FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2018 / 2019

EL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING O CIBERACOSO SEXUAL A MENORES (ART. 183 TER 1 CP)

Online child grooming crime or sexual cyber-bullying to minors (article 183 ter 1 PC)

MÁSTER EN DERECHO DE LA CIBERSEGURIDAD Y ENTORNO DIGITAL

AUTOR/A: D. MARÍA ENCINA MIRANDA LÓPEZ

TUTOR/A: D. MARÍA A. TRAPERO BARREALES

ÍNDICE

ABREVIATURAS 3

RESUMEN 6

ABSTRACT 7

OBJETO DEL TRABAJO 8

METODOLOGÍA 10

I. INTRODUCCIÓN 12

II. REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO (ART. 183 BIS CP) 18

1. Motivos que dieron lugar a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio .. 18

2. El art. 183 bis CP (LO 5/2010) 22

III. EL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING (ART. 183 TER 1 CP) 25

1. Tipo objetivo del delito 27

1.1. Bien jurídico protegido 27

1.2. Sujeto activo 31

1.3. Sujeto pasivo 36

1.4. Conducta típica del delito 38

1.4.1. *Contacto con el menor a través de las TICs* 39

1.4.2. *Proposición del encuentro* 43

1.4.3. Realización de actos materiales encaminados al acercamiento 45

2. Tipo subjetivo del delito 48

2.1. La finalidad de cometer alguno de los delitos del art. 183 o 189 CP 49

2.2. El error de tipo 51

3. El tipo cualificado 53

4. Cláusula concursal del art. 183 ter 1 CP 57

5. El consentimiento del menor como eximente: el art. 183 quáter CP 59

CONCLUSIONES..... 64

BIBLIOGRAFÍA 68

JURISPRUDENCIA 74

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (citado por año)
art./s	artículo/s
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia (citado por número y año)
Convenio de Lanzarote	Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Lanzarote, 25/10/2007).
coord./s	coordinador/es
CP	Código Penal
CRSJMJ	Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI
Decisión Marco 2004/68/JAI	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.
dir./s	director/es
Directiva 2011/92/UE	Directiva 2011/92/UE, 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
DP	Derecho Penal

e-Eguzkilore	Zientzia Kriminologikoen Aldizkari Elektronikoa. Revista Electrónica de Ciencias Crimonológicas (citada por número y año)
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (revista citada por número y año)
INCIBE	Instituto Nacional de Ciberseguridad
Indret	Revista para el Análisis del Derecho (citada por número y año)
INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
LO	Ley Orgánica
núm.	número
ONU	Organización de la Naciones Unidas
QCRCCF	Quadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses (citada por número y año)
RAE	Real Academia Española
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (citada por número y año)
REDS	Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (citada por número y año)
RJIB	Revista Jurídica de les Illes Balears (citada por número y año)
RV	Revista de Victimología (citada por número y año)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación

RESUMEN

El presente trabajo se centra en un delito que ha sido introducido en el CP debido al desarrollo de nuevos medios de comunicación y de información, que tienen como contrapunto o desventaja que también pueden ser usados para la comisión de delitos de mayor o menor gravedad. En este caso, con la tipificación penal del llamado delito de ciberacoso sexual a menores se pretende proteger a las víctimas más vulnerables, los menores de edad, frente a conductas que pueden acabar afectando de manera importante en bienes jurídicos de los que son titulares, más allá de la indemnidad sexual. Se va a llevar a cabo un estudio de los principales elementos típicos que sirven para la definición y delimitación del delito de ciberacoso sexual a menores, introducido por primera vez en el CP en la reforma de 2010 y reformado cinco años más tarde, en 2015.

PALABRAS CLAVE

Menor, sujeto activo, sujeto pasivo, indemnidad sexual, TICs, ciberacoso sexual a menores, redes sociales, abuso sexual, agresión sexual.

ABSTRACT

The present work focus on a crime which has been introduced on the Penal Code due to the development of new sources of information and media, which have the handicap of being used as well for criminal purpose. In this case, penal categorization of the online child grooming crime intends to protect the most vulnerable victims, under age children, from behaviors that may notably affect their legal assets, great beyond sexual indemnity. A study of the main elements of definition and delimitation of online child grooming crime is going to be carried out, introduced on the Penal Code for the first time on 2010 and reformed five years later.

.

KEY WORDS

Under age children, active subject, passive subject, sexual indemnity, online child grooming, social media, sexual abuse, sexual assault.

OBJETO DEL TRABAJO

El presente trabajo se va a centrar en el análisis del delito de online child grooming, concretamente, del delito tipificado en el art. 183 ter 1 CP. Este delito se da cuando un sujeto activo contacta con un menor de edad a través de las TICs con la finalidad última de cometer otro delito contra la indemnidad sexual, o abusos y agresiones sexuales al menor o el delito de pornografía infantil.

Para llegar al objetivo final, si la tipificación penal está o no justificada y, en caso afirmativo, si se lleva a cabo de manera completa o se percibe alguna laguna de punibilidad (en sentido propio, esto es, hay un déficit regulativo porque conductas que deberían ser sancionadas no lo están) se ha de proceder al estudio detenido de los diferentes elementos típicos que configuran esta figura delictiva. A tal efecto, los objetivos particulares son los siguientes:

En primer lugar, explicar el origen histórico del delito, en la reforma de 2010, valorando las razones o argumentos ofrecidos por el legislador para su inclusión en el CP, en la reforma de 2010, y para su inmediata reforma en 2015. Este punto va a resultar útil para el caso de que se presenten problemas de interpretación, cuando el tenor literal no resulte lo suficientemente concluyente a la hora de decidir el alcance del tipo penal.

En segundo lugar, como elemento central de cualquier estudio de DP, ha de explicarse el bien o bienes jurídicos protegidos por esta figura delictiva y la forma de protección del mismo, esto es, si se ha configurado o no como un bien jurídico personal y su protección es a través de la prevención de conductas que lo ponen en peligro o lo lesionan.

En tercer lugar, se analizarán los diferentes elementos que sirven para definir esta figura delictiva, al tiempo que la delimitan de otros delitos contra la indemnidad sexual de los menores de edad. En las explicaciones sobre el sujeto activo y el sujeto pasivo también se tomará como punto de referencia las explicaciones de tipo criminológico, por resultar más interesantes que las explicaciones desde el punto de vista dogmático. En cuanto a la conducta típica, de construcción compleja, se tendrá que analizar su planteamiento dividido en tres fases, compuesta cada una de ellas por una acción concreta, pero será preciso decidir

a partir de qué fase o momento el hecho adquiere relevancia penal, porque se puede castigar ya como tentativa de delito.

En cuarto lugar, se comentará la parte subjetiva del tipo penal, para ver el sentido y alcance del especial elemento subjetivo del injusto que ha sido utilizado para su redacción típica. En particular, se tendrá que valorar si de tal elemento se deduce la compatibilidad o no del delito con la aplicación del dolo eventual. En cuanto al reverso del tipo subjetivo, el error de tipo, se pondrá especial atención en el problema que puede plantear el elemento típico referido a la edad del sujeto pasivo, por tratarse este de un elemento esencial para la construcción de la figura delictiva.

En quinto lugar, se hará una mención especial a los posibles problemas concursales que se plantearán entre este delito, construido materialmente como un acto preparatorio, y los delitos a los que va dirigida la intención del acosador, los abusos y agresiones sexuales o los delitos de pornografía infantil.

Finalmente, se analizará la regulación penal sobre el consentimiento del menor de dieciséis años, un precepto que tiene una finalidad clara, la exención de pena cuando las relaciones sexuales se establecen entre iguales, otra cosa es que se haya conseguido una regulación completamente satisfactoria.

METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología empleada en la elaboración de este trabajo, la misma es la que corresponde a un trabajo de tipo jurídico, particularmente de ámbito jurídico-penal, donde se ha de recurrir al estudio y análisis dogmático, pero en el que se tienen en cuenta consideraciones de política criminal. Es, en definitiva, el método que tiene como primer precursor al Profesor Roxin, en la doctrina alemana, método que ha sido seguido por varios penalistas en la doctrina española, entre otros, los integrantes de la escuela científica encabezada por el Prof. Luzón Peña. El objetivo de este trabajo es explicar y analizar el delito del art. 183 ter CP, concretamente el apartado 1 del presente artículo. Se utilizará el método de la revisión bibliográfica para poder desarrollar el tema propuesto.

Las fases o ítems más importantes para el desarrollo de este trabajo se pueden estructurar de la siguiente manera.

En primer lugar, se procedió a la elección de la tutora, Dra. María A. Trapero Barreales, y del tema objeto del trabajo, el delito del ciberacoso sexual a menores, en concreto el art. 183 ter 1 CP.

En segundo lugar, se realizó una búsqueda exhaustiva de bibliografía a través de las plataformas proporcionadas por la Universidad y a través de la plataforma Dialnet. Al mismo tiempo también se consultaron diversas páginas web con el objetivo de enfocar y aclarar el tema elegido. En la búsqueda bibliográfica se ha tenido que hacer una selección de los trabajos más relevantes, tanto de la versión dada en la reforma de 2010 como en la de 2015, pues, aunque la historia de este delito es muy corta, pues como se ha dicho se incluye por primera vez en el CP en la reforma de 2010, sin embargo, el número de trabajos dedicados a su estudio es muy abundante. Para la búsqueda de jurisprudencia recurrí a la plataforma Aranzadi, seleccionando sobre todo la más reciente. No se debe olvidar que este delito es relativamente nuevo por lo que solo se encontrarán resoluciones judiciales a partir de 2011 (pues, como es sabido, la reforma de 2010 entró en vigor el 22 de diciembre de este año). Las resoluciones judiciales usadas abarcan un periodo entre 2013 y 2018, y su cita se centra sobre todo en el momento de ejemplificar la forma como se puede interpretar cada uno de los elementos típicos del delito.

En tercer lugar, tras la selección de la bibliografía (manuales, comentarios a las reformas de 2010, comentarios al CP, monografías, artículos) y de la jurisprudencia, se procedió a su sistematización y lectura comprensiva. Tras la lectura de las principales obras se elaboró el primer borrador de índice, para su aprobación y supervisión por la tutora del trabajo.

Y, en último lugar, conectada con la fase anterior, la redacción del trabajo, con la supervisión de la tutora y revisiones posteriores hasta la obtención del visto bueno.

El sistema de citas utilizado ha sido el recomendado por la tutora del trabajo, para las citas a nota de pie de página se ha optado por la información más sintética pero necesaria para la localización del trabajo citado, dejando para el índice de bibliografía consultada la información completa.

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que los medios de comunicación han experimentado un gran desarrollo tecnológico, produciendo un gran cambio en nuestras vidas. Internet es un gran mecanismo que nos permite el intercambio de datos e información[1].

Las nuevas TICs se han convertido en una herramienta esencial para el desarrollo personal de los ciudadanos[2], no solo como herramientas de ocio y entretenimiento; también como herramientas de uso en el trabajo.

El presente trabajo se va a centrar en la parte de herramienta de ocio y entretenimiento, en concreto, en el aspecto de las redes sociales y otras maneras de comunicación a distancia. Y, dentro de esta parcela, se enfocará en el uso de las redes sociales y otras formas de comunicación a distancia por parte de los menores.

Los menores dedican gran parte de su tiempo en redes sociales, convirtiéndose en expertos en el uso de las comunicaciones a distancia a través de internet. A estos usuarios que utilizan internet de forma masiva se denominan *"*nativos digitales*"*, gracias a su gran conocimiento y posibilidades que les otorga internet ya que han nacido sumergidos en la tecnología digital[3].

El uso de internet y los menores se podría resumir en los siguientes puntos[4]:

- Que los menores de edad utilizan internet es una realidad de la que no cabe duda.
- Los menores invierten un número considerable de horas en internet.

---

[1]ASENCIO GALLEGO, en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, 44.

[2]IRURTIA MUÑIZ/ MARTÍNEZ-LEÓN/MUÑOZ-RIVAS, en: DELGADO BUENO/BANDRÉS MOYA/TEREJINA GÓMEZ (dirs.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas*, 2012, 714.

[3]Sobre los nativos digitales, véase INTECO (actualmente INCIBE), "*Guía legal sobre el ciberbullying y grooming*", en https://www.educacion.navarra.es/documents/57308/57740/ciberbullyng.pdf/1c169fb5-b8ab-478f-b7f4-7e3d22adab14 , consultado en fecha 26 de marzo de 2019, 1; MARIOLA DÍAZ CORTÉS en: RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratamiento integral de acoso*, 2015, 506; IRURTIA MUÑIZ/ MARTINEZ-LEÓN/ MUÑOZ-RIVAS, en: DELGADO BUENO/ BANDRÉS MOYA/ TEREJINA GÓMEZ (dirs.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas*, 2012, 715.

[4]MARIOLA DÍAZ CORTÉS, *BMJ 2138* (2012), 12.

- Internet es una gran herramienta que ayuda a la socialización del menor, gracias a las redes sociales, correo electrónico, Whatsapp, etc.
- Hablar con desconocidos a través de internet es algo frecuente para los menores.
- Un pequeño porcentaje de menores han conocido amigos virtuales, con los que luego han tenido un contacto físico y en ciertas ocasiones han recibido propuestas sexuales, y todo ello a través de internet.
- Entre todos los menores, el grupo que más propuestas sexuales realizadas por adultos ha recibido es el de los menores con una edad alrededor de trece años.

Las ventajas que ofrecen las redes sociales e internet forman una lista muy amplia, pero las más importantes son: facilitan el proceso de aprendizaje, ya que permiten un acceso rápido a la información, facilitan la realización de muchas tareas, permiten servicios académicos a distancia, facilitan y promueven la comunicación con otras personas, etc. Mientras que la lista de desventajas también es amplia; las objeciones más remarcables son: los datos pueden quedar expuestos en la red, se puede sufrir una suplantación de identidad, produce adicción, hay varios riesgos en cuanto al uso de la webcam[5]etc.

Pero, a pesar de todas las ventajas que ofrece internet y las redes sociales, también han surgido nuevas amenazas como se ha comentado en el anterior párrafo y, en concreto, nuevos peligros para los menores. En particular, las TICs han supuesto un incremento exponencial de los casos de victimización sexual de menores[6]. En concreto, han aparecido las conductas de ciberacoso o ciberbullying y el fenómeno de online child grooming o ciberacoso sexual a menores. Con estas nuevas conductas se hace necesario que padres y tutores dispongan de información suficiente para saber actuar ante estas situaciones y poder cesar el acoso al menor e iniciar la persecución de los autores[7].

En el Convenio de Lanzarote de 2007 se hace referencia al fenómeno del ciberacoso sexual a menores, proponiendo su incriminación en el art. 23 bajo la expresión *"solicitation of*

---

[5]PERIS HERNÁNDEZ/MAGANTO MATEO, *Sexting, sextorsión y grooming. Identificación y prevención*, 2018, 36-37.
[6]Así lo afirma, entre otros muchos, VILLACAMPA ESTIARTE, *e-Eguzkilore 2* (2017), 3.
[7]IRURTIA MUÑIZ/ MARTÍNEZ-LEÓN/MUÑOZ-RIVAS, en: DELGADO BUENO/BANDRÉS MOYA/TEREJINA GÓMEZ (dirs.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas*, 2012, 720.

children for sexual purposes". La palabra *"soliciting"* es la que también se usa para referirse al ciberacoso a menores en la Directiva 2011/92/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo[8].

El ciberacoso o ciberbullying, sin adjetivos, se podría definir como el acoso entre personas semejantes en el entorno de las TICs, que incluye el chantaje, vejaciones e insultos[9]. Es el uso del teléfono móvil o internet para ridiculizar, insultar, amenazar, vejar e, incluso, llegar a agredir físicamente a otras personas[10].

