplo, violenta o intimidatoria).

Asimismo, como refiere González Tascón, la posibilidad de que el delito de *grooming* entre en concurso, probablemente medial, con otras figuras delictivas como delitos de exhibicionismo o provocación sexual o de difusión de pornografía infantil que se cometen con el objetivo de reducir las reticencias del menor a

⁶⁸⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 258.

⁶⁹⁰ ANARTE BORRALLA y DOVAL PAIS, “Límites a la ley penal”. A propósito del delito de intrusión informática (art. 197.3 CP), dicen los autores que a pesar de que se echa en falta, como en otros delitos informáticos, las previsiones de sanciones privativas de derechos que limiten el acceso y uso de medios informáticos y telemáticos, para ello se precisaría una mejora en las condiciones que hacen posible la ejecución de estas sanciones y su control, p. 37.

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, p. 10.

⁶⁹² Por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, pp. 240-241.

satisfacer determinadas pretensiones sexuales del sujeto activo, haciéndole creer en la normalidad de las mismas⁶⁹³.

Veamos las diferentes posibilidades concursales en relación a los distintos supuestos que pueden entrar en juego.

V.8.5.1. Interpretación de la cláusula concursal del art. 183 ter 1. Posiciones doctrinales y jurisprudencia.

Siguiendo una interpretación estrictamente literal de la cláusula concursal, y en lo que se refiere a los delitos cuya finalidad se pretende, parece que estamos ante una remisión al concurso de delitos, pese a que ello suponga una penalización excesiva y contraria al principio *non bis in idem* al castigarse conjuntamente el acto preparatorio y el acto finalizado. Precisamente esta contraposición entre literalidad y conculcación del citado principio es la que ha ocasionado que hayan ido surgiendo varias líneas interpretativas de la cláusula.

Parte de la doctrina entiende que en caso de cometerse en grado de consumación o tentativa algún delito de los que debe abarcar el ánimo subjetivo del autor nos encontraríamos ante un concurso de delitos, optando unos por considerarlo real y otros medial, con diferentes soluciones penológicas. Sin embargo, otro sector doctrinal aboga por defender que en los casos en los que el sujeto activo cometa el delito de *grooming* y, adicionalmente, bien en grado de consumación bien en grado de tentativa, los delitos de los arts. 183 o 189 CP, tendrá que aplicarse el concurso de normas, coexistiendo también en este caso diferentes propuestas para la solución del mismo, optando unos por el principio de alternatividad del art. 8.4 CP, otros por el principio de subsidiariedad del art. 8.2 CP, y otros, finalmente, por el principio de absorción o consunción del art. 8.3 CP. También hay autores que acuden a ambas posibilidades, como se observa en la explicación de Orts Berenguer, quien si bien señala que la cláusula concursal es clara y reconduce al concurso medial en los

⁶⁹³ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 255.

supuestos en que se consume alguno de los delitos indicados, puede haber casos en los que una aplicación automática de la misma entrará en colisión con el principio constitucional *non bis in idem* y, entonces, habría de recurrirse a las reglas del art. 8 CP, optando de entre ellas por la de consunción⁶⁹⁴. En sentido inverso, Gómez Tomillo parece decantarse por el principio de alternatividad, aunque para evitar efectos penológicos beneficiosos para el autor del delito, acaba adoptando la solución del concurso de delitos⁶⁹⁵.

Algunas de las críticas provenientes de parte de la doctrina que ha recibido la cláusula concursal se basan en que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión. Frente a ello, otro sector doctrinal precisa que son perfectamente compatibles la punición de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o lesión bajo el argumento de que con el castigo del art. 183 ter 1 se persigue sancionar conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia mientras que con los otros tipos penales se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil, por lo que nos encontraríamos ante un concurso real de delitos (art. 73 CP).

Otra de las críticas deriva de la arbitrariedad en la que ha incurrido el legislador a la hora de optar por los casos que merecen una regulación especial, prescindiéndose así de la más absoluta visión sistemática precisa. Así, destaca Serrano González de Murillo que se ha optado por una regla concursal que no contempla supuestos en que se lesiona la vida o la salud del menor (que obligaría en estos casos a seguir las reglas generales de aplicación del concurso de delitos), de forma contraria a lo que se hace en otros lugares del Código (así, por ejemplo, en el delito de abandono de menores del art. 231.2).⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ ORTS BERENQUER, “Abusos sexuales”, p. 12.

⁶⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, pp. 731-732.

⁶⁹⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 394-395. La única explicación que encuentra el autor a la diferencia de trato en los casos expuestos es la práctica de una política legislativa atenta a la inquietud generada por los medios de comunicación.

V.8.5.1.1. Concurso de delitos.

La aplicación del concurso de delitos es la opción defendida, entre otros, por autores como, Dolz Lago⁶⁹⁷, González Tascón⁶⁹⁸, Muñoz Cuesta⁶⁹⁹ o Ramos Vázquez⁷⁰⁰.

Respecto a las razones por las que el legislador ha optado por lo que interpretan como una cláusula de concurso de delitos, Muñoz Cuesta explica que posiblemente ello se deba a la relevancia que le otorga al hecho de contactar por Internet u otras vías tecnológicas, al considerar que ante esos medios de comunicación el menor se halla indefenso, lo cual es suficiente para que se produzca la intervención del Derecho Penal. No obstante, piensa que hubiera resultado más adecuada la eliminación de la cláusula concursal, que representa una reiteración delictiva cercana a la conculcación del principio *non bis in idem*⁷⁰¹.

Por su parte, Dolz Lago y González Tascón, defensores de que el bien jurídico protegido por el delito de *grooming* es la infancia, o la seguridad de la infancia, destacan la coherencia de esta posición con la introducción de la cláusula concursal⁷⁰², reconociendo pese a ello Dolz Lago, la dificultad que planteará el deslinde entre los actos constitutivos del delito de *grooming* y los de tentativa de los delitos de los arts. 183 y 189 CP⁷⁰³.

⁶⁹⁷ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 7.

⁶⁹⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 254.

⁶⁹⁹ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 138.

⁷⁰⁰ RAMOS VÁZQUEZ, “El nuevo delito de ciberacoso”, p. 7.

⁷⁰¹ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 138.

⁷⁰² GONZÁLEZ TASCÓN, “El nuevo delito”, p. 254.

⁷⁰³ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 7. Argumenta que es perfectamente compatible la punición de un delito de peligro y un delito de resultado ya que con el castigo del art. 183 bis CP se persigue la sanción de conductas que se amparan en la facilidad que las TIC proporcionan para acosar a un menor y con los otros tipos delictivos se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil.

En cuanto al tipo de concurso de delitos ante el que nos encontramos, como ya he dicho, también hay diferentes posturas doctrinales.

Ferrandis Ciprián, quien opina que la solución ortodoxa pasaría por entender que concurre un concurso de leyes a resolver en virtud del principio de consunción recogido en el art. 8.3. CP, cree sin embargo que parece claro que el legislador ha optado por eliminar esa posibilidad decantándose por el concurso de delitos, que se aplicará a través de la figura del concurso medial⁷⁰⁴ al que, tras la última modificación introducida en el CP, corresponde una pena superior a la prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la suma de las penas que corresponda a cada delito por separado.

También opta por el concurso medial Muñoz Cuesta, quien tiene claro que no se trata de un concurso ideal, porque hay hechos perfectamente diferenciables y no uno solo con varios resultados, además de que el delito del art. 183 ter 1 CP es el medio necesario, en función de las circunstancias concurrentes, para cometer la agresión, el abuso o la corrupción del menor, siendo el primer delito el antecedente imprescindible, como acto preparatorio, del delito posterior⁷⁰⁵. Se refiere asimismo al concurso medial Orts Berenguer⁷⁰⁶.

Por el contrario, tanto Dolz Lago⁷⁰⁷ como Valverde Megías⁷⁰⁸, Núñez Fernández⁷⁰⁹ o De Lemus Vara⁷¹⁰, se decantan al tratar del tema por el concurso real, al igual que Rodríguez Núñez, quien destaca que ello impediría que la conducta

⁷⁰⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, “El delito de *online child grooming*”, p. 198.

⁷⁰⁵ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, pp. 138-139.

⁷⁰⁶ ORTS BERENGUER, “Abusos sexuales”, p. 12.

⁷⁰⁷ DOLZ LAGO, “Un acercamiento”, p. 7.

⁷⁰⁸ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 17.

⁷⁰⁹ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 204.

⁷¹⁰ DE LEMUS VARA, “El delito”, p. 3.

constitutiva de *grooming* quedara consumida por otros delitos contra la libertad y la indemnidad sexual⁷¹¹.

En cuanto a la jurisprudencia, tampoco encontramos una interpretación unánime. Entre las sentencias que aplican el concurso de delitos está la SAP Barcelona, de 19 de julio de 2013, en la cual se condena al sujeto activo como autor de un delito del *grooming* del art. 183 bis CP y otro de abusos sexuales a menores de trece años del art. 183.1 CP por las conductas desempeñadas por aquel en el encuentro con el menor.

Lo mismo podemos decir de la SAP Albacete, de 22 de septiembre de 2015, en la que se condena con una pena de un año de prisión por el delito de *grooming* y ocho años de prisión por un delito de abuso sexual del art. 183. 1 y 3.

E igual ocurre con la SAP Jaén, de 11 de mayo de 2015, que aplica también una condena por un delito del art. 183 bis CP y un delito continuado de abusos, conteniendo la resolución una escueta referencia a ello al analizar los elementos típicos del *grooming* (FD 1º) : “Queda a salvo el concurso con los delitos en su caso cometidos tras dicho acercamiento y propuesta, pues este tipo sanciona, como hemos visto, la mera acción de contacto acompañada de actos materiales de acercamiento, con independencia de que se haya conseguido el acto al que se encaminaba”.

También en la SAP Cádiz, sec. 4ª, de 14 de mayo de 2012, dictada por conformidad entre la defensa del acusado y el Ministerio Fiscal, se optó por la condena acumulada por el delito de *grooming* con empleo de engaño (art. 183 bis CP) y el de abuso sexual (art. 183.1 y 183.3 CP) concurriendo en ambos la agravante de reincidencia. Los hechos probados⁷¹² tenían un claro encaje en los dos preceptos

⁷¹¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 388.

⁷¹² “HECHOS PROBADOS: [...] El acusado en el mes de julio de 2011, desde un ordenador del colegio DIRECCION000 , sito en la CALLE000 , nº NUM002 , de Sanlúcar de Barrameda, que había instalado en el interior del domicilio de su suegro, con el que vivía en la casa sita en el interior del colegio; con intención de tener contactos con menores de 13 años de edad, se registró en la red social Tuenti bajo la identidad de ana- DIRECCION001 y DIRECCION002, y a través de esas identidades, estableció contacto con otras personas, normalmente jóvenes, y algunas menores de edad.

pero no podemos pasar por alto que en caso de haberse optado por la aplicación del concurso de normas la condena habría sido considerablemente inferior a la impuesta, que alcanzó los dos años de prisión, cinco años de prohibición de aproximación y comunicación y dos años de libertad vigilada por del delito de *grooming* y cuatro años de prisión, cinco años de prohibición de comunicación y aproximación y ocho años de libertad vigilada por el delito de abuso sexual.

V.8.5.1.2. Concurso de leyes.

La postura doctrinal contraria a la explicada en el apartado anterior es, en cambio, partidaria del concurso de normas (art. 8 CP), con aplicación preferente del delito sexual que se haya cometido. Así, autores como Gallego Soler⁷¹³, Lamarca Pérez⁷¹⁴ o Tamarit Sumalla⁷¹⁵.

A finales del mes de julio, bajo la identidad de Ana, contactó a través de Tuenti con Genoveva, de 12 años de edad, que en esa época se encontraba en Madrid, con su padre, y una vez que cogió confianza con ella, sabiendo que tenía 12 años de edad, le pidió que lo agregara como Cesar, amigo de Ana, y utilizando el pretexto falso de que era muy guapa y que tenía muy buen cuerpo, le propuso que participara en un casting para grabar un video clip, en el que tendría que salir en ropa interior y que hacer escenas de amor, para lo cual tendría que desplazarse hasta Sanlúcar de Barrameda, y que si ganaba el casting se convertiría en una persona famosa y que saldría en las series de televisión. En los diferentes contactos que tuvieron, el acusado le pidió que pusiese la cámara web cuando estuviera sola y que no se lo contara a nadie, para verla, lo que hizo Genoveva en dos ocasiones, mientras que el acusado nunca activó su cámara web, y en una de esas veces, le pidió a ella que se levantara la camiseta a lo que accedió ella hasta la altura de las costillas, sin mostrarle los pechos.

A principios de agosto, una vez que Genoveva regresó al domicilio de su madre, en Jerez de la Frontera, conforme a la conversación habida con el acusado a través de Tuenti, quedó citada con él para hacer el casting, para lo cual, en un principio, el acusado la iba a recoger en Jerez de la Frontera, pero por la mañana, la llamó por teléfono y le dijo que se fuera a Sanlúcar de Barrameda en el autobús, que él se lo pagaría, y tras varias llamadas durante el trayecto, quedó con él en una tienda, donde la recogió, y tras hablar durante el trayecto sobre el videoclip, la llevó al colegio, donde con el pretexto de que la puerta estaba cerrada porque había llegado tarde, la llevó al cuarto de baño escolar, donde no había ningún material para hacer el videoclip o prueba alguna, y para satisfacer los deseos libidinosos del acusado, que desde el principio de los contactos, habían guiado su actuación, le dijo a Genoveva que se desnudara, y como ella no accedió, él se bajó los pantalones pero no los calzoncillos, y se aproximó hasta ella, la cogió y le dio un beso en la boca introduciéndole la lengua, y le desabrochó los pantalones y se los bajó hasta los muslos, mientras ella se subía los pantalones con sus manos, y una vez que lo consiguió, el acusado le tocó los pechos por encima de la camiseta. Una vez que ella consiguió soltarse de él, le dijo que se quería ir, y el acusado, tras abrir la puerta y comprobar que no había nadie, le permitió que saliera, dirigiéndose hacia la estación de autobuses, y mientras que se dirigía hacia allí, él la llamó por teléfono para decirle que tenía que darle el dinero del autobús, y mientras esperaba ella la salida del autobús, el acusado llegó, le dio el dinero, le dijo que había ganado el concurso y que tenían que quedar más adelante para los ensayos del videoclip”.

Gudín Rodríguez-Magariños achaca al legislador una mala técnica jurídica legislativa al castigar conjuntamente el acto preparatorio con el acto finalizado, lo cual atenta contra el principio *non bis in idem*, sin olvidar tampoco que podría darse un agravio comparativo contrario al art. 14 CE con aquellos supuestos en que se consigan los mismos fines a través de un diferente *modus operandi* o de unos actos preparatorios que no se encuentren tipificados⁷¹⁶.

En igual sentido se pronuncian Muñoz Cuesta⁷¹⁷ y Hernández Guerrero⁷¹⁸, explicando este último que la sanción acumulada de los delitos es cuestionable al encontrarse el contenido ilícito del acto preparatorio recogido en la penalización del hecho principal perseguido por el propósito del autor, además de considerar que el empleo de las TIC no es merecedor de un especial reproche.

También Villacampa Estiarte defiende la condena conforme al correspondiente delito-fin, en aplicación del principio de subsidiariedad tácita (art. 8.2 CP), que, como explica, tomando como referencia a Mir Puig, opera cuando la interpretación del sentido de un artículo pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre una calificación más grave del hecho por constituir un ataque más grave o acabado del mismo bien jurídico (progresión en la afectación del bien jurídico)⁷¹⁹. En la misma línea, Serrano González de Murillo también opta por

⁷¹³ GALLEGO SOLER, “Artículo 183 bis”, p. 440. Defiende que el concurso de normas, si efectivamente se mantuvieron las relaciones sexuales, se resuelve con la aplicación del tipo que corresponda del art. 183, tipo especial por progresión delictiva.

⁷¹⁴ LAMARCA PÉREZ, “Delitos contra la libertad”, p. 194.

⁷¹⁵ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1186.

⁷¹⁶ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “Algunas consideraciones”, p. 2.

⁷¹⁷ MUÑOZ CUESTA, “Los delitos sexuales”, p. 139.

⁷¹⁸ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 526.

⁷¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, p. 195, que define la cláusula concursal como distorsionadora por lo que propone su desaparición. “Y es que no es necesario que una cláusula nos recuerde que cabe la posibilidad de que un delito entre en concurso con otros que eventualmente puedan cometerse si tal concurso se afirma teniendo en cuenta las reglas generales de resolución de tales situaciones”. Propone, en cambio, la necesidad de introducir una cláusula de subsidiariedad expresa.

la relación de subsidiariedad (relación de profundización en el menoscabo del mismo bien jurídico) entre el delito de *grooming* y los delitos-fin⁷²⁰.

Advierte el autor que de forma general, “[...] en el caso de los concursos hay razones para cuestionar la legitimidad del ajuste de precisión en la Parte Especial, puesto que las normas de cómputo de tipos y determinación consiguiente de las penas constituyen no normas de ulterior especificación de las que delimitan los tipos, sino *normas sobre normas*, que establecen las posibles relaciones entre ellas, y, al no respetar necesariamente lo establecido en las normas implicadas, sobrepasan el contenido posible de la regulación penal.

Consiguientemente, en esta materia sólo caben como máximo reglas generales, esto es, propias de la Parte General, mientras que toda especificación concebible constituirá aplicación de esas reglas generales, y por tanto tarea impropia del legislador. [...]”. Añade a lo anterior que cuando, además, esas reglas específicas se incorporan por vía de reformas tienen el efecto de introducir “cuerpos extraños” en el sistema por no haberse reflexionado previamente sobre el entorno normativo en el que se va a insertar la norma. En definitiva, y respecto al delito de *grooming*, dice el autor que la regla concursal que el mismo contiene resulta una perfecta ilustración de esta “insuficiencia intrínseca”⁷²¹.

En el caso que nos ocupa del art. 183 ter 1, vemos que, efectivamente, concurre una aparente contradicción entre la adecuada forma de resolver el concurso del delito de *grooming* con otros delitos sexuales a través del concurso de leyes, en aplicación de las normas de la parte general del CP, con la literalidad de la cláusula concursal del art. 183 ter 1. Villacampa Estiarte aporta una adecuada respuesta a la resolución de la anterior cuestión la cual pasa por entender que la citada cláusula específica no puede obviar la teoría general del delito y que por tanto solo se aplicará el concurso de delitos cuando las reglas concursales lo admitan en casos, en palabras

⁷²⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 406-407.

