



universidad  
de león



Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Curso 2015/2016

**LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS  
TECNOLOGÍAS EN LA ESFERA PENAL:  
ESPECIAL ATENCIÓN AL DELITO DE ONLINE  
CHILD GROOMING**

**The influence of new technologies in the criminal field:  
focal point on the crime of online child grooming**

Realizado por el alumno D. Iván Fernández Rebordinos

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Isabel Durán Seco

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....   | 5  |
| RESUMEN DEL TRABAJO .....  | 7  |
| PALABRAS CLAVE.....  | 7  |
| ABSTRACT .....   | 8  |
| KEYWORDS .....   | 8  |
| OBJETO DEL TRABAJO .....   | 9  |
| METODOLOGÍA UTILIZADA .....  | 11 |
| I. INTRODUCCIÓN.....   | 14 |
| II. CONSIDERACIONES GENERALES.....   | 18 |
| 1. Aspectos previos.....   | 18 |
| 2. Cibercrimen: conceptualización .....  | 19 |
| 3. Delitos frente a menores e incapaces cometidos a través de Internet u otros<br>medios tecnológicos. ....                                | 22 |
| 4. Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual.....  | 24 |
| 4.1. Delito de acoso sexual en relación con el delito de child grooming .....  | 25 |
| III. CUESTIONES PREVIAS RESPECTO DEL ONLINE CHILD GROOMING O<br>GROOMING .....   | 27 |
| 1. Concepto prejurídico del grooming.....  | 27 |
| 2. Fases del child grooming (online) .....   | 30 |
| IV. INCRIMINACIÓN DEL CHILD GROOMING DESDE LA PERSPECTIVA<br>DEL DERECHO COMPARADO .....   | 32 |
| 1. La sanción de la conducta típica en el derecho penal norteamericano y de la<br>UE antes de la aprobación del Convenio de Lanzarote..... | 32 |
| 2. Consideraciones sobre la incriminación del delito en el Convenio de Lanzarote<br>y la Directiva 2011/93/UE.....                         | 33 |
| V. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL CHILD<br>GROOMING .....   | 36 |
| 1. Inclusión del child grooming con la reforma de la L.O. 10/1995. (Artículo 183<br>bis CP). ....  | 36 |
| 2. Reforma del Código Penal Español conforme a las Leyes Orgánicas 1 y<br>2/2015, de 30 de marzo. (Artículo 183 ter CP) .....              | 38 |

|   |    |
|---|----|
| 2.1. Aspectos introductorios y la cláusula de exclusión (art. 183 quater CP) .  | 38 |
| 2.2. El delito de child grooming contemplado en el art. 183 ter.1 CP tras la reforma del CP y las cuestiones desatendidas por el legislador ..... | 41 |
| 2.3. La inclusión de una nueva conducta típica en el art. 183 ter.2 tras la reforma del CP.....   | 45 |
| 3. Elementos típicos del delito de online child grooming (art. 183.1 ter CP) .....  | 48 |
| 3.1. Bien jurídico protegido .....  | 48 |
| 3.2. Sujetos del delito .....   | 51 |
| 3.3. Conducta típica .....  | 52 |
| A) El contacto .....  | 53 |
| B) La proposición sexual .....  | 54 |
| C) Actos materiales encaminados al acercamiento.....  | 55 |
| 4. Consumación del delito .....   | 59 |
| 5. El child grooming como proceso previo a la comisión de delitos sexuales. Relaciones Concursales. ....  | 61 |
| VI. EL DELITO DE CHILD GROOMING ENCAMINADO HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR .....  | 66 |
| VII. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN.....  | 67 |
| VIII. LA INVESTIGACIÓN POLICIAL DEL DELITO Y SU PROCEDIMENTALIDAD .....   | 69 |
| ANÁLISIS DE SENTENCIAS .....  | 71 |
| CONCLUSIONES.....   | 76 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 81 |
| ANEXO JURISPRUDENCIAL .....   | 87 |

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

|                       |   |
|-----------------------|---|
| AP                    | Audiencia Provincial  |
| art. (s)              | Artículo (s)  |
| BOE                   | Boletín Oficial del Estado  |
| 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). |
| CP                    | Código Penal  |
| Dir.                  | Directiva   |
| dir. (s)              | Director (es)   |
| coord. (s)            | Coordinador (es)  |
| DP                    | Derecho Penal   |
| Ed.                   | Editorial   |
| EEUU                  | Estados Unidos  |
| EM                    | Exposición de Motivos   |
| JAI                   | Justicia y Asuntos de Interior  |
| LEcrim de             | Ley de enjuiciamiento criminal (reformada a través las Leyes Orgánicas 13 y 41/2015 de 5 de octubre)                            |
| LO                    | Ley Orgánica  |
| LORPM                 | Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.                                     |
| núm.                  | Número  |
| PE                    | Parte especial  |
| PG                    | Parte general   |
| SAP                   | Sentencia de la Audiencia Provincial  |
| s.                    | Siguientes  |
| STS                   | Sentencia del Tribunal Supremo  |

|      |   |
|------|---|
| Sts  | Sentencia                                       |
| TICs | Tecnologías de la Información y la Comunicación |
| TS   | Tribunal Supremo                                |
| UE   | Unión Europea                                   |

## RESUMEN DEL TRABAJO

En el presente trabajo se realiza un análisis general de algunos delitos cometidos contra menores a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación<sup>1</sup> y, en particular, el delito de “propuesta sexual telemática a menores”, más comúnmente denominado, delito de “online child grooming”, incluido por primera vez en el artículo 183 bis del Código Penal a raíz de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Todo ello, fruto de la necesidad de adaptar nuestra legislación a la Directiva 2011/93/UE, la cual hace referencia a la necesidad de tipificar dicha conducta en atención a la evolución de las TICs.

Actualmente, dicho ilícito se encuentra regulado en el artículo 183.1 ter CP como consecuencia de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de mayo, por la que se modificó el CP, la cual ha producido en este tipo penal ciertas mejoras técnicas en relación con el anterior.

Además, se analizan las medidas de prevención y protección, la forma de proceder ante dicha conducta, así como lo relativo a la investigación policial frente a este tipo delictivo.

## PALABRAS CLAVE

*Online child grooming*, TICs, menores, indemnidad sexual, proposición sexual, actos encaminados al acercamiento, consentimiento sexual.

---

<sup>1</sup> En adelante TICs.

## **ABSTRACT**

The present study carries out a general analysis of certain cybercrime against minors, especially "telematic sexual harassment to minors" commonly known as "online child grooming", included for the first time in the Article 183 bis of the Criminal Code as a result of the Organic Law 5/2010.

All in response to the urgent need to adapt our legislation to Directive 2011/93/UE which refers to the need to classify such conduct in accordance with the evolution of Information and Communications Technology (ITC).

Nowadays, such illegal action is regulated in Article 183.1 of the Criminal Code as consequence of its reform carried out by the Organic Law 1/2015 which implements certain improvements in the existing one.

In addition, it refers to protection and prevention measures as well as the way to proceed against criminal behavior and all the relative to the police investigation acting on these sort of actions.

## **KEYWORDS**

Online child grooming, ITCs, minors, sexual integrity, sexual harassment, approaching actions, sexual consent.

## OBJETO DEL TRABAJO

El objeto principal de este estudio se basa en el análisis del delito de *online child grooming*, desde su inclusión en el Código Penal hasta su regulación actual, analizando los cambios y mejoras introducidas tras la reforma del Código Penal en 2015.

Para ello, *en primer lugar*, se ha realizado una introducción en la que se analizan brevemente los distintos delitos cometidos mediante las tecnologías de la información y comunicación frente a menores.

*En segundo lugar*, se hace referencia a algunas consideraciones generales relativas al concepto de ciberdelito, a la evolución de las tecnologías de información y de comunicación, y los peligros que conlleva una mala utilización por parte de los más jóvenes. Asimismo, se hace mención acerca de lo que debemos entender por libertad sexual y por indemnidad sexual.

*En tercer lugar*, se plasman las cuestiones previas relativas al delito de *online child grooming*, en concreto, se hace mención a las distintas formas de denominar a este hecho delictivo, las fases del mismo y cuándo se produce su consumación.

*En cuarto lugar*, se procede al estudio del delito de *online child grooming* desde la inclusión del mismo en el CP (art. 183 bis CP) hasta la reforma que experimentó en el año 2015 a través de la LO 1/2015 (art. 183.1 ter CP). En este sentido, se hace referencia a los elementos típicos, a las mejoras técnicas experimentadas a raíz de la modificación y la inclusión de un nuevo apartado (art. 183.2 ter CP). Además se hace mención a la tipificación de dicho ilícito en la esfera del derecho comparado y a las imposiciones que realiza la UE para que los Estados miembros procedan a su incriminación.



*En último lugar*, se han dado algunas pinceladas a temas accesorios que rodean este delito, tales como, la necesidad de su tipificación en contraposición con ir hacia un derecho penal de autor, las medidas de prevención y protección de la víctima, el procedimiento e investigación policial que han de seguirse a tal efecto, y las distintas resoluciones judiciales dictadas en relación con el delito objeto de análisis.

## METODOLOGÍA UTILIZADA

Para lograr los objetivos que se pretenden alcanzar con este Trabajo de Fin de Grado, resulta necesario seguir un riguroso método de investigación científico. Por lo tanto, a la luz de los objetivos que se pretenden conseguir, donde prima el factor jurídico y especialmente el jurídico-penal, se ha de llevar a cabo una investigación científica.

La investigación jurídica es la actividad intelectual que pretende descubrir y mostrar las soluciones jurídicas adecuadas para los problemas que puedan plantearse en la vida social actual, la cual ha ido evolucionando y es continuamente cambiante. Es por ello que existe la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objetivo de adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones y cambios sociales.

Existen varios modelos de investigación jurídica, de entre los cuales se utilizarán como metodología para el presente trabajo de investigación, el *método histórico-jurídico*, relativo al seguimiento histórico de una institución jurídica; el *método jurídico-comparativo*, el cual trata de establecer las semejanzas y/o diferencias que puedan existir entre las instituciones o sistemas jurídicos de distintos países; el *método jurídico-descriptivo*, consistente en tratar de explicar de una forma sistemática y analítica un tema jurídico, exponiendo sus principales características y el funcionamiento de la norma; y por último, el *método jurídico-propositivo*, caracterizado por evaluar y criticar lo posibles fallos de los sistemas o normas, con la finalidad de aportar o proponer soluciones.

Asimismo, debemos destacar que la investigación jurídica contiene tres aspectos esenciales que han de analizarse, que son: la *factividad*, aspecto relativo a los hechos que pueden dar lugar la creación de normas jurídicas que serán reguladas por el Derecho; la *normatividad*, referente al ordenamiento jurídico, sin importar su vigencia; y la *axiología*, aspecto valorativo del Derecho, que hace referencia a la valoración de la sociedad sobre si las normas jurídicas pueden ser justas o injustas y por ello pueden ser creadas, modificadas o derogadas.

Para lograr mostrar los resultados obtenidos mediante la elaboración de este trabajo, siguiendo la investigación jurídica descrita, se han ido desarrollando las fases que se detallan a continuación:

1. Elección y delimitación del tema objeto de estudio y elaboración del índice provisional: Teniendo en cuenta el Área de conocimiento de mi tutora del Trabajo de Fin de Grado, se le ha propuesto primeramente un tema relacionado con la materia jurídico-penal. Sin embargo, en atención a la realidad actual y al avance de las nuevas tecnologías, se procedió a desechar el primero y, a la elección definitivamente de este tema que se va a tratar, en atención a lo novedoso que resulta. Una vez elegido el mismo y, tras las pertinentes explicaciones de la tutora relativas al inicio y redacción del trabajo, así como a las pautas para citar, se ha procedido a la elaboración de un índice provisional en atención al delito que se pretende analizar, con el fin de encuadrar la investigación jurídica que se va a llevar a cabo.

2. Recopilación de información, documentación: Tras las indicaciones iniciales dadas por la tutora, consistentes en la lectura inicial de manuales de derecho penal y de los artículos del Código Penal relativos al delito objeto de análisis, en un segundo momento se procedió a la búsqueda y recopilación de información para obtener el enfoque y comprensión adecuada, y poder comenzar la elaboración del trabajo.

Para la obtención de la información y el desarrollo de este estudio, se han empleado las siguientes fuentes: textos legales, especialmente el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), así como las diversas reformas que modifican el mismo, en concreto, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, teniendo especial atención a esta última dada su reciente entrada en vigor; también se ha consultado la normativa internacional que afecta nuestro Estado y, concretamente, en lo relativo al delito que nos ocupa; manuales de Derecho Penal, monografías y revistas jurídicas; además de portales jurídicos (tales como: dialnet, aranzadi digital, etc.). También se ha utilizado la jurisprudencia más reciente relativa al tema que se está analizando.

3. Análisis, interpretación y crítica de la información obtenida: Una vez se ha realizado la lectura de los materiales para lograr el conocimiento y comprensión del tema, se ha procedido a la estructuración de las ideas claves del trabajo, así como a la formación de una opinión crítica relativa al tema a tratar y los problemas que se plantean, para posteriormente proceder a plasmarlo en el contenido del trabajo.

4. Redacción del trabajo y corrección del mismo: Finalmente, se ha plasmado en el presente trabajo toda la información obtenida con lo investigado. Además se han aportado valoraciones y críticas personales, así como las posturas y opiniones que sostiene las diferentes corrientes doctrinales y jurisprudenciales. Se ha procurado realizar una redacción clara, precisa y comprensible, además de completa acerca del delito de *online child grooming*, desde su inclusión en el CP hasta la actualidad, teniendo en cuenta lo relativo a las TICs.

La redacción de trabajo se ha realizado por epígrafes, que a su vez se han dividido en apartados. Cuando se redactaban varios epígrafes, alrededor de 20 páginas, se le entregaban a la tutora para que los corrigiera, lo devolvía corregido y se efectuaban las modificaciones indicadas; esta operación se llevó a cabo varias veces.

Una vez finalizada la redacción definitiva del trabajo e incluidas las conclusiones obtenidas, se le hizo entrega del mismo a la tutora para que llevase a cabo la corrección final.

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la utilización de manera generalizada por los ciudadanos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente por los jóvenes y menores de edad, ha dado lugar a una nueva forma de entender y actuar en las relaciones sociales, produciéndose una globalización del mundo en el que vivimos y ampliándose los cauces para poder transferir todo tipo de información; sin embargo estos medios en bastantes casos se utilizan para un uso inadecuado, creándose una situación preocupante en relación a los menores, al tratarse de personas más vulnerables, las cuales pueden ser víctimas de la utilización dañina de las TICs. El desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales para realizar estos contactos interpersonales ha sido aprovechado por delincuentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas.

Para prevenir esto, entre otras cosas, se ha desarrollado la ciberseguridad, entendida esta como *“el uso seguro y responsable de la tecnología de la información y la comunicación (TIC), incluyendo Internet, los dispositivos móviles y de comunicación y los instrumentos tecnológicos diseñados para guardar, compartir o recibir información, por ejemplo, los teléfonos móviles, las cámaras digitales, etc.”*<sup>2</sup>.

En los últimos tiempos nos encontramos con una multitud de términos novedosos cuyo denominador común es el ataque a menores de edad, refiriéndose cada uno de ellos a diferentes conductas. De entre todos, algunos son conocidos y con amplia trayectoria, y sin embargo otros son novedosos y desconocidos para la mayor parte de los ciudadanos. Es por ello que conviene aludir a alguno de ellos, a efectos de diferenciarlos, ya que se trata de términos anglosajones que pueden dar lugar a confusiones, y en concreto analizar en mayor profundidad el delito de *online child grooming*.

- Bullying: Su origen se encuentra en anglicismo “bully” que sería asimilable al término castellano “matón”; y se trata de acciones o conductas de acoso, bien

---

<sup>2</sup> GIANT, *Ciberseguridad para la i-generación*, 2016, 16 s.

sea una humillación, ridiculización, sometimiento, extorsión, agresión, etc. Algunos autores definen este fenómeno como el maltrato o intimidación de uno o varios escolares hacia otro u otros de forma repetida y mantenida en el tiempo con la intención de humillar y someter abusivamente a una víctima indefensa por el “matón” o grupo de abusones, empleando para ello agresiones verbales o físicas<sup>3</sup>.

- **Ciberbullying:** También denominado ciberacoso, definiéndose dicha conducta como un acoso entre iguales por medio de las TICs, el cual incluye actos de chantaje, vejaciones e insultos de niños a otros niños.

De forma más exhaustiva, se puede definir el *ciberbullying* como “*el uso y difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, la mensajería de texto a través de teléfonos o dispositivos móviles o la publicación de vídeos y fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos*”<sup>4</sup>. Diferenciándose esta conducta de la anterior, como algunos autores señalan, en que ambas son modalidades de acoso dándose un abuso entre iguales, pero manifestándose de forma diferente y con consecuencias diferentes, así en el ciberbullying la víctima no tiene que ser un compañero de clase, pudiendo ser cualquier otra persona de edad similar a la de la víctima, que realiza dicha conducta por medio de Internet u otros servicios similares, telefonía móvil, redes sociales..., pudiendo llegar a ser mucho más cruel y grave el ciberbullying que el bullying dado que permite cierto anonimato para el acosador así como una mayor difusión en la Red pudiéndolo llegar a ver miles de personas e incluso en más de una ocasión<sup>5</sup>.