En el online child grooming o ciberacoso sexual a menores encontramos diversas definiciones, aún no hay unanimidad, pero suelen estar relacionadas y tener en común los aspectos más importantes. GÓRRIZ ROYO[11] lo define como un proceso gradual que empieza a través de una amistad con el menor con el objetivo de establecer una relación exclusiva, en la cual se irá incrementando el contacto físico y la intimidad, hasta poder llegar a un contacto sexual. Mientras que VILLACAMPA ESTIARTE[12] lo define como un proceso que conduce a ganarse la confianza del menor para poder obtener un control sobre él y llegar a tener acceso sexual. La autora MONTSERRAT SANCHEZ-ESCRIBANO[13], se refiere al delito de grooming como la propuesta de encuentro realizada por parte de un adulto a un menor de edad con la intención de cometer un delito de naturaleza sexual. Por último, MANSO PORTO[14], define el child grooming como el intento de establecer

---

[8]Así es la terminología utilizada en la normativa europea, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 19.

[9]MENDOZA CALDERÓN en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 127; VERDEJO ESPINOSA, en: VERDEJO ESPINOSA (coord.), *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, 2015, 37. Sobre la definición de ciberacoso véase también INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad) "*Guía legal sobre el ciberbullying y grooming*", en https://www.educacion.navarra.es/documents/57308/57740/ciberbullyng.pdf/1c169fb5-b8ab-478f-b7f4-7e3d22adab14. (consultado en fecha 13 mayo de 2019).

[10]HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 427.

[11]GÓRRIZ ROYO en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 228.

[12]VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 19.

[13]MONTSERRAT SANCHEZ-ESCRIBANO, *RJIB XV*, 2017, 200.

[14]MANSO PORTO en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 320.

contacto a través de internet con un menor ganándose su confianza o embaucándole para poder realizar un delito de abuso sexual sobre el menor.

En todas las definiciones se incluyen dos elementos (porque además así se deduce del tipo penal descrito en el art. 183 ter.1 CP): hay de haber contacto con el menor y, por otro lado, la finalidad única de cometer un delito de naturaleza sexual sobre el menor.

El verbo "groom" tiene varios significados, entre ellos tenemos[15]:

- Preparar para una posición o propósito específico.
- Prepararse para un rol o función.
- Acicalar, es la definición más usada.

Si tenemos en cuenta la traducción de preparar para un propósito o preparar para un rol, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS[16] explica que se añade la palabra child delante de grooming, para hacer referencia al acto de embaucar a menores telemáticamente. Pero si tenemos en cuenta la traducción de acicalar, para PERIS HERNÁNDEZ y MAGANTO MATEO[17], el término grooming se refiere a que los groomers acicalan el mensaje y los procesos de acercamiento para que el menor no pueda ver sus intenciones.

Ya que el delito de online child groooming se trata de un proceso, se pueden distinguir varias fases, que han sido descritas de manera clara por MENDOZA CALDERÓN[18]:

- Fase de amistad: contacto con el menor para conocer gustos y aficiones, se trata de crear una relación de amistad para poder alcanzar la mayor confianza posible.
- Fase de relación: confesiones personales e íntimas por parte del menor y del acosador.

[15]Sobre los distintos significados, véase PERIS HERNÁNDEZ/ MAGANTO MATEO, *Sexting, sextorsión y grooming. Identificación y prevención*, 2018, 141.
[16]GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS en: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 2012, 141-142.
[17]PERIS HERNÁNDEZ/ MAGANTO MATEO, *Sexting, sextorsión y grooming. Identificación y prevención*, 2018, 141.
[18]MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming sexting*, 2013, 100.

- Componente sexual: descripción de términos específicamente sexuales, petición al menor para participar en actos de naturaleza sexual, así como grabación de imágenes y fotografías.

Para VILLACAMPA ESTIARTE[19] las fases del grooming se pueden describir de manera más pormenorizada, y con un número mayor, coincidiendo solo algunas de ellas con las mencionadas por la autora anterior:

- Fase de establecimiento de amistad: en esta fase el groomer se dedica a conocer al menor.
- Fase de conformación de la relación: es una extensión de la primera; el ofensor intenta conocer más profundamente al menor y le pregunta sobre el colegio, o sobre su vida.
- Fase de valoración del riesgo: el groomer realiza una serie de preguntas al menor para comprobar si su conducta puede ser detectada por los padres.
- Fase de exclusividad: las conversaciones entre el groomer y el menor se vuelven más privadas y personales, se empiezan a compartir secretos. El groomer suele enfatizar la importancia de mantener en secreto la relación.
- Fase sexual: es la fase en la que se quiere realizar actos de naturaleza sexual con el menor.

En mi opinión, la tipología de fases establecida por VILLACAMPA ESTIARTE explica mejor todo el proceso gradual que supone el delito de grooming.

Además se debe añadir que internet es un fiel amigo del anonimato[20]. Esto favorece a la persona que acecha al menor, permitiéndole crear un perfil falso con fotos e información que puedan dar una sensación de seguridad al menor, como tener la misma edad, mismos gustos o aficiones, ir al mismo colegio o instituto, etc.

Así una vez que se ha ganado la confianza del menor, y ya tienen una relación de amistad a través de internet, la persona detrás del perfil falso puede intentar establecer contacto físico

[19]VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 23-26.
[20]CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Penal*, 2018, 9408.

con el menor, sugiriéndole quedar en persona; o, como paso previo, pidiéndole alguna fotografía.

Los menores mantienen ciertas creencias erróneas sobre la dinámica de la victimización sexual online, lo que podría desembocar en una relación a través de internet de un menor con un adulto y a un cierto temor por parte del menor a denunciar la situación. Alguna de estas creencias falsas es que los ciberabusadores son fácilmente reconocibles, o creen que pueden controlar la situación en todo momento, o creen que este tipo de situaciones afecta a menores de género femenino porque se mantienen estereotipos de género; finalmente, los adolescentes creen que una situación como esta no puede ocurrirles a ellos[21].

Se debe tener en cuenta que los menores de edad son especialmente vulnerables, por lo que se debe establecer una protección especial. Todos los sucesos que ocurran durante la minoría de edad, que es cuando se empiezan a tener los primeros contactos sexuales, pueden marcar su carácter e incluso cambiar su personalidad[22]. Por lo que se debe tener especial cuidado cuando se trata de personas que los menores pueden conocer a través de internet y que pueden tener intenciones más allá de una relación de amistad.

El delito de grooming, o child grooming, se introdujo por primera vez en nuestro CP con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, en el antiguo art. 183 bis, el cual castigaba la conducta de aquellos que a través de internet se ganaran la confianza de los menores con la finalidad de establecer un contacto de naturaleza sexual.

Este delito ha sido objeto de reforma en la LO 1/2015, de 30 de marzo; a partir de esta reforma legislativa, el delito de online chilg grooming pasa a estar tipificado en el art. 183 ter 1 CP.

---

[21]MONTIEL JUAN/CARBONELL VAYÁ/SALOM GARCÍA en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 216.

[22]Sobre lo indicado en el texto, véase, entre otros muchos, FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 193.

II. REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO (ART. 183 BIS CP)

Como se ha comentado en el apartado anterior, la LO 5/2010, de 22 de junio, introducía por primera vez en el texto punitivo el delito conocido como online child grooming, en el antiguo art. 183 bis CP. Este artículo castigaba la conducta de aquella persona que, a través de internet o de cualquier otro medio de comunicación, contacte con un menor de trece años y le proponga concertar un encuentro con el fin único de cometer un delito sexual de los mencionados en los arts. 178 a 183 o 189 CP, es decir, penalizaba la acción que emprendía el sujeto activo de preparar el terreno para cometer un delito sexual contra el menor, ello a pesar de la remisión a los arts. 178 a 182, pues en estos delitos la víctima no puede ser un menor de edad (más concretamente, un menor de trece años)[23].

1. Motivos que dieron lugar a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

El contacto a través de las TICs con menores con el objetivo de proponer un encuentro con fines sexuales ha sido una preocupación del Consejo de Europa, pues así queda reflejado sin ningún género de dudas en el Convenio de Lanzarote. Con el delito se pretende castigar la conducta realizada por el ciberacosador que busca víctimas potenciales a través de las TICs, usa estos medios para establecer un contacto con ellas, tratando de ganarse su confianza y establecer un vínculo, para luego poder tener un encuentro con el propósito de cometer un delito sexual[24].

El uso de las TICs permite al groomer establecer contacto con un gran número de niños y jóvenes, normalmente a través de redes sociales. Para dar una solución a este problema, como se ha dicho, el Convenio de Lanzarote insta a los Estados Miembros a tipificar como delito la conducta de un adulto que mediante las TICs propone un encuentro a un niño con el propósito de cometer cualquiera de los delitos tipificados como abuso, agresión sexual o

[23]DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratamiento integral de acoso*, 2015, 507.
[24]DÍAZ CORTÉS, *BMJ 2138* (2012), 16.

pornografía infantil, pero han de ser precedidos por actos materiales encaminados a dicho encuentro[25].

En términos parecidos, la Directiva 2011/92/UE, también hace referencia a la conducta del embaucamiento de menores a través de medios tecnológicos con fines sexuales[26].

En el caso de España, como consecuencia de la firma del Convenio de Lanzarote, se introduce el art. 183 bis CP mediante la reforma de la LO 5/2010, tal como se ha citado anteriormente[27].

En la propuesta inicial del Partido Popular sobre la tipificación del delito de online child grooming se justificaba su introducción no solo para cumplir con los compromisos internacionales, también debido al aumento de casos de acoso cibernético a menores de edad, un aumento que se ve favorecido por el hecho de que los ciberagresores se sirven del anonimato que les da internet para poder entablar relaciones con los menores de edad[28].

---

[25]Señala como precedente del delito el Convenio de Lanzarote, entre otros muchos, FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 71; FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 190; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 163.

[26]Véase, para más detalles, entre otros, FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 190.

[27]Es importante hacer una breve referencia al proceso legislativo que se ha desarrollado hasta llegar a la LO 5/2010. El delito que nos ocupa no se recogía en el Anteproyecto de Ley aprobado en fecha de 23 de julio de 2009 por el Gobierno y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales, y por este motivo no fue objeto de los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial ni de la Fiscalía del Estado. Además, el delito se introdujo a través de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular (enmienda nº 351); dicha enmienda contenía la obligación que se derivaba de la firma del Convenio del Consejo de Europa, pero con una particularidad, pues proponía la extensión de la criminalización a todo contacto con menores de edad, es decir, a todo aquel por debajo de los dieciocho años de edad. También se eliminaba la referencia a que la propuesta de encuentro con el menor fuese acompañada de los actos materiales encaminados al acercamiento, convirtiendo a la norma española es una de las más expansivas en el delito de online child grooming. La enmienda presentada por el Grupo Popular se aceptó, pero con limitaciones, pues la protección penal se limitó al menor de trece años y, además, se incluyó el requisito típico sobre la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. Sobre el proceso legislativo de la que acabó en LO 5/2010, véase, HORTAL IBARRA en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 439; PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (dir.), *Actas I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 117.

[28]Recogen esta explicación para justificar la incriminación penal, aparte del argumento basado en el cumplimiento de compromisos internacionales, FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 71; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 164; en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 151; FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de*

Finalmente, el tipo del delito del antiguo art. 183 bis CP ha descrito una conducta más restringida frente a la que proponía el Partido Popular, ya que en el art. 183 bis CP los menores protegidos eran los menores de trece años mientras que el Partido Popular pretendía establecer la protección para cualquier menor de edad[29].

La justificación de la tipificación de esta figura delictiva aparece plasmada de manera expresa en el preámbulo de la LO 5/2010. Aquí se ofrecen varios argumentos, por un lado, se recurre a la obligación que se deriva del art. 23 del Convenio de Lanzarote, por otro lado, también se cita el art. 6 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 infantil, de 29 de marzo de 2010[30], la que con el tiempo ha acabado siendo la Directiva 2011/92/UE.

También se alude como argumento justificador el ya mencionado sobre el gran aumento de incidentes y casos de menores que reciben mensajes o cualquier otro tipo de comunicación con fines sexuales, por lo que se hace evidente la necesidad de castigar penalmente este tipo de conductas[31].

El objetivo de la inclusión del art. 183 bis CP es doble, por un lado, se pretende dar una adecuada protección al bien jurídico indemnidad sexual, y por otro, se busca luchar contra el uso de las TICs para ganarse la confianza de un menor para concertar encuentros de índole sexual[32].

El delito del art. 183 bis CP se castigaba con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de que aplicaran las penas correspondientes de

---

las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming, 2013, 71; GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016, 10; SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP) Análisis típico y propuesta interpretativa*, 2016, 75.

[29]El Grupo Socialista aceptó una enmienda transaccional que reducía la edad de los sujetos protegidos a los menores que no hubieran alcanzado los trece años, aludiendo que la protección de los mayores de dicha edad podía resultar excesiva. Sobre esta enmienda, véase VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 164; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 347.

[30]Hacen referencia a este argumento, entre otros, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *RECPC 16-06* (2014), 3; BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2016, 206; GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016, 10.

[31]Véase lo explicado en una nota anterior sobre este argumento justificador de la reforma.

[32]Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *RECPC 16-06* (2014), 2.

los delitos que podían ser cometidos si finalmente el encuentro con el menor se llevaba a cabo efectivamente. Las penas se incrementaban (la mitad superior) si el acercamiento se obtenía mediante coacción, intimidación o engaño.

En la redacción del delito se observan ciertas diferencias entre la propuesta regulativa de las normas internacionales y la versión dada por el legislador español de 2010. Una de ellas, aunque no es exactamente una diferencia, es la fijación del límite de edad a la hora de establecer la protección penal del menor de edad: el legislador español ha optado por fijar el límite de edad en trece años. No es exactamente una diferencia, pues en el Convenio se ha dejado a la decisión de cada uno de los Estados firmantes establecer el límite de edad para la especial protección de los menores frente a los delitos de abusos sexuales y explotación sexual (art. 18 del Convenio de Lanzarote)[33]. Un aspecto que sí marca la diferencia es que en el texto penal español se ha previsto un tipo agravado, cuando el acercamiento se obtiene mediante la coacción, el engaño o la intimidación[34].

Pese a que se incriminó la conducta en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado español tras la ratificación del Convenio de Lanzarote, la inclusión del art. 183 bis no tuvo una buena acogida por parte de la doctrina, pues fue objeto de viva discusión si era necesaria o no la inclusión del delito como una modalidad delictiva específica o podían haberse valorado otras formas de incriminación en el CP[35].

[33]MENDOZA CALDERÓN en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 164; DÍAZ CORTÉS en: RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratamiento integral de acoso*, 2015, 513-514.
[34]Destaca esta diferencia GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016, 11.
[35]Sobre ello, véase, por ejemplo, las observaciones hechas por VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC XXXIV* (2014), 670-672.

2. El art. 183 bis CP (LO 5/2010)

Para una mejor comprensión de la actual regulación del delito que ocupa este trabajo resulta conveniente analizar, de manera resumida, la redacción originaria del mismo dada en la reforma de 2010.

Para cualquier análisis de un delito en particular el primer punto de estudio ha de ser el del bien jurídico protegido. Es este, un aspecto que ya se ha planteado desde la primera de las regulaciones, no cambiando el análisis y explicación tras la reforma de 2015.

Atendiendo a la ubicación sistemática, y a las características especiales del sujeto pasivo, ha de tratarse de un menor de edad (antes de 13 años, ahora de 16 años), se ha considerado que el bien jurídico protegido es el mismo que para el resto de conductas del Capítulo II Bis, en este momento *"*de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*"*, es decir, la indemnidad sexual de los menores de edad[36].