⁷²¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 390-391.

de la autora, “en que el peligro inherente a la conducta no directamente lesiva no se ha concretado completamente en lesión, por lo que la calificación de los hechos únicamente conforme al delito de lesión no aprehendería completamente el desvalor inherente a la conducta” y pone el ejemplo de víctimas múltiples del *grooming* de entre las cuales solo algunas de ellas hayan sido abusadas⁷²². Concurrirían, por tanto, tantos delitos de *grooming* como sujetos contactados a los que se haya hecho una propuesta de encuentro, además, en su caso, del correspondiente delito sexual en relación con la víctima abusada.

A igual solución llega Tamarit Sumalla en base a la aplicación, acertada bajo mi punto de vista, no del principio de subsidiariedad, sino del de consunción del art. 8.3. CP, en caso de que el autor haya cometido alguno de los delitos proyectados, ya sea en grado de tentativa o de consumación, por lo que el delito del art. 183 ter 1 quedará absorbido por el delito principal “siempre que el acoso no hubiera afectado además a otros menores finalmente no abusados, agredidos o utilizados”⁷²³ y ello porque el desvalor del delito del art. 183 o 189 comprende íntegramente el del delito de *grooming*.

Parece optar directamente por el principio de alternatividad, evitando el problema que explican Villacampa y Tamarit, Gómez Tomillo⁷²⁴ aunque, sin embargo, como ya se explicaba, al mismo tiempo entienda que para no privilegiar en determinados casos al autor del hecho hay que acudir a la cláusula concursal, interpretándola como de delitos.

⁷²² VILLACAMPA ESTIARTE, “Propuesta sexual telemática”, pp. 688-690 es partidaria de la desaparición de la cláusula concursal, destacando que la misma no es exigida ni por el Convenio de Lanzarote ni por la Directiva 2011/93/UE y añade “desaparecida dicha cláusula, sería conveniente valorar la adecuación de introducir una cláusula de subsidiariedad expresa que declarase la aplicación subsidiaria del delito contemplado en el art. 183 bis CP ante la eventualidad de que la subsunción de los hechos en este tipo pueda resultar privilegiante”, refiriendo la advertencia que de este peligro hace igualmente Gómez Tomillo.

⁷²³ TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, p. 1186.

⁷²⁴ GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, pp. 731-732.

Finalmente, debemos destacar que si bien parecía que el TS se decantaba por la interpretación de la cláusula concursal como una referencia al concurso de delitos, en base a sus argumentaciones, eso sí, genéricas, contenidas en la sentencia de 24 de febrero de 2015, se atisba una tendencia, finalmente, hacia el concurso de normas y la aplicación de la regla de absorción, tal y como lo explica en la posterior sentencia de 22 de septiembre de 2015.

Así, en la sentencia de 24 de febrero de 2015 (FD 1º), el Tribunal Supremo decía que el precepto “[...] establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del art. 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189) aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los arts 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos, por los [*sic*] que debiera aplicarse la regla de alternatividad del art. 8.4 CP, en caso de que la aplicación del art. 183 bis privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del art. 183”.

Sin embargo en la sentencia de 22 de septiembre de 2015, si bien desestima la pretensión de la acusación particular de aplicar conjuntamente las penas del anterior art. 183 bis, el art. 183.1 y el art. 187.2, por no haberse llegado a materializar actos ejecutivos concretos de estos dos últimos delitos, añade el Tribunal lo siguiente:

“[...] Cuestiona en el primer motivo la absolución de los delitos de abuso sexual intentado y de prostituir a una menor, también en tentativa. La sentencia es clara en la redacción de un hecho y lo motiva, en el que el acusado realiza un acto de aproximación y contacto con la menor pero ese contacto no llega a materializarse porque los padres de la menor se personaron en la estación de trenes donde no llegó a dar inicio la ejecución de los actos de abuso y de prostitución de la menor que el acusado había proyectado realizar y que no se dio comienzo a la ejecución. Como señala la sentencia el delito de peligro se consumó en tanto que el de lesión quedó en mera preparación al no darse inicio a la ejecución del delito de lesión. La motivación es precisa y acierta en la explicación sobre la cláusula concursal del art. 183 bis, al requerir que el delito de lesión se inicie en su ejecución con actos inequívocos de ejecución que superen la mera preparación. En ese sentido el acercarse a la estación

y habla con ella, no inicia la tipicidad del delito de abuso sexual. Como antes se señaló el delito de lesión absorbería el de peligro.

SEGUNDO.- Con el mismo ordinal denuncia la inaplicación al relato fáctico de los artículos del Código penal que subsumen la conducta en el delito de abuso sexual intentado y el de prostitución de menor, igualmente intentado.

La desestimación es procedente pues el relato fáctico no refiere un hecho que suponga el inicio de la acción típica para dar comienzo a la ejecución se requiere una mínima afectación, una puesta en peligro, del bien jurídico, no la indemnidad sexual sino atendiendo a la estructura del tipo penal, un comienzo de la afectación del contenido de lo permitido. Ha de tenerse en cuenta que la conducta se inicia con la realización de actos ‘directamente encaminados a la ejecución’ y para ello habrá de cohonestarse el tipo penal y la conducta descrita con la conducta realizada. En el caso la acción de verse y hablarse para preguntar si iban en coche no supone la realización de la conducta de prostituir a la menor de abuso sexual pues no se da comienzo a la ejecución”.

Bajo mi punto de vista la solución del concurso de normas a resolver por el principio de consunción (art. 8.3. CP) es la acertada por varios motivos: el desvalor de la acción contemplada en el art. 183 ter 1 CP queda totalmente integrado en el de un eventual delito posterior del art. 183 y/o 189; es coherente con la necesidad de penalizar solo el delito de resultado cuando este concurre con el de peligro, ambos atentatorios contra el mismo bien jurídico, la indemnidad sexual; por tanto, es respetuosa con los principios de lesividad y de *non bis in idem*. Por otro lado, la explicación de la interpretación que quepa dar a la dicción literal del artículo 183 ter 1 sobre este particular considero que puede ser perfectamente la ofrecida por Villacampa Estiarte, es decir, solo se aplicará el concurso de delitos cuando las reglas concursales establecidas en la parte general lo permitan.

Si bien es cierto que esta opción tiene como consecuencia no deseable en algunos supuestos el resultado penológico al que lleva, considero que ello no es

criterio suficiente para optar por el principio de alternatividad, intentando con ello enmendar un fallo de técnica legislativa.

V.8.5.2. Delitos en concurso con el art. 183 ter.

V.8.5.2.1. Concurso de normas con abuso/agresión sexual del art. 183 CP.

Uno de los problemas que más frecuentemente se planteará en la aplicación del delito de *grooming* será la delimitación entre los hechos que forman parte de los actos materiales tendentes al acercamiento que exige el art. 183 ter 1 CP y los actos que dan inicio a la ejecución del concreto delito sexual pretendido⁷²⁵.

Así, según dicen Boix Reig y Tamarit Sumalla, en las ocasiones en las que no se hayan llegado a consumir los delitos de los arts. 183 o 189, los actos materiales de acercamiento efectivo que requiere el artículo 183 ter 1 podrán integrar la tentativa de las conductas incluidas en los mencionados preceptos. Debo matizar, sin embargo, que el caso se presenta en similares términos si el delito pretendido se ha consumado. Lo que a veces puede resultar complejo es delimitar si nos encontramos aún en el ámbito de aplicación del art. 183 ter 1 o ya se ha rebasado el mismo y podemos penalizar conforme al art. 183 o 189 (en concurso de delitos o de leyes, según las diferentes posturas doctrinales y como tentativa o delito consumado, según el caso). Por tanto, la fijación de esa línea divisoria entre actos preparatorios y tentativa es un problema de tipicidad y grado de desarrollo que se producirá igualmente en los casos en que el delito posterior se haya consumado.

Como ya se ha explicado en apartados anteriores, algunos autores defienden que el artículo 183 ter 1 (o el precedente 183 bis) constituye la tipificación de la tentativa del delito contemplado en el art. 183, de modo que en caso de que la conducta del sujeto activo integre ambos tipos debe de aplicarse el concurso de normas a resolver mediante el principio de alternatividad⁷²⁶.

⁷²⁵ Por todos, MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 161.

⁷²⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, p. 731.

Sin embargo existen opiniones contrarias, como la que sostiene Rodríguez Vázquez, quien analiza detenidamente las implicaciones que derivan de considerar o no el art. 183 ter 1 (él se refiere al art. 183 bis) como acto preparatorio para la comisión del delito del art. 183.

Inicia su argumentación el autor explicando que la remisión al art. 183 como delito que debe abarcar el ánimo subjetivo del sujeto activo tendría sentido si consideráramos al *grooming* como un acto preparatorio de las agresiones o abusos sexuales del citado precepto, pero ello implica encontrarnos ante una falta de proporcionalidad ya que el acto preparatorio tendría una pena mayor que la tentativa de abuso sexual. Como ya se ha explicado anteriormente, la aplicación de la cláusula concursal del art. 183 bis como concurso real de delitos atenuaría esta desproporción ya que de ese modo se aplicaría mayor pena al autor de una tentativa del art. 183, pero ello no haría desaparecer lo que el autor denomina “incongruencia interna del sistema” porque el marco penal abstracto que se contemplaría para el acto preparatorio seguiría siendo mayor que el marco penal abstracto contemplado para la tentativa de ese mismo delito. Además de ello, explica que la aplicación del concurso real de delitos no es compatible con la tesis que define el art. 183 ter 1 como acto preparatorio, ya que en ese caso los supuestos de tentativa (y los de consumación) del delito del art. 183 deberían absorber el desvalor de la conducta anterior, en aplicación de la regla del art 8.3 del CP, es decir, la subsidiariedad [*sic.*] o consunción, lo cual nos lleva nuevamente a encontrarnos con la desproporcionalidad anteriormente referida⁷²⁷.

Entre la jurisprudencia que se ha dictado hasta la fecha, la SAP Sevilla nº 465/2013, de 3 de octubre, rec. 6606/2011, contemplaba un caso en el que se perpetraron actos que integraban los elementos del tipo del entonces vigente art. 183 bis junto con la consumación, entre otros, de un delito de abusos sexuales del art. 181. 1 y 2 CP⁷²⁸ optando la Audiencia, por aplicar el principio de absorción o

⁷²⁷ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, pp. 10-11.

⁷²⁸ “HECHOS PROBADOS.

consumición (art. 8.3 CP) según el cual las formas imperfectas de ejecución quedan consumidas por el delito consumado. Por tanto, se condenó al autor por un delito continuado de abusos sexuales del art. 181.1 y 2 CP, un delito continuado de provocación sexual del art. 185 CP, un delito continuado de amenazas del art. 169.2 CP y un delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139.1 y 3 del CP, pero se produjo la absolución del delito continuado de *grooming*.

Dice la resolución (FD 2º): “Al respecto la reciente sentencia del T.S. de 1 de febrero de 2012, nos dice: ‘Como es sabido, el concurso normativo implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo).

El acusado Casimiro, mayor de edad en cuanto nacido en fecha NUM001, 1983, con D.N.I. NUM000, y sin antecedentes penales:

A) 1) Desde aproximadamente el mes de noviembre de 2.009, en el que el procesado conoció a través de la red social de Internet ‘Tuenti’ a la menor Gregoria, nacida en fecha NUM003. 1998 y que a la sazón contaba en dicha fecha con 11 años de edad, circunstancia de la que era conocedor Casimiro, vino este solicitándole, -con evidente ánimo lascivo y libidinoso-, en múltiples ocasiones a la menor, telefónicamente y por Internet, la ejecución de actos de contenido sexual, así como vino realizando actos de exhibición obscena ante la mencionada; tales como solicitarle que se desnudase y se tocase sus partes íntimas, al tiempo que Casimiro se masturbaba y jadeaba.

2) En varios días, sin poder determinarse su fecha, en todo caso, al menos en 4 ó 5 ocasiones durante los años 2010 y 2011, y cuando el procesado se trasladaba a la localidad de Utrera, -donde residía la menor-, llegó a efectuar tocamientos a la misma con idéntico ánimo y sin su consentimiento; en particular, en un día no determinado del mes de abril de 2010, después de trasladarse el procesado desde su domicilio en Málaga hasta la localidad de Utrera, se desplazó con la menor hasta un parque, se metió con la misma en una cabaña allí existente, en la que besó a Gregoria, le efectuó tocamientos por encima y por debajo de la ropa, al tiempo que le decía que lo masturbase, y ante la negativa de la misma, comenzó a restregarse el procesado con las manos sus genitales, hasta ser sorprendidos por la madre de la menor Begoña.

3) Asimismo y aproximadamente desde febrero a agosto de 2.011, Casimiro, interesó en diversas ocasiones a la menor, vía Internet, encuentros personales para mantener relaciones sexuales, acudiendo en alguna ocasión a la puerta de su domicilio para hablar con ella, a fin de convencerla. [...]”

Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 del C.P., con arreglo al cual, ‘el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel’, exige, en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (*lex consumens*), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (*lex consumpta*). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-’.

En el supuesto que nos ocupa, hemos declarado probado, por así haberlo reconocido el propio acusado que durante los años 2010 y 2011, sin poder determinar su fecha pero en todo caso al menos en 4 o 5 ocasiones, el acusado tras trasladarse a la ciudad de Utrera, realizó a la menor tocamientos de contenido sexual, con ánimo lascivo y libidinoso y sin el consentimiento de la menor.

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 y con ánimo libidinoso mantenidos a lo largo del año 2010 y 2011, 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. Procediendo en consecuencia la absolución del acusado del delito continuado del artículo 183 bis del C.P., al haber sido asimismo

formulada acusación por un delito de abusos sexuales continuado, por el que si le condenamos”.

En conclusión, configurándose el art. 183 ter 1 como un acto preparatorio de posteriores delitos, en este caso, de un abuso sexual, en el supuesto de que se lleguen a realizar actos ejecutivos que integren el tipo del art. 183 CP debería penalizarse conforme a este último, por encontrarnos ante un concurso de normas a resolver por aplicación de principio de consunción, absorbiendo el delito de lesión al de peligro que es el *grooming*. Lo contrario implicaría una doble penalización de las conductas. Ahora bien, entendiendo que para apreciar la existencia de una tentativa del delito de abuso deberá exigirse al menos una incipiente materialización de actos ejecutivos ya que en caso de que estos no se produzcan, obviamente, no cabrá condena por la tentativa de abusos sexuales. Esto es lo que ocurría, precisamente, en el supuesto analizado en la SAP Barcelona, de 22 de diciembre de 2014. La acusación particular de la menor víctima pretendió la condena, además de por el delito de *grooming*, por el delito de abuso sexual del art. 183.1 CP así como por otro delito de prostitución y corrupción de menores del art. 187.2 CP, al menos en grado de tentativa. En dicho caso, la Audiencia, con buen criterio, condenó solo por el anterior art. 183 bis CP ya que tras concertar la cita en la que acusado y menor entraron en contacto, aparecieron los padres de la menor por lo que, dice “[...] no cabe aplicar la regla concursal que el propio precepto prevé para el caso de que alguno de estos delitos se hubiesen cometido; tampoco creemos que lo hayan sido siquiera en grado de tentativa al no haberse realizado actos propiamente ejecutivos. Téngase en cuenta que si la toma de contacto con el menor y adopción de actos materiales encaminados al acercamiento tuviera lugar en el contexto de las relaciones interpersonales directas, podría fácilmente rebasar la frontera de los actos preparatorios para entrar de lleno en la tentativa, si bien, por el hecho de realizarse la comunicación a distancia es difícil apreciar el inicio de actos ejecutivos del delito sexual. 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. El acusado intentó un acercamiento material a la menor vía Internet y nada más lograrlo fue abortado, no llegando a realizar acto material alguno de índole sexual”.

El TS en su sentencia de 22 de septiembre de 2015 confirmó la decisión anterior argumentando que “[...] el acusado realiza un acto de aproximación y contacto con la menor pero ese contacto no llega a materializarse porque los padres de la menor se personaron en la estación de trenes donde no llegó a dar inicio la ejecución de los actos de abuso y de prostitución de la menor que el acusado había proyectado realizar y que no se dio comienzo a la ejecución”.

Contrariamente a lo que ocurría en el anterior supuesto, cuando los actos materiales encaminados al acercamiento del artículo 183 ter 1 rebasen la frontera de los actos preparatorios y puedan integrar la tentativa del delito de abuso sexual, la solución que debería aplicarse, bajo mi punto de vista, es la penalización conforme al 183 por aplicación del art. 8.3 CP, principio de consunción, ya que el desvalor de la acción consistente en contactar con el menor de dieciséis años a través de las TIC y proponerle un encuentro con la intención de abusar de él, queda plenamente integrado o absorbido por el propio desvalor que merecen las conductas ejecutivas de dicho abuso, por muy tempranas que estas sean. No obstante, habrá que esperar a que se produzca algún enjuiciamiento en el que se analice dicho supuesto para ver cuál es en ese caso la solución que la jurisprudencia ofrece.

V.8.5.2.2. Posible concurso de delitos con descubrimiento de secretos del art. 197 CP.

Si en el curso de las comunicaciones con el menor el sujeto activo ha obtenido imágenes de aquel sin su conocimiento, los hechos no serían constitutivos de un delito del art. 183 ter 2 CP ya que el mismo exige una actitud de embaucamiento por parte del autor y una entrega voluntaria de las imágenes por parte del sujeto pasivo. Tampoco cabría calificar dicha conducta como elaboración de pornografía infantil del art. 189.1.a) CP sino como un delito de descubrimiento de secretos del art. 197.1 y, en su caso, 6 CP y por supuesto 5, cuyo bien jurídico

protegido es la intimidad. Así lo determina la Instrucción nº 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado⁷²⁹.

Por tanto, en supuestos en los que el menor ignore que está siendo grabado porque el sujeto activo ha conseguido ver sus imágenes a través de un acceso remoto a su *web cam* sin su conocimiento o a través de un acceso ilícito a su cuenta de correo electrónico o al móvil y obtenga así fotos o vídeos de contenido sexual, cabe entender que el bien jurídico afectado es la intimidad y no la indemnidad sexual⁷³⁰.