- **Cyberstalking:** Referido a conductas de acoso u hostigamiento continuado a adultos en el ciberespacio, y que, precisamente por la edad de la víctima, no es objeto de interés analizarlo en este trabajo.

---

<sup>3</sup> AVILÉS MARTÍNEZ, *Bullying, maltrato entre iguales*, 2006, 79-82.; MENDOZA CALDERÓN, *El DP frente a las formas de acoso a menores*, 2013, 51.

<sup>4</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Ciberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 3.

<sup>5</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP frente a las formas de acoso a menores*, 2013, 82 s.; MIRÓ LLINARES, *Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito*, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 16, 2013, 63; GIANT, *Ciberseguridad para la i-generación*, 2016, 53 s.

- Cyberharassment: Este fenómeno incluye todas las conductas de *cyberbullying* pero en el caso de no ser realizadas de forma continuada por el mismo sujeto o sujetos sobre la misma víctima; entre las cuales las más habituales según señala algún autor son las siguientes: “el envío de mensajes amenazantes o abusivos a través del correo electrónico, la mensajería instantánea o el chat; la publicación de información falsa sobre la víctima; la suplantación de identidad con fin de burla, de obtener información o de dañar de cualquier modo al sujeto; la intimidación o coacción a través de comunicación escrita o verbal por medio de Internet; el insulto o calumnia leve y grave; la incitación a otras personas al acoso o a proferir amenazas o a agredir a la víctima; el envío de software malicioso o de material pornográfico u ofensivo para dañar a la víctima, etc”<sup>6</sup>.
- Sextorsion: Este fenómeno ocurre cuando el menor se ha tomado fotos o vídeos de contenido sexual, los cuales han llegado a manos de otra persona que los utiliza para chantajearlo. Por lo que se denomina así “*al chantaje en el que alguien (menor o mayor de edad) utiliza estos contenidos para obtener algo de la víctima, amenazando con su publicación*”<sup>7</sup>.
- Happy slapping: puede ser traducido como “cachete feliz”, y consiste en una agresión rápida, de forma que el agresor se acerca a la víctima y procede a agredirla sin motivo alguno, mientras es grabado y posteriormente publicado en Internet para darle difusión. Dicha conducta consiste en una agresión única y puede darse entre desconocidos ya que, todo ello atiende a una finalidad lúdica, siendo por tanto una agresión por mera diversión<sup>8</sup>.
- Sexting: etimológicamente hablando se trata de la unión de palabra inglesa “Sex” que significa sexo y la palabra “Texting”, que significa envío de mensajes de texto vía SMS desde teléfonos móviles.

---

<sup>6</sup> MIRÓ LLINARES, *Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito*, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 16, 2013, 64.

<sup>7</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 12.

<sup>8</sup> PÉREZ VAQUERO, Anécdotas y curiosidades jurídicas. Iustopía, en: <http://archivodeinalbis.blogspot.com.es/2013/01/que-delito-es-el-happy-slapping.html>. Consultada el 29 de junio de 2016.

Puede ser definido como la “*difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el mismo remitente utilizando su móvil u otro dispositivo tecnológico*”<sup>9</sup>. De forma más amplia, pero en el mismo sentido, BARRERA IBÁÑEZ lo define como “*la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio menor-remitente, utilizando para ello el teléfono móvil (sexting) u otro dispositivo (sex-casting) a través de e-mail, redes sociales o cualquier otro canal que permitan las nuevas tecnologías*”<sup>10</sup>.

Pudiéndose diferenciar a su vez dos tipos de sexting, por un lado existe el primario, consistente en la producción o autoproducción de las imágenes que generalmente son consentidas; y por otro lado el sexting secundario, en el cual la imagen se trasmite con o sin el consentimiento de la persona a la que pertenece la misma<sup>11</sup>.

- Sex-Casting: según la definición dada por GIL ANTÓN, “*es una forma de explotación sexual en la cual una persona es chantajeada con una imagen o vídeo de sí misma desnuda o realizando actos sexuales, que generalmente ha sido previamente compartida mediante sexting. La víctima es coaccionada para tener relaciones sexuales con alguien, entregar más imágenes eróticas o pornográficas, dinero o alguna otra contrapartida, bajo la amenaza de difundir las imágenes originales a través de terminales móviles o la Red si no accede a las exigencias del chantajista*”<sup>12</sup>.
- Child grooming: puede ser denominado y definido de diversas formas; en cuanto al tema de las denominaciones el mismo será abordado posteriormente, y respecto de las formas en que puede ser definida dicha conducta debemos partir de que se trata del “*conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza del menor a través de Internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual*” o, como “*un acoso ejercido por un adulto*

---

<sup>9</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 4 s.

<sup>10</sup> BARRERA IBÁÑEZ, *Menores e Internet*, 2013, 416.

<sup>11</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *Sexting*, Revista general de DP 25, 2016, 2 s.

<sup>12</sup> GIL ANTÓN, *De los delitos contra la intimidad personal y familiar y delito informático*, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, 2015, (versión online).



y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor”<sup>13</sup>.

La mayoría de la doctrina considera que se produce dicha conducta cuando una persona adulta realiza de manera deliberada actos para contactar con un menor a través de las TIC, con el propósito de ganarse su confianza para establecer una relación o actividad sexual<sup>14</sup>.

## II. CONSIDERACIONES GENERALES

### 1. Aspectos previos

El presente trabajo se centra concretamente, en el delito de *online child grooming*, esto es como se ha dicho anteriormente, la conducta consistente en contactar a través de las tecnologías de la información con menores para realizar una proposición intencional encaminada a la práctica de alguna actividad sexual; siendo regulado por vez primera en nuestro Código Penal como delito autónomo con la inclusión del art. 183 bis CP a través de la reforma que se produjo en el año 2010 con ocasión de modificar los delitos que atentaban a la libertad e indemnidad sexual, este precepto se ha visto también modificado posteriormente a través de la LO 1/2015, siendo actualmente el artículo 183 ter CP quien regula dicha conducta.

La tipificación de este ilícito tiene su origen vinculado a la cruzada norteamericana contra los depredadores sexuales, siendo dicho país el primero en incriminar dichas conductas de *online child grooming* en los distintos estados incluso antes de que a nivel europeo se previera la tipificación de dicha conducta; siendo Norteamérica pionera en la protección de los atentados sexuales a menores

---

<sup>13</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 13; INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Cyberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 4.

<sup>14</sup> RAMOS VÁZQUEZ, *Un estudio sobre los arts. 183 y ss. del CP*, 2016, 155 s.; GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, vol. XXXI, 2011, 218; DÍAZ CORTÉS, *El denominado “chilg grooming” del art. 183 bis CP*, 2012, 6 s.; MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 99 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 25 s.

concretamente al tipificar como delito conductas que son previas y dirigidas a la preparación de atentados más concretos a la indemnidad sexual<sup>15</sup> (a la cual se hará referencia más adelante), es por ello que algunos autores consideran que EEUU es el país que lidera la cruzada internacional contra los depredadores sexuales<sup>16</sup>.

El efecto que se produce posteriormente en Europa es que diferentes países también incriminaron dicha conducta, algunos de ellos lo hicieron con ocasión de la aprobación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual<sup>17</sup>, y otros con la aprobación de la posterior Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil<sup>18</sup>. Con la aprobación de dichos documentos y atendiendo a sus mandatos, esto es, a la obligatoriedad de incriminar ciertas conductas, muchos de los países europeos, incluido España, abogan por la adecuación de los ordenamientos internos a dichos imperativos y, por tanto, a la reforma de las legislaciones penales en materia de protección de la indemnidad sexual. Esto ha llevado, como se ha observado con las diversas reformas y, concretamente en el *online child grooming*, a un endurecimiento de la sanción de dichas conductas. No obstante, no es suficiente el mero aumento gradual de las sanciones ni la aprobación de los instrumentos supranacionales mencionados con anterioridad, lo necesario es, además de perseguir a los agresores, prevenir estas conductas y proteger a las víctimas.

## 2. Cibercriminología: conceptualización

A finales de los años 80, algunos autores comenzaron a escribir acerca del fenómeno del “delito informático”, denominación acuñada del término anglosajón

---

<sup>15</sup> Se trata de un bien jurídico no susceptible de disposición por parte de su titular ya que, el ordenamiento jurídico no reconoce capacidad para autodeterminarse en el ámbito de las relaciones sexuales a todos los ciudadanos, como por ejemplo es el caso de los menores, con el fin de garantizar el libre desarrollo de su personalidad.

<sup>16</sup> DOYLE, “*Bad apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation an Abuse of Children over the Internet*”, *Whitter Law Review*, 21, 1999-2000, 119 s., citado por VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 79.

<sup>17</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, creado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que fue ratificado por España el 1 de diciembre del mismo año.

<sup>18</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

*computer crime*, pese a que en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplase en aquel momento ningún tipo de delito en materia tecnológica

Al tratarse de una forma de cometer delitos a nivel transnacional, requiere de soluciones a nivel global, es por ello que se aprobaron diversas normas a nivel universal como es el “Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos informáticos” de 1977, la cual precede al “Convenio sobre el Cibercrimen”, que fue aprobado en Budapest en el año 2001<sup>19</sup>. Además, a nivel Europeo, se aprobaron Directivas y decisiones Marco para conseguir una armonización del Derecho Penal, y a partir de la firma del Tratado de Lisboa de 2007, se optó por la Directiva en vez de por la Decisión Marco en aras de conseguir una mayor eficacia en lo que a la armonización transfronteriza se trata.

Cuando nos referimos a “delito informático”, tal y como apunta DE URBANO CASTRILLO “*se trata de un tipo de delito, ya sea tradicional o propio de la sociedad de la información, propiciado por las tecnologías que ésta aporta. El Convenio de Budapest ofrece un concepto basado tanto en la utilización de determinadas técnicas y modos de proceder informáticos..., como en ciertos contenidos cuya vulneración se ve facilitada por el medio Internet*”<sup>20</sup>.

Como añade ROMEO CASABONA, “*en la literatura en lengua española se ha ido imponiendo la expresión delito informático, que tiene la ventaja de su plasticidad, al relacionarlo directamente con la tecnología sobre o a través de la que actúa. Sin embargo en puridad no puede hablarse de un delito informático, sino de una pluralidad de delitos, los cuales tienen una única nota común, que es su vinculación de alguna forma con los ordenadores, pero no siendo el bien jurídico agredido siempre de la misma naturaleza ni tampoco la forma de comisión del hecho delictivo tiene siempre características semejantes*”<sup>21</sup>. En el origen se aludía solamente a la comisión de dichos delitos por medio de los ordenadores pero en la actualidad con el desarrollo tecnológico que hemos experimentado a nivel mundial,

---

<sup>19</sup> Convenio sobre el Cibercrimen, aprobado en Budapest en 2001 y en vigor desde el 1 de julio de 2004, siendo ratificado por España el 20 de mayo de 2010, y publicado en el BOE el 17 de septiembre, entrando en vigor en nuestro país el 1 de octubre de 2010.

<sup>20</sup> DE URBANO CASTRILLO, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, 2012, 18 s.

<sup>21</sup> ROMEO CASABONA, *Poder Informático y seguridad Jurídica*, 1987, 41.

hay que tener presente que existen distintos dispositivos electrónicos mediante los que poder perpetrar dichos ilícitos (teléfonos móviles, tablets,...)<sup>22</sup>.

Por su parte, DAVARA RODRÍGUEZ defiende que “el delito informático” es aquel en el que “la realización de una acción, que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático, ya sea hardware o software”<sup>23</sup>.

Es preciso decir que no existe una categoría autónoma de “delitos informáticos” o de “delitos cibernéticos”; pudiendo ser el *locus comissi delicti* tanto un domicilio particular, una vía pública o la red, es por ello que debe hablarse más bien de delincuencia informática que de “delitos informáticos” como tales, como así expone BARRIO ANDRÉS<sup>24</sup>. Sin embargo, DE URBANO CASTRILLO<sup>25</sup> ha realizado una diferenciación entre dos tipos de delitos informáticos que son, por un lado los delitos clásicos los cuales se cometen a través de la red (amenazas, ciberterrorismo, los delitos contra la libertad sexual...), y a “stricto sensu” aquellos otros que prevén la intrusión en equipos o la captación de información, fraudes, etc.

En vista del panorama actual del mundo globalizado en el que vivimos, cabe afirmar que Internet es un espacio propicio para la comisión de delitos, por lo que se precisa una respuesta penal adecuada a estas nuevas conductas, pero sin olvidar sus principios estructurales del Derecho Penal, y teniendo patente como principio básico y primordial la *última ratio*, o también denominado *principio de intervención mínima*, solamente deben ser consideradas relevantes las acciones que impliquen los ataques de mayor gravedad a los bienes jurídicos protegidos más importantes<sup>26</sup>.

Es por ello que, España ha optado por regular la ciberdelincuencia en el propio Código Penal, sin contemplar la opción de crear una Ley Penal especial. En lo referente a ciberdelincuencia, la reforma del nuestro Código Penal acaecida en 2010

---

<sup>22</sup> Recientemente, POVEDA CRIADO, *Delitos en la red*, Madrid, 2015.

<sup>23</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, *Derecho Informático*, 1993, 302.

<sup>24</sup> BARRIO ANDRÉS, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, 2012, 34.

<sup>25</sup> DE URBANO CASTRILLO, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, 2012, 19.

<sup>26</sup> LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3ª, 2016, 22 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP, PG*, 9ª, 2015, 76 s.

se limitó exclusivamente a introducir nuevos tipos delictivos y a reformar algunos de los ya existentes, como la estafa informática, el “hacking” o intrusión informática, el “cracking” o daños informáticos, etc. Y hoy por hoy delito informático comprende *“todo ilícito penal llevado a cabo a través de medios informáticos y que está íntimamente ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tienen como fin estos bienes”*<sup>27</sup>.

### **3. Delitos frente a menores e incapaces cometidos a través de Internet u otros medios tecnológicos.**

Las TICs han producido un cambio importante en la sociedad en la que vivimos, ya que han hecho que el ser humano construya, entienda e interactúe en sus relaciones sociales de forma diferente a la que existió en un tiempo no muy remoto; y esto llevado al ámbito de los menores, los cuales han nacido en la “sociedad de la información” y tienen a su alcance de manera sencilla acceso a cantidad de medios tecnológicos como Internet, teléfono móvil, ordenadores..., hace que pueda suponer un riesgo en cuanto al control del empleo de dichos medios por personas que aún tienen un cierto grado de inocencia y pueden ser acechados por cantidad de peligros que constriñan su libre formación de la personalidad, e incluso puedan llegar a afectar a su indemnidad sexual. Si bien es cierto que como apunta MARQUÈS GRAELLS, las TICs *“forman parte de la cultura tecnológica que nos rodea y con la que debemos convivir. Amplían nuestras capacidades físicas y mentales, y las posibilidades de desarrollo social. Incluyendo en el concepto TIC no solamente la informática y sus tecnologías asociadas, telemática y multimedia, sino también los medios de comunicación de todo tipo”*<sup>28</sup>.

Teniendo presente que toda protección a los menores es necesaria, incluida el ámbito penal, debe esta evolucionar en función de los cambios sociales experimentados tratando de garantizar que el menor se desarrolle en un entorno preciso para su correcta formación; para ello el CP se ha ocupado de ciertas conductas que puedan influir en la formación de la personalidad del menor.

---

<sup>27</sup> GIL ANTÓN, *De los delitos contra la intimidad personal y familiar y delito informático*, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, 2015, (versión online).

<sup>28</sup> MARQUÈS GRAELLS, *“3 c TIC. Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC*, 2013, 9 s.

Tal y como argumenta MENDOZA CALDERÓN, se ha producido un incremento importante respecto del acoso a los menores en la Red; por un lado está el acoso sexual o *grooming* el cual afectaría a ambos sexos, y concretamente a menores de entre 12 y 17 años, incluso pudiendo haber víctimas de 9 años. Además del ya conocido *ciberbullying*, el cual está aumentando sobre todo en las aulas<sup>29</sup>.

Dicho fenómeno se da entre dos o más menores que, a diferencia del *grooming* el cual se produce por un adulto hacia una víctima menor, se realiza por medio de las TICs y puede ser definido como “*un tipo de acoso con finalidad de dominación o venganza, es uno de los casos en los que los autores no son adultos. En este caso, son los propios menores los que atormentan, amenazan, hostigan, humillan o molestan a otro mediante Internet. Las aplicaciones más utilizadas son el correo electrónico, la mensajería instantánea, los chats públicos, foros de discusión, redes sociales, publicación de vídeos como youtube, fotografías o la difusión de imágenes a través de la telefonía móvil*”<sup>30</sup>.

A raíz de estas conductas se ha adoptado una política-criminal que ha ocasionado la negativa a cualquier reconocimiento de autodeterminación a los menores en el ámbito sexual, llegando a protegerles incluso de sí mismos como ocurre en el caso del incipiente y novedoso fenómeno denominado *Sexting*<sup>31</sup>, el cual ha sido definido anteriormente.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre 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, por la que se derogaría la Decisión marco 2004/68/JAI”<sup>32</sup>, señala que nunca se debe subestimar la gravedad de dichos delitos, teniendo en cuenta el daño que causan y el riesgo que producen dada la especial vulnerabilidad de los menores.