Por lo que se refiere a los sujetos del delito, el sujeto activo no presenta ninguna particularidad que necesite explicación, ya que se hace referencia a que puede ser cualquier persona, al igual que en el nuevo art. 183 ter 1 CP. Baste simplemente señalar que este texto punitivo se aplica cuando el sujeto activo sea mayor de edad; para los delitos cometidos por menores de 18 años (y mayores de 14 años), se estará a lo dispuesto en la legislación penal de menores. Un ejemplo en cuanto al sujeto pasivo menor de trece años lo podemos ver en la STS de 13 de mayo de 2013, en la que se establece el contacto con una menor de doce años a través de la plataforma Tuenti, proponiendo mantener relaciones sexuales además de mandarse fotos de contenido sexual; en este caso, el sujeto activo resulta ser también un menor de edad, siendo un ejemplo de que el art. 183 bis CP admite como sujeto activo a cualquiera[37].

En cuanto al sujeto pasivo, el precepto que se comenta se refiere a un menor de trece años. Una de las críticas que se ha elevado en este momento es que el tipo penal haya optado por la protección especial del menor de determinada edad (13 años), olvidándose de otras

[36]De esta opinión, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 241; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 169.
[37]STS núm. 1961/2013, de 13 de mayo.

víctimas especialmente vulnerables que han de merecer protección penal, las personas con discapacidad necesitadas de especial protección (esta es la terminología usada a partir de la reforma de 2015)[38]. Cierto es que ni en el Convenio de Lanzarote ni en la Directiva 2011/92/UE se hace mención a que se deba extender la especial protección penal a estas personas, pero tal decisión no estaba fuera de lugar, pues se debe mencionar que el legislador español, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, (generalmente) ha parificado la protección de los menores de edad a las de las personas con discapacidad; esto ha sucedido, por ejemplo, en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, en los delitos de prostitución y en otros delitos de explotación sexual[39].

En este momento algún autor criticó este límite de edad, por resultar bajo, reclamando la elevación hasta los dieciséis años; para ponerlo al mismo nivel que el abuso sexual fraudulento, el cual también tiene una conducta de engaño. De esta manera, también se daría protección a los menores entre trece años y quince años, que suelen tener mayor posibilidad de acceso a las TICs y, por tanto, son los potenciales víctimas de este delito[40].

Por lo que se refiere a la conducta típica, el tipo del antiguo art. 183 bis CP requiere que se realicen tres acciones que se suceden en el tiempo[41]: las dos primeras acciones, contacto con el menor a través de determinados medios con la intención de concertar un encuentro y realización de actos encaminados al acercamiento, se encuentran integradas en el tipo objetivo del delito; la tercera acción, finalidad de cometer determinados delitos contra la indemnidad sexual del menor, se trata en realidad de una exigencia del tipo subjetivo del delito[42].

En cuanto al tipo subjetivo, se exige además la voluntad por parte del sujeto activo de realizar alguno de los delitos de los arts. 178 a 183 o 189 CP. Ha sido criticada la mención a los arts. 178 a 182 CP, ya que los sujetos pasivos de estos delitos son menores que ya han

---

[38]Formula esta crítica FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 195.

[39]VILLACAMPA ESTIARTE, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 159.

[40]HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 440.

[41]Alude a estas tres acciones, GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 245.

[42]Así lo matiza VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 173-174.

cumplido los trece años de edad; hubiera tenido más sentido hacer la mención exclusivamente al art. 183 CP, ya que este recoge conductas de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. También ha sido criticada la remisión al art. 189 CP debido a la cantidad de conductas que se sancionan en el mismo, por lo que se ha propuesto tener en cuenta solo la conducta del art. 189.1 CP, es decir, la captación o la utilización del menor para la elaboración de material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos[43].

La SAP Sevilla de 3 de octubre de 2013 sirve de ejemplo para observar de qué manera se aprecian los distintos elementos que configuran el tipo penal en su versión dada en la reforma de 2010: el contacto con la menor en este caso por parte de un adulto, la propuesta va referida a cometer un abuso sexual, además el sujeto activo ha recurrido a la violencia, a las amenazas e intimidación[44].

El art. 183 bis CP tiene una cláusula concursal relativa a que además de las penas que correspondan por la comisión de este delito, se impondrán las penas correspondientes a los otros delitos que pueden eventualmente cometerse en caso de que se llegue a producir el acertamiento efectivo con la menor. El delito de child grooming es, en realidad, un acto preparatorio para realizar otro delito contra la indemnidad sexual de los menores, por lo que al establecer esta regla concursal el legislador está queriendo que se castigue el contactar con un menor a través de internet u otra forma de comunicación a distancia y, además, también se castigue el delito cometido contra la indemnidad sexual del menor una vez que se ha producido el acercamiento. Si esta regla concursal no llegara a existir nos encontraríamos ante un concurso de leyes entre un delito de actos preparatorios y el abuso o agresión sexual cometido sobre el menor, concurso resuelto con el principio de absorción o consunción a favor del delito de abuso o agresión sexual, pero el legislador español ha optado por el concurso de delitos, lo que puede generar un complicado problema sobre si se está o no vulnerando el principio *non bis in idem*[45].

---

[43]Sobre estas críticas, vease, entre otros, FERRANDÍS CIPRIÁN en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014,197.
[44]SAP Sevilla núm. 465/2013, de 3 de octubre.
[45] MUÑOZ CUESTA, en: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 2012, 138.

III. EL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING (ART. 183 TER 1 CP)

Como ya se ha comentado anteriormente, cinco años después de la incorporación en el CP de esta figura delictiva se ha aprobado una nueva reforma legislativa, afectando, ciertamente, de manera muy ligera, a esta modalidad delictiva. Tras la reforma de 2015 el delito ha pasado a ocupar el primer párrafo del art. 183 ter CP (el segundo párrafo sí es una novedad sustancial de esta reforma legislativa).

En efecto, el nuevo art. 183 ter CP castiga dos modalidades delictivas distintas, ambas tienen en común la necesidad de establecer contacto con un menor de dieciséis años, el uso de las TICs para la comisión del hecho y, además, ambas conductas deben tener una finalidad sexual. La primera de estas conductas, referida al delito de online child grooming viene en el art. 183 ter 1 CP, mientras que el apartado dos de este mismo precepto se refiere al delito denominado de embaucamiento de menores, de nueva aparición en la reforma de 2015, como ya se ha indicado[46]. En líneas generales, tiene sentido que ambos delitos se encuentren en el mismo artículo, ya que comparten rasgos comunes, fundamentalmente el uso de medios comisivos tecnológicos para su ejecución, aunque hay ciertas objeciones acerca de la necesidad de incluir el delito de embaucamiento de menores en el art. 183 ter 2 CP[47].

Antes de analizar la regulación del delito de online child grooming conviene destacar, de manera esquemática, los cambios operados en relación con el antiguo art. 183 bis[48]:

El cambio más notable es la elevación de la edad del sujeto pasivo de trece años a dieciséis años. Esto se debe a que en la reforma de 2015 se ha elevado a dieciséis años la edad del consentimiento sexual (tal como se deduce de los arts. 183.1 y ss. CP, si bien en el art. 183 quáter CP se admite que el menor de dicha edad puede consentir válidamente en

[46]Sobre estos puntos en común entre los dos delitos del art. 183 ter CP, RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 621-622.

[47]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 249.

[48]Sobre estos aspectos, véase, DOMÍNGUEZ RUIZ en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNANDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, 77.

determinadas conductas sexuales). Con la elevación del límite de edad del sujeto pasivo se ha dado respuesta a las críticas doctrinales emitidas en la antigua regulación, en la que se había fijado el límite de edad en trece años, pues dejaba sin protección específica a los menores que de manera más frecuente son víctimas de este tipo de conductas, los menores a partir de trece años[49].

Otro de los cambios entre ambos preceptos hace referencia a las conductas sexuales que son el objetivo del sujeto activo y lo que está detrás de la propuesta de encuentro con el menor. Si antes la propuesta tenía que estar relacionada con la comisión de un delito de agresión o abuso sexual de los 178-183 o un delito de pornografía infantil del art. 189 CP, en la actualidad, con más corrección, ya solo se hace referencia a la propuesta relacionada con la comisión de un delito de abuso o agresión sexual de los tipificados en el art. 183 CP a menor de dieciséis años o un delito de pornografía infantil previsto en el art. 189 CP[50]. Si se recuerda lo expuesto en el apartado anterior, la otra crítica referida al posible exceso de punición porque se hace una remisión en bloque al art. 189 CP, no a concretos apartados de este precepto, no se ha corregido. Por otro lado, porque en el actual art. 183 ter 1 CP se hace remisión específica a los delitos de los arts. 183 y 189 CP, queda fuera del ámbito de aplicación el ciberacoso a menores para cometer los delitos de abusos sexuales descritos en el art. 183 bis CP.

El último cambio destacable viene en el art. 183 quáter CP, en el que se regula la eximente del consentimiento del menor de dieciséis años en relación con todos los delitos de agresiones y abusos sexuales ubicados en el Capítulo II Bis del Título VIII del Libro II CP. Tiene, pues, aplicación también a los delitos tipificados en el art. 183 ter CP, pues esta es su ubicación sistemática. Para poder eximir la responsabilidad penal, el menor de dieciséis años debe haber consentido libremente y, además, el sujeto activo debe tener una edad próxima a la del menor y un grado de madurez similar con este.

---

[49]Así lo destacan, entre otros, FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 194-195; RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 622; DOMÍNGUEZ RUIZ, en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, 77.

[50]Hace referencia a esta mejora en la reforma de 2015, DOMÍNGUEZ RUIZ, en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNANDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, 77-78.

1. Tipo objetivo del delito

A continuación se va a analizar con cierto detalle los elementos que configuran el tipo objetivo del delito que nos ocupa, para, de este modo, saber de qué manera el DP puede servir como mecanismo preventivo de estas conductas que tienen como sujetos pasivos a menores de dieciséis años. Solo con el estudio de los distintos elementos que sirven para configurar el tipo penal, aquí en su parte objetiva, se podrá extraer alguna conclusión sobre la pertinencia o no de la figura delictiva, si su concreta configuración es o no eficaz para el fin último dirigido a la protección de los menores frente a conductas que, a priori, parecen ser peligrosas para sus intereses.

1.1. Bien jurídico protegido

Una de las cuestiones más controvertidas en este delito es la delimitación del bien jurídico protegido. Hay diferentes opiniones doctrinales, por un lado, tenemos un sector doctrinal que considera este delito como pluriofensivo, ya que se ven afectados dos bienes jurídicos (indemnidad y libertad sexual) y también tenemos los autores que creen que el único bien protegido es la indemnidad sexual del menor[51].

Según la ubicación sistemática del delito de online child grooming, en el Título VIII dentro Capítulo II Bis del CP *"*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*"*, en una primera aproximación se ha afirmado que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual[52].

Con el nuevo 183 ter 1 CP se protege a los menores de hasta dieciséis años. Al tratarse de una víctima menor de edad el sujeto pasivo, en la discusión sobre el bien jurídico protegido en esta figura delictiva se repite la discusión general en torno a cuál es el bien jurídico en los delitos sexuales con víctimas menores, si es la libertad sexual o es otro el objeto de protección, generalmente identificado con el de indemnidad sexual. En los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores de edad el bien jurídico protegido tiene una dimensión especial, se pretende proteger el derecho a no soportar una coacción física o psíquica por

[51]RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *RECPC 16-06* (2014), 6.
[52]URIARTE QUESADA, *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal*, 2016, 287.

parte de otra persona enfocada a realizar actos de naturaleza sexual, pero también se pretende proteger a los menores para poder proporcionarles una libertad futura, para poder salvaguardar la normal evolución y desarrollo de la personalidad; así el menor cuando ya sea adulto podrá ser capaz de tomar una decisión libre sobre su comportamiento sexual[53]. Para GÓRRIZ ROYO[54], el bien jurídico indemnidad sexual tendría una relación de progresión hacia la libertad sexual, es decir, con aquella se quiere ofrecer al menor la posibilidad de formarse en esa libertad hasta que pudiera ejercerla con cierto grado de madurez. Mientras que la libertad sexual es una parte de la libertad personal que consiste en la facultad de autodeterminación en la esfera sexual, es decir, la facultad para poder elegir el momento, lugar, forma y pareja a la hora de mantener relaciones sexuales[55].

GÓMEZ TOMILLO[56] y SÁNCHEZ-ESCRIBANO[57] ofrecen otro argumento para concluir que es la indemnidad sexual el bien jurídico protegido: en el art. 183 ter 1 CP se ha tipificado un acto preparatorio de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años o de pornografía infantil, por tanto, el bien jurídico que se protege ha de ser el mismo que el que está detrás de estas otras figuras delictivas; pues bien, en todos ellos se protege la indemnidad sexual de los menores.

---

[53]Sobre esta cuestión, véase, entre otros, GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016, 11. Defienden que es la indemnidad sexual el objeto de protección, entre otros, MENDOZA CALDERÓN, *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, 2013, 152; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª, 2016, 253; SÁNCHEZ-ESCRIBANO, *REDS 12* (2018), 146. La jurisprudencia admite que es la indemnidad sexual el bien jurídico protegido en este delito. Así lo afirma DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 5-6. No comparte esta tesis, porque el término indemnidad sexual no es suficiente clarificador para formular el bien jurídico, FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 193. Para este autor el bien jurídico protegido se centra en proteger el derecho a un desarrollo y una formación adecuados, libres de ingerencias extrañas a los intereses del menor, y a un adecuado proceso de socialización. En términos parecidos, DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 5, 17, para quien se protege el correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor en su faceta sexual.

[54]Al tener esa relación de progresión, la indemnidad sexual se vincularía a la libertad sexual en la fase de consolidación. Sobre esta explicación, GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016, 11; en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 250-251.

[55]SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP) Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 150.

[56]GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, 2015, 529.

[57]SÁNCHEZ-ESCRIBANO, *REDS 12* (2018), 146.

En apoyo de la tesis explicada en torno al bien jurídico indemnidad sexual cabe señalar lo siguiente. Si se hace un análisis desde la perspectiva psicológica, las conductas o comportamientos sexuales con menores conllevan ciertos peligros de tipo emocional, estos pueden sufrir secuelas o incluso patologías clínicas durante los años siguientes. Los trastornos derivados de estos comportamientos que pueden llegar a sufrir los menores pueden desembocar en problemas interpersonales o psíquicos, como el estrés postraumático, desconfianza de las personas adultas, trastornos de ansiedad y angustia, etc. Debido a todo es esto, es sumamente importante poder proteger a los menores de edad[58]. Como prueba de que tales riesgos de secuelas psicológicas son ciertos puede citarse la SAP Jaén de 11 de mayo de 2015[59], donde se prueba que la menor, debido a los abusos sufridos y a los comentarios de la gente, evita salir a la calle y relacionarse o el caso de la SAP Albacete de 22 de septiembre de 2015[60], donde se prueba que la menor presenta una afectación leve en su estado neuropsicológico.

En esta formulación sobre el bien jurídico se ha de tener en cuenta dos matizaciones: primera, cuando se recurre al bien jurídico de la indemnidad sexual es para referirse a menores de edad que aún están en proceso de formación y desarrollo, no tienen por tanto un grado de madurez suficiente como para que puedan ejercer el derecho fundamental sobre la libertad en la esfera sexual, además, por su falta de madurez y formación, son personas que pueden sufrir daño si se ven involucradas en un contexto sexual a una edad prematura, pues esto tendrá consecuencias en su edad adulta. Pero tal riesgo de afectación o daño ha de ir referido a menores de edades tempranas, hasta llegar a la primera fase de su adolescencia, pero no parece que esto mismo se pueda afirmar cuando el contacto sexual va a involucrar a menores que están cerca de los dieciséis años. En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, no parece que se pueda afirmar que el bien jurídico es la indemnidad sexual, no es la libertad sexual, cuando el propio legislador reconoce que los menores de dieciséis años pueden otorgar un consentimiento con efecto eximente para realizar libre determinadas conductas de naturaleza sexual (art. 183 quáter CP). El planteamiento anterior se hace desde la perspectiva de que el objeto de protección es de índole personal e individual. Para otro

[58]Véase, sobre las secuelas psicológicas en los menores, PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (dir.), *Actas I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 120.
[59]SAP Jaén núm. 113/2015 de 11 mayo.
[60]SAP Albacete núm. 221/2015 de 22 septiembre.

sector de la doctrina, sin embargo, en esta figura delictiva se protege un bien jurídico de carácter supraindividual, o colectivo, que se suele identificar con la seguridad de los menores en la utilización de las TICs[61].