Debemos precisar que para que nos encontremos en el ámbito de aplicación del art. 197 CP la obtención del material pornográfico debe haberse realizado sin el consentimiento del sujeto pasivo, no con un consentimiento viciado de este, como pudiera ocurrir en el caso de que haya mediado coacción. Así queda ilustrativamente reflejado en la SAP Barcelona, de 14 de abril de 2009, que dice literalmente “En el presente caso es cuestión indiscutida que el acusado no se apoderó de estas imágenes de Penélope sin el consentimiento de esta sino que le fueron suministradas por ella, cierto que con el consentimiento viciado, pero este consentimiento es lo que integra el delito de coacciones cuya existencia también es declarada por este Tribunal”.

Duda sin embargo Valverde Megías de que en los casos en los que el menor accede a desnudarse y exhibirse en actitudes sexuales, nos encontramos solo ante la lesión de la intimidad de aquel, puesto que por un lado, parece difícil de admitir que el menor que consiente en la utilización de artificios técnicos de transmisión de imagen ignore que las imágenes puedan ser grabadas por el simple hecho de que el sujeto activo no le haya dicho que esa era su intención; por otro lado, la indemnidad sexual en los delitos de elaboración de pornografía infantil viene afectada por la participación en esa conducta. Añade el autor también que, cabe aún menos la tipificación solo por un delito contra la intimidad cuando la sesión se realiza bajo la amenaza de la revelación de las imágenes capturadas en ocasiones anteriores, ya que

⁷²⁹ Disponible en www.fiscal.es.

⁷³⁰ Véase LLORIA GARCÍA, “Delitos”, p. 3.

en ese caso es evidente que el menor sabe que las imágenes serán grabadas porque ya le consta que las anteriores lo han sido⁷³¹.

Efectivamente, no se puede descartar la existencia de lesión a la indemnidad sexual además de a la intimidad por el simple hecho de que el menor cuyas imágenes se han capturado no fuera conocedor de la grabación de las mismas. Todo dependerá de la dinámica comisiva. Por tanto habrá casos en los que se deba aplicar únicamente el art. 197 y otros en los que proceda acudir a la figura del concurso con pornografía infantil u otros delitos. Lo que no cabrá entender es que las conductas se integren en el art. 183 ter 2 CP ya que, como se ha explicado, en ese caso el tipo exige ineludiblemente el empleo del embaucamiento o engaño.

En cualquier caso, debemos matizar que en muchas ocasiones no se planteará ningún problema concursal, ni de delitos ni siquiera de normas, sino que nos encontraremos únicamente ante una cuestión de tipicidad, es decir, habrá de comprobarse si los hechos son subsumibles en los tipos penales que se pretende aplicar.

Si el sujeto activo desarrolla conductas que puedan conformar tanto el delito del art. 183 ter 1 como el del 197, el problema no es realmente de concurso sino de asignación de tipos en función de cuál haya sido la dinámica comisiva. Sí habrá problema concursal cuando, por ejemplo, el autor contacta a través de las TIC con un menor de dieciséis años con intención de cometer contra el mismo un delito sexual, en el curso de las conversaciones y sin conocimiento del menor graba unas imágenes en las que este aparece desnudo, las cuales emplea en posteriores contactos para chantajearle a fin de que acepte encontrarse con él. Si además se produce la efectiva realización de los actos materiales encaminados al acercamiento, sí se habrían cometido tanto del delito de *grooming* como el de descubrimiento de secretos.

V.8.5.2.3. Concurso de normas con acoso sexual del art. 184 CP.

⁷³¹ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 7.

Dada la definición legal del delito de *grooming* es posible que en su comisión concurren los requisitos del acoso sexual del art. 184 CP consistentes en la solicitud de favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero que genere una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima. Así lo constata Mendoza Calderón matizando que a pesar de lo anterior “[...] lo que generalmente no se exige para considerar a una conducta como *grooming* y que sería necesario en todo caso, para la conformación típica de este delito de acoso sexual, sería el requisito de que esta serie de hechos se produjesen ‘en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual’. Con ello queremos indicar, que a no ser que la conducta de *grooming* se desarrolle en este contexto indicado, no podría ser aplicado en ningún momento el delito de acoso sexual del art. 184.1 y 184.3 CP”⁷³².

También destaca la autora el hecho de que en el delito de *grooming* no se exija que la comisión se realice de forma reiterada ni que deba de producirse una situación de grave acoso⁷³³.

Considero que la delimitación entre ambos delitos es clara ya que no es que, como dice la autora, “generalmente” no se exija para el delito de *grooming* que las conductas típicas se desarrollen en el marco de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, sino que en ningún caso en el art. 183 ter 1 se necesita la concurrencia de tales supuestos y por ello sí debo coincidir con aquella cuando afirma que “puede resultar notablemente complicado encauzar esta serie de comportamientos dentro de los delitos de acoso sexual tipificados en el actual art. 184 CP”⁷³⁴.

Por tanto, en caso de que, por ejemplo, un profesor se dirija a través de una red social a un alumno suyo y le proponga un encuentro sexual, empleando una

⁷³² MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, pp. 138-141.

⁷³³ MENDOZA CALDERÓN, “El fenómeno del acoso”, pp. 154-155. También la misma autora en *El Derecho Penal*, p. 141.

⁷³⁴ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 139.

actitud insistente, de hostigamiento y provocando en la víctima una situación intimidatoria, hostil o humillante, si además despliega actos tendentes al acercamiento nos encontraríamos ante la posibilidad de aplicar el art. 183 ter 1 en su modalidad agravada y/o el art. 184 CP. Para resolver la cuestión, debemos tener presente que el bien jurídico protegido por ambos preceptos es el mismo, la indemnidad sexual, por lo que nos encontraríamos en presencia de un concurso de normas a resolver con la aplicación del art. 8.4 CP y en consecuencia a través del art. 183 ter 1 CP que contempla una pena más grave.

V.8.5.2.4. Concurso de normas con corrupción y prostitución de menores del art. 188 CP.

Apunta Hernández Guerrero, en mi opinión de forma acertada, que no es descartable la posibilidad de aplicar el delito de incitación a la prostitución en los casos de *grooming* en los que se induce al menor a desplegar determinada conducta mediante regalos previos y directamente relacionados por el propio sujeto activo con la realización de los actos sexuales solicitados⁷³⁵. Y acude a las consideraciones de la STS 1263/2006, de 22 de diciembre, en la que se precisaba que “la repetición de conductas de naturaleza sexual con un menor de edad, en el caso de catorce años, a cambio de dinero, concebido no ya como precio sino como retribución previamente convenida, debe valorarse ordinariamente como constitutiva de actos que inducen al menor a la prostitución, o al menos favorecen esa dedicación, en cuanto para su escasa edad le sitúan ante la posibilidad efectiva de obtener un beneficio económico mediante el intercambio de sexo por dinero, con la consiguiente afectación de su dignidad personal y del desarrollo libre y completo de la faceta de su sexualidad como persona”.

Debemos tener claro que la diferencia entre el tipo de corrupción de menores del art. 187.1 CP según redacción dada por LO 5/2010 o el actual art. 188.1 CP y el delito de *grooming* es la existencia de ofrecimiento de remuneración o recompensa en el primero de los ilícitos.

⁷³⁵ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 529.

Así lo expresa de forma clara la SAP Castellón, de 31 de marzo de 2015, en la cual se resuelve el motivo de recurso de la defensa del condenado por un delito de corrupción de menores (en este caso la víctima contaba con trece años de edad) fundando su alegato en la aplicación indebida del art. 187.1 CP, ya que consideraba que cuando en la solicitud de relación sexual a cambio de remuneración o promesa no existe contacto personal sino telemático, estaríamos ante un acto preparatorio y por lo tanto solo incardinable en el artículo 183 bis CP, no aplicable en este caso dada la edad del sujeto pasivo.

El Tribunal argumenta en su Fundamento de Derecho primero que “El artículo 183 bis, introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga el internacionalmente denominado ‘child grooming’, sancionando las conductas de personas adultas que, a través de las nuevas tecnologías (Internet, teléfono u otras similares) se ganan la confianza de menores de trece años con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual.

En principio, el legislador extiende la punibilidad a la mera ‘toma de contacto’ en Internet, a través de los Chats, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, con pretensiones de carácter sexual, exigiéndose, además que tal oferta vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. De este modo, se trataba de poder adelantar la intervención a supuestos que estructuralmente tienen rasgos en común con los actos preparatorios de los delitos sexuales a cuya comisión se orienta, pero su gravedad va más allá de la propia de éstos.

Por otro lado, el artículo 187.1.II, introducido igualmente en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, castiga la corrupción de menores tipificando expresamente la conducta del cliente del menor, de acuerdo con las previsiones de la Decisión Marco 2004/68/JAI [art. 2.c .ii], de manera que la solicitud, aceptación u obtención, mediante remuneración o promesa, de los servicios sexuales de cualquier menor deviene típica en todo caso, al margen de su edad, de la reiteración o no de los actos o de su situación previa (si el menor estaba ya prostituido o no), siendo

irrelevante a estos efectos el modo y forma en que se lleve a cabo la solicitud o propuesta de favores sexuales con tal de que conste su efectiva proposición, y sin necesidad de que se consumen dichas relaciones sexuales que, en su caso, darían lugar al subtipo agravado del apartado 5 del artículo 187 CP.

En el presente caso, la conducta descrita en el hecho probado describe la solicitud efectuada a través de la red social Tuenti por el acusado Fructuoso, mayor edad, a Modesto, de trece años de edad, para que a cambio de dinero, porros y una play station 3, mantuvieran una relación de carácter sexual (tocamientos, felación o masturbación), conducta que se subsume claramente en el tipo penal previsto en el artículo 187.1.II CP, pues a la solicitud de una relación sexual efectivamente realizada a un menor de edad (pero no menor de trece años), con independencia del medio o modo en que se comunique la misma (directa o través de medios telemáticos, telefónicos u otros similares), se anuda el elemento objetivo que caracteriza este tipo penal, y que lo diferencia del tipo del art. 183 bis CP, relativo a ‘la remuneración o promesa’ ofrecida al menor a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, lo que se materializó en la promesa de dar al menor ‘dinero, porros y una play station 3’, y que determina la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de corrupción de menores del artículo 187.1.II”.

Ahora bien, una vez delimitada la diferencia entre ambos ilícitos penales, sí es posible que determinadas conductas desplegadas por el *groomer* cumplan las exigencias típicas tanto del art. 183 ter 1 como del art. 188 CP. En tal caso deberemos aplicar el concurso de normas y, en virtud del principio de alternatividad del art. 8.4. CP, castigar por el delito que conlleve la pena más grave.

Así lo entendió la SAP Cádiz, de 30 de mayo de 2014. Se trataba de enjuiciar un caso en el que a través de contactos virtuales, el acusado solicitaba a un menor que mantuviera relaciones sexuales con él a cambio de dinero. La sentencia, considerando que los hechos podían calificarse como un delito de *grooming* del entonces vigente art. 183 bis CP y como un delito de prostitución y corrupción de menores del art. 187.1 y 2 CP, optó, en este caso, al proteger ambos preceptos el

mismo bien jurídico, por la aplicación del art. 187 CP, en virtud de lo establecido en el art. 8.4 CP.

Frente a dicha resolución, el acusado-recurrente pretendía la preferente aplicación del art. 183 bis CP, en virtud de lo establecido en la regla 1ª del art. 8 CP, al ser aquel un tipo penal específico.

Sin embargo, el TS, en su sentencia de 24 de febrero de 2015, se decantó por mantener el pronunciamiento de la Audiencia, en base a los siguientes argumentos: “En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del art. 183 bis sea un precepto específico respecto al art. 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona -en este caso- menor de 13 años, según el relato fáctico de la sentencia el acusado en diversas ocasiones solicitó al menor quedar para ‘follar’ o ‘hacer un 69’ a cambio de dinero y dependía del tiempo y el acto que el menor estuviera dispuesto a realizar- remuneración o promesa que no se recoge en el art. 183 bis CP, por lo que aquel debe ser el aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse. El concepto de la corrupción del menor se contempla desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal es el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor se inicie (aunque sea en un momento posterior en tal actividad o se mantenga en la que ya ejerce). Nos hallamos ante un delito en el que lo importante para su incriminación no es el acto en sí mismo solicitado sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prestación del cuerpo propio para la realización de actos de contenido sexual a cambio de precio u otros favores”.

Tras la reforma del CP el concurso de normas se aplicaría entre el art. 183 ter 1, y el art. 188.4 CP, de redacción similar a la del precedente art. 188.1.

V.8.5.2.5. Concurso de normas con delito de amenazas de los arts. 169 ss. y coacciones de los arts. 172 ss. CP.

En caso de que para la comisión del delito del art. 183 ter 1 CP el autor haya empleado coacciones o amenazas no será aplicable el tipo correspondiente a estos dos últimos delitos, en caso de que efectivamente pudiera apreciarse, sino el tipo agravado del delito de *grooming*, en base al principio *non bis in idem* y por aplicación, aquí sí, del principio de especialidad (art. 8.1 CP). Esta opinión es la que mantienen Núñez Fernández⁷³⁶ o Rodríguez Núñez⁷³⁷, entre otros, con quienes coincido plenamente, aunque ello suponga, como dice Serrano González de Murillo, un régimen especial -privilegiado- del concurso medial específico de las coacciones⁷³⁸.

Por su parte, Valverde Megías añade que la anterior interpretación viene apoyada por la ubicación sistemática de la referencia a la coacción y la intimidación, posterior a indicar el castigo independiente de “los delitos en su caso cometidos”⁷³⁹.

En similar sentido se pronuncia Mendoza Calderón otorgando aplicación preferente también al *grooming* en base, sin embargo, a los principios tanto de especialidad como de alternatividad, matizando, por lo que se refiere a las amenazas,

⁷³⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 209, señala que “[...] de acuerdo con el artículo 8 CP, el principio de alternatividad se aplica en defecto de los anteriores y uno de los mismos es el de especialidad que recoge la regla primera del referido precepto y que por tanto resulta de aplicación preferente y conduciría a optar por el artículo 183 bis CP que se perfila como precepto especial frente al artículo 169.1 CP. Esta conclusión revela la más que deficiente técnica legislativa que se utiliza en el precepto analizado y pone en evidencia la precipitación y la ausencia de reflexión con la que se abordan los cambios legislativos. Resulta irónico que la alarma social justificada o no que existe en relación con el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales encuentre respuesta en un precepto nuevo que castiga dicho fenómeno con penas significativamente menos graves que otros preceptos ya existentes. Se hace evidente una vez más el empleo simbólico del Derecho penal a partir de la creación de tipos específicos deficientemente diseñados que supuestamente van a resolver de forma también muy concreta los nuevos problemas que aparentemente afectan a la sociedad”.

⁷³⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “Protección penal”, p. 388. Añade que existe en este caso una falta de visión sistemática que lleva al absurdo de que la figura estaría menos castigada que la de amenazas condicionales, de manera que esta figura supuestamente agravada quedaría desplazada por la alternatividad, resultando inaplicable.

⁷³⁸ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, p. 407.

⁷³⁹ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 17.

que deberá distinguirse cada supuesto en concreto ya que podría darse la paradoja de que se invocara la aplicación del delito del art. 183 ter 1 CP (la autora habla del anterior art. 183 bis) cuando en el art. 169.1 en algunos casos, se contemplan penas superiores a las previstas en el específico delito de *grooming*⁷⁴⁰.

Por otro lado resulta relevante prestar atención a la diferencia que establece el TS entre los delitos de amenazas y coacciones en aquellos casos en que una persona pretenda condicionar la conducta de otra a cambio de no difundir fotografías comprometidas de esta última, supuesto como hemos venido explicando, que podría ser bastante frecuente en los casos de *grooming*.

En la STS, de 12 de noviembre de 2009, se analiza un caso en el que una menor era conminada a enviar fotografías de ella y su hermana desnudas diciéndole el acusado que, en caso de no acceder, publicaría a través de Internet y distribuiría imágenes de ella desnuda que ya poseía. En este caso, se consideró, lógicamente, que no concurría el delito de coacciones sino el de amenazas condicionales.

Explica la resolución que “En la coacción, existe una mayor intermediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma en cuanto se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones.

5.- En el caso presente, estas características no concurren en la relación entre el acusado y la víctima. Esta cumplió según los términos convenidos, hasta el momento en que este se niega a seguir comportándose como hasta ese momento, es decir, se niega a enviar fotos de ella desnuda. Ante esta negativa, el autor no ejerce ninguna fuerza física ni psíquica, sino que pone en marcha una conducta típica del delito de amenazas, contemplada en el artículo 169 del Código Penal. [...] Es cierto que la amenaza pende sobre la libre formación de la voluntad, pero no de una forma

⁷⁴⁰ MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal*, p. 164.

conminativa, sino otorgando al amenazado la ponderación entre el contenido de la amenaza y la posibilidad de actuar o no conforme a los designios del amenazante”.

No obstante las consideraciones anteriores, en la SAP Barcelona de 23 de junio de 2015, dictada con la conformidad del acusado respecto a la petición del Ministerio Fiscal, se aplicó el concurso de delitos en un asunto en el que concurrían los elementos típicos del anterior art. 183 bis CP con unas amenazas hacia la menor víctima, consistentes en decirle que si no salía con el sujeto activo le enviaría a su primo para que la violara. Se condenó por el delito de *grooming* a la pena de seis meses de multa con una cuota diaria de cuatro euros y por un delito de amenazas del art. 169.1 CP a tres meses de prisión (concurría la atenuante muy cualificada de reparación del daño).

Los hechos que se juzgaron son los siguientes:

“[...] Durante verano de 2012 contactó vía FACEBOOK y con el mismo perfil de usuario, con Florencia, nacida el NUM015 de 2000, menor de 13 años en el momento de los hechos, con el fin descrito de ganarse su amistad y confianza para que con el tiempo, llegase a desnudarse y masturbarse ante la webcam de su ordenador y así el acusado pudiera grabar tal material.