---

<sup>29</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP frente a las formas de acoso a menores*, 2013, 12.

<sup>30</sup> BARRERA IBÁÑEZ, *Menores e Internet*, 2013, 415.

<sup>31</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 16.

<sup>32</sup> El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre 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, por la que se derogaría la Decisión marco. (DOUE L 13/44, de 20 de enero de 2004).

#### **4. Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual**

La doctrina mayoritaria entiende la *libertad sexual* como el derecho de toda persona a autodeterminarse en el ámbito de la sexualidad, esto es, su derecho a mantener relaciones sexuales o, en general, a realizar o tolerar actividades de naturaleza sexual sólo con su expreso consentimiento. En un sentido más amplio, podría definirse también como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de naturaleza sexual en contra de su voluntad. Frente a esto cabe aclarar que en nuestro ordenamiento jurídico se limita esa libertad o autonomía respecto de su sexualidad, como es el caso de los niños e incapaces, a los cuales se les quiere proteger en mayor medida para lo cual se pretende evitar en la medida de lo posible que presencien cualquier acto de contenido sexual, y por ello el CP castiga las conductas de tal naturaleza; es por todo ello que en este caso no se puede hablar de libertad sexual, sino que es preciso hablar de *indemnidad sexual* la cual abarca la tutela de un bien que no es disponible por su titular al ser considerado este una persona que por sus cualidades debe ser protegido en mayor grado.

El derecho a la indemnidad sexual no se reconoce explícitamente en la Constitución, pero puede vincularse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el deber de protección de la infancia y de los disminuidos psíquicos por parte de los poderes públicos (arts. 39 y 49 CE, respectivamente).

La reforma del CP realizada en 1999, a través de la LO 11/1999, de 30 abril, tuvo como uno de sus objetivos establecer que el bien jurídico protegido no se limitase a la libertad sexual, sino que fuera más allá y alcanzase a la *indemnidad sexual* de los menores o incapaces. Es por ello que se debe distinguir el concepto de *intangibilidad sexual*, el cual hace referencia a ciertas personas que por su cualidad deben ser sexualmente intocables como es el caso de menores o incapaces, de la *indemnidad sexual*, cuyo concepto no siendo sinónimo del anterior ha sido admitido con más predominio, el cual viene a expresar que ciertas personas por sus cualidades no deben presenciar cualquier actuación vinculada a una experiencia sexual que

pueda causar un daño al normal desarrollo de su personalidad. Por ello, la prohibición penal de mantener relaciones sexuales con menores hasta cierta edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección (anteriormente denominados incapaces) para poder autodeterminarse sexualmente solamente puede ser entendible si junto con la libertad sexual se protegiera también la indemnidad sexual, esto es, poder excluir al menor o incapaz de ser sujeto de una determinada relación sexual<sup>33</sup>.

#### **4.1. Delito de acoso sexual en relación con el delito de child grooming**

El acoso sexual propiamente dicho es tratado en el art. 184 CP, el cual señala que dicha conducta consiste en solicitar favores de naturaleza sexual, es decir, planificando un acercamiento sexual, para sí o para un tercero, en el marco de una determinada relación, siendo constitutivo de delito, bien del tipo básico (art. 184.1 CP) si la formulación de tal proposición es agresiva para la víctima generándole una situación objetiva y gravemente intimidatoria, humillante u hostil; o bien del tipo cualificado (art. 184.2 CP) cuando se prevalezca el sujeto activo de la conducta de una situación de sus superioridad como pueda ser laboral o docente, o mediante el anuncio expreso o implícito de causarle un mal objetivo y grave que genere las mismas expectativas que lo recogido en el tipo básico.

Ha de tenerse en cuenta la evolución de dicho ilícito penal ya que, cuando el delito de acoso sexual fue introducido en el Código Penal se incriminaba solamente la conducta que hoy esta considerada el tipo cualificado (art. 184.2 CP), que puede ser denominada acoso sexual de prevalimiento, siendo diferente de la conducta del tipo básico (art. 184.1 CP) introducido con posterioridad por la LO 11/1999 y denominado acoso sexual horizontal, ya que el mismo se da entre iguales.

En cuanto al acoso perpetrado por medio de las TICs, debemos partir de la distinción, como muy bien apunta MENDOZA CALDERÓN, entre las conductas de ciberacoso y las estrictas formas de grooming. Por lo tanto para que una conducta

---

<sup>33</sup> RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SANCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de DP, PE*, 4ª edición, 2011, 129 s; VEGA RUIZ, *El delito de acoso sexual como delito autónomo, 1991*, 16 s.; DÍEZ RIPOLLÈS, *Comentarios al CP, PE II*, 2004, 1 s.; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 20ª, 2015, 197 s.



acosadora sea calificada como grooming sería necesario que dicho acoso se produjera por medio de las nuevas tecnologías, siendo el acosador un adulto y la víctima un menor teniendo dicha conducta una intención sexual<sup>34</sup>. Es por ello que si la conducta no conlleva ninguna intención sexual expresa o tácitamente, será más acertado calificarlo como un delito contra la integridad moral.

En esta línea MIRÓ LLINARES expone que son muchos los casos que se presentan ante los tribunales por acoso a menores, incluso entre ellos, y la gran mayoría a través del ciberespacio, siendo encuadrados los acosos (no sexuales), incluidos los que son continuados, dentro de los delitos contra la integridad moral<sup>35</sup>.

Es por ello, que cabe preguntarse si las conductas que constituyen el fenómeno del grooming podrían ser encuadradas dentro de la esfera del acoso sexual. Sin embargo, en atención a lo que sostiene MENDOZA CALDERÓN, parece no ser posible, afirmando que *“puede resultar notablemente complicado encauzar esta serie de comportamientos dentro de los delitos de acoso sexual tipificados en art. 184 CP”*<sup>36</sup>.

Por todo esto cabe decir que cuando el acoso a las personas se realiza por medios de las TICs, nos encontramos ante el denominado ciberacoso, como así mantiene PIÑAR MAÑAS<sup>37</sup>. Además, el ciberacoso puede tener una intención sexual, siendo definido por PANIZO GALENDE como aquellas acciones preconcebidas que lleva a cabo un adulto a través de Internet para ganarse la confianza de un menor de edad y obtener su propia satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas que consigue del menor, pudiendo llegar incluso a concertar un encuentro físico y abusar sexualmente de él<sup>38</sup>; dicha definición parece poco acertada ya que mezcla dos conductas diferentes, por un lado el ciberacoso y por otro lo denominado internacionalmente como online child grooming, ya que en el primero, como defienden algunos autores, no es necesario que el acosador sea un adulto y la

---

<sup>34</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 139.

<sup>35</sup> MIRÓ LLINARES, *Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito*, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 16, 2013, 65 s.

<sup>36</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 139 s.

<sup>37</sup> PIÑAR MAÑAS, *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, 2011, 157.

<sup>38</sup> PANIZO GALENDE, en: *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, núm. 15, 2011, 24 s.

víctima un menor, pero en el segundo caso es requisito *sine qua non* que el acosador sea un adulto y la víctima un menor, además de tener una intención sexual.

Por lo tanto la clave es que en el ciberacoso o ciberbullying se trata de una situación en que acosador y víctima son niños, a diferencia de lo que ocurre en el grooming<sup>39</sup>. Como se puede observar existen discrepancias conceptuales que serán tratadas posteriormente con más detalle, anticipando solamente la problemática existente acerca de la definición y concepto del fenómeno del grooming, también denominado ciberacoso, child grooming u online child grooming; además del paralelismo y equivalencia del término ciberacoso para referirnos también al fenómeno del ciberbullying<sup>40</sup> ya que, este tipo de acoso en la red presenta unas características similares con otras formas de acoso<sup>41</sup>.

### III. CUESTIONES PREVIAS RESPECTO DEL ONLINE CHILD GROOMING O GROOMING

#### 1. Concepto prejurídico del grooming

El concepto de *grooming* como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, “*ni se halla uniformemente determinado ni se ha formulado en primer término jurídicamente*”<sup>42</sup>. Además del término *grooming*<sup>43</sup>, al cual ha hecho alusión la doctrina anglosajona, no es dispar encontrar algunas otras posibles denominaciones tal y como se adelantó. Con la modificación del CP realizado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, fue incriminado dicho fenómeno en el art. 183 bis CP haciendo referencia a él con los vocablos *grooming* y *child grooming*<sup>44</sup>. Por su parte, tal y como indica RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, la jurisprudencia emplea tanto la denominación de *grooming*, como en ocasiones las de: “*corrupción de menores a través de*

---

<sup>39</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Cyberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultado el 18 de febrero de 2016, 3.

<sup>40</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Cyberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 3 s.

<sup>41</sup> HERNÁNDEZ PRADOS/SOLANO FERNÁNDEZ, en: *RIED*, 2007, 24.

<sup>42</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, en: VILLACAMPA ESTIARTE, *Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual de los Menores*, 2015, 139.

<sup>43</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 99 s.

<sup>44</sup> *Child grooming* es la expresión que aparece en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

tecnologías de la información y la comunicación” o “delito de abuso sexual a través de Internet”<sup>45</sup>.

La incriminación de este fenómeno atiende a lo establecido en el art. 23 del *Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007*, conocido también como Convenio de Lanzarote, el cual hace referencia a la necesidad de tipificar como delito las proposiciones sexuales a menores a través de las TICs; y se refiere a él con la expresión “*solicitation of children for sexual purposes*”. La denominación “soliciting” es la mantenida en la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, que versa sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación de los menores y la pornografía infantil. Junto a estos términos también son comunes las siguientes denominaciones: “ciberacoso a menores”<sup>46</sup>, “seducción informática”<sup>47</sup>, o “ciberseducción sexual”<sup>48</sup>.

Puede convenirse que el *child grooming*, término empleado, entre otros autores, por VILLACAMPA ESTIARTE, es el más apropiado y puede decirse que constituye una especie del género de acoso<sup>49</sup>. Pero se debe tener presente que dicha inclusión dentro del género de acoso no es del todo acertada, algunos autores que han centrado su atención en el acoso, como es el caso de GONZÁLEZ DE RIVERA<sup>50</sup>, entre otros, diferencian dos tipos, el acoso psicológico entendido como el ejercicio de violencia o maltrato psicológico que afecta al estado emocional y cuya finalidad última es desequilibrar o destruir la salud y capacidades mentales; y por otro lado el acoso moral, tratándose de una situación constante de sometimiento en la que se dan sentimientos y sufrimientos humillantes o degradantes. Pues bien, en el caso del *child grooming* el intento de aproximación a la víctima por parte del

---

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “*El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2014, (versión online).

<sup>46</sup> GIL ANTÓN, *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2015, 307 s.

<sup>47</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *DP Español. PE*, 7ª edición, 2015, 264 s.

<sup>48</sup> HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y DP europeo*, 2012, 427.

<sup>49</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 21 s.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ DE RIVERA, *El maltrato psicológico: cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, 2002, 28 s.

sujeto activo se establece por medio de la seducción, por lo que no se cumplirá ninguno de los efectos referidos al acoso en cualquiera de sus dos vertientes.

El problema que surge respecto de la conceptualización del *grooming* es que resulta complicado distinguir cuando las conductas frente a los menores son de forma amable o amigable y cuando dichas conductas entrañan un fin más turbio y por ende puedan ser consideradas reprobables. En principio dichas actividades serán consideradas socialmente inofensivas salvo que las mismas tengan como objetivo algún tipo de perversión. Además, como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, es difícil conceptualizar dicho fenómeno porque popularmente se relaciona siempre con Internet, favorecido en la mayor parte de las ocasiones por los medios de comunicación, y siendo a su vez puesto en conexión con acciones a través de la red, pero esto no es del todo cierto ya que, está demostrado que muchos supuestos de *grooming* tienen lugar en el ámbito familiar o de confianza del menor y no con personas extrañas que interactúan de manera *online*<sup>51</sup>. Pese a esto, respecto del concepto del *child grooming*, la mayor parte de las legislaciones han incriminado la conducta consistente en el embaucamiento o seducción por un extraño mayor de edad a un menor por medio de Internet y otras tecnologías de la información.

Desde la perspectiva extrajurídica, el concepto de *child grooming* ha sido caracterizado de diversas formas, algunas ponen énfasis en que se trata de una seducción, otros lo relacionan con la pedofilia, y en otros casos es enfocado partiendo de la idea de que se trata de un proceso para conseguir ganarse la confianza de la víctima, siendo este último de los más acertados según algunos autores como es el caso de VILLACAMPA ESTIARTE<sup>52</sup>.

Algunas de esas caracterizaciones son consideradas como un acoso ejercido por un adulto y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño/a con la finalidad de prepararle para el abuso sexual<sup>53</sup>, con lo cual se puede decir que existe cierta *seducción emocional*.

---

<sup>51</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 25 s.

<sup>52</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 25 s.

<sup>53</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Cyberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016, 4.

En mi opinión el término más preciso ciñéndonos a lo establecido en el precepto de nuestro CP actual, es el de *online child grooming*.

## 2. Fases del *child grooming* (online)

Partiendo de un contexto exclusivamente virtual u *online* y sin referirnos a ciertos modelos explicativos con carácter general a los cuales hace referencia VILLACAMPA ESTIARTE relativos al fenómeno del *grooming* producido por abusadores sexuales en el ámbito familiar y cara a cara<sup>54</sup>, debemos atender a que en el plano virtual el delincuente sexual interactúa con el menor, preparándolo para el posterior acercamiento y generalmente encaminado a la comisión de un delito de naturaleza sexual, no sin antes haber seleccionado previamente a dicha víctima o víctimas en algunos casos.

Atendiendo al fenómeno del *grooming* según FERNÁNDEZ RODICIO, se trata de un “*acto preparatorio de otro, de carácter sexual más grave. El acosador, al ganarse la amistad de la víctima y al crear una conexión emocional con la misma, disminuye las inhibiciones del menor y se facilita el acercamiento progresivo, propiciando el abuso sexual fuera de lo virtual*”<sup>55</sup>.

Centrándonos concretamente en las fases que componen el delito de *online child grooming*, podemos diferenciar de forma amplia las siguientes<sup>56</sup>:

- Inicio de la amistad: hace referencia a la toma de contacto con el menor para conocer sus gustos, aficiones, etc. Se trata de entablar una relación de amistad con el objeto de ganarse la confianza de la víctima e incluso se llega

---

<sup>54</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 29 s.

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ RODICIO, *El Acoso Telemático en Menores: Ciberacoso y Grooming*, RevistaPsicologíaCientífica.com, 13. Disponible en <http://www.psicologiacientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>. Consultada el 3 de marzo de 2016.

<sup>56</sup> INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, “*Guía legal sobre el Cyberbullying y grooming*”, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 4 de marzo de 2016, 5 s; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 32 s.

a producir la petición de que le transfiera alguna foto para conocerle, pero aún sin componente o intención sexual.

- Inicio de la relación: es aquella donde se formaliza la relación la cual incluye confesiones personales e íntimas entre el menor y el acosador. De esta manera se consolida la confianza con el menor y el acosador profundiza sobre la vida, gustos y costumbres.
- Componente sexual: llegados a este punto, ya se ha instalado la confianza mutua entre ambos, viendo el menor al acosador como una especie de maestro o incluso amante. En muchos casos, el sujeto activo del delito valorando el riesgo que ha asumido trata de que el menor destruya las conversaciones mantenidas hasta el momento como paso previo, a la proposición al menor de intervenir en actos de naturaleza sexual o captación de imágenes, es decir, con la finalidad de culminar con una relación de naturaleza sexual.

Otros autores, como es el caso de VILLACAMPA ESTIARTE, añaden alguna otra etapa como:

- Fase de valoración del riesgo: esta fase no mencionada en las expuestas previamente, es en la que el acosador realiza preguntas al menor para ver que riesgo está asumiendo y si puede ser detectado fácilmente por su familia, asegurándose de que el menor se halla aislado o que es vulnerable en algún sentido.
- Fase de exclusividad: en este estadio se produce la revelación de secretos por parte del menor, y supuestamente por parte del acosador, con el objetivo de que el menor mantenga dicha relación en secreto y haciéndola cada vez más personal y emocional. Llegando incluso en ocasiones a comprobar la formación sexual que presenta el menor y explicarle determinados términos sexuales si el mismo los desconoce.

Debemos matizar que como norma general en el caso del *grooming*, la mayor parte de las conductas son llevadas a cabo por hombres. Como señala VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN, “*en aproximadamente un 70% de los casos son*

*hombres adultos los que se dirigen a menores, frente a un 22% de mujeres, siendo desconocido el sexo del solicitante en el resto de casos ( $\chi^2 = 5,244$ ;  $p = 0,073$ )”<sup>57</sup>.*

#### **IV. INCRIMINACIÓN DEL CHILD GROOMING DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO**

##### **1. La sanción de la conducta típica en el derecho penal norteamericano y de la UE antes de la aprobación del Convenio de Lanzarote.**

Antes de la aprobación de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente relativos a la incriminación de las conductas de *child grooming*, en EEUU se incriminó dicha conducta tanto a nivel estatal como federal<sup>58</sup>.