En ocasiones la explicación en torno al bien jurídico se ha realizado atendiendo a su naturaleza, como delito de lesión y/o de peligro, e, inclusive, a su relación con los delitos sexuales de referencia o a los que remite. Así, se ha alegado que, desde la perspectiva de los arts. 183 y 189 CP, el delito que nos ocupa es un acto preparatorio[62] de los acabados de citar; se puede afirmar esto desde el momento en que la conducta típica consiste en contactar para proponer un encuentro con el menor, siendo el fin último la comisión de un delito de abuso (o agresión) sexual o de pornografía infantil. Se podría decir, entonces, que el bien jurídico protegido tiene un doble carácter, por un lado está el individual, en relación con el menor directamente afectado y con el que ha contactado el sujeto activo, y, por otro lado, está la perspectiva supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que este tipo de conductas no pueden considerarse aisladas y no se refieren a un menor en concreto[63].

La opción por una perspectiva individual o colectiva no es baladí, pues tiene repercusiones en dos ámbitos diferentes de la teoría jurídica del delito: en el primero, en materia de consentimiento, pues difícilmente se puede admitir la eficacia eximente del consentimiento cuando el titular del bien jurídico es un colectivo o una generalidad de personas, de imposible identificación a priori para solicitarles su consentimiento a la realización de la conducta. En el segundo, porque tiene consecuencias en materia de concursos, ya que si se opta por un bien jurídico colectivo esto significará que se cometerá un único delito, aunque la conducta de acoso afecte a más de un menor.

---

[61]Sobre este bien jurídico, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 249. Defiende este bien jurídico GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXXI* (2011), 241.

[62]De esta opinión, entre otros, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 348.

[63]Cuando se habla de infancia se refiere a toda la infancia en general. Sobre este planteamiento, véase MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming sexting*, 2013, 158-159.

La discusión en torno al bien jurídico protegido tiene consecuencias también en la explicación sobre la forma de afectación del mismo, esto es, si se trata de la tipificación de un delito de lesión o se está ante un delito de peligro, generalmente abstracto. En la discusión también influye la forma como se ha construido este tipo penal, como acto preparatorio de los delitos de agresiones y abusos sexuales a menores, o como acto preparatorio del delito de pornografía infantil. Si la explicación se plantea desde la perspectiva o atendiendo a que el sujeto activo ha de tener como finalidad última cometer el siguiente delito sexual, desde esta perspectiva se estará ante un delito de peligro abstracto, pues el contacto con el menor aún no supone puesta en peligro de la indemnidad sexual. Pero si la explicación se plantea desde la propia tipicidad de este delito, con el contacto con el menor, contacto que puede ser generalizado (a un número indeterminado de menores), que puede ser reiterativo, también se ha entendido que el bien jurídico sí se ve afectado o menoscabado (porque la lesión no significa que el bien jurídico ha de resultar destruido). A la misma conclusión, sí hay afectación del bien jurídico, cuando se formula como bien jurídico la seguridad de los menores en el uso de las TICs[64].

1.2. Sujeto activo

Desde el punto de vista dogmático, el delito que nos ocupa es un delito común, pues puede ser cometido por cualquier persona. No se ha establecido ninguna circunstancia o cualidad especial para delimitar el círculo de los sujetos que pueden cometer el hecho a título de autores.

Como se ha comentado en otro apartado de este trabajo, en materia de autoría, desde un plano teórico, solo cabe hacer la distinción en el tratamiento penal del autor que es mayor de edad, al que se aplicará el régimen punitivo y de medidas previsto en el CP, y el tratamiento penal del autor que es mayor de catorce años y menor de dieciocho, que estará sometido a la legislación penal (y procesal) de menores[65].

---

[64]Sobre la naturaleza del delito, como de peligro o de lesión, véase STS núm. 97/2015, de 24 de febrero; y SAP Jaén núm. 113/2015, de 11 de mayo. En general, desde el punto de vista doctrinal, véase, entre otros, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 252; SÁNCHEZ-ESCRIBANO, *REDS 12* (2018), 144.

[65]Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de Orense de 13 de mayo de 2013.

A lo acabado de expresar se refiere, por ejemplo, URIARTE QUESADA[66], quien señala que el autor del delito puede ser tanto un adulto como un menor, y puede realizarlo cualquiera, es decir, que el sujeto activo y la víctima no tienen por qué conocerse ni pertenecer a los mismos círculos.

En la descripción del sujeto activo llama la atención la circunstancia de que no se haya hecho referencia a que la persona que establece contacto con el menor deba ser una persona adulta. Es decir, como se acaba de explicar, el sujeto activo puede ser cualquier persona, incluidos los menores de edad[67]. Esta es una diferencia importante con lo estipulado en el art. 23 del Convenio de Lanzarote, pues aquí se ha acotado el círculo de posibles sujetos activos solo a los adultos. Lo mismo ha sucedido en el art. 6 Directiva 2011/92/CE[68]. Este planteamiento de la posible edad del sujeto activo puede que no encaje con los argumentos ofrecidos en el preámbulo de la LO 5/2010, porque en el caso de que se hubiera querido criminalizar exclusivamente la conducta de un adulto, tendría que haberse especificado[69]. A raíz de esto, VILLACAMPA ESTIARTE[70] diferencia en función de si la conducta de grooming tiene lugar porque lo comete un adulto o es entre iguales. Se entiende que cuando el grooming procede de adultos es necesario que el adulto intente hablar con el menor a través de las TICs cuando este no quiere, o le solicite hablar de sexo o información sexual, pero en el caso de que la conducta de grooming se dé entre iguales, no se considera dentro de la conducta hablar solo con el menor, también es necesario hablar de sexo o dar información de contenido sexual.

---

[66]URIARTE QUESADA, *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal*, 2016, 226.

[67]También se refieren a esta posibilidad, entre otros, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 165; FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 72; GÓMEZ TOMILLO en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, 2015, 530.

[68]Destaca esta diferencia entre el tipo penal que se comenta y la regulación propuesta en la normativa internacional, FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 72; FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 194.

[69]PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (dir.), *Actas I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 120.

[70]VILLACAMPA ESTIARTE en: TAMARIT SUMALLA (coord.), *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*, 2017, 62.

En el estudio del sujeto activo la doctrina ha solido recurrir a otro tipo de argumentaciones de tipo criminológico o, en general, no estrictamente jurídico-penal.

En las explicaciones sobre los delincuentes sexuales contra menores, que se ha visto intensificada por el pánico moral, se han detectado dos manifestaciones concretas de lo que se ha denominado *"technopanics"*. Por un lado, está el denominado horror a la pornografía digital de menores, surgido a mediados de los años 90 del pasado siglo, y, por otro lado, en lo que aquí interesa, está el pánico a los depredadores sexuales online[71]. La imagen que dan los medios de comunicación sobre los delitos sexuales que se cometen contra menores ha tenido como consecuencia la creación de un prototipo de ofensor sexual que no necesariamente coincide con la realidad[72].

En los supuestos de child grooming lo que se pretende es reaccionar ante el peligro que suponen las solicitudes sexuales a menores por medio de las TICs, respondiendo al estereotipo del *"stranger danger"*. Pero el recurso a este estereotipo, el *"stranger danger"*, conduce a error, ya que crea la idea de que la mayoría de los delitos sexuales sobre menores se cometen por un desconocido, cuando en realidad suele ser alguien cercano al menor o de su círculo familiar[73].

Los predadores sexuales se han caracterizado por ser personas aisladas, con problemas para socializar, pedófilos; suelen emplear las redes sociales o chats a través de internet para ponerse en contacto con las víctimas y, normalmente, haciéndose pasar por un menor de edad. Aunque a pesar de toda la información que se puede llegar a encontrar, siguen existiendo ciertos mitos acerca de los depredadores sexuales[74]:

- Se tiene la creencia de que la atracción sexual hacia los niños es algo que solo ocurre en países desarrollados, modernos y tecnológicamente avanzados. A pesar de

[71]A estas dos manifestaciones se refiere VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 87.
[72]Así lo advierte SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP). Análisis típico y propuesta interpretativa*, 2016, 169-170.
[73]El child grooming se relaciona inmediatamente con internet, por lo que se entiende que solo pueden contactar con el menor desconocidos, pese a encontrarse muchos supuestos de grooming en el círculo cercano del menor, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 17.
[74]Sobre las explicaciones del texto véase, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 87-93.

esto, se debe recordar de que el abuso o agresión sexual a menores también existe fuera de internet.

- Se ha extendido la idea de que el abuso sexual infantil ha sido facilitado gracias a las redes y a internet, debido a que normalmente el abuso sexual a menores es realizado por extraños. Se sigue manteniendo la idea de que los abusadores o agresores sexuales son personas desconocidas por los menores. Aunque se ha demostrado en las estadísticas que el 95% de los menores víctimas de abusos conocen a los agresores, y más concretamente, el 60% de las víctimas conocen a su agresor por pertenecer este a un entorno cercano[75], una cuarta parte de las víctimas sufren abusos por parte de un miembro de la familia, mientras que solo un 14% de las víctimas no conocen a sus agresores[76].
- Otro de los mitos se refiere a la idea de que el abuso sexual infantil está menos generalizado en sociedades con estructuras familiares sólidas. La mayor parte de las noticias sobre abuso sexual infantil son de familias de clase media que permiten a sus hijos navegar por internet en su habitación o de padres que no tienen tiempo para estar supervisando a sus hijos. De aquí se deduce que el abuso sexual no ocurre en bases familiares sólidas.
- Se debe hablar también de la pedofilia como patología individual. Los abusadores sexuales son considerados hombres sucios y viejos. Ahora bien, hay abusadores sexuales de todo tipo, dentro del entorno familiar, en colegios o escuelas, por parte de personas respetables y también hay abusadores sexuales mujeres. Todo esto pone en duda la idea de que la pedofilia es una patología individual que se identifica con aquella imagen descrita al inicio. Aunque otro de los mitos que se deben desmentir es que la mayoría de los abusadores sexuales no son pedófilos. Además, los

[75] Desde la perspectiva del delito que aquí nos ocupa, sería el caso de la SAP Cantabria núm. 432/2017, de 18 diciembre, en el que los abusos se cometen por parte de una persona del entorno de la menor, en este caso concreto, el sujeto activo abusó sexualmente de la menor previamente y, al cambiar de domicilio, empezó a mandarle mensajes a través de Whatsapp.

[76] SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP). Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 170; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 68.

abusadores sexuales no son siempre adultos, también los hay jóvenes, a veces de edades muy cercanas a las de las víctimas[77].

- El último de los mitos es el que habla de las víctimas. Se tiene el pensamiento de que todos los menores son víctimas inocentes. A estos menores se les da una gran libertad en internet, les aporta libertad de expresión y de pensamiento, internet les proporciona sensación de libertad. Precisamente esa libertad es la que puede ocasionar que los menores sean más arriesgados en internet, lo que puede conllevar a establecer contacto con personas que no conocen.

En las explicaciones del sujeto activo también se puede hacer una diferencia entre un delito de acoso normal y un delito de acoso cibernético; normalmente, el acosador que se acerca al menor en un espacio físico pretende obtener una sensación de poder, de dominio o de control, y por lo general, no es consciente del daño que inflige. Mientras que el acosador que se acerca al menor en el espacio cibernético, suele tener un mayor nivel de empatía con las víctimas y no tiene un gran nivel de desviación sexual[78].

Además, también se puede clasificar la figura del groomer en función de los siguientes parámetros[79]: En primer lugar, tenemos a *"*los victimarios que buscan intimidad o *Intimacy-Seeking"*. A este grupo pertenecen los varones que no tienen ninguna condena por delitos sexuales; consideran que mantienen una relación consentida con la víctima. En segundo lugar están *"*los ofensores de estilo adaptable o *Adaptable Style"*. Los miembros de este grupo ya tienen alguna condena por delitos sexuales previos; se caracterizan porque adaptan su identidad a la forma que tiene la víctima en la red. Y en tercer y último lugar se encuentran *"*los hipersexualizados o *Hyper-Sexualized"*. Se caracterizan por tener grandes colecciones de pornografía infantil, además de tener contacto con otros depredadores sexuales; suelen tener diversos perfiles online.

[77]VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 68.
[78]Hace esta distinción, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 183.
[79]Sobre esto, véase VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 73-74.

1.3. Sujeto pasivo

Al igual que en el apartado anterior, en las explicaciones sobre el sujeto pasivo del delito se puede recurrir a un enfoque de tipo dogmático o a uno de tipo criminológico y victimológico.

Desde la primera perspectiva la explicación es sencilla: el sujeto pasivo del delito (y de la acción) ha de ser un menor que no haya cumplido aún la edad de dieciséis años. Así se dispone expresamente en el art. 183 ter 1 CP.

Desde la otra perspectiva las explicaciones teóricas están más abiertas, como se va a comentar a continuación.

También hay una clasificación de las víctimas, cuya tipología ha surgido a raíz de los relatos de los ofensores[80]. Por un lado, tendríamos a *"*las víctimas vulnerables*"*. Se refiere a aquellas víctimas que necesitan un mayor nivel de atención y afecto; pueden tener una relación complicada con sus padres o en el entorno familiar, creen que desarrollan una auténtica relación con el groomer, además puede que no quieran denunciar la situación porque quieren seguir en contacto. El otro gran grupo sería *"*las víctimas que asumen riesgos*"*. A este grupo pertenecen los menores que suelen mostrar un comportamiento desinhibido, quieren buscar aventuras, suelen sentir que tienen el control de la situación, incluso han podido dar la impresión al groomer de que efectivamente mantienen el control de la situación, aunque pierden esa seguridad cuando llega el momento del encuentro en el espacio físico.

En general, el 60% de los casos las víctimas suelen ser mujeres mientras que el 40% son hombres[81], tanto si el grooming procede de adultos o es entre iguales[82].

Como ya se ha adelantado en otro lugar, en la reforma de 2015 se ha modificado el límite de edad del sujeto pasivo, pasando del límite de trece años en la reforma de 2010 al límite

---

[80]Véase, para más detalles, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 76-77.
[81]VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN, *RECPC 18-02* (2016), 10.
[82]Dentro de estos porcentajes, el grupo mayoritario que de víctimas se centró entre los quince o dieciséis años, como ha constatado VILLACAMPA ESTIARTE, en: TAMARIT SUMALLA (coord.), *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*, 2017, 72.

de dieciséis años en la regulación actual debido a la elevación de la edad mínima para otorgar consentimiento en el ámbito sexual[83].

Como ya se comentó anteriormente, el anterior límite de edad de trece años fue objeto de crítica por el Grupo Popular durante la tramitación parlamentaria de la reforma de 2010, en el que se indicó la conveniencia de elevar la edad a dieciséis años y de incluir a las personas con discapacidad como sujetos pasivos, ya que estos segundos pueden llegar a ser más frágiles mental y físicamente[84]. Hay diversos grados de discapacidad, por ello, hay personas con discapacidad que pueden ser equiparables a los menores en el grado de inmadurez para dar el consentimiento en el ámbito sexual, por lo que podría plantearse incluirlos en la redacción del precepto, máxime porque cuando el DP propone equiparar menores y personas con discapacidad se refiere a estos como personas con discapacidad necesitadas de especial protección[85].