Para ello utilizó el mencionado perfil de Facebook, su perfil de MSN MESSENGER, y dos perfiles de messenger mediante los cuáles se hacía pasar por dos personas distintas, una con nombre Campanilla y otro cuyo apellido era Gabino asociado a la cuenta de correo electrónico DIRECCION024 .

El acusado se valía de la cuenta ‘Campanilla’ para que la menor cogiera confianza en el acusado, hablándole muy bien de sí mismo, haciendo creer a la menor que quien le hablaba era otra chica.

Posteriormente, el acusado, utilizando el perfil de messenger asociado a la cuenta DIRECCION024 se hizo pasar por otra persona y le pidió que se pintara los labios.

Posteriormente, el acusado le pidió que saliera con ella, a lo que, a pesar de haber accedido en un primer momento, después se negó. El acusado, utilizando el perfil DIRECCION024 le contestó que si no salía con él, enviaría a su primo para que la violara, infundiéndole profundo temor a la menor.

Al mismo tiempo, el acusado, utilizando el perfil Campanilla , le decía a Florencia que Gabino era buena persona, le explicó que había tenido relaciones sexuales con otras personas y con Gabino y que Gabino le pediría que hiciera cosas de contenido sexual, que las hiciera ya que era buena persona y buen novio”.

A la vista de tales hechos, entiendo que la solución adecuada habría sido la condena por el delito de *grooming* en su modalidad agravada, por empleo de coacción.

La única posibilidad que explicaría la aplicación conjunta de las penas de los delitos de *grooming* y amenazas es entender que con estas se pretendía solamente la finalidad de salir con la menor, en una interpretación literal de la expresión contenida en el relato de hechos “que si no salía con él, enviaría a su primo para que la violara”, pero me parece que resulta más adecuada una interpretación global vinculando las amenazas con la intención última del sujeto activo, en definitiva, abusar de la menor, como se deduce claramente del hecho de que haciéndose pasar por otra persona (Campanilla), el autor intentaba convencerle de que tuviera relaciones sexuales con él (“[...] le explicó que había tenido relaciones sexuales con otras personas y con Gabino y que Gabino le pediría que hiciera cosas de contenido sexual, que las hiciera ya que era buena persona y buen novio”).

En el momento actual, entendiéndole concurrente el concurso de normas, debería condenarse por el delito del art. 183 ter 1 en su modo agravado, tanto por haberse empleado amenazas, lo que descartaría la opción de incluir la conducta en el art. 183 ter 2 CP, como porque junto con la intención de obtener imágenes pornográficas de la menor, el sujeto activo también pretendía abusar de ella. No obstante, no desprendiéndose del relato de hechos contenido en la sentencia la

existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, interpretados estos en sentido físico, bien hubiera podido intentarse la absolución del delito del art. 183 ter 1, pero, de ese modo, inevitablemente se habría producido la condena por una tentativa del art. 189 2. a) y 3 con empleo de intimidación, por lo que siendo superior la pena a imponer, resulta lógico que se produjera la conformidad en los términos expresados.

Por último, no cabe la aplicación del tipo agravado por empleo de coacción o intimidación en caso de que el sujeto activo, tras realizar todos los elementos que conforman el delito del art. 183 ter 1 CP, acuda al encuentro con el menor siendo en ese momento en el que vierte las amenazas con la finalidad de cometer el delito sexual pretendido. En ese supuesto, dicha amenaza formará, en su caso, parte del tipo agravado correspondiente a la agresión sexual (art. 183.2) o delito de pornografía (art. 189.3 CP).

Ello es coherente con la propia expresión del art. 183 ter 1 CP que vincula expresamente la utilización de la intimidación y/o coacción a la obtención del acercamiento (“[...] cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”).

Otra cosa sería que concurra la intimidación, tanto durante la comisión del delito de *grooming* como durante la agresión sexual. En este caso, dice Serrano González de Murillo, que si nos encontramos ante una conducta preparatoria de una agresión sexual que ya incluye el empleo de violencia o intimidación, la aplicación agravada del delito de *grooming* violaría el principio *non bis in idem*⁷⁴¹. Sin embargo, si aplicamos como procede en dicho supuesto, el art. 8.3. CP, únicamente se condenaría por el delito sexual agravado efectivamente cometido.

V.8.5.2.6. Concurso con el delito de pornografía infantil del art. 189 CP.

⁷⁴¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 407-408.

En caso de que tras los contactos a través de las TIC o precisamente a través de dicho medio el sujeto activo pretenda obtener, o incluso obtenga, material pornográfico del menor, nos encontraremos ante varias disyuntivas. En primer lugar, en función de diferentes variables, podrá aplicarse el primer o el segundo número del art. 183 ter. En caso de que la opción adecuada sea la penalización conforme al art. 183 ter 1, deberemos optar o bien por aplicar el concurso de leyes con el art. 189.1.a) y 2.a) y condenar solo por este delito o bien entender, de modo radicalmente opuesto, que existe un concurso de delitos y mantener las dos penas.

Si procediera aplicar el segundo número del art. 183 ter porque el sujeto activo no hubiera llegado a obtener el material solicitado, el problema es la delimitación entre esta figura y la tentativa del art. 189.1.a) y 2.a).

Respecto al primero de los supuestos, es decir, que las conductas emprendidas tengan encaje tanto en el art. 183 ter 1 como en el art. 189.2.a) en relación con el 1.a), la literalidad de la cláusula concursal contenida en el primero de ellos nos llevaría a aplicar las penas correspondientes a ambos preceptos, pudiéndose dar también el caso de tener que penalizarse conforme al apartado b) del número primero del art. 189 en caso de distribución de dicho material.

No obstante, ante la posible superposición entre la finalidad de utilización del menor para su participación en espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, que formaría parte del ánimo subjetivo del autor que exige el art. 183 ter 1 CP, y la captación de aquel para esos fines, que integra en sí una conducta subsumible en el art. 189. 1. a) CP, varios autores optan por aplicar este último precepto por tener asignada una mayor pena, en virtud del principio de alternatividad del art. 8.4. CP⁷⁴², tal y como antes se explicaba la cláusula concursal, a mi juicio, erróneamente puesto que lo procedente en este caso es la aplicación del principio de absorción; además debe entenderse que el concurso se produce con el número 2 del art. 189 al ser el sujeto pasivo un menor de dieciséis años. Rodríguez

⁷⁴² Entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 240, y FLORES PRADA, *Criminalidad informática*, p. 251.

Vázquez incluso proponía la necesidad de eliminar la referencia al art. 189 en el anterior art. 183 bis o al menos acotarla a algunos supuestos de aquel, por considerarla fruto de una incorrecta técnica legislativa. Realizando una interpretación extensiva del art. 189.1.a), entiende que “captar” se puede asimilar en sentido literal a “contactar y concertar un encuentro con un menor”; por tanto, y según su opinión, si el delito-fin a que va dirigida la conducta del art. 183 ter 1 es el contenido en el art. 189, este sería el único precepto aplicable “por ser la conducta cometida, independientemente del medio empleado para ello”. Y a fin de evitar que el sujeto activo reciba una pena mayor que la contemplada en el art. 183 ter 1 (el autor se refería al anterior art. 183 bis) propone rebajar las penas del art. 189.3 en relación con el 189.1 a)⁷⁴³.

Añade el autor que, puesto que el art. 189.1 CP recoge entre las acciones típicas, dos: “captar” y “utilizar”, dadas las características y fases por las que habitualmente pasa la conducta del *groomer*, en la mayoría de los casos, antes de proponer un encuentro, el sujeto activo ya habrá cometido el delito contemplado en el art. 189.1.a) en su modalidad de “utilizar” a aquel para elaborar material pornográfico, ya que buscará que este se exhiba desnudo, o realizando actos de naturaleza sexual a través de la *webcam* añadiendo que la intimidación como elemento de agravación tendrá lugar, seguramente, mediante el empleo de ese material que el autor ha recabado.

En igual sentido, Valverde Megías, en base a la descripción de la palabra “captar” que hace la Real Academia Española (atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien), considera que la consumación del art. 189 se dará en el momento en que el menor de edad -o incapaz, dirá él- es captado para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, sin necesidad de que tal participación se llegue a producir y que, por ello, en caso de que por medio de las TIC el sujeto activo contactase con el menor y tras ganarse su voluntad o confianza consiguiese que el mismo estuviera dispuesto a posar ante la cámara para la elaboración de material pornográfico, si bien los hechos

⁷⁴³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento”, pp. 12-14.

podrían integrar el tipo previsto en el art. 183 ter 1 CP (se refería al anterior art. 183 bis), también supondrían la captación del menor para elaboración de pornografía infantil. Precisamente por esto el autor ya consideraba que el anterior art. 183 bis iba a resultar difícilmente aplicable, añadiendo a ello que además “el artículo 189.1.a) no hace referencia alguna a actos especiales de ningún tipo, por lo que se prescinde del debate entre actos virtuales, digitales o materiales, así como la finalidad que deben tener los mismos y si deben dirigirse a propiciar el encuentro o a estrechar la relación; de la misma manera, la ausencia de toda referencia a ‘encuentros’ evita la complejidad de determinar qué debe interpretarse por tal, de manera que nada impide que el mismo se verifique en una comunicación mediante videoconferencia a través de la webcam de los equipos de la víctima y delinciente”⁷⁴⁴.

Finalmente Rodríguez Vázquez, defensor de la aplicación del principio de alternatividad concurriendo conductas que puedan incardinarse tanto en el art. 183 ter 1 (realmente se refiere al art. 183 bis) como en el art. 189 1 a), hace referencia a la postura de otros autores como Tamarit Sumalla, Serrano González de Murillo o Lamarca Pérez, quienes indican que mientras en el caso del art. 189.1.a) es necesario que la captación se materialice, el art. 183 ter 1 no exige que el encuentro se llegue a producir. Bajo esta perspectiva defienden que entre ambos artículos existiría una relación de progresión y que siendo más grave, por encontrarse más cercana a la lesión del bien jurídico, la conducta del art. 189.1.a), en base al principio de consunción, se aplicaría este último precepto. Frente a ello Rodríguez Vázquez destaca que esta solución presenta una falta de proporcionalidad, aunque la define como “no insoportable”, entre la pena del acto preparatorio (art. 183 ter 1) y la pena de una tentativa del art. 189.1.a)⁷⁴⁵, apreciación ésta con la que no coincido, como explicaré más adelante.

Por último, Serrano González de Murillo respecto a la modalidad alternativa de conducta del art. 189.1 consistente en la “utilización” de menores en espectáculos exhibicionistas o para tales fines, destaca que a veces esa utilización no se producirá

⁷⁴⁴ VALVERDE MEGÍAS, “*Child grooming*”, p. 19-20.

⁷⁴⁵ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores”, pp. 17-18.

como consecuencia del acercamiento sino con el propio acercamiento (se refería al anterior art. 183 bis), que puede comportar el acopio de material íntimo del menor. En ese caso, dice, no cabe hablar de progresión como en el supuesto de la “captación”, sino de una total coincidencia, puesto que la relación a través de las TIC puede conllevar la demanda de imágenes exhibicionistas o pornográficas, por lo que entiende que la regla del concurso auténtico sería absurda por la plena coincidencia de injustos típicos⁷⁴⁶.

Yo defiendo la existencia de un concurso de leyes que obliga a aplicar, en virtud del principio de consunción, únicamente el art. 189.1.a) y 2.a) CP. Esta postura es coherente con la opción interpretativa que he adoptado respecto al bien jurídico protegido por el art. 183 ter 1, la indemnidad sexual; resultando la lesión de esta más intensa en el caso de las conductas del art. 189, procede la aplicación de este, puesto que en el caso del art. 183 ter 1 solo se pone en peligro aquella. La penalización en concurso de delitos por ambos preceptos requeriría entender que el art. 183 ter protege algo más que el delito que regula la pornografía, que bien podría ser la seguridad de los menores en el uso de las TIC, pero como ya expuse en el apartado correspondiente, no soy partidaria de dicha interpretación.

Debo destacar además, que contrariamente a lo que entiende Rodríguez Vázquez, la aplicación del art. 8.3. CP para resolver el concurso de normas no supone una falta de proporcionalidad ya que, tratándose de sujetos pasivos menores de dieciséis años, deberá penalizarse conforme al número 2 apartado a) del art. 189, que establece una pena de cinco a nueve años, la cual ni siquiera rebajada por la tentativa tiene por qué llegar a ser menor que la correspondiente al art. 183 ter 1.

Otra cuestión compleja que nos presenta el precepto es la delimitación entre la aplicación del art. 183 ter 2 y el art. 189.1.a) y 2.a) en grado de tentativa, entendiendo que procede en este caso optar por el principio de consunción para resolver el concurso de normas que concurre, por lo que se aplicaría siempre el art. 189.1.a) y 2.a). La tentativa absorbería los actos preparatorios, estando comprendido el injusto de estos en aquella.

⁷⁴⁶ Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, “La regla concursal”, pp. 408-409.

Aquí debo retomar la consideración ya expuesta de que la redacción del art. 183 ter 2 incluye entre el material que se solicita a la víctima aquel en el que no aparezca el menor con quien se ha contactado, ni siquiera otro, al emplear el artículo “las” (imágenes pornográficas en las que se represente), que por tanto no se puede entender referido al material.

Puesto que lo anterior parece un error gramatical del legislador, procede enmendarlo acudiendo a una interpretación acorde con las exigencias de la Directiva europea y entendiendo, por tanto, que tanto las imágenes como el material solicitado se deben referir a menores.

Así, el art. 183 ter 2 solo será de aplicación en aquellos casos en los que el menor no envíe el material solicitado por el sujeto activo. En caso de hacerlo, siendo la conducta descrita en el art. 183 ter 2 acto preparatorio de la que se contiene en el art. 189, el principio de consunción del art. 8.3 CP obliga a aplicar éste⁷⁴⁷. Interpretación además menos controvertida aquí, en cuanto la cláusula concursal afecta solo a las conductas del art. 183 ter 1. Si, en cambio, el material contiene imágenes de otro menor, se castigará tanto por el delito del art. 183 ter 2 como por el del art. 189.5 CP, pues con la acción de embaucar se daña la indemnidad sexual del menor que proporciona la pornografía y con la elaboración del material pornográfico la del menor representado en ella⁷⁴⁸.

V.8.6. Exención de responsabilidad penal. Artículo 183 quáter .

La reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo ha introducido dentro del Capítulo II bis del Título VIII, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, un nuevo precepto, el art. 183 quáter, que establece la exclusión de responsabilidad penal por los delitos comprendidos en el citado Capítulo, y es por

⁷⁴⁷ Defiende esta postura RAMOS VÁZQUEZ, “*Grooming y sexting*”, pp. 624-626.

⁷⁴⁸ En este sentido, PILLADO QUINTAS, “El child grooming”, p. 20.

tanto aplicable a los delitos de *grooming* y embaucamiento, para aquellos casos en que se haya contado con el consentimiento libre del menor de dieciséis años y el autor sea una persona de edad y grado de desarrollo y madurez próximos a los de aquel.

Dice el citado artículo 183 quáter CP: “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”.

Dicha cláusula de exención de responsabilidad no se preveía en la primera redacción del Anteproyecto; sin embargo, a consecuencia de las indicaciones del Consejo Fiscal y del Consejo de Estado, tuvo entrada en la segunda versión del mismo.

El Informe de 8 de enero de 2013 del Consejo Fiscal ya recomendaba, teniendo en cuenta que es frecuente que no solo la víctima, sino también el victimario, sean menores de edad, que el tipo exigiera la concurrencia de una mínima diferencia de edad entre uno y otro, pues la antijuridicidad queda difuminada cuando ambos son prácticamente de la misma edad (ej.: cuando quien pide las imágenes tiene catorce años y quien es solicitado tiene cerca de los trece). En este sentido remarcaban que lo que la Directiva impulsaba era la tipificación de esta conducta cuando es cometida por un adulto.

En concreto, el art. 8.1. de la Directiva 2011/93/UE dejaba a criterio de los distintos países la aplicación o no de la pena por comisión de determinados actos sexuales consentidos entre sujetos cuya diferencia de edad y/o madurez no fuera muy elevada, siempre que dichos actos no implicaran abusos. Entre los actos sexuales a los que hacía referencia la Directiva no se encontraba el delito de embaucamiento a

menores por medio de las TIC⁷⁴⁹ pese a lo cual la reforma del CP sí lo ha contemplado para dicho ilícito penal.

También con anterioridad al citado Informe del Consejo Fiscal, la Fiscalía General del Estado ya había destacado la importancia de dicha cláusula. Así, en la Circular 9/2011 se justificaba la necesidad de matizar el ámbito de aplicación de algunos delitos sexuales en función de la efectiva lesión causada al bien jurídico protegido y admitía la posibilidad de tener en cuenta la exención de responsabilidad en el caso de aplicación de la Ley Penal del Menor, en relación con menores responsables penalmente que mantienen relaciones sexuales con otros menores de edad.

En concreto, decía al respecto: “Conviene también recordar que no todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. [...]

En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible. [...]

En relación con los delitos relativos a pornografía infantil, es bastante frecuente que en las operaciones policiales de rastreo sean identificados una pluralidad de internautas, incluyendo a menores de edad, en posesión de material de este tipo.

En el ámbito de la responsabilidad penal de menores, también la comisión de este delito puede presentar unos perfiles singulares que aboguen por una mayor

⁷⁴⁹ La Directiva se refería expresamente a las conductas consistentes en hacer que un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual, presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos y a la consistente en realizar con aquel actos de carácter sexual.

flexibilidad a la hora de articular respuestas sancionadora-educativas. Debe tenerse en cuenta que la curiosidad es inherente a los menores y a su proceso de socialización y maduración, de modo que en determinadas circunstancias, la antijuridicidad y culpabilidad que podrían constatarse con claridad si el autor es un adulto, pueden quedar desdibujadas de ser aquel menor de edad.

De nuevo aquí deben evitarse respuestas estandarizadas, pues los supuestos que se presentan pueden ser muy diversos y merecedores de valoraciones radicalmente distintas. [...]

Estas pautas también son extensibles al nuevo delito de captación de niños y niñas por medio de Internet con fines sexuales (grooming) (art. 183 bis CP) al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)⁷⁵⁰.

Como antes decía, el primer Anteproyecto de reforma no contenía la cláusula de exención de responsabilidad. Con posterioridad se redactó la misma de la siguiente forma: “el consentimiento libre del menor de quince años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez”.