Respecto de las formas incriminatorias de las conductas de *child grooming* llevadas a cabo por los Estados son diferentes a las operadas en nuestra esfera. Dichos Estados diferencian la gravedad de las penas en función de si la conducta llevada a cabo implica un contacto real con el menor o si se trata de un contacto con el menor de forma online. A nivel federal las sanciones que se pueden imponer ante conductas que constituyen delito de *child grooming* son más severas que a nivel estatal. Había ciertos sectores doctrinales que no consideraban necesaria la incriminación de dicho delito a nivel federal, bastando simplemente la tipificación a nivel estatal, ya que incluso se ha planteado que pudiera ir en contra de su constitución.

La interpretación en EEUU respecto al delito de *child grooming* no es restrictiva, pretendiendo que sea constitutivo de delito la preparación del menor para tener incluso cibersexo.

En el caso de Europa, Reino Unido fue el primer país europeo en incriminar las conductas de *child grooming* propiciado por la influencia de la política Estadounidense, así como por la existencia de varios casos mediáticos en el país.

---

<sup>57</sup> VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 18-02, España, 2016, 15.

<sup>58</sup> Según apunta VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 141, “a nivel estatal, sin embargo, no existe una penalidad uniforme para las conductas de embaucamiento en todos los estados, sino que cada uno de ellos sanciona según sus guías de sentencia”.

Posteriormente Noruega tomó como modelo para incriminar las conductas de grooming la regulación de Inglaterra, consistente en tipificar las conductas de proposición sexual a menores con independencia del medio que se utilice para efectuarlas. Y junto con Noruega, el siguiente país europeo que incluyó en su ordenamiento jurídico un delito semejante fue Francia, quién incorporó un tipo delictivo básico diferente al de los países antecesores, ya que en el caso francés como matiza VILLACAMPA ESTIARTE, se incrimina la conducta del *soliciting*, la cual no requiere ni patrón de conducta en el sentido de demandarse varias comunicaciones, ni es necesario el requisito de que se produzca un encuentro; por lo que la conducta consistente en solicitar se limita únicamente al entorno online, dejando fuera del tipo otras clases de *grooming*<sup>59</sup>.

## **2. Consideraciones sobre la incriminación del delito en el Convenio de Lanzarote<sup>60</sup> y la Directiva 2011/93/UE<sup>61</sup>.**

Ambos documentos internacionales prevén la necesaria incriminación de las conductas relativas al *online child grooming*, empleando el término “*solicitation of children for sexual purposes*”.

Según establece el Convenio de Lanzarote, la definición que en él se establece respecto del delito de *grooming* consiste en: “*La proposición intencional, a través de las tecnologías de información y comunicación, para conocer a un menor que, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, no hubiera alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales; con el propósito de cometer contra él o ella: la práctica de actividades sexuales; la participación en actividades sexuales recurriendo a la coacción, fuerza o amenazas; abusando de*

---

<sup>59</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 159.

<sup>60</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, creado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que fue ratificado por España el 1 de diciembre del mismo año. De conformidad con lo establecido en su art. 45.4. (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010). Para más información relativa al citado texto convencional vid. SALAT PAISAL, en: VILLACAMPA ESTIARTE/AGUADO CORREA (coords.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, 2015, 437 s.

<sup>61</sup> Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. (DOUE L 335/1, de 17 de diciembre de 2011).



*una situación de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso dentro de la familia; o cuando se abuse de una situación de especial vulnerabilidad del menor, en particular en aquellos casos en los que se presente una discapacidad mental o física o una situación de dependencia; o bien cuando se de esta situación, con el propósito de producir pornografía infantil; siempre y cuando a dicha propuesta le hayan seguido actos materiales dirigidos a tal encuentro”.*

Conforme a lo que establecía la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de 22/12/2003<sup>62</sup>, no se abordó de manera expresa la cuestión relativa a la explotación sexual de los niños, la coacción, captación o explotación de cualquier modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos, así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niños; y dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil, su producción por medios informáticos.

Es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25/10/2007, el que recoge en su art. 23 , bajo la rúbrica "Proposiciones a niños con fines sexuales", la obligación de que las Partes deben adoptar "*las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación proponga un encuentro a un niño*", cuya edad esté por debajo de la que cada Estado parte hubiese fijado como límite a la intangibilidad sexual de los menores con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1 a) del art. 18 o al apartado 1 a) del art. 20 c) de dicho convenio, cuando dicha proposición vaya seguida de actos materiales.

Posteriormente, la ya mencionada Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13/12/2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sustituye la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo. El Proyecto de Ley Orgánica por la que

---

<sup>62</sup> Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. (DOUE, L 13/44, de 20 de enero de 2010).

se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, prevé, entre otras cuestiones, la transposición de dicha Directiva 2011/93/UE, la cual es más precisa y clara en lo relativo al delito de *online child grooming* que la sustituida Decisión Marco 2004/68/JAI. La misma establece concretamente la obligación que tienen los estados miembros de tipificar como delito “el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de chat en línea” y muestra claramente su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una de las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores, razonando que el motivo de esto es el anonimato que Internet permite al delincuente. Y así en su art. 6, tras reproducir en esencia las previsiones que hace el Convenio de Lanzarote al respecto, añade una cuestión que éste no contempla, y es el imponer la necesidad a las partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, por medio de las TIC de adquirir, poseer o acudir a pornografía infantil mediante el embaucamiento de un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que represente a dicho menor. El Proyecto CP traslada el contenido del art. 183 bis al art. 183 ter, modificando parcialmente su redacción actual e incorporando, además, una nueva conducta, la relativa al embaucamiento del menor a través de medios tecnológicos con el fin de que facilite material o muestre imágenes pornográficas que cuenten con su participación, respondiendo a lo exigido por la mencionada Directiva 2011/93/UE.

Como bien apunta VILLACAMPA ESTIARTE, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE, hacen referencia a la necesidad de abordar e implementar un plan de prevención, persecución y protección contra la delincuencia sexual sobre víctimas menores, y a su vez, a que deben ser llevados a cabo desde el punto de vista de los derechos humanos de las propias víctimas a la hora de incriminar las conductas<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 123 s.

## V. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DEL CHILD GROOMING

### 1. Inclusión del child grooming con la reforma de la L.O. 10/1995. (Artículo 183 bis CP).

La Ley Orgánica 15/2010, mediante la cual se modificó la Ley Orgánica 10/1995, añadió *ex novo* el artículo 183 bis CP, el cual tipificaba la conducta o fenómeno del *child grooming* siendo el tenor literal de dicho precepto el siguiente:

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

La Exposición de Motivos (EM) de dicha ley aludía a la necesidad de tipificar la conducta del *online child grooming* con la siguiente fundamentación: “*La extensión de la utilización de Internet y las tecnologías de la información y comunicación con fines sexuales frente a menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*”<sup>64</sup>.

En lo que se refiere a la inclusión de este ilícito penal, algunos autores como MAGRO SERVET destacan que esto viene determinado por lo que se establece en el Convenio del Consejo de Europa sobre Delincuencia en el Ciberespacio (denominado también Convenio sobre el Cibercrimen), el cual establecía la

---

<sup>64</sup> EM (apartado XIII) de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; mencionando, además, la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la infantil. BOE núm.152, Miércoles 23 de junio de 2010.

necesidad de adoptar medidas en relación con los delitos cometidos a través de las redes informáticas<sup>65</sup>.

Si bien es cierto, algunos autores pusieron de manifiesto la innecesaria tipificación de dicha conducta contemplada en el art. 183 bis CP y, actualmente regulada en el art. 183 ter CP, sosteniendo que ya existían otras formas en el CP para poder incriminar dicha conducta e incluso que con dicha tipificación se dejaba patente un derecho penal simbólico o derecho penal de autor<sup>66</sup>.

El legislador, en mi opinión, probablemente haya adoptado la decisión de proceder a la incriminación de este comportamiento en el CP español por la presión mediática existente, la cual comenzó con los delitos que ocurrían frecuentemente en Estados Unidos, lugar que como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo son considerados pioneros en la tipificación de conductas para enfrentarse a los depredadores sexuales. En España comenzaron a darse a conocer en prensa varios casos de *grooming* realizados a través de Internet y, esto, sumado a la ratificación por España del Convenio de Lanzarote, hizo que el legislador procediese a la tipificación de este fenómeno.

En palabras de autores como, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “*nos encontramos, en principio, ante un delito de estructura muy compleja cuyo concreto contenido de injusto es difícil de precisar, al margen de sus muchos defectos técnicos. (...). De principio, porque tal como vemos la figura, nos encontramos con algo más difuso en cuanto a su contenido a los actos preparatorios punibles cuando expresamente lo prevé la ley...*”<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> MAGRO SERVET, *El Grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo art. 183 bis del CP*, La Ley, núm. 7492, 2010, 1428.

<sup>66</sup> MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GÓNZALEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2013, 136 s.; también en: *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 164 s.; RAMOS VÁZQUEZ, *El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado*, La Ley, núm. 7746, 2011, 589.

<sup>67</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, en: MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistemas de DP Español*, PE, 2011, 258 s.

## **2. Reforma del Código Penal Español conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo. (Artículo 183 ter CP)**

### **2.1. Aspectos introductorios y la cláusula de exclusión (art. 183 quater CP)**

Con la reforma del CP llevada a cabo, concretamente en delitos de libertad e indemnidad sexual, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, se aprecian ciertos cambios en cuanto al delito de *online child grooming*; ello puede ser debido a la aprobación de la Directiva 2011/93/UE principalmente, ya que el legislador ha pretendido, mediante las reformas del CP de 2010 y de 2015, adaptar el ordenamiento jurídico español a dicha directiva.

La reciente modificación afectó a un aspecto muy concreto y determinante para la conducta típica del *child grooming*, como es el aumento de la edad de consentimiento sexual, que se incrementó de los 13 a los 16 años de edad<sup>68</sup>. Además esto se incorporó mediante una cláusula de exclusión regulada en un nuevo precepto, el art. 183 quater, el cual establece de manera literal que:

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

Esta cláusula tiene como cometido evitar la criminalización de conductas llevadas a cabo entre menores de 16 años y jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad o que, pese a tratarse de menores, son responsables penalmente de acuerdo con la LO 5/2000, a los cuales cabe aplicarles dicha cláusula de exención de la responsabilidad penal, ya que no cabe apreciar prevalimiento y por tanto dicha conducta no puede ser constitutiva de un delito de abuso, excluyéndose por ello la responsabilidad penal, al ser irrelevante en este caso el consentimiento para el derecho penal. Pero debemos tener en cuenta que pese a que dicha cláusula tiene una aplicación preferente, al encontrarnos con conceptos no demasiado precisos como son la edad y el grado de madurez, puede dar lugar a que se continúen

---

<sup>68</sup> Careciendo por tanto de relevancia el consentimiento prestado por un menor por debajo de 16 años de edad. Y respecto de los menores de edad que superen la edad fijada continúa existiendo el abuso sexual de prevalimiento.

incriminando conductas como constitutivas de delito de *online child grooming* pese a ser cometidas por menores de edad responsables penalmente. Si bien es cierto que la misma es de aplicación preceptiva hay que tener presente que solo cabe su aplicación en los supuestos en los que la presunta víctima haya prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria. Pudiendo traer a colación en este mismo sentido sentencias como la de la *Audiencia Provincial de Valencia*, núm. 722/2013, de 24 de octubre de 2013, a la que ya hemos aludido.

A modo de curiosidad, dicha cláusula como apuntan algunos autores, también es denominada *Romeo y Julieta*<sup>69</sup>. Y respecto de la misma, tal y como precisa CANCIO MELIÁ, “*el legislador no ha seguido los ejemplos del Derecho comparado que para evitar la inseguridad jurídica han optado por fijar una diferencia de edad taxativa, y, una vez más, se ha limitado a copiar mecánicamente la norma europea de armonización (Dir 2011/93/UE art. 8.1), ignorando de nuevo que esta norma no contiene una propuesta de tipificación, sino que pretende establecer denominaciones comunes materiales*”<sup>70</sup>.

Es por todo ello que, como cuestiona parte de la doctrina, dicha cláusula puede plantear problemas interpretativos, primeramente porque es necesario que los requisitos de edad y grado de desarrollo o madurez, deban darse de manera cumulativa y no alternativa; y seguidamente por que el alcance de la exención de la responsabilidad penal se limita únicamente al Capítulo II *bis* del Título VIII del Libro II CP, el cual lleva por rúbrica *de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*.

Respecto de la edad surge la cuestión de, qué debemos entender por “próxima”, para ello, según establece GÓMEZ TOMILLO, “*nos encontraremos con un acuerdo del pleno no jurisdiccional del TS que ponga una edad máxima, por ejemplo 18 años, y una distancia entre sujeto activo y sujeto pasivo. Y para que lo decida así el Tribunal Supremo, bien podía haberlo hecho el legislador que es a quien le*

---

<sup>69</sup> Denominación procedente de EEUU (*Romeo and Juliet Laws*), relativa a las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o un joven adulto con algún adolescente. RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO (coord.)/ MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, 2ª edición, 2015, 630; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 188.

<sup>70</sup> CANCIO MELIÁ, en: LEFEBVRE, *Memento Penal*, 2016, 981.

*corresponde. Probablemente se pretenda evitar que intervenga la jurisdicción de menores en los relativamente frecuentes casos en los que hay relaciones sexuales consentidas en las que interviene un menor de dieciséis años. Sin embargo, nada impide que se aplique la cláusula en hipótesis diversas, cuando el autor ya ha cumplido esa edad. Incluso no se puede excluir a priori la posibilidad de aplicar el precepto cuando el autor ya ha cumplido la mayoría de edad”; y en cuanto a la cercanía en grado de desarrollo o madurez, “ello puede interpretarse en el sentido de que el grado de desarrollo es un factor físico, mientras la madurez alude a factores de carácter intelectual. Sin embargo, debería entenderse que estamos más ante una cláusula de estilo que otra cosa, en la medida en que el nivel de desarrollo físico no debería ser un dato a considerar como decisivo cuando de proteger la indemnidad sexual del menor se trata”<sup>71</sup>.*

En opinión de RAMOS VÁZQUEZ, la solución más acorde sería la manifestada por la Fiscalía General del Estado, expresada en la Circular 9/2011 de 16 de noviembre, sobre los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. La misma establece lo siguiente:

*No todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. (...). En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevaecimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible (...).*

---

<sup>71</sup> GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, 2015, (versión online).

Dicha Circular apostilla que estas pautas son extensibles, y por ende aplicables, al delito de *online child grooming*. A mi entender la misma es completamente acertada y oportuna, al precisar que no todo hecho es subsumible de manera automática en un tipo penal ya que, surge el problema del que se va tratar a continuación, y que adelanto ya que es, por un lado la reforma del CP de 2015 al elevar la edad penal para consentir a los 16 años y, por otro lado, al no haber aprovechado la misma para incluir dicho precepto expresamente el requisito de que el sujeto activo de la conducta sea un adulto. Pudiendo originar esto ciertos problemas prácticos de no existir la cláusula de exclusión que recoge el nuevo art. 183 quater CP.

## **2.2. El delito de child grooming contemplado en el art. 183 ter.1 CP tras la reforma del CP y las cuestiones desatendidas por el legislador**

El art. 183.1 ter CP establece de forma textual lo siguiente:

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.*

Atendiendo a la literalidad del precepto se puede observar que la principal novedad que se introduce, a diferencia de lo que establecía en su momento el art. 183 bis, es relativa a la edad, elevándola, como ya se ha mencionado, hasta los 16 años. Ahora bien, dicho precepto como posteriormente se analizará, no incluye expresamente el requisito de que el sujeto activo de la conducta sea un adulto, a



diferencia de la mención que hace la Directiva 2011/93/UE en el art. 6.2 respecto a que la conducta debe ser realizada por un adulto<sup>72</sup>.

Además otro aspecto significativo llevado a cabo con la modificación es relativo a la finalidad que debe tener el autor, esto es, anteriormente el contenido que albergaba el art. 183 bis CP establecía de manera genérica la siguiente mención: “...a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189,...”. En el actual art. 183 ter.1 CP se establece que la finalidad del sujeto activo ha de ser la de cometer un delito de los artículos 183 o 189 CP.

En este sentido, la doctrina ha señalado que los arts. 178 a 181 CP, tipificaban delitos de agresiones y abusos sexuales respecto de mayores de 13 años, y el art. 182 CP lo hacía en cuanto al abuso fraudulento de un menor de 16 años, no siendo congruentes por lo tanto dichos preceptos con la conducta descrita en el actual art. 183 ter. 1 CP, y siendo en mi opinión una acertada modificación en cuanto a los delitos que tiene por finalidad dicho ilícito penal tal y como se recoge actualmente en el citado precepto.

Es por ello que muchos autores<sup>73</sup>, afirman que la reforma del apartado primero de este precepto, antes contenida en un único apartado en el art. 183 bis CP, ha supuesto un avance técnico, si bien, en cuanto a la remisión que dicho precepto hace respecto de otros, debería limitarse aún más. Y a ello habría que añadir el incremento de la edad de 16 años para consentir, la cual es cuanto menos discutible.