Con la elevación de la edad ahora el titular del bien jurídico protegido es un menor de hasta dieciséis años; gracias a esta elevación se abarca un gran abanico de menores, incluidos los adolescentes hasta que cumplen los dieciséis años, siendo estos los que más uso hacen de las TICs y, por tanto, son realmente los potenciales víctimas de esta modalidad delictiva[86]. Pues, como se ha destacado desde el punto de vista doctrinal, es necesario tener presente que la mayor parte de las proposiciones que se realizan en el mundo virtual se dirigen a

[83]Explican este cambio, por coherencia con la regulación general sobre los delitos de agresiones y abusos sexuales y la eximente del consentimiento del menor en materia sexual, entre otros, DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, 689; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª, 2016, 252; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 348; CANCIO MELIÁ en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2018, 9400.

[84]Sobre esa propuesta, véase, entre otros, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 254; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª, 2016, 252; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 347.

[85]VILLACAMPA ESTIARTE, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 159.

[86]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 255.

menores de entre quince y diecisiete años debido a que cuentan con experiencias sexuales previas y a que el objetivo es mantener una relación sentimental consensuada con ellos[87].

El motivo de la elevación de la edad no viene condicionado porque el grupo de potenciales víctimas en este delito sea el de los adolescentes en edades entre quince y dieciséis años; el cambio es consecuencia, como se ha indicado, de la elevación de la mayoría de edad en materia sexual en la reforma de 2015 a los dieciséis años. Si bien para el delito que nos ocupa este límite de edad puede tener cierto sentido, por lo que se ha explicado antes, cuando la valoración se hace desde los genéricos delitos de abusos sexuales es negativa, llegando a considerarse por un sector de la doctrina como error histórico[88].

Ahora bien, a pesar de que la edad del sujeto pasivo ha quedado fijada en dieciséis años, se debe mencionar que este delito también está abarcado por el art. 183 quáter CP, precepto que establece la exención de la responsabilidad penal del sujeto activo si el menor de dieciséis años da su consentimiento válidamente. Más adelante se explicarán los aspectos más relevantes de esta regulación.

1.4. Conducta típica del delito

La conducta típica del delito es compleja, pues está formada por tres acciones: contacto con el menor a través de las TICs, proposición de un encuentro con el menor y realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

Estas tres acciones son todas ellas elementos necesarios para que quede configurado el delito del art. 183 ter CP; a pesar de haber varios autores que defienden que se trata de un tipo mixto acumulativo[89], no sería el caso, ya que el tipo mixto acumulativo significa que se

---

[87]Así lo afirma NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 184.

[88]RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 622; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 255.

[89]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 245; GÓMEZ TOMILLO en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, 2015, 530; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 256; DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 190-10* (2017), 9.

describen varias acciones, pero con que se realice una ya hay delito. Y en el art. 183 ter se necesitan las tres acciones, con una sola no hay delito todavía.

El tipo se configura por la unión de varias acciones típicas, dichas acciones no han de acumularse solo, también han de verificarse. La conducta típica necesita de dos acciones principales que han de comprobarse de forma consecutiva, es decir, primero se debe contactar con el menor y luego proponerle tener un encuentro, en cuanto a la tercera acción, esta es accesoria de la segunda, debe acompañar a la propuesta, por lo que se debe comprobar posterior o incluso simultáneamente[90].

1.4.1. Contacto con el menor a través de las TICs

Tal como se describe en el precepto que se comenta, el contacto entre sujeto activo y sujeto pasivo debe realizarse a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación.

La descripción abarca un gran abanico de medios de comunicación, desde los más tradicionales a los más recientes[91]. Por ejemplo, en la SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2014[92], el ciberacosador usa la plataforma de *Milanuncios.com* para establecer contacto con una menor de 12 años; no usa las redes sociales o correos electrónicos, usa una plataforma de compraventa de productos entre particulares para poder establecer el contacto con la menor. La referencia abierta en el art. 183 ter 1 CP a cualquier tecnología de la información y la comunicación abarca este supuesto y, claro está, permitirá adaptar este tipo penal a la aparición de nuevos medios y formas de comunicación como consecuencia de los avances tecnológicos. También nos encontramos con el caso de la STS de 26 de julio de 2018[93] donde la plataforma utilizada para establecer el contacto se trata de una aplicación de

[90]Véase, en este sentido, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 256-257.
[91]Así lo reconocen, entre otros, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 165; FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 161.
[92]SAP Barcelona núm. 1055/2014, de 22 de diciembre.
[93]STS núm. 393/2018, de 26 julio.

internet de contactos sexuales, en este caso ya estaría clara la intención tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo.

Se tiene que demostrar que la acción de contactar se realiza a través de alguno de los medios referidos en el art. 183 ter 1 CP. Es muy importante para la verificación de este delito que se hayan utilizado los medios descritos, pues de ocurrir en el espacio físico sin mediar internet ni ningún tipo de tecnología se tiene que prescindir de la aplicación de este precepto. Por ello se ha planteado la posibilidad de que se tipifique penalmente también el denominado offline grooming[94].

Comenzando por la primera de las acciones que dan contenido a la conducta típica, la acción de contactar, este verbo se define por la RAE como establecer contacto o comunicación con alguien, de modo que la acción se podría verificar al establecer una comunicación con el menor, lo que conlleva hacerle partícipe, explicarle algo, darle algún tipo de información[95].

Se presenta la duda de si es necesaria la respuesta por parte del menor. Para un sector de la doctrina sí es necesaria tal respuesta, no considerándose que se cumpla la primera fase, el contacto, si solo hay envío de mensajes, correos electrónicos o Whatsapp por parte del sujeto activo[96]. Es decir, si el menor no contesta a ninguno de los mensajes se entenderá que no hay contacto[97], pues el envío de un mensaje sin recibir contestación alguna, no supone un peligro para el bien jurídico protegido[98].

---

[94]Los supuestos de offline grooming son aquellos casos de preparación del menor para fines sexuales sin utilizar teléfono móvil, internet o cualquier otro medio tecnológico. Sobre esta modalidad, véase GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 257-258. Se plantea su posible tipificación penal, VILLACAMPA ESTIARTE, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 161-162.

[95]Explica de esta manera la realización de esta primera conducta, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 258.

[96]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196.

[97]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 193.

[98]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 259.

Se deben tener en cuenta todas las posibilidades. Es decir, siempre se da por hecho que va a ser el sujeto activo el que establezca contacto con el menor, pero también puede ocurrir que sea el propio menor el que inicie el contacto con el sujeto activo[99]. Se denomina *"contacto inicial"* en el caso de que es el sujeto activo quien establece el contacto con el menor y *"contacto derivado"* para el caso de que el menor sea quien establezca contacto con el sujeto activo. Para que el contacto derivado sirva para la construcción de la primera de las acciones es necesario que el sujeto activo responda al menor, y se producirá la misma cuando efectivamente se produzca la contestación, no antes[100], lo que tiene su relevancia a efectos de establecer el comienzo de la ejecución del delito. Un claro ejemplo de *"contacto derivado"* lo tenemos en la SAP de Madrid (Secc. 29º) de 12 de diciembre de 2018[101] donde la menor empezó a seguir al acusado a través de la plataforma YouTube, el contacto se inició por parte de la menor ya que escribió un comentario defendiendo al acusado y este le respondió.

De no aceptarse la interpretación acabada de citar podríamos estar ante una laguna de punibilidad, pues en el caso de que sea el propio menor el que inicie el contacto, el sujeto activo podría tomar ventaja de esta situación y pasaría directamente a las fases de propuesta de concertar un encuentro o se las arregla para que sea siempre el menor el que establezca el contacto[102]. Como ejemplo de *"contacto derivado"*, que sí se admite que está abarcado por el tipo penal, está el caso de la STS de 22 de septiembre de 2015[103], donde una menor publica un anuncio buscando empleo en la plataforma *chtlanunclos.com* el sujeto pasivo aprovechó esta situación para responder al anuncio publicado por la menor.

Pueden plantearse otras situaciones, como que el sujeto activo mande el mismo mensaje a varios destinatarios y sea el menor el que acepte el mensaje, por lo que ya se establecería el contacto[104]. Por lo general este será el procedimiento utilizado, esto es, el sujeto activo enviará el mismo mensaje o mensajes similares a varios menores a la espera de que alguno

[99]DE LA MATA BARRANCO, *RECPC XIX 19-10* (2017), 11.
[100]Sobre estas explicaciones, véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 193.
[101]SAP de Madrid núm. 716/2018, de 12 diciembre.
[102]Sobre esta posible laguna de punibilidad de no admitir el contacto derivado como forma de contacto, GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 246.
[103]STS núm. 527/2015, de 22 septiembre.
[104]Sería el caso de SAP Tarragona núm. 135/2015 de 8 abril, en la que el sujeto activo contactó con varias menores a través de videollamadas con la red social Facebook.

responda[105]. En la STS de 21 de marzo de 2017[106] se da el caso de que el sujeto activo a través de la red social Twitter contacta con varias menores de edades entre los once y los catorce años, pero en este caso no consiguió que ninguna de las menores le mandara alguna fotografía o quedara personalmente con él. Otro caso es el resuelto en la STS de 24 de febrero de 2015[107] en la que el acusado tiene abiertas cuentas en varias redes sociales para poder tener más medios con los que comunicarse.

También es frecuente el caso en el que el *"contacto inicial"* no se ha producido en el mundo virtual, sino que ha sucedido en el mundo físico, por lo que tal contacto no servirá para dar por realizada la primera de las acciones que sirven para la construcción del tipo penal. Pero si luego a ese contacto en el mundo físico le sigue uno en el mundo virtual, ya nos encontraríamos en el delito que nos ocupa. Es importante destacar esta forma de contacto, porque muchas veces el sujeto activo puede conocer al menor en el mundo físico[108]. Sería el caso de la STS de 10 de diciembre de 2015[109], donde el acusado conoció a la menor en el mundo físico, y cuando tuvo sus datos le mandó una petición de amistad a la red social Facebook.

La acción de contactar por sí sola no constituye el hecho típico, pues es básico averiguar el objetivo o finalidad del contacto. En ocasiones puede que con esta acción ya aparezca la siguiente, la propuesta de encuentro, pero en otras ocasiones no será así, se va a realizar solo la acción de contactar, esta puede prolongarse en el tiempo, y solo cuando se alcanza un mínimo nivel de confianza se pasará a la siguiente fase, la propuesta de encuentro. Por otro lado, es preciso entrar a analizar de qué manera se produce la propuesta de encuentro, pues solo tendrá relevancia a efectos de este delito si en el momento del primer contacto o en actos sucesivos aparece la propuesta de encuentro de tipo sexual. Cuando los mensajes o llamadas contestadas no contienen una proposición explícita, pero tienen la esencia del delito de grooming y, además, se realicen por alguno de los medios que exige esta figura

[105]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 259.
[106]STS núm. 174/2017, de 21 marzo.
[107]STS núm. 97/2015, de 24 febrero.
[108]Así lo afirma, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 193-194.
[109]STS núm. 864/2015, de 10 diciembre.

delictiva, se entenderán que son típicos a efectos de este delito, porque integran la acción de contactar[110].

1.4.2. Proposición del encuentro

Una vez realizado el contacto a través de los medios tecnológicos, en el mismo acto o con posterioridad ha de realizarse la segunda de las acciones necesarias para la construcción del tipo, esto es, el sujeto activo debe proponer un encuentro con el menor.

La propuesta ha de tener un contenido, concertar un encuentro con el menor, es decir, tendrá que realizarse dentro del proceso del grooming. Pero para que pueda considerarse típico se deberá poder encontrar dentro de todos los mensajes enviados al menor alguno que contenga esa proposición[111].

Aunque en el Convenio de Lanzarote y en la Directiva 2011/92/UE no se aclara nada sobre este particular, la propuesta del encuentro puede aparecer directamente en el mismo primer contacto o a través de unos mensajes previos a los que el menor contesta y más adelante es cuando el sujeto activo propone el encuentro[112].

Desde una interpretación restrictiva, el menor tiene que aceptar la propuesta por parte del sujeto activo. Atendiendo al bien jurídico protegido, la proposición debe ser siempre realizada por parte del sujeto activo y el menor debe responder a esos mensajes, debido a que la reacción de la víctima posibilita afirmar la existencia de una afectación a la indemnidad sexual de la víctima; siguiendo esta interpretación, aquellas propuestas que contengan actos materiales encaminados al acercamiento pero que el menor no llegue a ver o decida no contestarlos, se entendería que no hay peligro alguno para el bien jurídico

---

[110]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 260-261.

[111]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 261.

[112]VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 175-176; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 261.

protegido[113]. Pero el art. 183 ter 1 CP no exige la necesidad de aceptación por parte del menor ante la propuesta hecha por el sujeto activo, solo se requiere que el sujeto activo le proponga el encuentro[114]. Y puede suceder, como el caso resuelto en la STS de 27 de marzo de 2017[115] que el sujeto activo proponga el encuentro a la menor, pero sea la propia menor la que ofrezca su domicilio particular aprovechando la ausencia de sus progenitores.

Para entender que el sujeto activo ha hecho una propuesta de un encuentro al menor hará falta más que sugerencias e insinuaciones para realizar este requisito típico. Tendrá que llevarse a cabo una conducta con el propósito de establecer un encuentro con el menor, como puede ser fijando un lugar concreto donde quedar o una hora específica[116]. Además, no entrarían dentro del tipo las propuestas poco serias o ambiguas realizadas por el sujeto activo, deben ser propuestas serias[117].

Por regla general, el encuentro que se propone al menor debe ser de carácter personal o físico, aunque el menor no tiene por qué haberlo aceptado, si se atiende al tenor literal del precepto[118]. A pesar de esto, se ha planteado la posibilidad que dicho encuentro fuese solo virtual, teniendo en cuenta las opciones que nos ofrecen las TIC[119], aunque si se aceptara el encuentro virtual, entonces el requisito típico referido a que han de realizarse actos materiales encaminados al acercamiento no tendrían sentido[120], por lo que es razonable entender que el encuentro no puede ser virtual[121].

Ahora bien, esto no significa que el encuentro virtual resulta irrelevante penalmente. Porque si por ejemplo, el encuentro se hace virtual a través de una webcam, en la que el

---

[113]VILLACAMPA ESTIARTE, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 162.
[114]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 194; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, 2015, 530.
[115]STS núm. 199/2017, de 27 marzo.
[116]MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, 2013, 160.
[117]DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 12.
[118]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 13.
[119]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 247.
[120]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 262.
[121]DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 13.

sujeto activo convence al menor para que realice alguna actividad de ámbito sexual, porque el encuentro se ha realizado de esta manera el hecho no se podría subsumir en el art. 183 ter 1 CP, pero como el menor ha realizado una conducta de naturaleza sexual, dependiendo de la clase de conducta realizada podrá constituir un delito de abusos sexuales –arts. 183, 183 bis- o un delito de pornografía infantil[122].

La propuesta por parte del sujeto activo, tiene que ser activa, como enviar un correo electrónico, un Whatsapp, mensajes a través de redes sociales, es decir, no cabe una propuesta por omisión. Además se deben tener en cuenta los actos materiales encaminados al acercamiento en dicha propuesta. En esta fase se pueden dar diversas situaciones. Por ejemplo, el sujeto activo propone un encuentro al menor con actos encaminados al acercamiento, pero el menor no responde. O el sujeto activo propone un encuentro al menor, también con actos materiales encaminados al acercamiento, el menor responde, pero con una negativa. En ambos casos, los dos sucesos entrarían dentro de la tipicidad. También entraría dentro de la tipicidad el caso en que el menor acepte encontrarse con el sujeto activo, pero finalmente aquel no aparece en el lugar de encuentro acordado[123].

1.4.3. Realización de actos materiales encaminados al acercamiento

La propuesta de un encuentro debe ir acompañada seguidamente de actos materiales encaminados al acercamiento.