En el Proyecto de reforma, dicha cláusula quedó redactada como sigue: “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 a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez”, redacción que a juicio de varios autores presentaba excesiva indeterminación y, con ello, espacios de inseguridad jurídica⁷⁵¹.

Se entendió que el precepto contenía un error gramatical que suponía la imposibilidad de aplicación de esta cláusula cuando el sujeto pasivo fuera un niño

⁷⁵⁰ Disponible en <https://www.fiscal.es>.

⁷⁵¹ Entre otros, DE LA ROSA CORTINA, “Bien jurídico protegido”, p. 22.

varón, ya que literalmente establecía “cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez”, aunque bien podía interpretarse que el “la” se refería al término “persona”, error que, en todo caso, como hemos visto, quedó subsanado en la redacción definitiva del artículo.

Respecto al recorrido del precepto desde el inicial Anteproyecto hasta su redacción definitiva, resulta interesante la reflexión que Álvarez García realiza sobre las irregularidades de la tramitación del Anteproyecto de Reforma del CP, que afectan al art. 183 quáter. El autor centra su estudio en los delitos de corrupción pública, pero explica que las irregularidades detectadas son predicables también de preceptos como el referido. El problema que analiza surge de que el Anteproyecto de Reforma del CP de 11 de octubre de 2012 que se remitió para la elaboración del preceptivo informe del CGPJ no contenía previsión alguna al respecto y por tanto no fue objeto de informe. Con posterioridad, el 4 de abril de 2013 se remitió al Consejo de Estado el Anteproyecto, que en este caso ya sí recogía el precepto, como paso previo que permitiera su aprobación por el Consejo de Ministros como Proyecto para su remisión como iniciativa legislativa del Gobierno al Congreso de Diputados.

Así, concluye el autor que este vicio de procedimiento, en caso de perpetuarse, como constatamos que ha ocurrido, con la aprobación de una ley con un contenido en algunas materias no sometidas al informe del CGPJ, podría determinar la nulidad de aquella en estos concretos aspectos. Recuerda la jurisprudencia establecida en la STC 181/1988, de 13 de octubre, en que el Pleno del Tribunal Constitucional, por unanimidad, declaró la nulidad del inciso final del párrafo tercero de la Disposición final primera de la Ley 30/1983, de 28 de diciembre, de cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, en cuanto afectaba a los tributos mencionados en el núm. 1 de la Disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía de Cataluña, con el exclusivo argumento de que era una normativa aprobada con un vicio de procedimiento en la iniciativa legislativa del Gobierno⁷⁵².

⁷⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, “Problemas en la tramitación”, pp. 72-75.

En el mismo sentido, refiriéndose al Proyecto de reforma aprobado el 20 de septiembre de 2013, Pérez Cepeda pone de relieve el hecho de que los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial fueron recabados respecto a una versión anterior del Anteproyecto, en el que después se introdujeron algunas modificaciones. Además, tal y como señaló el dictamen del Consejo de Estado, el expediente no incorporaba las alegaciones, propuestas, estudios, informes o documentos aportados por entidades y órganos consultados. También destaca la autora que no se hizo ningún estudio previo de detección de problemas y planteamiento de estrategias, ni los textos fueron sometidos a consulta de la comunidad científica y profesionales, prescindiendo incluso de informes de la Comisión General de Codificación⁷⁵³.

En todo caso, teniendo en cuenta la realidad de que los adolescentes menores de dieciséis años ya se relacionan sexualmente y ante la elevación de la edad de consentimiento en dicho ámbito operada con la última reforma, el art. 183 quáter evitará que se condene por “delitos” sexuales cometidos entre menores de dieciséis años o edades próximas. De no existir esta previsión podríamos encontrar incluso con la penalización de algunos comportamientos sexuales realizados por ambos miembros de una pareja, de modo absolutamente absurdo, en contraposición con el principio de intervención mínima del Derecho Penal y con un equivocado concepto de lo que debe representar la indemnidad sexual.

Además de lo anterior, existiendo la posibilidad de contraer matrimonio a los catorce años, según preveía en su momento el art. 48 CC (hoy ya no), la cláusula de exención era necesaria ante la problemática que plantearía la opción alternativa de aplicación de la eximente genérica de ejercicio legítimo de un derecho⁷⁵⁴.

Esta cláusula ya tiene cabida en otras legislaciones, fundamentalmente en las anglosajonas, en donde se le denomina “*Romeo and Juliet exception*” y en algunos países de la Europa occidental.

⁷⁵³ Vid. PÉREZ CEPEDA, “Justificación”, pp. 25-26.

⁷⁵⁴ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, p. 630.

Haciendo un recorrido por el derecho comparado y siguiendo a Ramos Vázquez, podemos dividir las legislaciones en dos grupos, en función de la solución penológica que dan a las situaciones que tengan encaje en la cláusula.

Así, hay normativas que rebajan la pena, como ocurre en Estados Unidos, y otras que excluyen la responsabilidad penal por vía de eximente.

Dentro de este segundo grupo, algunas legislaciones establecen una diferencia de edad concreta entre los dos sujetos. Por ejemplo, en Texas (diferencia de edad que no supere los cuatro años entre el menor de edad y el autor de los actos sexuales), Italia (establece una diferencia de tres años), Austria (diferencia de tres o cuatro años, en función de la práctica sexual de la que se trate) y Suiza (diferencia de tres años).

Esta solución ofrece gran seguridad jurídica pero quizás podría resultar un tanto rígida al excluirse su aplicación en aquellos casos en los que a pesar de ser la diferencia de edad entre los sujetos mayor que la establecida en la cláusula, su madurez sexual sea semejante. Este problema se evita con regulaciones como la noruega, que permiten la aplicación de la eximente en caso de que exista poca diferencia de edad o bien un similar grado de desarrollo entre los sujetos⁷⁵⁵.

En España, para que opere la cláusula de exención deben concurrir cumulativamente los requisitos de edad y de madurez o desarrollo, lo cual ha sido criticado por cuanto, por un lado, la seguridad jurídica que ofrece el establecimiento de un criterio cronológico (relativa, porque no se fija una edad concreta) se rompe al añadir la necesidad de similar grado de madurez o desarrollo y, por otro lado, haciéndose recaer sobre este último requisito el peso de la eximente, presentará serias dificultades de prueba⁷⁵⁶. Además, impide exonerar a sujetos de similar desarrollo pero no tan próxima edad (piénsese en relaciones de jóvenes de veintidós

⁷⁵⁵ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, pp. 630-631.

⁷⁵⁶ Ampliamente, RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, pp. 633-635.

con otros de casi dieciséis años del mismo grupo de amigos, por ejemplo, que puede entenderse no tienen una edad próxima; o, incluso, en determinados colectivos, de supuestos con mayor diferencia de edad).

El grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia introdujo una enmienda (nº 561) en la que se indicaba la conveniencia de que el precepto contuviera un elemento objetivo para aplicar la cláusula, como el establecimiento de un diferencia máxima de edad entre sujeto activo y pasivo⁷⁵⁷.

Sobre la naturaleza jurídica del art. 183 quáter, cabría entender, como señala Tamarit Sumalla, que se trata de un supuesto de declaración expresa de atipicidad al ser la ausencia de consentimiento un elemento esencial de los delitos de carácter sexual, produciéndose en este caso una excepción, como dice el autor, a la presunción *iuris et de iure* de irrelevancia del consentimiento⁷⁵⁸.

Y en cuanto a su ámbito de aplicación, podemos comprobar que se limita a los delitos comprendidos en el Capítulo referido a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, por tanto, no tendrá cabida en los casos de exhibición obscena ante menores, posesión de pornografía infantil o exhibición de pornografía a menores.

⁷⁵⁷ Dice la enmienda: “[...] se considera positiva la inclusión de la exención de responsabilidad cuando entre autor y víctima no exista diferencia de edad o madurez. Sin embargo, consideramos que la utilización del concepto ‘próximo’ es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación del juez. Por tanto consideramos más adecuado fijar en tiempo concreto el concepto de ‘proximidad’, en este caso, 3 años.

En este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 [*sic.*] conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir ‘la asimetría de edades cuando los casos sexuales con [*sic.*] realizados por menores’. En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la edad del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza.

Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola. Como hemos propuesto la reducción del consentimiento a los 15 años, esta proximidad estaría precisamente en los 18 años. Si se mantiene la previsión del Proyecto de los 16 años, estaría en los 19 años”.

⁷⁵⁸ TAMARIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad”, p. 425.

Critica lógicamente Ramos Vázquez la anterior limitación, por considerar que se producen desajustes normativos derivados de la diferencia entre la edad de consentimiento sexual y la mayoría de edad de los artículos 185, 186 y 189 CP. Como muestra de esa falta de coherencia, expone el autor que el consentimiento de una menor de quince años dado a otro menor de dieciséis podría conllevar los efectos de la eximente en el caso de que mantengan relaciones sexuales, pero no si le exhibe pornografía⁷⁵⁹.

Parece evidente que tampoco se podrá aplicar la cláusula de exención de responsabilidad penal en los supuestos del art. 183.2 CP, para cuya comisión se exige el empleo de violencia o intimidación, del 183 bis, ni en otros casos en los que se empleen dichos medios, como en el supuesto agravado del art. 183 ter 1 que prevé el empleo de coacción, intimidación o engaño o como en el del art. 183 ter 2, que supone un embaucamiento o, lo que es prácticamente similar, engaño.

Podemos así concluir con Ramos Vázquez, que el ámbito de aplicación del art. 183 quáter CP se limita casi en exclusiva al art. 183.1 y en todo caso a algunos supuestos de *grooming*, a pesar de que habría sido más conveniente seguir la opinión contenida en la Circular de Fiscalía⁷⁶⁰. Algunos autores, analizando el Anteproyecto de Ley⁷⁶¹ o el Proyecto de Ley⁷⁶², que en este punto se ha mantenido invariable en la redacción definitiva del precepto, ya criticaron la remisión que este hace a la totalidad del capítulo.

⁷⁵⁹ RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, pp. 631-632.

⁷⁶⁰ RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, p. 632.

⁷⁶¹ Entre otros, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, “Presente y futuro”, p. 219.

⁷⁶² GARCÍA ÁLVAREZ, “La reforma”, pp. 163-164, se pregunta “[...] ¿cómo podría admitirse el consentimiento en casos de actos de carácter sexual mediando violencia e intimidación tratándose de menores de dieciséis años, cuando tal previsión no existe de forma específica para los adultos? No podemos olvidar que la violencia en el contexto sexual no es incompatible con el consentimiento, o dicho de otra forma, puede perfectamente consentirse a una [*sic*] relaciones sexuales violentas, basta pensar en unas relaciones sexuales sadomasoquistas. Conductas estas que numerosos autores han rechazado que puedan ciertamente dar lugar a responsabilidad penal en el contexto de las lesiones, opinión que comparto, pero entiendo siempre que los protagonistas de las mismas sean adultos, no en caso de menores de edad, al igual que tampoco entiendo deba reputarse como válido el consentimiento prestado por menores de dieciséis años a conductas sexuales de carácter violento”.

En relación al delito de *grooming* podemos decir, por tanto, que cabe la condena al sujeto activo menor de edad (mayor de catorce años, para que pueda responder penalmente) que contacta con un menor de dieciséis años vía Internet proponiéndole un encuentro para tener relaciones sexuales con él o para utilizarle para elaboración de material pornográfico o en espectáculos exhibicionistas, aunque ambos tengan la misma edad o edades próximas (incluso el sujeto pasivo puede ser mayor que el sujeto activo), salvo que se demuestre adicionalmente a esta circunstancia que ambos tienen el mismo grado de desarrollo o madurez, concepto jurídico indeterminado que dará lugar a no pocos problemas.

Opina Ramos Vázquez que al encontrarse los términos “desarrollo” y “madurez” separados en la redacción del precepto, ello apunta a que el primero venga referido al aspecto puramente físico⁷⁶³. No obstante, en mi opinión la conjunción disyuntiva utilizada debe ser interpretada como de equivalencia denominativa por lo que deberemos dar el mismo significado a las dos expresiones y ambas en el sentido psicológico del término, entre otras cosas, además de por la propia dicción literal del artículo, porque tampoco alcanzo a comprender qué influencia pueda tener en el delito de *grooming* el distinto desarrollo físico entre ambos sujetos. En su caso, ello deberá ser objeto de prueba en el procedimiento, lo que nos llevará casi inevitablemente a que tanto sujeto activo como pasivo se sometan a exámenes periciales.

En cuanto a la expresión “próxima al menor por edad” resulta indefinida y por tanto tendrá que ser objeto de interpretación por los Tribunales. Sugiere Tamarit Sumalla que deberán tenerse en cuenta los criterios fijados mediante la investigación de la fenomenología del abuso sexual infantil, indicando que algunos estudios establecen como diferencia de edad orientativa a partir de la cual una relación puede ser considerada asimétrica, un mínimo de cinco años⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Interpreta el término en este sentido RAMOS VÁZQUEZ, “El consentimiento”, p. 634.

⁷⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, “Delitos contra la indemnidad”, pp. 425-426.

Cabría plantearse si en caso de que el sujeto activo del delito de *grooming* sea mayor de edad se podrá aplicar la eximente, resultando que en ese supuesto, al ser el sujeto pasivo en todo caso menor de dieciséis años, la diferencia de edad mínima entre ambos será de dos años y un día. La respuesta entiendo que debe ser afirmativa, siempre que se acredite la concurrencia del requisito referido al desarrollo o madurez y atendiendo siempre a la vulneración o no del bien jurídico protegido por el precepto.

Por otro lado, también debemos preguntarnos sobre la posible aplicación de la cláusula de exención de responsabilidad en casos en que los menores intervinientes en la relación tengan, por ejemplo, quince y catorce años. En este punto, considera García Álvarez que hubiera resultado más adecuado dejar fuera de la posibilidad de otorgar consentimiento válido en materia sexual a los menores de determinada edad, por ejemplo, de trece años, ya que la opción contraria (conceder eficacia al consentimiento de todo menor de edad) le resulta excesiva. No comparto dicha opinión puesto que si tenemos en cuenta que en cualquier caso, sean de la edad que sean los menores, se ha de cumplir igualmente con los requisitos exigidos por el art. 183 quater, proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, nunca podríamos encontrar una antijuridicidad merecedora de reproche penal en dicha relación, como digo, cualquiera que sea la edad de los intervinientes. Es más, si limitáramos la edad para otorgar válido consentimiento en el sentido propuesto por el autor, nos encontraríamos con la desproporción que podría suponer que las relaciones sexuales consentidas (o *grooming*) entre dos personas de dieciocho y quince años (siempre que tengan similar grado de desarrollo o madurez) no serían penalizadas y sin embargo sí se condenaría a un menor de quince años que en idénticas condiciones se relaciona con otro menor de doce años.

Finalmente, llama la atención Villacampa Estiarte sobre el hecho de que, a pesar de la preceptividad de la aplicación de la cláusula de exoneración de responsabilidad, la hermenéutica de los conceptos contenidos en la misma es tan abierta que posibilitará que una interpretación restrictiva de paso a la incriminación de conductas de *grooming* cometidas por menores de edad. Como antes se decía, contamos ya, y en esto también insiste la autora, con la limitación de la aplicación de

la cláusula a los casos en los que la víctima preste su consentimiento libre; por tanto, no tendrá cabida cuando el *grooming* se lleve a cabo en contra de la voluntad del menor de dieciséis años o incluso en supuestos en los que, a pesar de no constar expresamente una voluntad contraria, no quepa afirmarse que ha existido un consentimiento libre, lo que a menudo ocurrirá en aquellos casos en los que el sujeto activo haya empleado engaño o abuso de superioridad. Y así, a pesar de la reforma, como ella misma dice, el *grooming* sigue manteniendo un abanico demasiado amplio de posibles sujetos activos del delito⁷⁶⁵.

V.9. Jurisdicción y competencia territorial.

Como ya se ha dicho en este trabajo, la irrupción de la informática en nuestras vidas y, más en concreto, de las tecnologías de la información y comunicación, ha desplazado la importancia que para la comisión del delito representaba la convergencia espacio-temporal del infractor y víctima o el objeto del ataque. Actualmente los delitos informáticos pueden cometerse en lo que De La Cuesta Arzamendi y San Juan Guillén denominan “no-lugares”, refiriéndose expresamente al “ciber-escenario” del crimen⁷⁶⁶.

Así, las comunicaciones a través de Internet y los móviles pueden ser transfronterizas, por lo que la ubicación territorial de las actividades y conexiones a la red del delincuente pueden añadir cierta dificultad a la hora de determinar la competencia territorial o jurisdicción nacional preferente para enjuiciar el delito del art. 183 ter CP, sin que tampoco podamos dejar de tener en cuenta la falta de homogeneidad de regulación penal tanto procesal como sustantiva de dicha figura en las diferentes legislaciones nacionales⁷⁶⁷. Así, afirman Ortega Balanza y Ramírez Romero que a la hora de sancionar y perseguir los delitos contra la indemnidad sexual de los menores perpetrados a través de las TIC la falta de armonización del

⁷⁶⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito*, pp. 207-208.

⁷⁶⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI y SAN JUAN GUILLÉN, “La cibercriminalidad”, p. 57.

⁷⁶⁷ Sobre la problemática que presenta la persecución de delitos relacionados con la informática, sintéticamente, DE LA MATA BARRANCO, “Ilícitos”, pp. 26-28.

derecho sustantivo de cada país, agravado por la lentitud de la cooperación internacional, representa un grave problema⁷⁶⁸.

Por lo que respecta a la cibercriminalidad en general, han sido varios los criterios de competencia territorial defendidos por la doctrina: así, la teoría de la acción, la teoría del resultado y la teoría de la ubicuidad. Esta última ha sido la más ampliamente aceptada a pesar de que no haya recibido refrendo legislativo y es la que aplica la Jurisprudencia. En virtud de ella, el delito se comete tanto en el lugar en el que se desarrolla la acción como en el que se produce el resultado⁷⁶⁹.