Si bien, como se analizará de forma minuciosa posteriormente, las modificaciones introducidas a raíz de la reforma del CP en 2015 han supuesto una mejora técnica en el delito de *online child grooming*, con respecto a lo que contemplaba el anterior art. 183 bis CP, ciertas consideraciones acerca de otras

---

<sup>72</sup> Art. 6.1 de la Directiva 2011/93/UE el cual establece: *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.*

<sup>73</sup> Entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO (coord.)/ MATA LLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del CP de 2015*, 2ª edición, 2015, 626 s.; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 187 s.

mejoras para este ilícito efectuadas al legislador, fueron desatendidas<sup>74</sup>. Incluso el informe del Consejo Fiscal acerca del anteproyecto dejaba patente la nula aplicación del delito de *online child grooming*, incidiendo en que ello era debido a las deficiencias técnicas que presentaba, por lo que aconsejaba que se aprovechara esta reforma para solventar dichas cuestiones. Y por lo visto se ha puesto remedio a algunas, pero no a todas; aun así el nuevo precepto que recoge el delito que nos ocupa ha experimentado notables cambios que lo hacen técnicamente mejor.

Respecto de los sujetos, primeramente en cuanto al sujeto activo, el mismo continúa siendo genérico ya que, se establece la cláusula “*el que*”, haciendo posible que su comisión sea efectuada por un menor de edad responsable penalmente, es decir, por un menor de 18 años y mayor de 14 años de edad. Esto deja entrever que el legislador no ha traspuesto la Directiva 2011/93/UE de manera precisa ya que como se ha dicho con anterioridad, el documento comunitario en su art. 6.2 establece la necesidad de que la conducta sea cometida por un adulto. Pero como se ha puesto de manifiesto anticipadamente, existe la denominada cláusula *Romeo y Julieta* o cláusula de exclusión de la responsabilidad penal regulada en el art. 183 quater CP.

En relación con los sujetos pasivos, llama la atención el que no se haga referencia a las personas con discapacidad y, en especial, a aquellas que dicha discapacidad las haga especialmente vulnerables. A pesar de las intentos que se hicieron en durante la tramitación del Proyecto de ley de 2013, esto se desoyó<sup>75</sup>.

En lo referente a la conducta típica del delito, continúan sin incluirse entre los delitos-fin de la conducta, aquellos relativos con la pornografía y prostitución infantil. Además debemos matizar que el fenómeno del *grooming* es más amplio y, va más allá del simplemente *grooming* tecnológico o más comúnmente denominado *online child grooming*. Esto ha sido criticado por parte de la doctrina, dejando de lado la anticipación de las barreras penales en la mayor parte de los casos de *grooming* en sentido amplio, y respondiendo más bien a una obligación del legislador impuesta por las instituciones europeas y por la propia realidad social

---

<sup>74</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 188.

<sup>75</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 189.

dado el desarrollo de las TICs y los ataques a menores; lo cual es dudoso y la realidad parece desmentirlo<sup>76</sup>. En este sentido señala DÍAZ CORTÉS que: “*la Directiva, admitiendo que Internet ofrece características para cometer este delito, reconoce la importancia del embaucamiento al margen de estas tecnologías (consideración 19). En parte está reconociendo que no solo el contacto TICS es una conducta objetivamente peligrosa. Por ende, ¿cuál es la razón para que el legislador español insista al igual que lo hizo en con el 183.1 ter, en darle tanta relevancia, al contacto a través de las TICs, cuando este tipo de conductas podrían darse en contactos cara a cara?*”<sup>77</sup>. Atreviéndome a responder a la cuestión planteada por la autora, en mi opinión el legislador se ha limitado a cumplir las obligaciones impuestas por los organismos europeos y que se incluyen en los documentos mencionados, produciéndose una intervención penal excesiva, desatendiendo “el principio de intervención mínima”<sup>78</sup>.

Continuando con la conducta típica, existen ciertas cuestiones que debieron ser modificadas en atención a lo que disponen de forma literal los instrumentos comunitarios que imponen la obligación de incriminar dicha conducta. Primeramente el determinar expresamente qué pautas son constitutivas de los denominados “*actos materiales encaminados al acercamiento*”. Tampoco se ha suprimido el tipo cualificado o agravado, al cual se aludirá posteriormente; y en palabras de VILLACAMPA ESTIARTE, “*cuya desaparición hubiera conducido a considerar implícitamente necesarios en el tipo básico del delito supuestos como el abuso de situación de superioridad por la diferencia de edad o el engaño, dotando de mayor contenido material de injusto a la conducta*”<sup>79</sup>.

Llegados a este punto, hay que poner de relieve que existe un tipo agravado, y “*conforme a la disposición legal, las penas se impondrán en su mitad superior*

---

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “*El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 16-06 2014, (versión online); VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 190.

<sup>77</sup> DÍAZ CORTÉS, *Una nueva modalidad del denominado ‘child grooming’: análisis en el proyecto de reforma*, Actualidad Jurídica Aranzadi num.885/2014, 2014, (versión online).

<sup>78</sup> Denominado así a partir de MUÑOZ CONDE, *Introducción al DP*, 1975, 59. Y también denominado principio de subsidiariedad, entre otros, por: LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3ª, 2016, 22.

<sup>79</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 190.

*cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. La referencia a la coacción resulta extraña en la medida en que para que haya un despliegue de violencia el acercamiento ya se debe haber verificado (salvo que se conciba el raro caso de un acto violento sin previa aproximación). Por lo que respecta a la intimidación, su inclusión es distorsionadora, puesto que plantea el problema del concurso con el correspondiente delito de amenazas, cuya apreciación autónoma llevará normalmente a un resultado punitivo superior. En tal situación debe recurrirse al principio de alternatividad del art. 8.4 CP. Algo más de sentido tiene el engaño. No obstante, se corre el riesgo de vaciar de contenido al tipo básico, en la medida en que lo normal será que el sujeto utilice alguna clase de artimaña como excusa para iniciar el contacto”<sup>80</sup>.*

Por lo que respecta a lo demás, la relación concursal del delito de *online child grooming* con aquellos otros que se puedan cometer ulteriormente, no es pacífica ya que, como se pudo observar en el apartado correspondiente a las relaciones concursales existen opiniones dispares. Hubiere sido apropiado además de beneficioso, haber sustituido la distorsionadora cláusula *ad hoc*, que tantos problemas prácticos plantea, por una cláusula de *subsidiariedad expresa*.

En cuanto a la pena, el actual art. 183 ter.1 CP mantiene la misma que la que establecía el art. 183 bis CP<sup>81</sup>.

### **2.3. La inclusión de una nueva conducta típica en el art. 183 ter.2 tras la reforma del CP**

Además de la conducta relativa al *online child grooming* que se contemplaba en el art. 183 bis, y que actualmente se encuentra recogida en el art. 183 ter.1, se incorpora como novedad en el art. 183 ter.2 la siguiente:

*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o*

---

<sup>80</sup> GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO, (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, 2015, (versión online).

<sup>81</sup> *Pena de uno a tres años de prisión, alternativamente con multa de doce a veinticuatro meses.*

*le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

Este precepto ha sido incorporado junto a la conducta ya contemplada anteriormente de *online child grooming*, en atención a lo que establece la Directiva 2011/93/UE la cual hace referencia a la conducta denominada como “embaucamiento”; dicha Directiva prevé que los Estados adopten medidas para la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, que cometa las conductas de adquisición o posesión de pornografía infantil y de acceso a la misma o de su comunicación, embaucando a través de las TICs a un menor para que le proporcione pornografía en la que aparezca representad dicho menor.

La exigencia comunitaria iba simplemente encaminada a adelantar las barreras protectoras del derecho penal para con los supuestos de pornografía infantil, no siendo necesario la creación de un tipo penal *ad hoc*. Pero el legislador español aun así optó por incluir un tipo delictivo en el que resulta punible el contacto de un adulto con un menor mediante actos de embaucamiento para que éste le proporcione material pornográfico o le muestre imágenes del mismo contenido en las que se represente o aparezca el menor.

Por ello, nuestro legislador no se limitó únicamente a adelantar las barreras protectoras penales, ni tampoco ciñéndose solamente a la transferencia de material pornográfico autoproducido por el propio menor, sino que dicha conducta se circunscribe a cualquier tipo de material pornográfico tal y como apunta VILLACAMPA ESTIARTE<sup>82</sup>.

La conducta recogida en el apartado segundo del art. 183 ter CP es la comúnmente denominada sexting, a la cual se ha aludido al comienzo de este trabajo, y pese a no ser materia del mismo, sí conviene fijar cuál es su estructura delictiva. Pues bien, como apunta RAMOS VÁZQUEZ deberían darse los siguientes requisitos<sup>83</sup>:

---

<sup>82</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 193.

<sup>83</sup> RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (coords.), *Comentarios a la reforma del CP de 2015, 2ª edición*, 2015, 623.

- Contacto con un menor de 16 años a través de Internet, teléfono o cualquier otra TIC.
- Realización de actos materialmente tendentes a embaucarle.
- Finalidad de que el menor sea embaucado y le envíe o enseñe imágenes pornográficas.

Las dos modalidades delictivas reguladas en el art. 183 ter (apartado 1 y 2) únicamente tienen en común que ambas se realizan a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), y que las dos responden al Derecho armonizador derivado de la UE, concretamente de la Directiva 2011/93/UE (considerando 19 y art. 6); siendo este incipiente delito regulado en el apartado segundo del nuevo art. 183 ter CP, a buen seguro, protagonista de bastantes problemas en cuanto a lo que a su aplicación se refiere. Según ha señalado RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, aparentemente parece que sí existen diferencias en ambos apartados, haciendo necesaria la tipificación por separado. Y concretamente esas diferencias según él podrían encontrarse en la parte objetiva del tipo ya que, el art. 183 ter 1 CP requiere que el sujeto activo lleve a cabo actos materiales destinados a lograr el contacto físico con el menor, mientras que para realizar la conducta del art. 183 ter 2 CP basta con el mero contacto virtual<sup>84</sup>. Siendo esto muy discutido, como se ha puesto en antecedente previamente, encontrándonos autores que afirman, que la conducta típica del art. 183 ter. 1 CP no requiere expresamente que el encuentro se lleve a cabo en un lugar físico. No habiendo inconveniente en que el mismo se lleve a cabo en el ciberespacio<sup>85</sup>.

Sin embargo, concluye RODRÍGUEZ VÁZQUEZ opinando que *“las conductas descritas en uno y otro apartado no se diferencian. En ambos casos se trata de una conducta de embaucamiento del menor a través de las nuevas tecnologías de la información, es decir, desde el punto de vista objetivo prácticamente no presentan*

---

<sup>84</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 16-06 2014, (versión online).

<sup>85</sup> Opinión minoritaria, la cual mantengo, de, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 247.

diferencias. Consisten en que el autor se gane la confianza del menor con el fin de obtener unos objetivos determinados. Pero tampoco en la parte subjetiva del tipo se plantean diferencias. Siendo ambos delitos dolosos, la distinción tendría que plantearse a partir del objeto de referencia del ánimo subjetivo del injusto”<sup>86</sup>.

### **3. Elementos típicos del delito de online child grooming (art. 183.1 ter CP)**

#### **3.1. Bien jurídico protegido**

Debemos partir de que el legislador al momento de tipificar este delito tenía cierta preocupación respecto de la protección a los menores frente a los potenciales usos abusivos y delictivos de las nuevas tecnologías. Hay que situar cuál es, en concreto, el valor que el tipo pretende proteger, esto es, el bien jurídico protegido por el delito de *online child grooming* sobre el cual se ha hecho alguna referencia al inicio del trabajo. Para ello, hay que empezar por distinguir entre dos marcos en los que se puede situar el bien jurídico: uno más amplio, como sería el bien jurídico protegido en el caso de los delitos sexuales y, uno más restringido, como sería el bien jurídico que protegía, específicamente, el anterior artículo 183 bis CP.

Pues bien, el Título del CP donde se alojó el art. 183 bis CP cuando se produjo su inclusión fue el Título VIII del CP, el cual tenía la siguiente rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Se trata, por lo tanto, de un primer indicio de cual pretende ser el bien jurídico protegido (la libertad y la indemnidad sexuales).

De manera amplia se puede decir que el bien jurídico es la *libertad sexual*, y con ésta, se protege un aspecto muy concreto dentro del ámbito de autodeterminación de las personas. La protección de la libertad sexual por parte del Derecho Penal manifiesta una concepción de la sexualidad y de la especial trascendencia que se le da en relación con el desarrollo personal, pero además sirve como forma de delimitar el espacio de actuación del Derecho Penal. Como supuesto de libertad, implica la expresión espontánea de la voluntad, y se manifiesta en dos vertientes, una positiva y otra negativa (también llamadas activa o dinámica y pasiva o estática

---

<sup>86</sup> RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 16-06 2014, (versión online).

respectivamente). En virtud de ellas, se protege a las personas de verse inmiscuidas en comportamientos sexuales no consentidos (libertad sexual negativa) pero no se protege el hecho que se impida a la misma persona llevar a cabo comportamientos sexuales con otras personas que lo consientan o en solitario (libertad sexual positiva), que quedarían protegidos, en su caso, por los delitos genéricos contra la libertad<sup>87</sup>.

Doctrinalmente existen tres opiniones al respecto:

Algunos autores, entre otros GONZÁLEZ TASCÓN<sup>88</sup>, consideran que se trata de un delito pluriofensivo y por ende resultaría afectada tanto la indemnidad sexual del menor como bien jurídico individual, como la seguridad de la infancia mediante la utilización de las TIC entendido como bien jurídico colectivo. Este sector, en coherencia con la consideración de un bien jurídico pluriofensivo sostiene que el delito de *online child grooming* estaría en concurso real de delitos con otros ilícitos que se pudieran cometer, bien en grado de tentativa o bien como consumados, a los cuales alude el actual art. 183 ter.

Por otro lado están quienes, como es el caso de CUGAT MAURI<sup>89</sup>, respecto de la que no comparto personalmente la opinión de que el bien jurídico protegido no pertenecería a la esfera de la sexualidad, encajando más bien en la integridad moral del menor. En relación con esto y considerando que el bien jurídico es la integridad moral estaríamos ante un bien individual y diferente al que protegen los arts. 183 y 189 CP, dando lugar a la figura concursal de concurso real de delitos, como así sostiene DOLZ LAGO<sup>90</sup>, y que se abordó anteriormente en el apartado correspondiente en el que se hacía mención a las relaciones concursales.

---

<sup>87</sup> ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 17.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 241 s.

<sup>89</sup> CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, 235 s.

<sup>90</sup> DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de *Child Grooming*”, *La Ley*, núm. 7575, 2011, 1737.



Por último, otro sector entre los que se encuentra TAMARIT SUMALLA<sup>91</sup> se inclina porque el bien jurídico lesionado en este caso es único y se trataría de la indemnidad sexual, siendo considerado el art. 183.1 ter CP como un acto preparatorio de los delitos consumados a los que alude dicho precepto y debiendo operar por ello el concurso de normas, a lo cual se aludió en su momento.

En base a lo expuesto, y de entre todas las opiniones diferenciadas que existen al respecto, cabe apuntar que la mayor parte de la doctrina afirma que el bien jurídico protegido en el delito de *child grooming* es la indemnidad sexual<sup>92</sup>, como también establecía en este mismo sentido la EM de la LO 5/2010, entendiendo por indemnidad sexual el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o de manera más amplia, el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado. Esto se entiende así porque como afirma MUÑOZ CONDE, “*actualmente, en nuestro ámbito cultural existe una especie de consenso no escrito sobre la “intangibilidad” o indemnidad que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual*”<sup>93</sup>. Si bien, un sector bastante amplio critica que el bien jurídico a proteger deba ser la indemnidad sexual ya que no delimita el objeto ni el contenido de esa protección y, afirman que menores e incapaces tienen el mismo derecho a no ser molestados sexualmente como el resto de ciudadanos, no más<sup>94</sup>.

En relación con el objeto de protección en el delito de *child grooming* según se hallaba tipificado en este precepto y, tal y como se contempla actualmente en el art.

---

<sup>91</sup> TAMARIT SUMALLIA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, 2010, 172.

<sup>92</sup> BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *DP. PE*, 1ª edición, 2010, 352; RAMOS VÁZQUEZ, *El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado*, La Ley, núm. 7746, 2011, 587; DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de child grooming*, La Ley, núm. 7575, 2011; MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GÓNZALEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2013, 163 s.

<sup>93</sup> MUÑOZ CONDE. *DP, PE*, 20ª edición, 2015, 188.

<sup>94</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, en: DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, 1999, 233; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 19.

183 ter.1 CP, contiene un delito de peligro abstracto o hipotético<sup>95</sup>, como así sostiene parte de la doctrina aunque algunos autores como es el caso de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, discrepan con la misma poniendo de relieve la relación que existe con alguno de los delitos-fin que contiene el actual art. 183 ter CP. Es por ello que mediante su incriminación se ha pretendido adelantar las barreras protectoras a la propia realización del ilícito, incluso anterior a la propia ejecución de conductas que pueden afectar a la indemnidad sexual. En este sentido mi posición es a favor de la opinión doctrinal mayoritaria en relación con el bien jurídico protegido en el caso del delito que tratamos ya que, no se protege la libertad sexual en el sentido del derecho a elegir o prestar consentimiento en una relación sexual, sino a la indemnidad sexual de los menores dado que éstos no pueden prestar válidamente su consentimiento para llevar a cabo dichas relaciones<sup>96</sup>.