Para poder acreditar la consumación del delito del art. 183 ter 1 CP debe poder probarse esos actos materiales encaminados al acercamiento al menor de dieciséis años por parte del sujeto activo.

Estos actos deben trascender el contacto a través del mundo virtual y llegar a lograr la relación personal que el sujeto activo propone al menor[124], si bien un sector doctrinal ha

[122]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 194.
[123]Sobre todos los supuestos diferenciados en el texto, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 263-264.
[124]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196.

entendido que el propósito es el encuentro con el menor, tanto en el mundo virtual como en el mundo físico[125].

Algunos ejemplos que se mencionan como actos materiales encaminados al acercamiento en el espacio físico serían que el sujeto activo acuda al lugar acordado con el sujeto pasivo para el encuentro, que compre un billete para desplazarse al lugar del encuentro, etc[126]. En cuanto a los actos materiales encaminados al acercamiento en el espacio virtual podrían ser volver a contactar con el menor a través de las TICs y, por ejemplo, mandar una fotografía o un video ligero de ropa al menor y pedirle que haga lo mismo[127].

Ya se ha aclarado en el apartado anterior que no parece ajustarse al tenor literal del precepto el supuesto en el que la propuesta de encuentro se refiera al mundo virtual, pues carecería de sentido la exigencia de realizar actos materiales encaminados al acercamiento, ya que estos solo tienen sentido si el encuentro entre el sujeto activo y el sujeto pasivo se da en el espacio físico; para ser respetuosos con el principio de legalidad, da lugar a este delito solo los actos encaminados al acercamiento o encuentro en el mundo físico[128]. Otra cosa es que el encuentro virtual sea atípico penalmente, pues se puede recurrir a otras figuras delictivas para su prevención y castigo, entre otras, el delito de pornografía infantil, como ya se comentó anteriormente[129].

El legislador español habla de actos en plural; los actos tienen que ir enfocados al acercamiento con el menor, esto es, se exigen acciones que demuestren la posibilidad de que se produzca un encuentro presencial y real entre el sujeto activo y el menor de dieciséis años[130].

---

[125] GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 247.
[126]NÚÑEZ FERNANDEZ, *ADPCP* 2012, 199; TAMARIT SUMALLA en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 348; DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 14.
[127]FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 73.
[128]VILLACAMPA ESTIARTE en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho española las demandas normativas supranacionales de protección*, 2015, 163, 177-178; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 269-270.
[129]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 248.
[130]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 268.

La consumación del delito del art. 183 ter 1 CP podrá darse por acreditado cuando se prueben los actos materiales encaminados al acercamiento entre el sujeto activo y el menor de dieciséis años[131]. En este punto sobre el *iter criminis,* el término *"*actos materiales*"* puede llegar a confundirse con los *"*actos ejecutivos*"*, pero son términos diferentes, ya que los *"*actos materiales*"* se refieren al acercamiento, mientras que los *"*actos ejecutivos*"* se refieren a la comisión del delito. El adjetivo *"*materiales*"* hace referencia a que esos actos deben ser tangibles, perceptibles por los sentidos, y para ello necesitará que se hagan a través de una actuación física que facilite el encuentro entre el sujeto activo y el menor[132].

A la hora de aportar pruebas para interponer una denuncia nos encontramos con ciertos problemas en cuanto a los indicios y pruebas necesarios para poder iniciar la investigación y para poder identificar al ciberacosador. En estos casos, la figura del agente encubierto puede ser muy importante para poder establecer un contacto con el ciberacosador con el fin de desvelar su identidad[133].

En la STSJ de Aragón de 14 de diciembre de 2017[134], se pueden observar todos los elementos del delito de online child grooming de una manera muy clara, en primer lugar, el acusado que posee un bar contacta con los menores a través de Whatsapp, más adelante les invita a merendar o a la consumición, en los mensajes posteriores les pide mantener relaciones sexuales de manera explícita. Se puede ver de manera gradual como primero establece contacto, se gana su confianza, hasta que consigue su propósito de abusar sexualmente de ambos menores. Los actos materiales encaminados al acercamiento en este caso serían cuando el sujeto activo les invita a merendar o a la consumición en su bar.

---

[131]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 267.

[132]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 268-269.

[133]Sobre el agente encubierto, PANIZO GALENCE, *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses XV* (2011), 5-8.

[134]STSJ de Aragón núm. 29/2017, de 14 diciembre.

2. Tipo subjetivo del delito

Desde el punto de vista subjetivo, solo se ha tipificado la modalidad dolosa, pues, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 12 CP, no se ha previsto expresamente la forma imprudente de este delito.

El dolo tiene que abarcar todos y cada uno de los elementos típicos, esto es, el sujeto activo tiene que saber (y querer) que está realizando un contacto con menores a través de las TICs, que propone concertar el encuentro con alguno de ellos, que esta propuesta está acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.

Pero con esto no es suficiente para que el tipo subjetivo del delito se cumpla. Es preciso que concurra un elemento subjetivo añadido, además es el elemento central del delito, pues sin él las conductas realizadas por el sujeto activo no tienen relevancia penal, al menos no desde la perspectiva de esta figura. En el texto legal aparece vinculado con la segunda acción o fase del delito, la propuesta de concertar un encuentro con el menor; este elemento subjetivo literalmente aparece mencionado con la expresión *"*a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 a 189*"*.

Como se exige este especial elemento subjetivo del injusto, para un sector de la doctrina el tipo penal solo puede ser cometido con dolo directo de primer grado[135]. En concreto, se ha afirmado que se está ante un delito de tendencia interna trascendente en el que no hay congruencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo, es decir, la conducta del sujeto activo y lo que pretende el sujeto activo; lo que quiere el sujeto va más allá de los elementos necesarios para la consumación formal del delito. Se llega a la consumación formal del delito antes de que se llegue a la lesión del bien jurídico protegido. Por otro lado, también se trata de un delito mutilado de varios actos, lo que nuevamente es otro argumento para concluir que es un delito de consumación anticipada, ya que la última acción, la de realizar la conducta subsumible en el delito sexual, no es necesario que se lleve a cabo realmente, la

[135]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 248-249; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* (2012), 195.

consumación se adelanta a la fase en que realiza la propuesta de acercamiento con esta finalidad[136].

Este especial elemento subjetivo del injusto será el que más problemas presente a la hora de determinar su existencia[137]. En la práctica, será muy difícil probar la existencia de este elemento subjetivo, y lo normal será recurrir a la prueba indiciaria a no ser haya una manifestación explicita por parte del sujeto activo de la intención que tiene con el menor. En el caso de recurrir a la prueba indiciaria, también presentaría problemas, debido a que el acercamiento por parte del sujeto activo al menor tiene cierta ambigüedad, de la que en la mayoría de los casos no se puede presumir su existencia sin infringir el principio de presunción de inocencia. Todo esto ha llevado a que ciertos autores consideren este delito como un delito de sospecha, lo que vulnera el principio de culpabilidad. Puede resultar imposible demostrar la intención del sujeto activo de querer cometer un delito sexual contra el menor, debido a que no se puede saber con carácter previo como actuara el sujeto activo en un encuentro físico con el menor[138].

2.1. La finalidad de cometer alguno de los delitos del art. 183 o 189 CP

Como ya se ha comentado en otro lugar, el antiguo delito reformado en 2010 aludía a la comisión de alguno de los delitos tipificados en los arts. 178 a 183 o 189. La reforma de 2015, de manera acertada, ha limitado la aplicación del delito que se comenta cuando la finalidad de la propuesta de encuentro va dirigida a cometer un delito de los tipificados en el art. 183 o en el art. 189[139].

La referencia al delito de prostitución infantil va a plantear problemas de interpretación, desde el momento en que se pueden plantear dificultades para diferenciar este delito del

[136]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 195.
[137]Así lo afirma, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 250.
[138]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* (2012), 197-198.
[139]Aplaude este cambio CANCIO MELIÁ, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, 2018, 9409.

propio delito de online child grooming[140]. Por otra parte, el art. 189 CP contiene un repertorio muy amplio de conductas que trascienden los actos de producción de pornografía infantil, por lo que puede generarse la duda de si la finalidad ha de ir referida a unos supuestos específicos o si, por el contrario, afecta a todo el contenido del art. 189.

Un sector de la doctrina entiende que se ha de referir a las conductas del art. 189.1 a) CP[141], que son las siguientes:

- El que captare o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier tipo de material pornográfico.

- El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad.

En este mismo apartado se ha introducido en la reforma de 2015 la siguiente definición de pornografía infantil: *"*Se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección*"*:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad participar en una conducta sexualmente explícita y sea real o disimulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad con fines sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

---

[140]RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 622; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 348.

[141]Véase, en este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 196.

Para otro sector doctrinal, como no se ha hecho ninguna especificación, al contrario, se hace una remisión en bloque al art. 189 CP, el delito se cometerá cuando la propuesta se haga con la finalidad de cometer cualquiera de las conductas descritas en este precepto, si bien sí se reclama una reforma legislativa para que se limite a determinados apartados del art. 189 CP, pues la previsión actual parece resultar excesiva[142]. En esta línea, el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/92/UE limitan el alcance del ámbito subjetivo a los actos relacionados con la producción de pornografía infantil, pero deja fuera al resto de acciones derivadas o relacionadas con la pornografía como es la oferta, distribución o posesión[143].

Fuera del especial elemento subjetivo ha quedado la finalidad de cometer algún delito de prostitución de menores. Para un sector doctrinal, tal extensión podría tener sentido, pero el legislador español no lo ha considerado así[144]. Si bien, sobre este particular se ha justificado esta omisión desde el momento en que el art. 188.4 CP contempla con mayor sanción la solicitud de una relación sexual a cambio de una remuneración, propuesta que puede perfectamente realizarse a través de las TICs[145].

2.2. El error de tipo

Como se ha indicado anteriormente, solo se ha tipificado la modalidad dolosa, y el dolo del autor debe abarcar todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo, en particular y especialmente, también la edad del sujeto pasivo. Es decir, el sujeto activo debe tener constancia de que está contactando con un menor de dieciséis años con el objetivo de cometer un delito de naturaleza sexual.

Es este un elemento constitutivo del tipo penal, por lo que el error del sujeto activo sobre la edad del sujeto pasivo ha de ser sometido al tratamiento del error de tipo del art. 14.1 CP. Y en este caso con el añadido de que, aun cuando se trate de un error fácilmente vencible,

---

[142]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 266; DE LA MATA BARRANCO, *RECPC 19-10* (2017), 17.
[143]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197.
[144]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 250.
[145]De esta opinión, BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2016, 206.

habrá que excluir el dolo, lo que se traduce en impunidad, pues no se ha previsto la comisión imprudente de esta modalidad delictiva (y, por cierto, de ningún otro delito contra la libertad sexual)[146]. Como ejemplo de aplicación de la teoría del error de tipo, en la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2018[147] se absuelve a una mujer que había contactado y mantenido relaciones con un menor de edad sin saber que era un menor de edad.

La operatividad del tratamiento del error de tipo ha de ser valorada de manera cuidadosa, por la siguiente razón. Por un lado, a la vista de los medios que han de ser utilizados para contactar con menores, si se trata de un envío masivo de correos o si se entra en redes sociales, al tratarse de destinatarios desconocidos, el sujeto activo no va a tener conocimiento exacto de la edad de las potenciales víctimas, pero esto no va a significar que se haya de plantear el error sobre la edad de la víctima, pues es fácilmente aplicable el dolo en su modalidad de dolo eventual (referido al elemento concreto sobre la edad, por tanto, el dolo directo ha de ir referido a los otros elementos objetivos del tipo).

Como error de tipo, pero inverso, se va a plantear en los casos del agente encubierto, esto es, de la persona que se hace pasar por un menor de dieciséis años para descubrir a potenciales delincuentes sexuales. En el caso de llegar a darse, y el sujeto activo pensara que el agente encubierto es en realidad un menor de dieciséis años, cabría la posibilidad de que se apreciara como un caso de tentativa inidónea[148].

---

[146]Sobre el error sobre la edad de la víctima, GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 249; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 264, 265.
[147]STSJ Cataluña núm. 96/2018, de 19 noviembre.
[148]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 265.

3. El tipo cualificado

El art. 183 ter 1 CP establece al final del párrafo un tipo cualificado o agravado, para el caso de que el acercamiento por parte del autor se realice mediante coacción, intimidación o engaño[149].

Esta cualificación no venía establecida ni en el Convenio de Lanzarote ni en la Directiva 2011/92/UE. Supone, pues, una innovación por parte del ordenamiento jurídico español. Pero la redacción es mejorable técnicamente, pues literalmente se refiere a que el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, mientras que en el tipo básico se hace referencia a la conducta consistente en que se ha de hacer una propuesta acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. Parece, pues, que en este tipo cualificado se está exigiendo que haya acercamiento efectivo, y que este se haya logrado por la utilización de alguno de estos medios comisivos[150]. Ahora bien, si se plantea como tipo cualificado, entonces los requisitos típicos han de ser los mismos entre la primera y la segunda parte del apartado 1 del art. 183 ter CP, la única diferencia es que a los elementos del tipo básico se ha de añadir uno de los medios comisivos que se van a explicar a continuación, y estos medios comisivos han de estar conectados o relacionados con la propuesta de acercamiento. Ha de haber, por tanto, una relación de causalidad, es decir, se debe demostrar que existe un nexo causal entre el uso de dichos medios comisivos y el acercamiento, esto es, se tiene que probar que el menor aceptó el acercamiento debido al uso de tales medios[151].

El primer medio comisivo citado en este tipo cualificado es la coacción. Es habitual en los delitos de grooming realizar algún delito contra la libertad. En concreto, el art. 172 CP define las coacciones como: *"*El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*"*. Este delito de coacciones establece una pena de prisión de seis meses a tres

[149]Se ha de interpretar como tipo cualificado, tal como justifica DOMÍNGUEZ RUIZ, en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 2017, 76.
[150]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 276-277.
[151]Véase, en este sentido, FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198.

años o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados, es decir, una pena prácticamente idéntica a la del delito contra la indemnidad sexual que aquí se está analizando, desde luego son penas iguales si nos fijamos en sus límites máximos. Pero, para el caso de que con la coacción se impida el ejercicio de un derecho fundamental, las penas de este segundo delito se imponen en su mitad superior, es decir, la misma regla de cálculo prevista para el delito de online child grooming[152].

La referencia a la coacción como medio comisivo resulta extraña en cuanto que para poder existir violencia (en el caso de violencia física) el acercamiento ya debe haberse verificado[153]. Por este motivo, en estos casos de coacción dentro del delito de online child grooming, se suele exigir una aproximación material, porque si no sería difícil ejercer los elementos de la coacción. A no ser que la violencia característica de la coacción se entienda en un sentido espiritualizado[154]. Por ello se ha señalado que la referencia a la coacción resulta difícil de entender, si nos quedamos con el concepto de violencia ejercida sobre otras personas y se descarta el concepto amplio de coacción utilizado para abarcar también la violencia sobre cosas o la violencia psíquica[155]. En el Auto de la Audiencia Provincial Madrid de 30 de mayo de 2018[156] se podría ver un caso de utilización de este medio comisivo, donde efectivamente se ha producido no solo el acercamiento, sino el contacto sexual propiamente dicho, ya que el menor mantiene relaciones sexuales debido a que el sujeto le amenaza con publicar videos e imágenes del menor explicitas en redes sociales.

El segundo medio comisivo es la intimidación. Según la RAE, intimidar supone la acción de causar o infundir miedo, inhibir.