Cuando ante un ilícito penal cometido a través de Internet pudieran resultar competentes los Tribunales de diferentes países, se suele atribuir la competencia a los jueces del Estado que ejerciendo su jurisdicción desde la buena fe y respetando los derechos fundamentales del acusado a un juicio justo, presente las mejores condiciones para celebrar el mismo a la vista de diferentes elementos, como las obligaciones convencionales bilaterales o multilaterales entre los países implicados, la naturaleza y gravedad del delito, el principio de territorialidad (lugar de comisión), el principio de personalidad activa (nacionalidad del autor), el principio de personalidad pasiva (nacionalidad de las víctimas), el principio real o de protección de los intereses esenciales del Estado (intereses nacionales afectados), la disponibilidad de las pruebas materiales del delito, la residencia o presencia del acusado, el lugar donde se encuentren los testigos y las víctimas, la prioridad en función de la fecha de inicio de las investigaciones, la coincidencia del idioma oficial del Tribunal y de la mayoría de las pruebas así como la conveniencia de las partes procesales⁷⁷⁰.

Pero no solo la determinación del Estado cuyos Tribunales resultan competentes para el enjuiciamiento del *grooming* presenta dificultad. La peculiaridad del medio a través del que se comete el delito del art. 183 ter CP puede dar lugar a

⁷⁶⁸ ORTEGA BALANZA y RAMÍREZ ROMERO, “Amistades peligrosas”, p. 1.

⁷⁶⁹ Sobre el particular, véase PÉREZ MACHÍO, “Dos problemas (parte I)”, pp. 273-277.

⁷⁷⁰ Así lo explica FLORES PRADA, *Criminalidad Informática*, pp. 321-322, citando a su vez a Velasco Núñez.

que surjan algunas dudas sobre la competencia territorial dentro del Estado, es decir, cuál debe ser el Juzgado territorialmente competente para la instrucción y enjuiciamiento del asunto. La posibilidad de que el contacto se realice a través de distintos ordenadores y de dispositivos móviles que los sujetos portan consigo producirá en muchas ocasiones que el actor y la víctima se encuentren en lugares diferentes, o que los diferentes contactos virtuales se realicen desde varias localizaciones, sin que podamos olvidar tampoco que pueden ser varias las víctimas, situadas en lugares diferentes o incluso varios autores que tampoco han de coincidir en el espacio.

Para resolver esta cuestión deberemos acudir en primer lugar a la regla de la ubicuidad , establecida por Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS el 3 de febrero de 2005, que determina que el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, por lo que el Juez de cualquiera de ellas que haya iniciado actuaciones procesales será el competente para la instrucción de la causa. No obstante, esta norma no soluciona los problemas de competencia en los casos en los que haya más de una víctima o victimario, localizados en diferentes jurisdicciones. En ese caso, habrá de conjugarse la norma de la ubicuidad con lo establecido en el art. 18.1º LECr, en virtud del cual la competencia territorial corresponderá al Juzgado que conozca el delito más gravemente penado.

En definitiva, si el sujeto activo comete varios delitos de *grooming* respecto a varias víctimas y se da la circunstancia de que no todos los sujetos están en la misma localización ni todos los actos en que consiste el delito y/o su resultado tampoco se han llevado a cabo en el mismo lugar, será competente el Juzgado que en primer lugar conozca del asunto, pero si además de los delitos de *grooming* o embaucamiento nos encontramos ante la comisión de otros delitos, como los del art. 183 o 189, acudiendo a lo preceptuado en el art. 18.1º LECr, la competencia corresponderá al Juzgado que conozca el delito más grave, atrayendo hacia él la instrucción de los casos de todas las víctimas.

El TS ya se ha pronunciado sobre la competencia territorial en caso de comisión de un delito de prostitución y corrupción de menores a través de *tuenti* a favor del Juzgado del lugar en el que se realizaron las conexiones desde el ordenador del autor, no admitiendo la inhibición del Juzgado de Instrucción de Pamplona, que entendía que el Juzgado competente era el de la residencia de las víctimas. Así, la STS de 19 de septiembre de 2013 dice: “La cuestión de competencia negativa planteada debe ser resuelta como propugna el Ministerio Fiscal a favor de los Juzgados de Pamplona. No solo porque en Madrid no se produce hecho delictivo alguno (solo es el primero en intervenir) sino singularmente porque es Pamplona donde se producen los hechos objeto de investigación a través de la posesión y facilitación de materiales pornográficos. Todos los elementos del tipo han sido realizados en la localidad de Barañáin, partido judicial de Pamplona, lugar del domicilio del supuesto autor y donde radican las conexiones a Internet a través de las que se produjo la conexión del ordenador con las IP al tiempo de los hechos. Así conforme al art. 14 LECrim. determinado el lugar desde donde se verificó la conexión, Barañáin, es en tal ciudad donde debe entenderse cometido el delito”.

Un supuesto especial se daría en el caso de que sujeto activo y víctima fueran pareja o ex pareja. En ese caso, indica acertadamente Hernández Guerrero, resultará prioritaria la aplicación del criterio competencial establecido en el art. 15 bis de la LECr, correspondiendo la competencia al Juzgado del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección o de medidas urgentes que pudiera adoptar el Juzgado del lugar donde los hechos fueron cometidos⁷⁷¹. Es cierto que este supuesto, hablando del delito del art. 183 ter, será bastante improbable que se produzca en la práctica.

⁷⁷¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, “Las conductas de acoso”, p. 531.

VI. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

1.- La introducción del delito de grooming en la legislación penal española a través de la reforma operada por LO 5/2010 venía motivada, según se establecía en el Preámbulo de la citada Ley, por la obligatoriedad de trasponer la 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 así como por la necesidad de proteger a los menores ante “la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales” contra ellos.

Pues bien, hemos constatado que la regulación penal española en la materia, pese a la anterior afirmación contenida en el Preámbulo de la ley, se llevó a cabo en ausencia de datos criminológicos que avalaran la necesidad de introducción de la figura en el CP. Pero no solo lo anterior, sino que una vez adoptada la decisión de crear el delito, tampoco se tuvieron en cuenta los datos arrojados por los escasos estudios realizados sobre la materia, que indicaban que los menores afectados en mayor medida por las conductas de *grooming* eran aquellos que superaban los trece años, que a la postre, fueron los fijados como sujetos pasivos del delito.

Se puede concluir que, sin género de dudas, la introducción del tipo penal obedeció a razones de política criminal coyuntural, operando de este modo la función simbólica del Derecho Penal ante la preocupación que determinados episodios difundidos a través de los medios de comunicación crearon en la población en general. La opinión pública solicitaba una mayor protección de los menores con incrementos de penas en el ámbito de los delitos sexuales y el legislador se lo concedió actuando al margen de las necesidades reales que se derivaban de los escasos datos criminológicos sobre la prevalencia del *grooming* con que se contaba.

2.- Con posterioridad, nuevamente la necesidad de atender compromisos internacionales ocasionó también la reforma operada en el CP mediante LO 1/2015, a fin de trasponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos

sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. El resultado de ello fue, entre otros, la adición al precepto regulador del *grooming* de un nuevo apartado que contiene una figura delictiva que se viene denominando embaucamiento para obtención de pornografía infantil, además de la elevación de la edad del sujeto pasivo de ambos delitos a los menores de dieciséis años.

Una vez más, al igual que en el caso anterior, el legislador actuó con un automatismo absoluto a la hora de cumplir con las obligaciones procedentes de instancias supranacionales, sin analizar previamente si con la regulación penal existente hasta ese momento las conductas que se pretendía incriminar recibían ya sanción penal.

Debo concluir que, tal y como se ha demostrado en este trabajo, las conductas llevadas a cabo con anterioridad a la introducción de la LO 5/2010 tenían su respuesta punitiva a través de otros delitos ya contemplados en la regulación penal española (tentativa de abuso/agresión sexual, amenazas, coacciones, pornografía infantil, etc.), si bien no cuando solo constituían actos preparatorios. Y lo mismo cabe decir respecto al más reciente delito de embaucamiento, que en realidad constituye los actos preparatorios del delito de captación y utilización de menores para elaboración de pornografía infantil del art. 189 CP, como ya apuntaron tempranamente tanto el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de ley como el CGPJ, que también indicaba que, en cualquier caso, el delito debería introducirse dentro del artículo que regula la pornografía infantil.

Por tanto, la necesidad de cumplir con obligaciones impuestas por Europa no exigía, para penalizar las conductas contempladas en sus instrumentos normativos, la creación de nuevos tipos penales en el CP español.

3.- El bien jurídico protegido por el art. 183 ter CP es la indemnidad sexual, entendiendo que quedan abarcados en la misma la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, citados como objeto de protección en el Preámbulo de la LO 5/2010.

No comparto en absoluto las posturas doctrinales que defienden que el precepto penal incluye no solo la protección de dicha indemnidad sexual sino además la de la infancia o la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC. Si bien en el Preámbulo de la LO 5/2010 se habla de la especial peligrosidad de tales medios, en ningún caso se les eleva a la categoría de bien jurídico protegido y, de hecho, la propia ubicación sistemática del artículo en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a los menores de dieciséis años” dentro del Título VIII CP rubricado “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” avala la interpretación de que es esta última la única protección que se persigue con el delito de *grooming*. Además, si el legislador hubiera pretendido determinar como objeto de protección la seguridad en el uso de las TIC, por coherencia, debería haber creado figuras delictivas semejantes consistentes en acercamientos a menores a través de tales medios con otras finalidades delictuales diferentes a las sexuales.

En definitiva, no estamos ante un delito pluriofensivo, como parte de la doctrina ha venido apuntando.

4.- El delito de *grooming* (art. 183 ter 1) supone la penalización de los actos preparatorios de otros delitos sexuales a los que ha de ir orientado el ánimo subjetivo del autor: en una primera redacción los contenidos en los arts. 178 a 183 y 189 y tras la última reforma del CP, los de los arts. 183 y 189. De este modo se adelanta la barrera punitiva hasta momentos muy anteriores a la iniciación de los actos ejecutivos de los concretos delitos sexuales pretendidos

Así pues, el *grooming* se ha introducido en la legislación penal española como un delito de peligro abstracto bajo la presunción de que los comportamientos penalizados presentan una alta probabilidad de lesión al bien jurídico protegido. Para su consumación no se exige la efectiva puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor sujeto pasivo.

El adelantamiento de la barrera de punición que supone el precepto me parece excesivo desde el momento en que las conductas desplegadas por el sujeto activo en muchas ocasiones no llegan ni siquiera a poner en peligro el bien jurídico protegido

por el precepto, como sucede en los supuestos en los que aquel inicia una relación virtual con un menor de dieciséis años, le propone una cita con intenciones de abusar sexualmente de él y de hecho inicia el recorrido hacia el lugar del encuentro sin llegar al mismo por cualquier motivo, propia voluntad u otro. El autor de dichas conductas habría cometido ya el delito de *grooming* sin que el sujeto pasivo haya llegado a verse perturbado en ninguno de sus ámbitos sexuales ni siquiera del modo más remoto. Bajo mi punto de vista, la regulación resulta peligrosa por extremadamente intervencionista.

5.- El *grooming* se configura como un tipo mixto acumulativo, de tres actos, que además es mutilado de dos actos.

Los elementos objetivos del tipo son los siguientes: Contactar con un menor de dieciséis años a través de Internet o de las TIC; proponerle concertar un encuentro; verificación de actos materiales encaminados al acercamiento. Todo ello debe ir acompañado por el elemento subjetivo del tipo anteriormente referido, la intención de cometer alguno de los delitos contemplados en los arts. 183 o 189 CP.

La redacción que el precepto ha recibido adolece de múltiples defectos que convierten en una labor complicada y sin una solución única el intento de otorgar sentido a todos y cada uno de los elementos del tipo en aras a conseguir la mayor seguridad jurídica posible en la aplicación del mismo. La reforma del CP de 2015 ha remediado de manera parcial y absolutamente insuficiente dichos defectos.

Así, los elementos objetivos del tipo que más dudas interpretativas han generado son la proposición de encuentro, en el sentido de si este puede entenderse también como virtual, y la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.

Respecto al primero de ellos, el hecho de que una de las finalidades a las que puede ir orientado el ánimo subjetivo del autor sea la elaboración de pornografía infantil y que para ello, evidentemente, no sea preciso un encuentro físico, me llevó en un primer momento a entender que el precepto penal abarcaba la posibilidad de

proposición de una cita para un encuentro en la red, interpretación esta que ha sido defendida por gran parte de la doctrina. No obstante, tras la introducción del segundo número del artículo, regulador de la solicitud de pornografía infantil, unido ello a la necesidad que entiendo existe de vincular la propuesta de encuentro con la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento, que sí interpreto como físicos, creo que podría descartarse la acepción virtual de la palabra “encuentro” pues cuando el propósito del autor sea la obtención de pornografía infantil sin pretender encontrarse físicamente con el menor, será aplicable el nuevo número dos que no exige la realización de actos encaminados al acercamiento.

Este último concepto jurídico indeterminado, fruto de una mala técnica legislativa, es otro de los que más dificultades interpretativas presenta, no solo por la necesidad de delimitación de las conductas concretas que puedan integrar los actos a que se refiere el precepto sino también porque resulta imprescindible aclarar si el carácter de “materiales” implica que aquellos se han de desarrollar mas allá del mundo digital.

Por mi parte no comparto la posibilidad apuntada por algunos autores, de considerar que la concreción de un lugar, fecha y hora para la cita propuesta puedan formar parte de dichos actos materiales ya que constituyen precisamente otro elemento del tipo objetivo, la proposición de encuentro. Asimismo, el acercamiento emocional o establecimiento de confianza con el menor a través de los medios tecnológicos o el envío de regalos, propuestos por parte de la doctrina como ejemplo de actos tendentes al acercamiento, creo que también forman parte de las fases anteriores del delito.

Existe escasísima jurisprudencia sobre el tema, pero la Audiencia Provincial de Ourense se ha pronunciado expresamente ligando el controvertido concepto jurídico indeterminado a la constatación de la seriedad de la proposición, descartando proposiciones poco serias y entendiendo que los actos materiales encaminados al acercamiento pueden deducirse del propio contenido de las comunicaciones que el sujeto activo envía al menor.

Discrepo de la anterior interpretación y me decanto por la necesidad de entender el término en sentido físico y dirigido al encuentro con el sujeto pasivo, tanto por el empleo del término “material” en la propia redacción del precepto como porque los actos de acercamiento virtual para conseguir pornografía podrían quedar enmarcados en el ámbito de aplicación del art. 189 en grado de tentativa o incluso en el número dos del art. 183 ter.

Esta interpretación es además congruente con la expresión contenida en el art. 23 del Convenio de Lanzarote, que no utiliza la palabra acercamiento sino que habla de “actos conducentes a dicho encuentro”.

6.- El elemento subjetivo del tipo contenido en el primer número del precepto (“a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189”) configura al *grooming* como un delito de dolo directo, sin que quepa su comisión por imprudencia o dolo eventual.

Además de los problemas de prueba que dicho elemento finalista plantea, considero que determinadas interpretaciones del mismo pueden dar lugar a un exceso de presunción que se aproxima al derecho penal de autor, vetado en nuestra legislación penal, por lo que en la práctica será importante exigir que dichas presunciones se basen en hechos que den seguridad sobre la intención del autor en la comisión del concreto delito investigado en cada caso y no en el tipo de persona ante la que nos encontremos.

Con anterioridad a la reforma introducida en el CP por LO 1/2015 la remisión se refería también a los artículos 178 a 182 CP. No obstante, aquí sí, el legislador parece haber tomado en cuenta las críticas doctrinales que acertadamente había recibido dicha mención para eliminarla del precepto. Entre las críticas referidas se encontraba el hecho de que los sujetos pasivos de los citados ilícitos podían ser mayores que los del delito de *grooming*, con las consiguientes dudas interpretativas que ello generaba.

A pesar de la anterior corrección, sigue manteniéndose la remisión al conjunto del art. 189, sin que todas las conductas contempladas en el mismo tengan encaje lógico en lo que pretenda hacer el sujeto activo del delito de *grooming* por lo que, de *lege ferenda*, sería deseable una restricción de la remisión al apartado 1.a), lógicamente en relación con el 2.a) del art. 189 CP pues de hecho la Directiva 2011/93/UE no exige nada más allá de ello.

7.- El tipo agravado del art. 183 ter 1, que establece la aplicación de la pena en su mitad superior en casos en los que el acercamiento se consiga mediante la utilización de coacción, intimidación o engaño, es también de dudosa interpretación, porque el precepto indica que estos medios han debido ser utilizados para “obtener” el acercamiento, cuando la comisión del delito en ningún caso exige que se haya producido el efectivo encuentro entre sujeto activo y víctima, siendo la interpretación alternativa del mismo como estrechamiento de lazos o afianzamiento de la relación virtual, portadora de gran inseguridad jurídica.

Además de lo anterior, los propios términos empleados generan dudas interpretativas.

Todo ello unido a que, a pesar de que la doctrina mantiene que el *modus operandi* habitual de los autores del *grooming* conlleva la utilización de dichas estrategias, los datos de la jurisprudencia existente hasta el momento contradicen este extremo, hacen conveniente la desaparición del tipo agravado y que la coacción, intimidación o engaño pasen a formar parte del tipo básico.

8.- La desafortunadísima cláusula concursal del número uno del art. 183 ter CP es uno de los elementos más distorsionadores del precepto. El legislador en este punto ha dejado de lado las normas concursales contenidas en la parte general del CP (art. 8) para establecer una excepción carente del más absoluto rigor técnico-jurídico.

Así, la redacción “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos” parece indicar de forma literal y clara que en caso de que el autor

llegue a cometer alguno de los delitos proyectados (183 o 189), se impondrán las penas correspondientes a los mismos junto con la del art. 183 ter 1.

A pesar de lo anterior, soy partidaria de que esa cláusula, fruto de una mala técnica legislativa por penalizar conjuntamente el acto preparatorio junto con el acto finalizado, sea interpretada, como no puede ser de otro modo, conforme a las reglas contenidas en la parte general y aplicar consecuentemente el concurso de normas, dejando solo el concurso de delitos para aquellos casos en los que las conductas desplegadas por el autor hayan afectado a varios menores, sin que respecto a alguno de ellos se haya llegado a cometer el delito del art. 183 o 189 ya sea en grado de consumación ya en grado de tentativa.