### 3.2. Sujetos del delito

En relación con el sujeto pasivo, no cabe duda alguna de que tratarse de un menor de 16 años (anteriormente de 13). El problema surge respecto de los sujetos activos del delito, debiendo dejar patente que tal y como está actualmente recogido en el art. 183 ter.1 CP y como se reguló en su momento en el art. 183 bis CP, el sujeto activo del delito puede ser un adulto pero también un menor dentro de los parámetros establecidos por la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del Menor<sup>97</sup>. No se ha especificado en la regulación del tipo, en principio, el propósito del legislador al tipificar conductas abusivas perpetradas por parte de adultos hacia menores mediante las TICS, pero también pueden ser posibles autores de este ilícito los menores, existiendo incluso sentencias que condenan a menores por dicha conducta como es la SAP Orense, de 4 de octubre de 2013<sup>98</sup>. Ahora bien, se debe tener en cuenta las razones y fundamentos que han llevado al legislador a incriminar el *child grooming*, debiendo atender a la EM de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de

---

<sup>95</sup> MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 20ª edición, 2015, 187 s.; PÉREZ FERRER, *El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el CP español (art. 183 bis)*, La Ley, núm. 7575 2012, 1780; DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de child grooming*, La Ley, núm. 7575, 2011, 1730 s.; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios al CP*, 2ª edición, 2011, 731.

<sup>96</sup> DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, en *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011, 1737 s.

<sup>97</sup> Arts. 1, 3 y 5 LORPM

<sup>98</sup> SAP Orense núm. 373/2013, de 4 de octubre de 2013, en la cual se condena a un menor que contacta con una chica menor de 12 años mediante “Tuenti”, produciéndose seguidamente un intercambio de los números de teléfono móvil y, posteriormente mediante “WhatsApp” le mande mensajes para concertar un encuentro y realizar actos sexuales.

junio, la cual como se ha citado anteriormente, señala en su preámbulo y concretamente en el apartado XIII que “*la extensión de la utilización de Internet y las tecnologías de la información y comunicación con fines sexuales frente a menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*”<sup>99</sup>.

Además, hay que añadir que tanto el Convenio de Lanzarote Como la Directiva 2011/93/UE de las cuales ya se ha hablado al inicio del trabajo, exigen la incriminación únicamente de los supuestos en los cuales sea un adulto quien efectúe la proposición al menor<sup>100</sup>.

### **3.3. Conducta típica**

Respecto a la conducta típica habrá que distinguir entre elementos objetivos y subjetivos. En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto cumulativo que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 16 años (anteriormente de 13), por otra proponer un encuentro, y por ultimo, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

Respecto a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 CP (anteriormente el art. 183 bis hacía referencia a los arts. 178 a 183 y 189 CP).

En lo referente a la conducta típica, el contacto entre los sujetos debe producirse “*...a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación...*”, siendo este un amplio cajón de sastre dado que quedarían comprendidos en dicha delimitación los correos electrónicos, las redes sociales, los chats....

---

<sup>99</sup> EM (apartado XIII) de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>100</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, vol. XXXI, 2011, 243.

Según sostiene la mayor parte de la doctrina, se trata de un tipo mixto acumulativo<sup>101</sup>, debiéndose dar una pluralidad de acciones, que por sí mismas de forma individual no constituyen delito. Estas acciones se pueden resumir en las tres siguientes: a) contacto; b) proposición sexual; c) actos materiales encaminados al acercamiento, de los que depende la punibilidad de la conducta.<sup>102</sup>

### **A) El contacto**

El establecimiento de contacto o comunicación con el menor de 13 años tiene que hacerse necesariamente a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Parte de la doctrina se inclina por entender que no es suficiente con que haya un intento de contacto, sino que además es necesario que el menor responda a esta petición de contacto<sup>103</sup>; sin embargo también hay autores que entienden que es suficiente con que haya conocimiento por parte del menor de esa petición de contactar<sup>104</sup>. Sea como fuere el verbo “contactar” de manera taxativa hace referencia a la acción de establecer contacto o comunicación con alguien, sin atender al momento concreto en que tiene lugar el mismo, siendo irrelevante que el sujeto activo del delito y la víctima ya se hubiesen conocido con anterioridad en persona<sup>105</sup>.

El contacto propiamente dicho debe producirse a través de una TICs, definida en sentido amplio, ya que el literal del artículo 183 bis CP incluye expresamente una

---

<sup>101</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 245; PÉREZ FERRER, *El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)*, La Ley, núm. 7915, 2012, 5; DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming”, La Ley, núm. 7575, 2011, 1740 s.

<sup>102</sup> En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, *Un estudio sobre los arts. 183 y ss. del CP*, 2016, 161; GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 245; PÉREZ FERRER, *El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)*, Diario La Ley, núm. 7915, 2012, 5; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 170-171.

<sup>103</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, 2013, 192; TAMARIT SUMALLIA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, 2010, 172; RAMOS VÁZQUEZ, *El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado*, La Ley, núm. 7746, 2011, 587.

<sup>104</sup> MUÑOZ CUESTA, *Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra TIC*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012, 5.

<sup>105</sup> DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, en Diario La Ley, núm. 7575, 2011, 1737 s.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, 2013, 192.

referencia a Internet y teléfono a lo que añade “cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación”, pese a esto algunos autores afirman que se trata de una limitación de los medios comisivos totalmente innecesaria<sup>106</sup>.

En cualquier caso, el tipo exige que la comunicación sea realizada mediante las TIC, y por lo tanto que el adulto capte al menor a través de las mismas.

## **B) La proposición sexual**

En atención a lo fundamentado en la Sentencia del TS núm. 97/2015<sup>107</sup> “A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación”. Dicha interpretación no es compartida por parte de la doctrina al considerar que “la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma”.

Por tanto debemos partir de que el tipo establece que se debe proponer un encuentro sexual, sin incidir en si el mismo debe ser de manera física o bastaría con un encuentro sexual de manera virtual; muchos autores han considerado que no es necesario que se trate de un encuentro *físico*, sino que sería suficiente para cumplir el elemento típico, un encuentro *virtual*<sup>108</sup>. Otros autores, sin embargo, mantienen la tesis de que dichos encuentros deben hacerse de forma presencial o física, debiendo ser propuestas o actos encaminados a producir un encuentro físico con la víctima menor de edad<sup>109</sup>. Estas discrepancias pueden ser debidas a que nuestro Código Penal emplea la expresión “acercamiento”, debiendo haber utilizado el término

---

<sup>106</sup> BOIX REIG, en: BOIX REIG (dir.), *DP. PE*, 1ª edición, 2010, 357; DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, La Ley, núm. 7575, 2011, 1741.

<sup>107</sup> STS núm. 97/2015, de 24 de febrero de 2015.

<sup>108</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 247.

<sup>109</sup> DÍAZ CORTÉS, *El denominado “child grooming” del art. 183 bis CP*, 2012, 22; MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 160 s., la cual señala que se debería ser requisito que se diera el encuentro físico entre ambos.

“encuentro”, que es el resultante de la traducción del vocablo “meeting”, que es el empleado tanto por el Convenio de Lanzarote como en la Directiva 2011/93/UE.

En mi opinión no debería requerirse que dicha proposición fuese para un encuentro físico, sino que dado el gran desarrollo de la tecnología en nuestros días existen herramientas informáticas que hacen posible que cada vez más se tengan encuentros de cualquier clase de forma virtual.

También es discutida la necesidad o no, de que el menor acepte la propuesta de encuentro, esto es, que exista una respuesta por parte del menor. Algunos autores, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, entienden que “*es irrelevante si efectivamente entre el sujeto activo y la víctima se llega a un acuerdo acerca del momento y del lugar de ese encuentro*”<sup>110</sup>; por el contrario hay quienes defienden que debe existir algún tipo de respuesta ante la proposición realizada por el sujeto activo para que quede patente la afectación, aunque sea de manera muy remota, que sufriría el bien jurídico protegido en este tipo delictivo que es como se ha señalado con anterioridad, la indemnidad sexual<sup>111</sup>.

### **C) Actos materiales encaminados al acercamiento**

Por último, se exige que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, es decir, tendentes al encuentro con la víctima, ya sea en el mundo físico como sostiene parte de la doctrina, o bien en el mundo cibernético si consideramos incluidos en este requisito, como hacen algunos autores, los actos digitales pese a que no tengan repercusión física<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 246-247.

<sup>111</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 176; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, 2013, 194.

<sup>112</sup> Véase nota 97; en contra de esta opinión se encuentra la doctrina mayoritaria, entre ellos, DÍAZ CORTÉS, *El denominado “chilg grooming” del art. 183 bis CP*, 2012, 22; MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 160 s.; CANCIO MELIÁ, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, La Ley penal: Revista de DP, procesal y penitenciario, núm. 80, 2011, 374; TAMARIT SUMALLIA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, 2010, 172; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 177. Todos ellos defiende una interpretación restrictiva del tipo, considerando que los actos materiales destinados al acercamiento deben trascender del mundo virtual, al presencial o físico.

La mayor parte de la doctrina entiende que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sólo puede concretarse caso por caso; no siendo acotados o limitados los actos por el legislador sino solo en lo que respecta a su naturaleza (deben ser materiales) y a su finalidad (encaminados al acercamiento)<sup>113</sup>. En este sentido DOLZ LAGO ha afirmado que el legislador con la fórmula “actos materiales encaminados al acercamiento” no establece un *numerus clausus* de actos que se entiendan como tales taxativamente<sup>114</sup>. Dichos actos pueden ser diversos, concretando un poco en la forma que pueden adoptar, MENDOZA CALDERON establece a modo ejemplificativo que serían actos materiales tendentes al acercamiento aquellos como mandar dinero al menor para que pueda acudir al encuentro, compra de billetes para que se produzca dicho encuentro, la planificación del viaje, etc.<sup>115</sup> Y en el caso de que el sujeto activo pretenda cometer el ilícito a través de un encuentro virtual, en palabras de GONZÁLEZ TASCÓN, “*los actos encaminados al acercamiento podrían sencillamente consistir en volver a contactar a través de las TIC con el menor para realizar los actos de ejecución del ulterior delito sexual*”<sup>116</sup>.

En opinión de algunos autores, como es el caso de CANCIO MELIÁ, no basta simplemente el establecimiento del contacto, siendo necesario que la propuesta vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, siendo irrelevantes las proposiciones poco serias dado que, se trata de actos preparatorios de ulteriores delitos exigiéndose este requisito típico acompañado de la proposición de un encuentro<sup>117</sup>.

Por otro lado, la doctrina no es unánime y establece la necesidad de interpretar dicho requisito y determinar que actos pueden tener tal consideración ya que, como se fundamenta en la sentencia del TS núm. 97/2015, “*Por un lado, los mismos actos*

---

<sup>113</sup> PÉREZ FERRER, *El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)*, Diario La Ley, núm. 7915, 2012, 6; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, 2013, 199; DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, en Diario La Ley, núm. 7575, 2011, 3.

<sup>114</sup> DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, La Ley, núm. 7575, 2011, 3 S.

<sup>115</sup> MENDOZA CALDERÓN, *El DP Frente a las Formas de Acoso a Menores*, 2013, 160.

<sup>116</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 248.

<sup>117</sup> CANCIO MELIÁ, en: LEFEBVRE, *Memento penal*, 2015, 928.

*deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro"*.

Además es necesario dilucidar si esos actos “materiales” deben trascender más allá del ámbito virtual o no, en este sentido la doctrina mayoritaria sostiene que dichos actos deben trascender del mundo virtual y que deban llevarse a cabo para producirse un contacto físico; aunque existe un sector doctrinal opuesto, que considera que sí tendrían cabida en este concepto actos digitales pese a que no tengan repercusión física.

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el autor tenga la intención de cometer el delito, esto es, por que el delito de *child grooming* tiene una naturaleza dolosa. Por ello resulta necesario que el autor tenga conocimiento y voluntad de realizar las acciones típicas en la forma en que se han expuesto anteriormente y a través de los medios que se han mencionado; tratándose de un dolo directo o también denominado “reduplicado”, en todo caso, es una cuestión difícil de probar las intenciones que tiene el autor de este delito, solamente se podrán tener ciertos indicios de cuál era la voluntad del mismo<sup>118</sup>.

Por lo tanto debemos tener presente que para la existencia de este delito es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo y, concretamente que su conducta esté dirigida a la comisión de determinados delitos sexuales, a fin de cometer cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189 CP<sup>119</sup>. Esto ha sido criticado por la doctrina, al entender que se trata conductas excesivamente amplias, por lo tanto sostienen una interpretación

---

<sup>118</sup> En tal sentido, DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, La Ley, núm. 7575, 2011, 3; GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, *Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming*, núm. 842/2012, 2012, 6-7; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, 2013, 197.

<sup>119</sup> Con la reforma del CP mediante la LO 1/2015 se suprimió la referencia de los arts. 178 a 182 que si incluía el anterior art. 183 bis, y que ahora no recoge el actual 183 ter.1 CP.



restrictiva del tipo penal, exigiendo que la finalidad de los actos que se han citado con anterioridad tuviesen como finalidad la comisión de delitos de agresión, abuso, captación o utilización del menor para elaborar material pornográfico o para participar en espectáculos exhibicionistas<sup>120</sup>. A su vez esto ha tenido alguna opinión contrapuesta como es la de CUGAT MAURI, quien afirma lo siguiente: *“Ténganse en cuenta que los medios a los que se refiere el tipo (Internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación) permiten establecer un contacto con el menor previo a la relación sexual directa con éste que puede favorecer una situación de subyugación moral al agresor de particular intensidad (...) Sólo ello reunirá ya gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales. Por lo tanto, de la sola presencia del elemento subjetivo del injusto por el que la conducta debe orientarse a la comisión de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 (refiriéndose a la regulación anterior a la reforma del CP mediante la LO 1/2015, la cual suprimió los arts. 178 a 182 del nuevo art. 183 ter.1 CP), no puede deducirse que estemos ante un mero acto preparatorio que atente contra el principio de ultima ratio”*<sup>121</sup>.

Estando en este punto, debemos hacer referencia al hecho de la edad de la víctima, centrándonos en aquellas que no han alcanzado la edad legal para consentir en materia sexual. En este sentido GÓNZALEZ TASCÓN apunta a que existen dos situaciones: *“Cuando el sujeto cree erróneamente que la persona con la que contacta no es menor de trece años, habrá que apreciar en el hecho un error de tipo que, independientemente de su carácter vencible o invencible, determinará la exención de responsabilidad penal por no ser objeto de punición esta conducta a título de imprudencia (art. 14.1). En cambio cuando el sujeto crea erróneamente que el menor con quien contacta no ha cumplido aún los trece años, nos encontraríamos ante el llamado error al revés que nos conduce a una problemática*

---

<sup>120</sup> En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, *El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado*, Diario La Ley, núm. 7746, 2011, 587; TAMARIT SUMALLIA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, 2010, 172; GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 249-250; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (Coord.)/ORTS BERENQUER (Coord.), *Delitos sexuales contra menores*, 2014, 197.

<sup>121</sup> CUGAT MAURI, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.)/GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, 235 s.

*completamente distinta como es la de la tentativa inidónea, que, sin embargo, no encuentra aquí una solución satisfactoria por no admitirse el castigo de la tentativa en este delito”<sup>122</sup>.*

Además se plantea la cuestión de si hubiese sido necesaria la previsión del tipo imprudente para poder castigar los casos en que concurra un error vencible relativo a la edad<sup>123</sup>. En este sentido existen sentencias referentes a la cuestión de la edad de la víctima y el conocimiento de la misma por parte del autor de los hechos, pudiendo citarse en este sentido a modo de ejemplo, la Sentencia de la AP de Valencia (secc. 3ª) núm. 722/2013 de 24 octubre<sup>124</sup>.

#### **4. Consumación del delito**

El momento de consumación del delito de *child grooming* es una cuestión relevante. Algunos autores como es el caso de DOLZ LAGO<sup>125</sup> o GÓMEZ TOMILLO<sup>126</sup>, apuntan a que dicha conducta es considerada un acto preparatorio de los demás delitos de abusos o agresiones sexuales a menores, por lo que dicho autor es partidario de que la naturaleza de dicho delito debería ser calificada como de peligro o de peligro hipotético y no de resultado ya que, basta con una acción apta para generar un riesgo frente al bien jurídico, por lo que el delito se consuma no atendiendo a la lesión del bien jurídico protegido, sino mediante la puesta en peligro del mismo. En este mismo sentido sostiene GONZÁLEZ TASCÓN que “*la consumación de este delito se produce en el momento en que el sujeto realiza algún acto material de acercamiento a la víctima independientemente de que el sujeto*

---

<sup>122</sup> Debemos partir de que la LO 1 y 2 /2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995 cambia el contenido del art. 183 bis al art. 183 ter y eleva la edad de 13 a 16 años. GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 249. Posteriormente se tratará lo relativo a la tentativa para este tipo delictivo.