Cuando se utiliza la intimidación por parte del sujeto activo para con el menor, no se plantean tantos problemas, pues la intimidación puede darse sin haber contacto físico, y

---

[152]MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 134.
[153]GÓMEZ TOMILLO en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, 2015, 532.
[154]Véase, para más detalles, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 277.
[155]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198.
[156]Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 467/2018, de 30 mayo.

puede ser previo al acercamiento. Sin embargo, y al igual que en las coacciones, nos encontramos con el problema de que en el CP se han tipificado diferentes modalidades delictivas en los delitos de amenazas, ya que la intimidación podrá verificarse a través de ellas, ya sea por internet o por teléfono, y en algunas de ellas las penas previstas son incluso superiores a las establecidas en el art. 183 ter 1 CP. Esto puede generar dos complicaciones de diferente índole, primera, si se quiere distinguir entre la intimidación de este delito y el delito de amenazas, tal distinción no va a resultar sencilla; segunda, y derivado de lo anterior, si no se puede encontrar una línea diferenciadora, entonces puede resultar que el sujeto sea castigado con menos pena por aplicación del delito tipificado en el art. 183 ter 1 último párrafo que si se castigara el hecho como delito de amenazas[157].

Dadas las similitudes penológicas que hay entre los delitos de coacciones y amenazas y este tipo penal, a veces incluso la pena es superior, y porque en muchas ocasiones la coacción o la amenaza podrá ser subsumida en alguna de aquellas infracciones contra la libertad, para evitar consecuencias penológicas difícilmente comprensibles, como que el sujeto resulte beneficiado porque se aplique el tipo que menor pena tiene asignada (el art. 183 ter.1), se ha reclamado la previsión de una disposición que evitara la aplicación del delito que nos ocupa si a través de la aplicación de otros preceptos penales el hecho resulta más gravemente penado. Como alternativa, ya que no se ha previsto tal regla concursal, se ha propuesto que, cuando el medio que use el sujeto activo para el acercamiento con el menor implica la comisión de un delito más grave (concretamente el delito de amenazas condicionales con mal constitutivo de delito), se tendrá que aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico del art. 183 ter 1 CP y el correspondiente delito de coacciones o amenazas[158].

Por último, el otro medio comisivo citado es el engaño. Es el medio comúnmente utilizado por el sujeto activo para establecer el contacto con el menor[159], aquel utiliza la mentira, se hace pasar por un menor, etc., lo que, a la larga le dará la oportunidad de poder realizar

---

[157]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 278.
[158]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 251.
[159]Así lo reflejan estudios empíricos llevados a cabo. Por ejemplo, véase lo explicado en SANTISTEBAN/GÁMEZ-GUADIX, *RV 6* (2017), 85.

actos de naturaleza sexual sobre el menor[160]. Un ejemplo del uso del engaño lo vemos en la STS de 22 de febrero de 2017[161] en la que el sujeto activo tenía un perfil falso con datos y fotos falsas para poder acercarse a la menor.

El engaño trae consigo dificultades a la hora de deslindarlo de la conducta del tipo básico, debido a que es común que en el tipo básico del art. 183 ter 1 CP puedan emplearse artimañas o argucias para establecer el contacto con el menor. Cuando el engaño sea un medio para ganarse la confianza del menor, contactar con él o para poder tener un encuentro, se entenderá que entra dentro del tipo básico del delito. Se debe poder diferenciar si el engaño utilizado tiene el objetivo de establecer contacto o hacer una propuesta de encuentro, como sería mentir sobre la edad o la identidad, por ejemplo, suplantando la identidad de algún conocido del menor y éste conteste pensado que es su conocido, el cual entraría dentro del tipo básico del delito; o si el engaño ha cumplido con el objetivo de realizar un acercamiento efectivo entre el sujeto activo y el menor como sería el caso de producirse un encuentro bajo la premisa de ayudar al menor con sus estudios. Es decir, para poder aplicarse el engaño como subtipo agravado del art. 183 ter 1 CP, dicho engaño debe ser suficiente para lograr el encuentro con el menor, un engaño que favorezca un abuso de confianza sobre el menor y que logre el acercamiento con fines sexuales[162].

[160]FERRANDÍS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 199; FERRO VEIGA, *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, 2013, 73.
[161]STS núm. 109/2017, de 22 febrero.
[162]GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 279.

4. Cláusula concursal del art. 183 ter 1 CP

La reforma de la LO 1/2015 no cambia la pena del anterior art. 183 bis de la reforma de la LO 5/2010, por lo que se sigue estableciendo una pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses; se impondrá la mitad superior cuando concurra alguno de los medios comisivos antes citados.

Sin embargo, al final del párrafo del art. 183 ter 1 CP se ha previsto una cláusula concursal específica. Concretamente, se establece que se impondrán estas penas *"*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*"*.

Ya en la versión originaria de 2010 se había previsto esta regla concursal, hecho que fue objeto de dura crítica doctrinal, desde el momento en que el delito que aquí se analiza parece estar construido como un acto preparatorio de los delitos de abusos sexuales o pornografía infantil, por lo que, si se llegaran a cometer estos delitos, la regla concursal debería ser no acumulando penas por los otros delitos en su caso cometidos, es decir, no las reglas del concurso de delitos, sino las del concurso de leyes. El argumento para defender esta solución es que, si se está ante un acto preparatorio, estamos ante supuestos de progresión delictiva, por tanto, las fases posteriores absorben a las fases anteriores[163]. Sobre este particular, además, se ha reclamado que se tenía que mencionar el concreto principio que ha de resolver el concurso de leyes, en de subsidiariedad expresa[164].

En efecto, la doctrina mayoritaria ha defendido que, de llegarse a cometer alguno de los delitos a los que va dirigido el delito de online child grooming, se han de aplicar las reglas del concurso de leyes, no las de delitos, como se deduce del tenor literal de art. 183 ter 1[165].

Pero, atendiendo al tenor literal del art. 183 ter 1, el legislador ha optado por la aplicación de las reglas del concurso de delitos. Se ha entendido que se han de aplicar las reglas del

[163]NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP* 2012, 204-205.
[164]VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 178.
[165]A favor del concurso de leyes SAP de Cádiz núm. 188/2014, de 30 mayo. De esta opinión, además de los autores citados anteriormente, véase, entre otros, GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 273-274; SÁNCHEZ-ESCRIBANO, *REDS 15* (2018), 14.

concurso real de delitos entre el art. 183 ter 1 CP y los delitos de indemnidad sexual de los arts. 183 y 189 CP. Un ejemplo de la aplicación de concurso real lo vemos en la STS de 8 de noviembre de 2017[166] donde se da el delito de ciberacoso sexual a menores del art. 183 ter 1 CP con las conductas contempladas en los arts. 183 y 189 CP.

Teniendo en cuenta la conducta del delito de child grooming, existen grandes posibilidades de que dicho delito entre en concurso con otros delitos de la misma naturaleza, pero distintos de los que se mencionan en el art. 183 ter 1 CP, por lo que se podría optar por un concurso medial[167].

En resumen, la cláusula concursal del art. 183 ter 1 CP dificulta el entendimiento del concurso de leyes del art. 8 CP y del concurso de delitos del art. 73 y ss. CP, por lo que se podría prescindir de ella. Pero el legislador español eligió mantenerla por lo que se deberá interpretar según el régimen del concurso de delitos, lo que supondrá que la aplicación de dicho concurso se encuentre condicionada por el delito que se cometa junto al delito del art. 183 ter 1 CP[168].

Las explicaciones realizadas hasta ahora se han centrado en los casos en los que se ha llegado a consumar el delito contra la indemnidad sexual del art. 183 o del art. 189 CP después de haber contactado con el menor y de haberle propuesto el encuentro. Pero también puede suceder que los delitos de abusos sexuales o pornografía se queden en fase de tentativa. Sobre este particular cabe hacer la siguiente aclaración. Desde una perspectiva material, proponer un encuentro al menor con el objetivo de realizar los fines comentados, como ya se ha comentado anteriormente, podría considerarse como un acto preparatorio del abuso sexual o del delito de pornografía infantil. Se debe considerar si cabe la posibilidad de subsumir dentro del art. 183 ter 1 CP actos que ya pueden llegar a constituir una tentativa de abusos o agresiones sexuales o, por el contrario, también aquí habría que plantear el concurso de delitos, con el matiz de que en los abusos o pornografía estos delitos estarían en tentativa. Si tenemos en cuenta que los delitos de los arts. 183 y 189 CP

[166]STS núm. 5805/2017, de 8 de noviembre.
[167]GONZÁLEZ TASCÓN, *EPC XXXI* (2011), 254-255.
[168]GÓRRIZ ROYO en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 276.

son de mera actividad, es imposible que en ellos se plantee una tentativa acabada, que correspondería con los delitos de resultado. Aunque sí que cabe concebir dentro de los delitos de mera actividad algunos casos correspondientes a una tentativa inacabada. Ahora bien, debido a las dificultades previstas que incluso se admita la tentativa inacabada en estos delitos, dadas sus características, cabe la posibilidad de que dichos actos acaben subsumiéndose en el delito del art. 183 ter 1 CP[169].

5. El consentimiento del menor como eximente: el art. 183 quáter CP

Hasta el año 2015 el legislador español había optado por fijar una edad mínima de trece años, por debajo de la cual se entendía que no podía existir consentimiento en el ámbito sexual[170]. En el preámbulo de la LO 1/2015 se justifica esta decisión de la elevación de la edad en el consentimiento sexual aludiendo a una necesidad de aproximación con otros países europeos y a una recomendación del Comité de la ONU[171].

La opción de establecer la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años se había sostenido anteriormente con diferentes argumentos, a saber, la mayor protección de los menores, la equiparación de la edad en relación con otros ámbitos jurídicos y, sobre todo, la menor capacidad de tomar decisiones sobre la sexualidad en la primera fase de la adolescencia, en la que el sujeto suele ser más manipulable[172].

Como se ha comentado, es en la reforma de la LO 1/2015 cuando se introduce dentro del Capítulo II bis del Título VIII, *"*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*"*, el art. 183 quáter para regular el consentimiento sexual del menor de dieciséis años,

---

[169]Así lo acaban concluyendo GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 266-267; SÁNCHEZ-ESCRIBANO, *REDS 15* (2018), 142.

[170]De esta opinión, entre otros muchos, RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª, 2015, 141.

[171]Sobre estas razones, para valorar si son o no ciertas en su totalidad, TAMARIT SUMALLA en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 341.

[172]Para una exposición sobre estos y otros argumentos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, 2016, 875.

como contrapunto a la elevación de la mayoría de edad sexual de trece a dieciséis años. Una regulación necesaria, porque no puede obviarse la realidad, y es que los adolescentes comienzan a mantener relaciones sexuales antes de esta edad, y sería absurdo y contrario a la lógica que el DP intente evitar este tipo de conductas realizadas entre adolescentes (entre iguales) con la amenaza de pena.

Este precepto establece la exclusión de la responsabilidad penal por los delitos que se encuentren dentro del mencionado Capítulo, por lo que abarca el delito de online child grooming, para aquellos casos en los que el menor haya dado libre consentimiento y el autor sea una persona en edad y grado de desarrollo y madurez parecidos a los del menor[173], por lo que aun cuando el menor de dieciséis años tenga una gran madurez se considerará delito cualquier acto sexual realizado con una persona sensiblemente mayor[174].

La cláusula del art. 183 quáter CP es bastante conocida en el ámbito anglosajón[175], más comúnmente denominada como *"Romeo and Juliet exception"* debido a la famosa novela de Shakespeare en la cual ambos enamorados se encuentran al inicio de la adolescencia. También es conocida y está regulada en otros países europeos donde se contemplan exenciones de la responsabilidad penal en el caso de que quienes mantengan relaciones tengan una edad o desarrollo aproximado[176].

El objetivo de establecer este artículo es el de no penalizar a los menores que mantienen relaciones sexuales entre ellos; a día de hoy, los adolescentes menores de dieciséis años ya mantienen relaciones sexuales, por lo que la inclusión de este precepto era absolutamente imprescindible, ya que facilita de manera clara que no se condene a los adolescentes por

[173]Sobre la aplicación en particular en este delito, véase SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP). Análisis típico y propuesta interpretativa*, 2016, 404-405.

[174]Así lo acaban afirmando, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª, 2015, 141; BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2016, 208.

[175]El objetivo es relativizar la excesiva rigidez y automatismo en la aplicación de consecuencias jurídicas por delitos sexuales, sobre todo, en los casos en los que el autor del delito de online child grooming sea un menor de edad. De esta opinión, entre otros muchos, GÓRRIZ ROYO, *Indret* 3/2016), 20.

[176]Sobre la regulación en Derecho Comparado, RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 630.

delitos sexuales cuando ambas partes otorgan un consentimiento libre y válido[177]. En la SAP Madrid de 5 de junio de 2018[178] tenemos el caso de que una menor que dio su libre consentimiento, aunque el sujeto activo es mayor de edad, pero debido a problemas psíquicos y a una escasa formación se le considera en el mismo nivel de madurez que la menor.

El alcance de la exención de la responsabilidad penal se limita solo al Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del CP. Para RAMOS VÁZQUEZ[179] constituye un error, ya que el legislador sigue sin ofrecer una solución a los desajustes que hay entre la diferencia entre la edad del consentimiento sexual y la mayoría de edad de los arts. 185, 186 y 189 CP. El consentimiento de un menor de quince años respecto de un menor de dieciséis años podría tener efectos eximentes si mantienen relaciones sexuales, pero no si le exhibe pornografía infantil.

A pesar de mencionar al Capítulo II bis entero, la remisión a la exclusión de la responsabilidad no es tan amplia, por ejemplo, en el caso del art. 183.2 CP se requiere violencia o intimidación, en el art. 183 bis CP se debe determinar al menor, el 183 ter 2 CP requiere que se embauque al menor; en el art. 183 ter 1 segundo inciso se incluye le tipo agravado para cuando se utilicen medios violentos o el engaño. Por lo que el ámbito de aplicación del art. 183 quáter CP se ciñe al art. 183.1 CP y al 183 ter 1 CP, pero solo en algunos supuestos[180].

---

[177]Así lo reconocen, entre otros muchos, DÍAZ MORGADO, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, 2015, 692; RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 630; BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, 2016, 208; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, 2016, 880; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª, 2016, 256; SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP. Análisis típico y propuesta interpretativa*, 2016, 409.

[178]SAP Madrid núm. 449/2018, de 5 junio.

[179]RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 632.

[180]RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 632.

En sentido inverso, el alcance de esta cláusula es demasiado corto, pues no abarca delitos como los de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186 CP, además también hay objeciones en cuanto a la no extensión de la cláusula a los hechos descritos en el art. 189 CP, pues como se ha dicho antes, el menor puede consentir tener relaciones sexuales pero no su grabación para su posterior vista en privado con la posibilidad de eliminar el video o incluso difundirlo[181].

El legislador podría haber optado por una cláusula más abierta, que ofreciera una cobertura a todos los delitos sexuales en los que el menor consiente la *"lesión"* de su bien jurídico protegido, siempre y cuando la otra parte sea una persona cercana al menor en edad y grado de madurez[182]. La problemática en cuanto a esa cercanía con el menor en el grado de madurez puede resolverse teniendo en cuenta los criterios establecidos mediante la investigación de la fenomenología del abuso sexual infantil, concretamente en los que respecta a la asimetría de la edad, que se entiende como la desigualdad madurativa que impide ejercer una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida, dada la diferencia en cuanto a las experiencias, madurez y expectativas sobre las relaciones sexuales[183].

La operatividad de esta cláusula de exención puede plantear algún problema particular en el caso del delito que nos ocupa. Porque puede que el inicio de la conducta típica, el contacto con el menor, se realice de manera indiscriminada, a través del envío masivo de mensajes a correos o foros de las redes sociales; en esta primera acción no hay consentimiento previo por parte del menor a que le sea enviado dicho contacto. Cierto que con esta acción aún no estamos ante un hecho relevante típicamente, es simplemente la fase con la que se inicia el delito de online child grooming. La segunda de las acciones, la propuesta de encuentro, es la fase más próxima a la posible afectación del bien jurídico, pero, por razones obvias, antes de hacer la propuesta el sujeto activo no va a pedir el consentimiento para proponer el

[181]DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE/, FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, 2016, 881-882.