En el resto de casos, el concurso de normas debe resolverse atendiendo al art. 8.3. CP por aplicación del principio de consunción debido a que el desvalor de la acción contemplada en el art. 183 ter 1 CP queda totalmente integrado en el de un eventual delito posterior del art. 183 y/o 189. Ello es respetuoso con la necesidad de penalizar solo el delito de resultado cuando este concurre con el de peligro, ambos atentatorios contra el mismo bien jurídico, en este caso la indemnidad sexual. La solución contraria violaría los principios de lesividad y *non bis in idem*.

9.- El nuevo delito introducido a través de la última reforma del CP consistente en intentar embaucar a un menor de dieciséis años a través de las TIC a fin de que este proporcione pornografía en la que se representen menores, constituye en si mismo los actos preparatorios del delito contemplado en el art. 189 CP por lo que a pesar de que la Directiva 2011/93/UE obligaba al Estado español a penalizar dichas conductas, la creación de un tipo específico para ello resultaba absolutamente innecesario.

El bien jurídico protegido por el precepto es la indemnidad sexual y por ello, en concurso con la tentativa del delito de pornografía infantil, debe prevalecer la aplicación de éste último en virtud del principio de consunción, en ausencia en este caso de una cláusula concursal específica.

Considero que en la práctica resultará prácticamente imposible que se produzca una condena por el art. 183 ter 2 por la extrema dificultad que presenta la acreditación de que la intención del contacto que establece el autor con el menor es la de obtener pornografía infantil, salvo que la misma haya sido expresada, momento en el cual ya nos movemos en el ámbito de la tentativa del art. 189 y como he dicho anteriormente, será de aplicación preferente este último precepto.

El vocablo “embaucamiento” empleado por el artículo obliga a entender comprendidas en el tipo solo aquellas solicitudes de material pornográfico que se hayan llevado a cabo mediante engaño. En caso contrario deberá acudirse a penalizar conforme al número uno del artículo, si han existido actos materiales encaminados al acercamiento, o conforme al art. 189 CP. Asimismo, consistiendo la acción típica en realizar actos dirigidos a embaucar, en caso de que efectivamente ese embaucamiento se haya producido y el menor contactado haya remitido las imágenes solicitadas, entrará en juego a partir de ese momento la regulación contenida en el art. 189.

Tampoco en este caso la redacción del precepto ha sido lo suficientemente precisa, de manera que más allá de las propias dudas que genera el empleo del término embaucar, la determinación de lo que el sujeto activo trata de obtener del menor con quien contacta deja paso a posibles interpretaciones que han de ser dejadas de lado por respeto al principio de lesividad. Así ocurre con la posibilidad de que se entienda que el material pornográfico que se solicita pueda ser de personas adultas.

En este punto también se ha excedido el legislador respecto a las exigencias de la Directiva europea, la cual únicamente hablaba de solicitud de imágenes en las que el menor representado fuera aquel con quien se había contactado, a pesar de lo cual el art. 183 ter 2 menciona imágenes pornográficas en las que aparezca “un menor” por lo que, en caso de mantenerse el precepto, de *lege ferenda* convendría delimitar este concepto en el sentido expresado de que el sujeto activo se sirva del menor con quien ha contactado para autoproducir pornografía infantil.

10.- En el caso de los dos números del artículo el sujeto pasivo son los menores de dieciséis años, en coherencia con la elevación de la edad necesaria para otorgar válido consentimiento en materia sexual llevada a cabo mediante LO 1/2015.

Una vez de que se ha optado por mantener la figura en el CP tras la reforma, la elevación de la edad del sujeto pasivo puede resultar positiva teniendo en cuenta que, como ya he expuesto, la prevalencia de los casos de *grooming*, si bien sigue siendo escasa, sí parece producirse en mayor medida en menores mayores de trece años.

Sin embargo, no se ha aprovechado la reforma para incluir entre los sujetos pasivos del delito a las personas con discapacidad, omisión esta que la gran mayoría de la doctrina venía poniendo de relieve acertadamente, a pesar de que ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva europea obligaban a la consideración de dichas personas como víctimas del delito.

En cuanto al sujeto activo, los menores pueden serlo, lógicamente, aquéllos de al menos catorce años. En este punto rebasa nuevamente la legislación española los límites de exigencia que a este respecto recogen el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE y además no coherente esta previsión con los términos empleados por el propio Preámbulo de la LO 5/2010, introductora del *grooming* en la legislación española, cuando hablaba de la necesidad de penalización de “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”.

11.- Al menos, la introducción con la reforma del nuevo art. 183 quáter, que implica la posibilidad de exención de responsabilidad en los casos de proximidad de edad y grado de desarrollo o madurez entre el sujeto activo y la víctima cuando esta consienta libremente, podrá evitar condenas por delitos contenidos en el art. 183 ter que no suponen si siquiera la más remota puesta en peligro de la indemnidad sexual. No obstante, la falta de previsión de posibilidad de aplicar ese precepto al delito de pornografía infantil resulta totalmente inadecuada pues permitirá que incluso

conductas de envío de imágenes entre miembros de una pareja de adolescentes puedan ser incardinadas en el tipo del art. 189 CP.

La incoherencia llega al extremo de que en el supuesto de que la conducta del autor quede en la fase de actos preparatorios para obtención de pornografía infantil, resultaría de aplicación la exención de responsabilidad en base al art. 183 quáter lo que no sería posible si la conducta pasa a la fase de tentativa del delito. Como ya he dicho, será muy difícil que se dicten condenas por el art. 183 ter 2 pero ello no elimina la incoherencia interna del sistema.

De lege ferenda sería conveniente la ampliación de la cláusula de exención de responsabilidad a los delitos de pornografía infantil a fin de evitar la condena por conductas que en modo alguno lesionan ni ponen en peligro la indemnidad sexual.

12.- Otro de los aspectos que más llama la atención de la regulación recibida por el *grooming* es que esta se haya limitado a penalizar dicho fenómeno exclusivamente cuando este se lleva a cabo a través de las TIC y ello a pesar de que desde la doctrina se alzan voces que indican que el ámbito en el que más se producen ese tipo de conductas es el entorno familiar o social de los menores. Teniendo ello en cuenta, y también la posibilidad de que las tecnologías de la información y la comunicación, efectivamente, presenten una mayor peligrosidad en cuanto que permiten el acceso simultáneo a potenciales víctimas, además del anonimato que proporcionan, se podría plantear la posibilidad de contemplar la utilización de los medios tecnológicos como una circunstancia agravante de cada uno de los ilícitos penales cometidos a través de ellos, con lo cual se conseguiría un tratamiento homogéneo para aquellos supuestos en los que la finalidad del sujeto activo sea la comisión de otros delitos más allá de los que protegen la indemnidad sexual.

13.- Más de cinco años después de la introducción de la figura del *grooming* en la legislación española contamos con poquísimas resoluciones judiciales que hayan aplicado el artículo, posiblemente por dos motivos fundamentales: las claras deficiencias técnicas que presenta su redacción y la realidad de una prevalencia del fenómeno mucho menor de la que se ha pretendido hacer ver que existe.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACPI	Acción contra la pornografía infantil
AP	Anteproyecto
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
AA.VV.	Autores varios
AP	Audiencia Provincial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCRC	<i>Crimes Against Children Research Center</i>
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DHPC	<i>Dynamic Host Configuration Protocol</i> (Protocolo de configuración dinámica de host)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EDJ	El Derecho – Base de datos de Jurisprudencia y Legislación
EEUU	Estados Unidos
ESO	Educación Secundaria Obligatoria
<i>Et al.</i>	Y otros
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
IMEI	<i>International Mobile Station Equipment Identity</i> (Identidad internacional de equipo móvil)
IMSI	<i>International Mobile Subscriber Identity</i> (Identidad internacional del abonado a un móvil)
INE	Instituto Nacional de Estadística
INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación
IP	<i>Internet Protocol</i> (Protocolo de Internet)
LECr./LECrIm.	Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información
Nº	Número
<i>Op. Cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (obra citada)
p./pp.	Página/páginas
p.e.	Por ejemplo
pfo.	Párrafo
RAE	Real Academia Española
Rec.	Recurso
s./ss.	Siguiente/siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sec.	Sección
SMS	<i>Short Message Sistem</i> (Servicio de mensajes cortos)
St.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIC	Tecnologías de la Información y la Comunicación
Vid.	Véase
VoIP	<i>Voice over Internet Protocol</i> (Voz sobre Protocolo de Internet)
Vol.	Volumen

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS ANALIZADAS⁷⁷²

- **SAP Cádiz, sec. 4ª, de 14 de mayo de 2012 (EDJ 2012/267364).**
 - *Concurso real de delitos: grooming y abuso sexual.*

- **Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013 (EDJ2013/293626).**
 - *Elementos del tipo (art. 183 bis CP).*
 - *Error de tipo – edad del sujeto pasivo.*
 - *Delito continuado.*

- **SAP Lleida, sec. 1ª, de 2 de julio de 2013 (EDJ2013/207425).**
 - *Captación del menor al margen de las TIC.*

- **SAP Barcelona, sec. 6ª, de 19 de julio de 2013 (EDJ 2013/200536).**
 - *¿Necesidad de que se produzca el encuentro?.*
 - *Actos materiales encaminados al acercamiento.*
 - *Error de tipo – edad del sujeto pasivo.*
 - *Tipo cualificado por empleo de engaño.*
 - *Concurso real de delitos: grooming y abuso sexual.*
 - *Carácter no pornográfico de las imágenes.*

- **SAP Sevilla, sec. 1ª, de 3 de octubre de 2013 (EDJ 2013/244911).**
 - *Análisis de la cláusula concursal del art. 183 bis CP.*

- **SAP Ourense, sec. 2ª, sec. 3ª, de 4 de octubre de 2013 (EDJ 2013/194062) confirmatoria de la sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo de 2013 (EDJ2013/293626).**
 - *¿Necesidad de aceptación de la propuesta de encuentro?.*
 - *Verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.*

⁷⁷² En este apéndice se hace solo mención de las sentencias citadas a lo largo del trabajo que hacen referencia expresa al delito del anterior art. 183 bis.

- *Error de tipo respecto a la edad del sujeto pasivo.*

- **SAP Valencia, sec. 3ª, de 24 de octubre de 2013 (EDJ 2013/257407).**
 - *Error de tipo - edad del sujeto pasivo.*

- **SAP Cádiz, sec. 8ª, de 30 de mayo de 2014.**
 - *Concurso con corrupción y prostitución de menores (art. 187 CP).*
 - *Error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo.*
 - *Derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones, acceso a contenidos del ordenador y obtención de contraseñas.*

- **SAP Barcelona, sec. 7ª, de 22 de diciembre de 2014 (EDJ 2014/302088).**
 - *Bien jurídico protegido.*
 - *Análisis de los elementos típicos del art. 183 bis CP.*
 - *Error de tipo - edad del sujeto pasivo.*
 - *Absolución de tentativa de art. 183.1 y art. 187.2 CP.*

- **STS, Sala Segunda, de 24 de febrero de 2015 (EDJ 2015/26815).**
 - *Bien jurídico protegido*
 - *Análisis de los elementos del tipo.*
 - *Concurso con corrupción y prostitución de menores (art. 187 CP).*
 - *Error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo.*
 - *Derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones, acceso a contenidos del ordenador y obtención de contraseñas.*

- **SAP Castellón, sec. 1ª, de 31 de marzo de 2015 (EDJ 2015/64694).**
 - *Diferencia entre delito de grooming del art. 183 bis CP y delito de corrupción de menores del art. 187.1 CP.*

- **SAP Jaén, sec. 2ª, de 11 de mayo de 2015 (EDJ 2015/112270).**
 - *Análisis de los elementos típicos del art. 183 bis CP (referencia a la STS de 24-02-2015).*
 - *Concurso real de delitos: grooming y abuso sexual.*

- **SAP Barcelona, sec. 8ª, de 23 de junio de 2015 (EDJ 2015/128042).**
 - *Concurso delito de grooming con delito de amenazas.*

- **SAP Albacete, sec. 1ª, de 22 de septiembre de 2015 (EDJ 2015/170490).**
 - *Concurso real de delitos: grooming y abuso sexual.*
 - *Análisis de los elementos típicos del art. 183 bis CP (referencia a la STS de 24-02-2015).*

- **STS, Sala segunda, de 22 de septiembre de 2015 (confirmatoria de la SAP Barcelona, de 22 de diciembre de 2014) (EDJ 2015/182159).**
 - *Bien jurídico protegido.*
 - *Análisis de los elementos típicos del art. 183 bis CP (referencia a la STS de 24-02-2015).*
 - *Error de tipo - edad del sujeto pasivo.*
 - *Absolución de tentativa de art. 183.1 y art. 187.2 CP.*

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo, “El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código penal argentino”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 2, 2014, pp. 151-159.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores”, en *Géneros extremos/extremos genéricos: la política cultural del discurso pornográfico*, Vélez Núñez, Rafael (coord.), Edit. Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, pp. 41-80.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “La arquitectura digital de Internet como factor criminógeno: estrategias de prevención frente a la delincuencia virtual”, en *International e-journal of criminal sciences*, nº 3, 2009, en <http://dialnet.unirioja.es>.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “Deconstruyendo la política criminal en materia de pornografía infantil. A propósito de la obra de Suzanne Ost, *Child Pornography and Sexual Grooming* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009)”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 8, 2010, en <http://www.criminologia.net>.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón, “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el *Sexting*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 12, 2010, en <http://criminet.ugr.es>.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “Derecho a la intimidad, investigación policial y acceso a un ordenador personal (Comentario a la STC 173/2011, de 7 de noviembre)”, en *La Ley penal*, nº 92, 2012, pp. 77-83.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Problemas en la tramitación del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012”, en *Revista del Instituto*

Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV, nº 9, 2013, pp. 72-75.

ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor, “La tutela de los derechos fundamentales del menor ante el *ciberbullying* y el *grooming*”, en https://extension.uned.es/archivos_publicos/webex_actividades/5203/conferenciaha.pdf.

ÁLVAREZ HERNANDO, Javier, “El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal”, en www.icava.org/secciones/aaj/articulo3.pdf.

ANARTE BORRALLA, Enrique y DOVAL PAIS, Antonio, “Límites de la ley penal a propósito del nuevo delito de intrusión informática”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 18, 2012, en <http://www.iustel.com>.

ANTÓN PRIETO, José Ignacio; CALDERÓN, Pedro (ÁGORA ESTUDIOS DE MERCADO, S.L.); PÉREZ ÁLVAREZ, Encarna y PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando, (dir.), “Informe sobre las percepciones de seguridad e inseguridad derivadas del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)”, en *Estudios de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº 1, 2011 (actualizado, 2012), en <http://dialnet.unirioja.es>.

ARISTIMUÑO, Julián, “Corrupción de menores a través de Internet. El delito de Grooming. ¿Es necesaria su incorporación al Código Penal argentino?”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, en www.pensamientopenal.com.ar.

ARIZA COLMENAREJO, M^a Jesús, “Especialización y justificación policial ante el juez de las diligencias de investigación en el ámbito de la ciberdelincuencia”, en *FODERTICS II: Hacia una justicia 2.0. Estudios sobre derecho y nuevas tecnologías*, Bueno De Mata, Federico (coord.), pp. 95-105, Ratio legis, Salamanca, 2014, pp. 95-105.

ARRESE ALEXANDRE, Patxi, “Amenazas y coacciones en Internet”, 2010, en www.cej-mjusticia.es.

BARRERA IBÁÑEZ, Silvia, “Investigación criminal de los delitos cometidos contra menores como usuarios de Internet”, en *Menores e Internet*, Pérez Álvarez, Salvador; Burquera Ameabe, Leyre y Paul Larrañaga, Kepa (dirs.), Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 407-433.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Los delitos cometidos en Internet. Marco comparado, internacional y derecho español tras la reforma penal de 2010”, en *La Ley Penal*, nº 86, 2011, en www.laley.es.

BENAVIDEZ, Jorge, “De cómo el Grooming se hizo delito. Informe especial del trámite en el Congreso”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2013, en www.pensamientopenal.com.ar.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “La reforma 5/2010 y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Ciberacoso sexual. Análisis jurisprudencial”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 40, 2012, en <http://www.poderjudicial.es>.

BERMÚDEZ GONZÁLEZ, Jorge Armando, “La reforma del Código Penal. Nuevas modalidades de delitos informáticos”, 2010, en *Centro de Estudios Jurídicos*, en www.cej-mjusticia.es.

BERMÚDEZ GONZÁLEZ, Jorge Armando, “Los delitos informáticos en el Código Penal; una panorámica desde 1995, con especial atención a la última reforma de 2010”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2011, en www.cej-mjusticia.es.

BOIX REIG, Javier, *Derecho Penal: Parte especial – Volumen I – La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código Penal)*, Iustel. Portal Derecho, S.A., Madrid, 2010.

BRINGUÉ SALA, Xavier y SÁDABA CHALEZQUER, Charo, “Menores y Redes Sociales”, en *Colección Generaciones Interactivas*. Fundación Telefónica, 2011, en <https://issuu.com/generacionesinteractivas>.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Una aproximación al delito de *grooming* en el derecho penal argentino”, en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/08122014/dp-grooming.pdf.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos sexuales”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de Junio, y 3/2011, de 28 de Enero*, Díaz-Maroto Villarejo, Julio (dir.), Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 367-382.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal*, nº 80, 2011, pp. 1-18, en www.laley.es.

CASADO CABALLERO, Vanessa, “Violencia de género y nuevas tecnologías”, 2012, en www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias/Vanessa-Casado.pdf.

CHASCO, Martín Federico, “El ‘grooming’ y su inclusión al Código Penal argentino”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 4, 2014, pp. 167-176.

CUERDA ARNAU, M^a Luisa, “La expansión del Derecho penal versus la eficacia del modelo de justicia”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 29, 2013, en <http://www.poderjudicial.es>.

CUETO, Mauricio, “Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal”, en *Revista de derecho penal y Criminología*, nº 2, 2014, pp. 44-48.

CUGAT MAURI, Miriam, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2.010*, Álvarez García, Francisco Javier y González Cussac, José Luis (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.

CUGAT MAURI, Miriam, “La reforma penal: la trata de seres humanos, delitos contra la libertad sexual e integridad moral y el delito de acoso laboral”, en *Cuadernos digitales de formación*, nº 56, 2010, en <http://www.poderjudicial.es>.