<sup>123</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 183; CANCIO MELIÁ, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, La Ley penal: Revista de DP, procesal y penitenciario, núm. 80, 2011, 5.

<sup>124</sup> SAP Valencia núm. 722/2013, de 24 de octubre de 2013. La cual absolvió a un sujeto mayor de edad que contactó con una menor de 13 años mediante una petición de amistad a través de las redes sociales, pero al no constar dicha edad en su perfil y en ningún momento durante que mantuvieron las comunicaciones se lo comunicó al adulto ni pudo desprenderse de las conversaciones la edad que tenía realmente la menor.

<sup>125</sup> DOLZ LAGO, “*Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*”, La Ley, núm. 7575, 2011, 1737

<sup>126</sup> GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO, (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, 2015, (versión online).

*pasivo conozca el fin último que persigue el sujeto activo*”, sin entender que debemos considerar por “acto material encaminado al acercamiento” ya que, no existe un *numerus clausus* y el legislador solo ha precisado que debe ser un acto material y no meramente formal, cuya finalidad sea encaminada al acercamiento, por lo que únicamente se puede deducir que se trata de un delito de mera actividad, no cabiendo por ello la tentativa<sup>127</sup>.

Al respecto, cabe mencionar la Sentencia de la AP de Barcelona núm. 1055/2014, la cual hace referencia a la naturaleza del delito y momento de su consumación fundamentando lo siguiente: “... *no resulta imprescindible que llegue a existir contacto sexual, ni siquiera que el menor y el sujeto lleguen a conocerse en persona, sino que el delito se entiende consumado cuando, tras haber contactado con el menor y haberle propuesto una cita, el sujeto realice los mencionados "actos materiales encaminados al acercamiento" con una finalidad sexual*”<sup>128</sup>. Así como la Sentencia del TS 97/2015, que establece lo siguiente: “*La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada. (...). En este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta*”.

La doctrina mayoritaria<sup>129</sup> sostiene en relación con este tipo delictivo, que se trata de un supuesto en el cual el derecho penal adelanta las barreras protectoras,

---

<sup>127</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 253.

<sup>128</sup> SAP Barcelona núm. 1055/2014, de 22 de diciembre de 2014.

<sup>129</sup> DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming”, *La Ley*, núm. 7575, 2011, 1737; GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las*

castigando lo que realmente es un acto preparatorio encaminado a la comisión de un delito sexual a menores; manteniendo que el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa, siendo cualquier acto de pensamiento impune.

## **5. El child grooming como proceso previo a la comisión de delitos sexuales. Relaciones Concurrales.**

Partiendo de la definición que sostiene BARRERA IBÁÑEZ referente al *child grooming*, como “delito relacionado con la pederastia y la pornografía infantil en Internet, en muchas ocasiones constituye la antesala de un abuso sexual...”<sup>130</sup>, muchos son los expertos que opinan que la propuesta sexual contenida en el fenómeno del *child grooming* constituye el proceso con el cual comienza el abuso sexual ya que, es raro que los abusadores sexual no preparen y planeen con minuciosidad su abuso, pudiendo ser considerado dicho fenómeno fase integrante del abuso, con el propósito de la preparación. Algunos autores van más allá, como es el caso RAGUÉS I VALLÈS, el cual sostiene que en el *child grooming* para que se dé el supuesto de hecho es necesario que la propuesta vaya acompañada, tal y como dispone textualmente el tipo penal, de “actos materialmente encaminados al acercamiento”, tratándose por lo tanto de “la tipificación expresa de actos preparatorios individuales de delitos de agresión o abuso sexual o de corrupción de menores que quedarán absorbidos por el correspondiente delito o su tentativa en caso de que lleguen a realizarse actos ejecutivos”, debiendo tener en cuenta que el precepto contiene la siguiente afirmación: “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Si la conducta incriminada en el artículo 183.1 ter, anteriormente 183 bis CP, no fuese más que la punición de actos preparatorios de otros delitos, una vez que comienza la tentativa o se consuma el delito de cuya preparación forman parte los actos contenidos en el actual 183 ter.1 CP, constituiría una vulneración del principio de *non bis in idem* al castigar al sujeto por el delito en grado de tentativa o, en su caso, consumado y además por el delito del artículo 183 bis. En consecuencia, la resolución adecuada para estos casos sería la aplicación de las reglas que resuelven los concursos de normas penales,

---

TIC, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 253; GÓMEZ TOMILLO, en: GÓMEZ TOMILLO, (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, 2015, (versión online).

<sup>130</sup> BARRERA IBÁÑEZ, *Menores e Internet*, 2013, 414.

concretamente del principio de consunción (art. 8.3ª), y no la construcción de un concurso de delitos<sup>131</sup>.

Ante las dispares soluciones jurisprudenciales y doctrinales que existen al respecto, debemos precisar en qué consisten ambas posibilidades:

1º) El concurso de delitos: “*Tiene lugar cuando un mismo sujeto ejecuta una pluralidad de infracciones penales independientes entre sí*”<sup>132</sup>. Según sostiene RAMOS VÁZQUEZ el legislador con la cláusula concursal antes mencionada, ha excluido expresamente la aplicación del concurso de normas del art. 8 CP, optando más bien por el de delitos<sup>133</sup>.

2º) El concurso de delitos o normas: “*Contempla la hipótesis en que un comportamiento delictivo es en un principio subsumible en varias normas penales, por constar en las mismas todos los elementos típicos de incriminación, habiendo de optar por una de ellas*”<sup>134</sup>. según precisa la Sentencia del TS núm. 342/2013 de 17 de abril de 2013 “*el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho o conducta unitaria, que es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem" concretamente a través del principio de consunción*”. Dicho concurso se encuentra regulado en el artículo 8 CP, siendo partidarios del mismo varios autores como, NÚÑEZ FERNÁNDEZ<sup>135</sup> o TAMARIT SUMALLIA<sup>136</sup>, entre otros. Y considerando

---

<sup>131</sup> RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SANCHEZ/RAGUÉS I VALLÈS, *Lecciones de DP, PE II*, 2011, 131 s; GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, vol. XXXI, 2011, 242.

<sup>132</sup> POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de DP, PG*, Tomo II, 2ª edición, 2016, 289.

<sup>133</sup> RAMOS VÁZQUEZ, *Un estudio sobre los arts. 183 y ss. del CP*, 2016, 168, quien dice que a su entender se trataría de un concurso real; ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, 2001, 17 s. Sostiene que se trataría más bien de un concurso medial; DOLZ LAGO, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming*, en *Diario La Ley*, núm. 7575, 2011, 1737, quien sostiene que existiría un concurso real de delitos entre el art. 183 bis y el art. 183 CP; VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 179 s.

<sup>134</sup> POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de DP, PG*, Tomo II, 2ª edición, 2016, 277.

<sup>135</sup> NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 65, 2013, 205 s.

doctrina y jurisprudencia que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem"<sup>137</sup>.

Cuando tras la solicitud destinada al acercamiento se comete otro delito de naturaleza sexual, produce en la práctica una situación problemática para juzgar al responsable de la comisión de ambos delitos ya que, ambas conductas tipificadas en el CP lo son respecto del mismo bien jurídico (indemnidad sexual) y, parece razonable la exclusión del concurso de delitos, pudiendo en caso contrario afectar al principio del *non bis in idem*, siendo más preciso por ello aplicar un concurso de normas dado que, los abusos o agresiones sexuales producidos como consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por medio de las conductas tipificadas en el art. 183 ter CP absorben a éste ya que, dicho ilícito penal es considerado un delito de riesgo que, quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se llega a producir; debiendo traer a colación varias sentencias relevantes como la Sentencia del TS núm. 527/2015 la cual fundamenta que el delito de *child grooming*: “Se trata de un delito de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido”, y finalmente viene a señalar que el delito de lesión subsume al de peligro; la Sentencia de la AP de Sevilla núm. 465/2013 que concluyó en su día lo siguiente: “Consideramos que los contactos previos mantenidos por el acusado con la menor, por internet, interesándole encuentros personales para mantener relaciones sexuales, y los actos de tocamientos de contenido sexual. (...). Se trata de una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor”; asimismo la Sentencia de la AP de Barcelona núm. 1055/2015 argumentó que “Castigar el acto

---

<sup>136</sup> TAMARIT SUMALLIA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, 2010, 170 s. MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, 2010, 233.

<sup>137</sup> STS núm. 97/2015, de 24 de febrero de 2015.

*preparatorio tipificado en el artículo 183 bis y además el delito en grado de tentativa del abuso sexual o de la prostitución sería infringir notoriamente el non bis in idem*<sup>138</sup>.

Debemos tener en cuenta que el art. 183 bis CP incluía una cláusula concursal que, sigue manteniendo el actual art. 183.1 ter CP, y la cual prescribe lo siguiente: “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”.

Dicha cláusula no es pacífica jurisprudencialmente ya que, la AP de Barcelona en la sentencia núm. 676/2013, de 19 de julio, aplica la cláusula para castigar mediante concurso los delitos de *grooming* y abusos sexuales a menor de trece años (art. 183 CP); y según la sentencia de la AP de Sevilla núm. 465/2013 de 3 de octubre, no resultan punibles el *grooming* y los abusos sexuales a un menor de trece años mediante concurso, en virtud del principio de consunción y, por ello, absuelve al presunto responsable del delito de *grooming*.

Recientemente para arrojar luz sobre el tema concursal respecto del delito que nos ocupa, el TS ha dictado varias sentencias determinantes al respecto. Por un lado está la sentencia núm. 97/2015, en la cual se recogen las tesis de dos sectores doctrinales que existen al respecto; de un lado, se posiciona una corriente doctrinal que sostiene la existencia de un posible concurso entre la conducta de *child grooming* y el abuso sexual o agresión sexual, ya que el art. 183 bis CP establece expresamente una cláusula concursal que posibilita *la aplicación del art. 183 bis CP sin perjuicio de las penas correspondientes a otros delitos cometidos*.

*De otra parte, otro sector doctrinal defiende que carecería de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión*<sup>139</sup>.

Por otro lado nos encontramos la reciente sentencia del TS núm. 864/2015, de 10 de diciembre de 2015, relativa al actual art. 183 ter.1 CP, que tal y como afirma HORTAL IBARRA, “...marcará un punto de inflexión. (...). No estamos ante una resolución meramente retransmisora, sino –quizás- definitiva en la trayectoria

---

<sup>138</sup> Sentencia núm. 527/2015 del Tribunal Supremo, de 22 de septiembre de 2015; Sentencia núm. 465/2013 de la AP de Sevilla, de 3 de octubre de 2013; Sentencia núm. 1005/2014 de la AP de Barcelona, de 22 de diciembre de 2014.

<sup>139</sup> Sentencia núm. 97/2015 del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2015.

*futura de un delito con escaso pasado. Ciertamente, en contra del tenor literal (“sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”), el Tribunal Supremo sostiene que el art. 183 bis (actual 183.1 ter) y el abuso sexual a menor de 13 años (ahora elevada a los 16) se encuentran en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del segundo en atención al principio de consunción (art. 8.3ª). Ello determinará la inaplicación del delito de online child grooming en los supuestos –por otra parte no infrecuentes- de materialización de la previa propuesta de encuentro acordada telemáticamente e intento o consumación posterior de la agresión o abuso sexual del menor”<sup>140</sup>. En dicha sentencia el TS acoge la tesis del concurso de leyes o normas entre los delitos de *online child grooming* y el abuso sexual posterior, coincidiendo en esto con la doctrina *cuasi* unánime que se había mostrado crítica con la cláusula *ad hoc* del concurso real de delitos, la cual fue incluida en su redacción originaria y mantenida en su versión modificada del CP.*

En atención a lo expuesto, yo me decantaría por el concurso de normas, ya que entiendo que en este tipo delictivo el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, no existiendo en mi opinión una dualidad de protecciones, añadiendo a mayores la protección de la infancia o de la seguridad de la infancia con el uso de las TIC como defienden otros autores, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN<sup>141</sup>. Es por ello y para ser coherente que difiero de la solución legislativa del concurso de delitos y me mantengo crítico en cuanto a que siendo el bien jurídico protegido la indemnidad sexual del menor, sería de aplicación el concurso de normas penales, con arreglo al principio de consunción del art. 8.3 del CP. Y aún más atendiendo a la reciente sentencia dictada por el Alto Tribunal la cual se acoge también a la tesis del concurso de leyes entre el *online child grooming*, art. 183 bis (actual 183.1 ter) y el posterior abuso o agresión sexual a un menor de 13 años (ahora elevada a los 16) inclinándose porque esa relación de concurso de leyes ha de resolverse en favor del segundo en atención al principio de consunción (art. 8.3ª).

---

<sup>140</sup> HORTAL IBARRA, *El delito de online child grooming. Alcance de la cláusula concursal ad hoc*, en (AIS) vol. 4, núm. 1, 2016, (versión online). En este mismo sentido, DOLZ LAGO, *Ciberacoso sexual a menores o child grooming del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015*, La Ley, núm. 8796, 2016, (versión online).

<sup>141</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, vol. XXXI, 2011, 254.



Si bien es cierto esto, tal y como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, dicha propuesta no se encuadra bien con la cláusula concursal que contenía el anterior art. 183 bis y que se mantiene actualmente en el art. 183 ter CP; y “*Frente a ello, debe indicarse que las cláusulas concursales específicas que cada vez aparecen con mayor profusión en nuestro texto punitivo no pueden conducir a desoír la teoría general del concurso de delitos*”<sup>142</sup>.

## **VI. EL DELITO DE CHILD GROOMING ENCAMINADO HACIA UN DERECHO PENAL DE AUTOR**

El acoso en general y el delito de *child grooming* es un fenómeno que preocupa a la sociedad debido a la evolución y generalización de la utilización de las nuevas tecnologías y redes sociales por parte de los más jóvenes, si bien es cierto esto, sería conveniente realizar un pormenorizado análisis de los casos para poder proceder eficazmente con los instrumentos penales que se establezcan. Es por ello que como muy bien señala MENDOZA CALDERÓN, “... *antes de proceder a reformas penales apresuradas, ancladas en una tendencia a cierto “populismo punitivo” se hace preciso examinar si no ofrecían respuestas adecuadas los instrumentos sancionadores que ya poseía el Código penal*”.

Por lo tanto, se puede decir que la incorporación de estos delitos puede tratarse de un uso simbólico del Derecho penal. Por una parte, por querer hacer ver que se cumple con lo establecido en las Directivas europeas, en este caso con la Directiva 2011/93/UE, y para ello no se encuentra mejor fórmula que transcribir literalmente los “tipos” penales contemplados en dicha Directiva, sin valorar previamente si es esto realmente necesario a tenor de lo que establece el CP vigente. Por otra, ante la alarma social generada en torno a los delitos contra los menores y alimentada por los casos que se hacen eco en los medios de comunicación sobre el uso y abuso de menores a través de las TIC.

Desde mi punto de vista esto quedaría patente en cuanto, por un lado es suficiente con algún mínimo indicio para determinar cuáles serían las intenciones del autor bastando con que haya realizado conductas similares con anterioridad, y

---

<sup>142</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, *El Delito de Online Child Grooming*, 2015, 179.

por otro, al imponerse de forma obligatoria la medida de libertad vigilada regulada en el art. 192.1 CP para el caso de que no se trate de un delincuente primario y atendiendo a la peligrosidad del autor se observe que el mismo no lo es.

Según precisa CANCIO MELIÁ, en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, “*en bastantes ocasiones ha primado en exceso una determinada concepción expansionista de la protección de bienes jurídicos en su pugna con el principio de intervención mínima. De hecho, en algunos casos puede decirse que hay una clara hipertrofia incriminatoria*”<sup>143</sup>.

Además como reconoce GÓMEZ MARTÍN, el estado sólo está legitimado “*para intervenir penalmente para castigar hechos, nunca pensamientos, personalidades, caracteres o voluntades no manifestadas externamente*”<sup>144</sup>. En atención a esto, y partiendo del principio de la responsabilidad por el hecho<sup>145</sup>, no sería adecuado ceder ante un derecho penal de autor en el que el sujeto ya no respondería penalmente por el acto que realiza, sino que lo haría por como es, tratándose por tanto de un peligro que está vigente dado el fenómeno de expansión que está sufriendo el Derecho Penal<sup>146</sup>.

## VII. MEDIDAS CAUTELARES Y DE PROTECCIÓN

En la esfera de este tipo de delitos como es el que nos ocupa analizar, se pueden solicitar al juzgado en función de los supuestos específicos, medidas cautelares de protección<sup>147</sup>. Entre ellas, frecuentemente priman las relativas a la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, siendo muy útiles en estos casos las opciones que ofrecen las aplicaciones informáticas de las redes sociales donde se permite bloquear los mensajes entrantes de personas concretas, pero como bien

---

<sup>143</sup> CANCIO MELIÁ, en: LEFEBVRE, *Memento Penal*, 2016, 960.

<sup>144</sup> GÓMEZ MARTÍN, *El DP de autor*, 2007, 5 s.

<sup>145</sup> Según ROXIN, *DP, PG*, Tomo I, 2003, 176 s., “*por derecho penal del hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo a varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo*”. En igual sentido; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3ª, 2016, 21.