[182]En tal caso, el juez mandará un peritaje tanto físico como psicológico para decidir si el comportamiento de los menores entra dentro de lo permitido. RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 633.

[183]TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, 2016, 352.

encuentro, será *a posteriori* cuando el menor dará o no su consentimiento a través de la aceptación. Es decir, cuando este delito se comete entre adolescentes realmente su relevancia penal desaparece completamente, pues lo que materialmente son actos preparatorios de los abusos sexuales están realizados entre dos iguales, falta el presupuesto que sirve de fundamento la cláusula de exención, la asimetría de edad como prueba de que la relación no es entre iguales, sino que un sujeto abusa y se aprovecha de su mayor experiencia. En la práctica, por tanto, el delito sí tendrá mayor incidencia cuando la propuesta sea para cometer un delito de pornografía infantil, pues aquí, aun cuando las conductas involucren a menores de la misma edad y grado de madurez, los dos den su consentimiento libre y válido, el efecto eximente del consentimiento no se desplegará, pues, como ya se ha comentado, el art. 183 quáter CP no ha previsto que tenga efecto en otros delitos que no estén ubicados en el Capítulo II Bis.

CONCLUSIONES

- El gran avance de las TIC:

Las TICs han supuesto un gran avance, sobre todo en redes sociales y métodos de comunicación a distancia a través de la red. Pero a pesar de parecer todo ventajas, traen consigo peligros, ya que permiten el anonimato de aquellos que pretenden contactar con menores. El principal peligro es que las TICs pueden ser utilizadas para la comisión de hechos delictivos.

- La despreocupación de los menores:

Los menores se han vuelto muy despreocupados, creen que están protegidos detrás de la pantalla, por lo que no tienen miedo a la hora de hablar con desconocidos a través de las redes. Por este motivo y por otros, organismos oficiales han empezado a sacar guías sobre cómo actuar o cómo educar a los jóvenes en internet.

- Se trata de un delito nuevo:

El delito de online child grooming es relativamente nuevo, no ha sido hasta 2010 con la reforma de la LO 5/2010 que se introduce por primera vez en el CP. Han sido los organismos internacionales los que han impulsado esta reforma, principalmente desde el Consejo de Europa y la UE.

- El cambio en el sujeto pasivo:

En su primera redacción el sujeto pasivo se ha limitado al menor de trece años. Este hecho dejaba desprotegidos a las potenciales víctimas de esta figura delictiva, pues las investigaciones empíricas han demostrado que son los menores entre 14 y 15 años los que tienen mayor riesgo de ser contactados con abusadores sexuales. La reforma de 2015 ha solucionado esta laguna, al elevar el límite de edad a los dieciséis años.

- La originalidad del legislador español: el sujeto activo:

Una diferencia sustancial del DP español en comparación con la normativa internacional descansa en la descripción del sujeto activo. En el CP español no se ha querido limitar la aplicación de esta figura delictiva al sujeto activo adulto. Esto significa que también los menores de edad, a priori, pueden ser autores del delito, si bien su responsabilidad penal se va a establecer a través de la legislación penal especial (si el menor ha cumplido la edad de catorce años hasta que alcance la mayoría de edad).

- La complejidad del delito del art. 183 ter CP:

El delito de online child grooming del art. 183 ter CP es un delito complejo, ya que requiere que se cumplan tres acciones para que se pueda verificar que se ha consumado el delito, siendo además la segunda de ellas la realmente relevante a efectos de explicación del comienzo de la tentativa. La primera conducta, el contacto con el menor, se realice a través de las TICs. Queda fuera del ámbito de este tipo penal la utilización de otros medios para contactar con los menores.

En cuanto a las conductas de proponer un encuentro y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento, se ha de concluir que el encuentro ha de ser llevado en el mundo físico, queda también fuera del tipo penal el encuentro que se vaya a desarrollar en el mundo virtual. Esto no significa que el menor quede desprotegido completamente si el encuentro virtual se llega a producir efectivamente, pues si el menor realiza conductas de naturaleza sexual utilizando medios tecnológicos para facilitar ese *"*encuentro*"*, vendrán e aplicación los delitos de abusos sexuales o de pornografía infantil, dependiendo del tipo de conducta realizada.

- El tipo subjetivo:

El delito de online child grooming es eminentemente doloso, es decir, exige la actuación con dolo directo de primer grado y, además, ha de concurrir el especial elemento subjetivo del injusto, que está conectado con la segunda de las acciones o fases del delito, la finalidad de cometer un delito de los tipificados en el art. 183 o 189 CP. Se ha construido, por tanto, como un delito mutilado de dos actos y de tendencia interna trascendente. Pero esto no

significa que quede descartada la aplicación de la construcción del dolo eventual, pues a esta modalidad dolosa se ha de recurrir cuando se relacione el tipo subjetivo con la edad de la víctima, ya que el autor no siempre tendrá conocimiento exacto de la edad de la potencial víctima del delito.

La finalidad va dirigida a la comisión de un delito sexual con la víctima menor de edad. En este elemento la reforma de 2015 ha introducido una mejora importante, pues correctamente limita la remisión a los delitos de abusos y agresiones sexuales de los menores de dieciséis años (los delitos tipificados en el art. 183 CP) y, lo que no es tan correcto, al delito de pornografía infantil (art. 189 CP), pues aquí no se ha querido limitar a los apartados que más directamente están relacionados con la pornografía infantil (los apartados 1 y 2 del citado precepto).

- El error sobre la edad:

No se puede descartar la aplicación de las reglas del error de tipo, que pueden afectar de manera particular a la edad de la víctima. Esto puede suceder en los casos en los que el sujeto activo crea que la persona con la que habla a través de las redes es una persona mayor de edad o, al menos, mayor de dieciséis. Esta creencia errónea puede venir facilitada por el propio menor, porque este puede mentir sobre su edad. La aplicación de la regulación del error de tipo lleva a la consecuencia de que el autor ha de quedar impune, sea el error vencible o sea invencible, pues, como se ha explicado en el punto anterior, solo se ha tipificado el delito doloso.

- El uso de intimidación, coacción o engaño por parte del sujeto activo:

En la redacción del artículo 183 ter 1 CP al final del párrafo se encuentra el tipo agravado de este delito, un tipo cualificado que es también originalidad del legislador español, pues no estaba previsto en la normativa internacional sobre este delito. La inclusión de este tipo cualificado genera problemas de diferente índole: por un lado, porque los medios comisivos de la coacción o la intimidación son, a su vez, constitutivos de dos delitos contra la libertad, las coacciones y las amenazas, tipos penales que se castigan con la misma o, incluso, con una pena superior a la prevista en el delito sexual que se comenta. El conflicto normativo que se ha generado por el legislador ha de ser resuelto a través de las reglas del concurso de

leyes, a favor del delito que más gravemente castigue el hecho, para evitar absurdos efectos penológicos favorables. Por otro lado, el medio comisivo del engaño genera problemas para diferenciar cuándo el engaño da lugar a la aplicación del tipo básico y cuándo al tipo cualificado, pues no es infrecuente que el sujeto activo utilice artificios o mentiras cuando contacta con menores, por ejemplo, porque se hace pasar por otro menor para ganarse la confianza de la víctima.

- Las críticas a la cláusula concursal del antiguo 183 bis CP y del nuevo 183 ter CP:

Uno de los aspectos que sigue siendo objeto de crítica es la previsión de la cláusula concursal expresa, literalmente el legislador se ha decantado por la aplicación de las reglas del concurso de delitos. Pero, si se atiende a su significado material, este delito es un acto preparatorio de los delitos de abusos y agresiones sexuales o de pornografía infantil, por lo que la solución concursal, desde este punto de vista, tendría que ser la aplicación de las reglas del concurso de leyes. La opción hecha por el legislador no admite discusión, pero esto puede suponer una vulneración del principio *non bis in idem*.

- Exclusión de la responsabilidad penal del art. 183 quáter CP:

Por último, la regulación de la eximente del consentimiento en los delitos sexuales abarca, literalmente, al delito que nos ocupa. El menor de dieciséis años debe dar su libre consentimiento, cumpliéndose también los restantes requisitos para su validez, y la otra parte de la relación ha de ser una persona próxima en edad y madurez. La cláusula, por tanto, trata de establecer la impunidad de las relaciones sexuales entre iguales cuando media el consentimiento otorgado por las dos partes de la relación. A través de esta previsión se puede corregir la desmesura del legislador español, al no limitar la descripción del sujeto activo a la persona adulta. Es muy común entre adolescentes conocer a gente a través de las redes sociales y no se puede descartar que lleguen a establecer una relación personal más o menos afectiva o, en cualquier caso, a que lleguen a tener una relación sexual, esporádica o más o menos duradera.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO GALLEGO, José María: *Los delitos informáticos y las medidas de investigación y obtención de pruebas en el Convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia*, en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 43-67.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: *Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (coords.), *Derecho Penal Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, 191- 210.

CANCIO MELIÁ, Manuel: *Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, en: MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento práctico penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, 9210-9600.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: - *El denominado child grooming del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio*, en: BMJ 2138 (2012), 2-24.

- *Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores*, en: RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratamiento integral de acoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 505-536.

DÍAZ MORGADO, Celia: *Capítulo II Bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.)/VERA SÁNCHEZ (coord.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 683- 692.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/TRAPERO BARREALES, María A.: *La "edad de consentimiento sexual" en la reforma del Código Penal de 2015*, en: BACIGALUPO SAGGESE/FEIJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, 871-894.

DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia: *Diligencias de investigación del ciberacoso a menores o "child grooming"* en: ASENCIO MELLADO (dir.)/FERNÁNDEZ LÓPEZ (coord.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 69-96.

FERRANDÍS CIPRIÁN, Daniel: *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 185-201.

FERRO VEIGA, José Manuel: *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*, Formación Alcalá, Jaén, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Artículo 183 ter*, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2015, 529-533.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta: *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, en: EPC XXXI (2011), 209-260.

GÓRRIZ ROYO, Elena M.: *"Online child grooming" desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)*, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, 218-285.

-*"On-line child grooming" en Derecho penal español* en: Indret 3/2016, 1-47.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: *Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming*, en: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Aranzadi, Pamplona, 2012, 141-146.

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: MIR

PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 425-448.

INTECO, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, "*Guía legal sobre el ciberbullying y grooming*", en https://www.educacion.navarra.es/documents/57308/57740/ciberbullyng.pdf/1c169fb5-b8ab-478f-b7f4-7e3d22adab14 (consultado en fecha 26 de marzo de 2019).

IRURTIA MUÑIZ, María Jesús/MARTÍNEZ-LEÓN, Mercedes/MUÑOZ-RIVAS, Pedro U. Bocos y Marina: *Aspectos psicológicos de las nuevas adicciones. Aspectos descriptivos y legislación sobre redes sociales. Child grooming/ cyberbullying*, en: DELGADO BUENO/BANDRÉS MOYA/TEREJINA GÓMEZ (dirs.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses. Medicina legal reproductiva. Obstetricia y ginecología legal y forense. Pediatría legal y forense. Violencia. Víctimas*, Bosch, Barcelona, 2012, 707-723.

MANSO PORTO, Teresa: *Agresiones a bienes altamente personales a través de las TICS: tratamiento penal de fenómenos como el stalking, sexting, grooming y ciberacoso en Alemania*, en: CUERDA ARNAU (dir.)/FERNANDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y Redes Sociales: Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 309-321.

MATA BARRANCO, Norberto Javier de la: *El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual*, en: RECPC 19-10 (2017), 1-28.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia: - *El fenómeno del acoso a menores "grooming" desde la perspectiva del derecho penal español*, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (coord.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, 127-168.

- *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming, sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MONTIEL JUAN, Irene/CARBONELL VAYÁ, Enrique J./SALOM GARCÍA, Miriam: *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciber-abuso y ciber-acoso sexual*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra*

menores: abordaje psicológico, jurídico y policial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 203-224.

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: AAVV, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Aranzadi, Pamplona, 2012, 129-139.

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 de Código penal de 2012 y 2013*, en: ADPCP 2012, 179-224.

PANIZO GALENCE, Victoriano: *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, en: Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses XV (2011), 22-33.

PÉREZ FERRER, Fátima: *La regulación del "child grooming" en el ordenamiento penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio*, en: DURÁN RUIZ (dir.), *Actas I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, Universidad de Granada, 114-131.

PERIS HERNÁNDEZ, Montserrat/ MAGANTO MATEO, Carmen: *Sexting, sextorsión y grooming. Identificación y prevención*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon: *Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales*, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª, Atelier, Barcelona, 2015, 129-152.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: *Grooming y sexting: artículo 183 ter CP*, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 621-627.

- *El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: Artículo 183 quáter CP*, en: GONZÁLEZ

CUSSAC (dir.)/GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios de la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 629-636.

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: RECC (2014), 1-25.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E.: *Delitos contra la libertad e indemnidades sexuales (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ºª, Dykinson, Madrid, 2016, 229-264.

SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel Montserrat: *Reflexiones sobre el "child grooming". A propósito del libro "El delito de "online child grooming" o propuesta sexual telemática a menores"*, en: RJIB 15 (2017), 199-219.

-*Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de online child grooming)*, en: REDS 12 (2018), 141-151.

SANTISTEBAN, Patricia/GÁMEZ-GUADIX, Manuel: *Online Grooming y Explotación Sexual de Menores a Través de* Internet, en: RV 6 (2017), 81-100.

SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP)Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), Universidad del País Vasco, 2016, 75.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Capítulo II Bis. De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª, Aranzadi, Pamplona, 2016, 338-352.

URIARTE QUESADA, Dailys V.: *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), Universidad Pablo de Olavide, 2016.

VERDEJO ESPINOSA, M.A: *Redes sociales y ciberacoso*, en: VERDEJO ESPINOSA (coord.), *Ciberacoso y violencia de género en redes sociales. Análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, 2015, 9-48.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Propuesta sexual telemática a menores u "online child grooming": configuración presente del delito y perspectivas de modificación*, en: EPC XXXIV (2014), 639-712.

El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, en: VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del derecho penal español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, Pamplona, 2015, 139-188.

- *Victimización sexual online de menores: Grooming y Sexting en adolescentes*, en: TAMARIT SUMALLA (coord.), *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*, Edisofer, Madrid, 2017, 61-92.

- *Predadores sexuales online y menores: Grooming y sexting en adolescentes*, en: e-Eguzkilore 2 (2017), 1-34.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/GÓMEZ ADULLÓN, María Jesus: *Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming* en: RCPC 18-02 (2016), 1-27.

JURISPRUDENCIA

STS núm. 1961/2013, de 13 de mayo.

STS núm. 97/2015, de 24 febrero.

STS núm. 527/2015, de 22 septiembre.

STS núm. 864/2015, de 10 diciembre.

STS núm. 109/2017, de 22 febrero.

STS núm. 174/2017, de 21 marzo.

STS núm. 199/2017, de 27 marzo.

STS núm. 5805/2017, de 8 de noviembre.

STS núm. 393/2018, de 26 julio.

STSJ de Aragón núm. 29/2017, de 14 diciembre.

STSJ Cataluña núm. 96/2018, de 19 noviembre.

SAP Sevilla núm. 465/2013, de 3 de octubre.

SAP de Cádiz núm. 188/2014, de 30 mayo.

SAP Barcelona núm. 1055/2014, de 22 de diciembre.

SAP Tarragona núm. 135/2015 de 8 abril.

SAP Jaén núm. 113/2015 de 11 mayo.

SAP Albacete núm. 221/2015 de 22 septiembre.

SAP Cantabria núm. 432/2017, de 18 diciembre.

SAP Madrid núm. 449/2018, de 5 junio.

SAP de Madrid núm. 716/2018, de 12 diciembre.

Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 467/2018, de 30 mayo.