CUGAT MAURI, Miriam, “La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso”, en *La Ley Penal*, nº 107, 2014, en www.laley.es.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y MAYORDOMO RODRIGO, Virginia, “Acoso y Derecho Penal”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 25, 2011, pp. 21-48.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y SAN JUAN GUILLÉN, Cesar, “La cibercriminalidad: Interés y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad”, en *Derecho Penal Informático*, De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto Javier (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 57-78.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, en *Derecho Penal Informático*, De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto Javier (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 15-30.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Algunas cuestiones sobre los delitos de pornografía infantil cometidos a través de la red. Enjuiciamiento. Impacto de la Directiva de 2011”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2012, en www.cej-mjusticia.es.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2013, en www.cej-mjusticia.es.

DE LEMUS VARA, Francisco Javier, “El delito de *child grooming* tras la modificación operada en el artículo 183 *ter* del Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2015” en *Diario La Ley*, nº 8604, 2015, en www.laley.es.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, “Derechos fundamentales afectados en el acceso al contenido de dispositivos electrónicos para la investigación de delitos”, en *Cátedra Udima - ANTPJI. Seguridad informática forense y delitos informáticos*, 2013, en http://www.antpji.com/antpji2013/derechosfundamentales_.pdf.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La prueba electrónica en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, nº 8167, 2013, en www.laley.es.

DÍAZ CAPPA, José, “Confidencialidad, secreto de las comunicaciones e intimidad en el ámbito de los delitos informáticos”, en *Diario La Ley*, nº 7666, 2011, en www.laley.es.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores)”, en *Cuaderno Red de Cátedras Telefónica*, nº 2, 2011, en <http://catedraseguridad.usal.es/node/11>.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “El denominado ‘child grooming’ del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2138, 2012, pp. 2-24.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “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.”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2012, pp. 289-318.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores nº 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013). Pronunciamientos sobre el delito denominado ‘child grooming’”, en *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, nº 1, 2014, pp. 351-354.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Una nueva modalidad del denominado ‘child grooming’: análisis en el proyecto de reforma”, 2014, en www.legaltoday.com.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, “Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”, en *Tratamiento integral del acoso*, Caballero Pérez, María José (coord.); García Valverde, María Dolores; Rivas Vallejo, M^a Pilar (dir.) y Tomás Jiménez, Natalia, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 505-536.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, nº 7534, 2010, en www.laley.es.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming: entre los delitos de pederastia”, en *Diario La Ley*, nº 7575, 2011, en www.laley.es.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El nuevo delito de *child grooming*. Perspectiva doctrinal y problemas interpretativos”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, en www.cej-mjusticia.es, 2012.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El nuevo delito de *child grooming*”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2012, en www.cej-mjusticia.es.

ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier, *Todo Penal*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Emilio Manuel, “Los problemas prácticos en la persecución de los delitos relativos a la pornografía infantil”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2010, en www.cej-mjusticia.es.

FERNÁNDEZ RODICIO, Clara Isabel, “El acoso telemático en menores: ciberacoso y grooming”, en *Psicología Social-Comunitaria. Revista de psicología científica.com*, 2011, en <http://www.psicologiacientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e Internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, en *Delitos sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policial*, Lameiras Fernández, María y Orts Berenguer, Enrique (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 185-202.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús, “La tutela penal del menor frente a las nuevas tecnologías de la información tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal”, en *Los derechos de la personalidad de los menores y las Nuevas Tecnologías*, Jordá Capitán, Eva (coord.); De Priego Fernández, Verónica (coord.); Messía de la Cerda Ballesteros (coord.); Flores Rodríguez, Jesús (coord.), El Derecho Grupo Editorial, 2012, pp. 161-178.

FRAGO AMADA, Juan Antonio, “El delito de grooming”, 2012, en <http://www.legaltoday.com>.

GALLEGO SOLER, José Ignacio, “Artículo 183 bis”, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Mir Puig, Santiago (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 439-440.

GARCÍA ALBERO, Ramón, “TC y PC”, en *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, De Urbano Castrillo y otros, Eduardo, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 147-149.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 20, 2013, en <http://www.iustel.com>.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, “La reforma de los Capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013”, en *Análisis de las reformas penales*, Muñoz Conde, Francisco (dir.), Del Carpio Delgado, Juana (coord.) y Galán Muñoz, Alfonso (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 141-189.

GARIBALDI, Gustavo E.L., “Aspectos dogmáticos del *grooming* legislado en Argentina”, 2015, en www.infojus.gob.ar.

GARMENDIA LARRAÑAGA, Maialen; GARITAONANDIA, Carmelo; MARTÍNEZ, Gemma; CASADO, Miguel Ángel, “Riesgos y seguridad en Internet: los menores españoles en el contexto europeo. Resultados de la encuesta de EU Kids Online a menores entre 9 y 16 años y a sus padres y madres”, Marzo 2011, en <http://www.ehu.es/es/web/eukidsonline>.

GARMENDIA, Maialen; CASADO, Miguel Ángel y JIMÉNEZ, Estefanía, “Oportunidades y riesgos en Internet para los menores en Europa: la red EU Kids Online”, en *Comunicación, infancia y juventud: situación e investigación en España*, García Jiménez, Antonio (ed.), Editorial UOC (Universitat Oberta de Catalunya), Barcelona, 2012, pp.57-75.

GIL ANTÓN, Ana María, “El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 10, 2012, pp. 209-255.

GIL BARBERÀ, María, “*El nou article 183 bis del Codi Penal*”, en *Lo Canyeret*, nº 75, 2012, pp. 12-29.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Estrategias legales frente a las ciberamenazas”, en *Cuadernos de estrategia*, nº 149, 2011, pp. 83-127.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis, “Reflexiones sobre el proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 17, 2015, en criminet.ugr.es.

GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, pp. 207-258, en www.usc.es.

GONZALO DE LLANO, Ignacio Racca, “Child grooming: análisis crítico de un pecado moderno”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 6, 2014, pp. 135-150.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 842, 2012.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, “El tratamiento de los delitos sexuales en la nueva reforma del Código Penal: especial referencia a la libertad vigilada”, en *Diario La Ley*, nº 7909, 2012, en www.laley.es.

HERNÁN MOYANO, Pedro, “Grooming: comentario a la incorporación del artículo 131 al Código Penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2014, en www.pensamientopenal.com.ar.

HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “Aproximación a un concepto de derecho penal informático”, en *Derecho Penal Informático*, De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto Javier (coord.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 31-54.

HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J., “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones”, en *Derecho y Redes Sociales*, Rallo Lombarte, Artemi y Martínez Martínez, Ricard (edits.), Civitas-Thomson Reuters-Aranzadi, S.A., Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 485-534.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos, “El nuevo delito de *online child grooming* (Art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Gómez Martín, Víctor (coord.); Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Marcial Pons, 2012, pp. 425-448.

INOSTROZA DÍAZ, Félix, MAFFIOLETTI CELEDÓN y Francisco, CAR SILVA, Macarena, “¿Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, nº 35, 2008, pp. 215-233.

JUDEL PRIETO, Ángel, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (coord.), *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Lamarca Pérez, Carmen (coord.); Alonso de Escamilla, Avelina; Mestre Delgado, Esteban y Rodríguez Núñez, Alicia, Colex, Madrid 2013, pp. 177-208.

LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral”, en *La Ley Penal*, nº 105, 2013, en www.laley.es.

MAGRO SERVET, Vicente, “El ‘grooming’ o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *Diario La Ley*, nº 7492, 2010, en www.laley.es.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La Reforma del Código Penal de 2015 conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El fenómeno del acoso a menores ‘grooming’ desde la perspectiva del Derecho penal español”, en *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Martínez González, M^a Isabel (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 127-168.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

MIRÓ LLINARES, Fernando, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13, 2011, en <http://criminet.ugr.es>.

MIRÓ LLINARES, Fernando, “Notas críticas sobre el Art. 183 ter CP en el Anteproyecto de reforma de 2012”, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Dopico Gómez-Aller, Jacobo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 676-692.

MIRÓ LLINARES, Fernando, MORÓN LERMA, Esther y RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Child Grooming: art. 183 ter CP”, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Dopico Gómez-Aller, Jacobo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 669-675.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, nº 15, 2010, pp. 85-103.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de treces años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch Penal, Barcelona, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, “El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29. Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español”, en <http://www.protectingvictims.eu>.

MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, “Victimización infantil sexual *online*: *online grooming*, ciber-abuso y ciber-acoso sexual, en *Delitos sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policial*, Lameiras Fernández, María y Orts Berenguer, Enrique (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 203- 224.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, en *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, De Urbano Castrillo, Eduardo y otros, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 129-139.

MUÑOZ CUESTA, Javier y RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, Eduardo, *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “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 del Código penal de 2010 y 2013”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, pp. 179-224.

ORTEGA BALANZA, Marta y RAMÍREZ ROMERO, Luis, “Amistades peligrosas: el delito de child grooming”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 217-218, 2014, en www.revistaiuris.com.

ORTS BERENGUER, Enrique y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Orts Berenguer, Enrique; Vives Antón, Tomás Salvador; Carbonell Mateu, Juan Carlos; González Cussac, José Luis y Martínez Buján Pérez, Carlos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTS BERENGUER, Enrique, “Abusos sexuales, exhibicionismo y corrupción de menores en el Código Penal y en el Proyecto de 2013”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2013, en www.cej-mjusticia.es.

PANIZO GALENCE, Victoriano, “El ciber-acoso con intención sexual y el child grooming”, en *Quadernos de criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, nº 15, 2011, pp. 22-33.

PARDO ALBIACH, Juan, “Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, García González, Javier y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 51-83.

PEREDA BELTRÁN, Noemí, ABAD GIL, Judit y GUILERA, Georgina “Victimización de menores a través de Internet: descripción y características de las

víctimas del online grooming”, en *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y comunicación en las modernas ciencias penales: memorias II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores de Ciencias Penales*, Pérez Álvarez, Fernando (ed. lit.), Díaz Cortés, Lina Mariola (coord.), Universidad de Salamanca, 2011, pp. 91-105.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Justificación y claves político-criminales del proyecto de reforma del Código Penal de 2013”, en *Ars Iuris Salamanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho, ciencia política y criminología*, Vol. 2, nº 1, 2014, pp. 25-35.

PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en *Diario La Ley*, nº 7915, 2012, en www.laley.es.

PÉREZ FERRER, Fátima, “Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España”, 2012, en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/16229> 1.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, “Dos problemas particulares de cara a la persecución de los delitos informáticos (parte I)”, en *Tiempos de cautela y amparo*, De Urbano Castrillo, Eduardo y otros, Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 273-277.

PESCLEVI, Sandra María, “Grooming: una figura a modificar en el Código Penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2015, en www.pensamientopenal.com.ar.

PICOTTI, Lorenzo, “Los derechos fundamentales en el uso y abuso de las redes sociales en Italia: aspectos penales (II)”, en *Revista de Internet, derecho y política*, nº 17, 2013, pp. 63-76, en <http://idp.uoc.edu>.

PIFARRÉ DE MONER, María José, “Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito”, en *Revista de Internet, derecho y política*, nº 16, 2013, pp. 40-43, en <http://idp.uoc.edu>.

PILLADO QUINTAS, Víctor, “ El child grooming en la reforma del Código Penal”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2015, en www.cej-mjusticia.es.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 264-267.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, sexo y derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, en *Diario La Ley*, nº 7746, 2011 , pp. 1-17.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, 2012, pp. 195-227.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Grooming y sexting: Artículo 183 ter CP”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, González Cussac, José Luis (dir.); Górriz Royo, Elena (coord.) y Matallín Evangelio, Ángela (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 621-627.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “ El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, González Cussac, José Luis (dir.); Górriz Royo, Elena (coord.) y Matallín Evangelio, Ángela (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 629-636.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Ciberacoso”, en *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 435-446.

RIQUERT, Marcelo A., “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)", en www.pensamientopenal.com.ar.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Análisis del espectro electromagnético de señales inalámbricas: rastreo de dispositivos Wi-Fi”, en *Diario La Ley*, nº 8588, 2015, en www.laley.es.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 5 de diciembre de 2014”, en *Diario La Ley*, nº 8465, 2015, en www.laley.es.

RODRÍGUEZ MESA, María José, “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su trasposición en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal”, en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 32, 2013, pp. 227-267.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “Protección penal de los derechos fundamentales de los menores usuarios de Internet”, en *Menores e Internet*, Pérez Álvarez, Salvador, Burquera Meabe, Leyre y Paul Larrañaga, Kepa (dirs.), Aranzadi, S.A., Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 367-406.

RODRÍGUEZ PUERTA, María José, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores: Arts. 182, 183, 183 bis y 183 ter CP”, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*, Álvarez García, Francisco Javier (dir.) y Dopico Gómez-Aller, Jacobo (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 639-650.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (dir.) y RODRÍGUEZ-RAMOS LADAIRA (coord.), *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley (Las Rozas) Madrid, 2015.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 16, en <http://criminet.ugr.es>.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, “Delincuencia sexual: reforma y ejecución penal”, en *ReCRIM: Revista del Instituto Universitario de Investigación de Criminología y Ciencias Penales de la UV*, nº 9, 2013, pp. 24-54.

[ROPERO CARRASCO, Julia, “Los delitos de pornografía infantil y de ciberacoso tras las últimas reformas del Código Penal”, en *La protección y seguridad de la persona en Internet*, Jordá Capitán, Eva \(coord.\); De Priego Fernández, Verónica \(coord.\), Sábada Chalezquer, Charo \(coord.\), Reus, Madrid, 2014, pp. 123-157.](#)

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, “Nuevas formas de ciberdelincuencia intrusiva: el hacking y el grooming”, en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 160, 2011, pp. 36-44.

ROVIRA DEL CANTO, Enrique, “Ciberdelincuencia intrusiva: hacking y grooming” (Manuscrito original), *1ª Jornada TIC sobre ciberdelincuencia*, Barcelona, noviembre 2013.

RUBIO ALAMILLO, Javier, “La informática en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en *Diario La Ley*, nº 8662, 2015, en www.laley.es.

RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Acoso sexual de menores por Internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles” en *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad*,

la integridad y la libertad sexual en Internet, García González, Javier y otros, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 141-182.

SAIZ GARITAONANDIA, A., “Algunas notas sobre el secreto de las comunicaciones personales y la posible intervención de las mismas”, en *Derecho Penal Informático*, De La Cuesta Arzamendi, José Luis (dir.) y De La Mata Barranco, Norberto Javier (coord.), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 281-304.

SALOM CLOTET, Juan, “La investigación informática y su problemática”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2010, en www.cej-mjusticia.es.

SALVADORI, Iván, “Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el derecho penal europeo comparado”, en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Gómez Martín, Víctor (coord.), Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), Marcial Pons, 2012, pp. 449-463.

SCHEECHLER CORONA, Christian, “El childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la ley nº 20.526”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2012, en www.pensamientopenal.com.ar.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2010, pp. 387-411.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Thomson Reuterse-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp.165-172.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentario a los delitos sexuales de los arts. 178, 180 a 183 bis CP*, 2010, en www.aranzadidigital.es.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I*, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.); Morales Prats, Fermín (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 1179-1187.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Delitos contra la indemnidad sexual de menores”, *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 421-433.

TEJADA DE LA FUENTE, Elvira, “Problemas generales en la investigación de la criminalidad informática”, 2012, en *Centro de Estudios Jurídicos*, en www.cej-mjusticia.es.

URIARTE VALIENTE, Luis María, “Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas”, en *Diario La Ley*, nº 7372, 2010, en www.laley.es.

URIARTE VALIENTE, Luis María, “La reforma del Código Penal llevada a cabo por LO 5/2010. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y tráfico ilegal de órganos”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2011, en www.cej-mjusticia.es.

URIARTE VALIENTE, Luis María, “Pornografía infantil: regulación actual y perspectivas de futuro”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2013, en www.cej-mjusticia.es.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma, “Penas y medidas de seguridad en los delitos sexuales contra menores”, en *Delitos sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policial*, Lameiras Fernández, María y Orts Berenguer, Enrique (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 381–407.

VALLÉS CAUSADA, Luis M., “Una mirada a la modificación de la LECrim en materia de intervención de las comunicaciones”, en *Actualidad criminológica ucjc*, nº 1, 2015, pp. 51-54, en www.ucjc.edu.

VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, en *SEPIN Práctica Penal*, nº 66, 2012, pp. 13-24.

VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “*Child grooming*. Concepto y respuesta penal”, en *Centro de Estudios Jurídicos*, 2013, en www.cej-mjusticia.es.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Pericias informáticas: aspectos procesales penales (1ª Parte)”, en *Revista de Jurisprudencia*, nº 4, 2009, pp. 1-7, en www.elderecho.com.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Pericias informáticas: aspectos procesales penales (2ª Parte)”, en *Revista de Jurisprudencia*, nº 4, 2009, pp. 1-7, en www.elderecho.com.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Crimen organizado, Internet y nuevas tecnologías”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 42, 2010, en <http://www.poderjudicial.es>.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Novedades técnicas en investigación penal vinculadas a las nuevas tecnologías”, en *Revista de Jurisprudencia*, nº 4, 2011, pp. 1-7, en www.elderecho.com.

VERGARA LUQUE, José, “Reflexiones sobre la reforma penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 11, 2013, pp. 8-12.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen 34, 2014, pp. 639-712, en www.usc.es.

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

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y MARÍA JESÚS GÓMEZ ADILLÓN, “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por *online grooming*”,

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 18, 2016, en <http://criminet.ugr.es>.

VILLEN SOTOMAYOR, Marta y MARTÍNEZ GINESTA, Gonzalo, “Posibilidades técnicas e instrumentos para la investigación de los delitos a través de la NT”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 2009, en <http://www.poderjudicial.es>.

WEBSTER, Stephen; DAVIDSON, Julia; BIFULCO, Antonia; GOTTSCHALK, Petter; CARETTI, Vincenzo; PHAM, Thierry; GROVE-HILLS, Julie; TURLEY, Caroline; TOMPKINS, Charlotte; CIULLA, Stefano; MILAZZO, Vanessa; SCHIMMENTI, Adriano; CRAPARO, Giuseppe, *European Online Grooming Projetc. Final Report*, 2012, en <http://www.europeanonlinegroomingproject.com>.