<sup>146</sup> GÓMEZ MARTÍN, *El DP de autor*, 2007, 5 s.; LUZÓN PEÑA, *Lecciones de DP PG*, 3ª, 2016, 23; MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, en *Revista penal*, La Ley, núm. 16, 2005, 123 s.

<sup>147</sup> Arts. 13, 544 bis y 544 ter LEcrim y, arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

apunta ALONSO GARCÍA, las mismas tiene un eficacia relativa dado que puede sortearse fácilmente en cuanto que los sujetos activos de dicha conducta pueden utilizar o crear otros perfiles, así como enviar mensajes a través de otros medios<sup>148</sup>.

Por su parte, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE, a los que ya hemos hecho referencia, recogen la necesidad de prever medidas de carácter asistencial para las víctimas. Además de las medidas preventivas y protectoras que se recogen en dichos textos se requiere de la adaptación de las legislaciones para hacer frente a dichas conductas, y para ello, ambos instrumentos establecen de forma genérica la necesidad de que se creen programas de apoyo a las víctimas y su entorno, por parte de los Estados partes.

Nuestro Código Penal establece de forma imperativa la imposición de una medida de libertad vigilada, concretamente la recogida en el art. 192.1 CP<sup>149</sup>, lo cual muestra una vez más el reflejo hacia un derecho penal de autor.

Junto con las medidas mencionadas, es fundamental la supervisión y el control paterno-filial, pero como es obvio debe hacerse con respeto a su intimidad. Este tema ha sido controvertido ya que, en un principio la doctrina creada establecía, tal como se refleja en la Sentencia núm. 786/2015 del TS<sup>150</sup>, que: *“la jurisprudencia de esta Sala ha recordado la necesidad de que exista una resolución jurisdiccional habilitante para la invasión del derecho al entorno digital de todo investigado”*. Pero la sentencia del TS núm. 864/2015, a la cual nos hemos referido en varias ocasiones a lo largo del trabajo, en este sentido ha marcado un punto de inflexión al afirmar lo siguiente: *“No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de control en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección”*.

---

<sup>148</sup> ALONSO GARCÍA, *DP y redes sociales*, 2015, 235.

<sup>149</sup> Art. 192.1 CP *“A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”*.

<sup>150</sup> Sentencia núm. 786/2015 del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2015.

Además sería conveniente que en los primeros años del menor, hasta que alcance el grado de madurez suficiente (el cual dependerá de cada niño), se limite el acceso a la red para evitar que realice un mal uso de las TICs, incrementando el riesgo de verse inmiscuido en algún tipo de situación penalmente reprobable. Y como afirma PARDO ALBIACH *“es importante que los hijos entiendan que es parte del rol de su padre o madre preocuparse por su integridad y bienestar”*<sup>151</sup>. Y ellos deberían enseñar a sus hijos a realizar un uso responsable de las nuevas tecnologías ya que, con su ejemplo aprenderán a cómo utilizarlas de manera correcta y previniéndose de cualquier tipo de ataque a su esfera.

## VIII. LA INVESTIGACIÓN POLICIAL DEL DELITO Y SU PROCEDIMENTALIDAD

La investigación policial de este tipo delictivo supone una dificultad mayúscula por varias situaciones; primeramente porque dichas diligencias de investigación suponen una gran dedicación y especialización de las fuerzas y cuerpos de seguridad, llegando a crearse unidades especializadas en la actualidad, dado el grado de desarrollo experimentado por las redes sociales y el uso generalizado de las TIC. Seguidamente por otra dificultad surge el problema con la denuncia ya que, como bien apunta BARRERA IBÁÑEZ *“el menor que se encuentra bajo amenaza y coacción, se ve compelido por el acosador a no contar los hechos de los que está siendo víctima. De hecho en la mayoría de los casos, cuando la víctima denuncia un caso de child - grooming, lleva ya varios meses soportando abusos, amenazas y coacciones”*<sup>152</sup>.

Con posteridad a la denuncia, otra dificultad que surge es la de identificar al autor de los hechos, y será en diferente grado dependiendo del contacto que haya tenido con la víctima y los conocimientos informáticos del mismo ya que pueden haber utilizado identidades falsas, etc. Es por ello que se introdujo mediante la reforma de la LEcrim a través de la LO 13/2015, de 5 de octubre, un fortalecimiento de las garantías procesales y de regulación de las medidas de investigación tecnológica, con la que se pretende eliminar los obstáculos y trabas con las que se

---

<sup>151</sup> PARDO ALBIACH, en: GARCÍA GONZÁLEZ, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 60.

<sup>152</sup> BARRERA IBÁÑEZ, *Menores e Internet*, 2013, 424 s.

encuentra la policía judicial a la hora de proceder a la investigación, dada “*su perseguibilidad especialmente dificultada por las propiedades del medio del que se sirven, el ciberespacio: amorfo, global, en constante desarrollo y susceptible al anonimato*”<sup>153</sup>.

A esto debemos añadir una cuestión tan importante como es la prescripción del delito ya que, la regla especial de prescripción regulada en el art. 132.1 CP es la mayoría de edad, en el caso de víctimas incluidas en el ámbito de delitos de los que forma parte el *online child grooming*, cuando son menores de edad al momento de cometerse los hechos.

En la práctica es de suma importancia la declaración del sujeto pasivo del hecho delictivo ya que, existen ciertos problemas probatorios, y prácticamente la única prueba de cargo es la declaración de la víctima. Al respecto existe jurisprudencia consolidada la cual establece que es suficiente con el testimonio de la víctima para enervar la presunción de inocencia. Pero el problema surge cuando el delito se comete sobre menores, como es el que nos ocupa, dadas las características de la declaración del menor, siendo más complicado cuanto menor es, el tribunal debe resolver con cierta cautela respecto de la realidad de lo manifestado por el menor.

En otro orden de cosas, para proceder contra todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, es necesaria la denuncia del agraviado es decir del ofendido por el delito, de su representante legal o a través de querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal. Pero en el caso de que la víctima sea menor de edad, como ocurrirá en el caso de la comisión del delito de *online child grooming*, bastará con la denuncia del Ministerio Fiscal. Y según entiende CANCIO MELIÁ, “... *parece indicar que en estos supuestos éste debe formular denuncia en todo caso*”<sup>154</sup>.

Por último debemos tener en cuenta que, tanto en el delito de *online child grooming*, como en el resto de los delitos del mismo ámbito, el perdón del ofendido no opera; así lo establece el art. 191.2 CP.

---

<sup>153</sup> GONZÁLEZ TASCÓN, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI, 2011, 213.

<sup>154</sup> CANCIO MELIÁ, en: LEFEBVRE, *Memento Penal*, 2016, 963.

## ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Centrándonos en el análisis de algunos aspectos concretos de sentencias relevantes en relación con el delito de *online child grooming*, primeramente se analizarán sentencias falladas con anterioridad a la incorporación de dicho ilícito a nuestro ordenamiento jurídico y, posteriormente se realizará respecto de otras sentencias más recientes.

La sentencia de la AP de Granada núm. 283/2009 de 25 de mayo, la cual fue dictada antes de la inclusión del delito de *child grooming* en el art. 183 bis mediante la reforma operada en el CP, por la LO 5/2010. En esta resolución, el tribunal condenó al acusado a cinco delitos del artículo 183.1 a) en relación con el 189.3 del CP, ya que se trataba de víctimas menores de trece años. De los cinco delitos, se condenó, por tres delitos de corrupción de menores como consumados y dos delitos de corrupción de menores en grado de tentativa, a una pena de prisión de cuatro años por cada delito consumado y a dos por cada delito en grado de tentativa.

En los hechos probados, se establece que el acusado contactó con varios menores de entre 10 y 12 años, utilizando para ello una red social conocida como Messenger haciéndose pasar por una niña de edad similar. Para ganarse la confianza de las víctimas procedió a hacerle pequeños regalos, y cuando la confianza aumentó, comenzó a solicitarles una serie de peticiones y solicitudes de carácter sexual mediante la webcam. En algunas ocasiones les solicitó que se desnudasen y procedieran a masturbarse y algunos de ellos accedieron a dicha proposición, sin embargo otros no aceptaron su petición.

La conducta llevada a cabo frente a los menores que accedieron a las pretensiones del acusado, fue considerada por el tribunal juzgador como la descrita al momento de cometerse los hechos, en el art. 189.1 a), esto es, delito de corrupción de menores en su modalidad de exhibicionismo. En relación con el grupo de menores que no aceptaron las peticiones del acusado, dicha conducta encajaba en lo tipificado en el artículo 189.3 del CP al tiempo de cometerse los hechos; y el tribunal indicó que al intentar que los menores participaren en la comisión de unos hechos de naturaleza sexual, esto podría verse perjudicada la evolución y desarrollo

del menor, en caso de que hubiesen accedido a alguna de las peticiones de carácter sexual propuestas por el acusado. Por ello, la acción encajaría en la modalidad de tentativa aun encontrándonos ante un delito de mera actividad y no de resultado.

Esta resolución ha hecho que algunos autores sostengan que la inclusión en el CP del delito de *online child grooming* no era necesaria ya que, existían delitos en los cuales encajaría las conductas que en este se pretenden evitar<sup>155</sup>.

Posteriormente a la reforma del CP llevada a cabo por la LO 5/2010, tipificó el delito de *online child grooming*. En este sentido cabe traer a colación la sentencia de la AP de Sevilla núm. 465/2013 de 3 de octubre de 2013, la cual falló absolviendo al acusado de un presunto delito de *online child grooming* tipificado en artículo 183 bis CP en el momento en que se cometieron los hechos y, condenado al acusado por un delito continuado de abusos sexuales del artículo 181.1 y .2 CP, de amenazas del artículo 169.2 CP, asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 y .3 CP, y de provocación sexual del artículo 185 CP.

En dicha sentencia lo más relevante es el concurso que debe existir entre todos los delitos. En relación a esto y, en base al concurso normativo, se contempla que es de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.3 del CP, según el cual, el precepto más amplio absorberá a los que penalicen las infracciones consumidas en aquél, alegando el propio Tribunal que de ir en contra de dicho precepto podría vulnerarse el principio de proporcionalidad, pudiendo incurrir en una doble incriminación del acusado. En este caso concreto el acusado también fue juzgado por un delito consumado de abusos sexuales continuado. Fue condenado por el mismo, motivo por el cual el tribunal estableció que no sería posible la condena por un delito de *online child grooming*, al ser este último un acto preparatorio del delito de abusos sexuales consumado. La propia sentencia establece la necesidad de realizar un examen particular de cada caso concreto que se plantee, debiendo los órganos jurisdiccionales motivarlo en cada sentencia.

---

<sup>155</sup> Entre otros, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 16-06 2014, (versión online).

Sentencia de la AP de Valencia núm. 722/2013 de 24 octubre, en la que se juzgan unos hechos consistentes en una relación consentida con menor de 12 años, que conoció a través de Redes sociales al acusado; ella le dijo que tenía menos de 14 años pero no especificó exactamente cuántos, añadiendo que para registrarse y ser aceptada en “Tuenti” ha de hacerse constar, como mínimo, la edad de 14 años. En este caso el acosador, con similar modus operandi, contactó vía RED social Tuenti con la menor de edad, diciendo tener una edad de 16 años. A partir de ese momento, comenzaron a mantener contacto virtual consentido por parte de los dos y quedaron para verse en diversas ocasiones, llegando el acosador a manifestar que era más mayor pero sin concretar la edad exacta. En este caso el acosador no conocía que la edad de la menor era de 12 años, y no de 14, ya que ésta le había engañado, siendo en el momento que se juzgan los hechos la edad penal para consentir de 13 años de edad. Llegaron a mantener relaciones completas dando lugar a un embarazo problemático. En este caso el tribunal falló a favor del supuesto acosador ya que tras los hechos probados, no se interpretó la existencia de “engaño”, elemento esencial del tipo penal analizado, y tampoco el acusado conocía la verdadera edad de la víctima, siendo necesario no solo que el sujeto pasivo sea menor, si no que ello sea conocido por el sujeto activo.

Más recientemente, la Sentencia del TS núm. 527/2015, de 22 de septiembre de 2015, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la AP de Barcelona núm. 1055/2014, de 22 de diciembre de 2014, la cual dictó sentencia parcialmente absolutoria por un delito de abusos sexuales y relacionado con la prostitución; condenando al acusado por un delito de *online child grooming*. La parte recurrente (acusación particular) argumentó, una aplicación indebida del artículo 183 bis CP (actualmente art. 183.1 ter CP).

En este caso concreto, quedaron probados los elementos objetivos para la configuración de la infracción penal del delito de *online child grooming*: contacto por parte del acusado con un menor de trece años (según la redacción anterior a la reforma del CP operada por la LO 1/2015); la proposición de un encuentro, utilizando para ello actos materiales encaminados a tal encuentro. En lo relativo a los actos materiales encaminados al acercamiento, señala que el legislador no realizó de forma concreta y detallada la manera en la cual deberían darse, únicamente



indicó que la naturaleza del acto ha de ser material y no meramente formal, siendo la finalidad el acercamiento al menor. Esto, en base a la jurisprudencia, y como bien argumenta la sentencia objeto de análisis, se trata de un *numerus apertus* de actos, los cuales no han sido especificados por el legislador debido a las diversas formas en las que se pueden llevar a cabo. Lo que resulta necesario es que se produzcan ciertos actos materiales encaminados al acercamiento del menor, llegando a entenderse como tal el encuentro realizado en el caso a tratar en la sentencia que está siendo analizada.

Por último, la sentencia más reciente dictada en esta materia, y que arroja luz a un tema tan relevante como es la relación concursal entre el delito de *online child grooming* con otros que se puedan cometer con ocasión del mismo, es la ya mencionada a lo largo del presente trabajo, y a la que cabe volver a hacer referencia dada la importante repercusión que tiene. Me refiero a la sentencia del TS núm. 864/2015, de 10 de diciembre de 2015. Esta resolución marca un punto de inflexión, no obstante y con anterioridad a la misma, la AP de Sevilla en la sentencia núm. 465/2013 de 3 de octubre de 2013, ya afirmó que en estos supuestos nos encontramos ante un concurso de leyes. Así consideró que “*los contactos previos mantenidos por el acusado con la menor, por internet, interesándole encuentros personales para mantener relaciones sexuales, se trata de una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor*”. El Tribunal Supremo en la sentencia citada, en contra del tenor literal de la cláusula contenida en el art. 183 bis CP (actualmente 183.1 ter CP), que prescribe lo siguiente: “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”, sostiene que el actual 183.1 ter CP y la agresión o abuso sexual a un menor de 13 años (ahora tras la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, elevada a los 16) se encuentran en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del segundo delito en atención al principio de consunción, regulado en el art. 8.3ª CP. Siendo por tanto inaplicable el delito de *online child grooming* en los supuestos de materialización de una propuesta de encuentro acordada telemáticamente, de forma previa, a una tentativa o consumación posterior de la agresión o abuso sexual del menor. Por lo tanto, en dicha sentencia el tribunal desecha la aplicación de un concurso de delitos, en

concreto del concurso real, pese a ser lo establecido por el legislador, ya que con ella se puede incurrir en una vulneración del principio del *non bis in ídem*; acogiendo por ello la tesis del concurso de normas.

## CONCLUSIONES

En el presente trabajo se ha realizado un análisis del delito de *online child grooming*, obteniéndose las siguientes conclusiones:

### **1. Avances tecnológicos y nueva delincuencia**

Debemos tener en cuenta que la sociedad en que vivimos actualmente ha experimentados grandes avances tecnológicos, entre ellos Internet, creándose nuevas formas de interactuar y relacionarse con las personas, sobre todo entre los más jóvenes. Es por ello, que se ha abierto otra vía mediante la cual se pueden cometer hechos delictivos y, en atención a esto, se ha originado una alarma social la cual, considero que es la que ha hecho que se haya tipificado como delito la conducta analizada en el presente trabajo. La tipificación de esta conducta puede entenderse que forma parte de lo que se conoce como derecho penal simbólico.

Comparto la opinión de los autores que sostienen, que el legislador debería haber reflexionado acerca de la necesidad de tipificar este hecho típico ya que, pudiesen existir respuestas penales por otros instrumentos sancionadores ya regulados en nuestro ordenamiento.

### **2. Necesidad de tipificación impuesta por organismos internacionales**

Si bien es cierto que la obligación de incriminación de este tipo penal por parte de los estados no proviene de forma exclusiva de su libre voluntad sino que aparece determinado por la imposición de los instrumentos internacionales de los que los mismos forman parte, siendo concretamente, en el caso de España para lograr adaptar nuestra legislación a las obligaciones impuestas por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Aunque como se ha dicho anteriormente, se puede incurrir en un derecho penal simbólico puesto que, dicha tipificación puede verse derivada de la presión social en atención a lo publicado en prensa; y simplemente para incorporar, haciendo ver que se cumplen las obligadas imposiciones establecidas por la Directiva 2011/93 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de

2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

En atención a las directrices que imponía la directiva 2011/93/UE, nuestro legislador ha incriminado el delito de *online child grooming* por vez primera en el art. 183 bis CP con ocasión de la reforma de la Ley Órgánica 10/1995, de 23 de noviembre, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, del CP.

### **3. Introducción de la figura**

La regulación de este delito no ha estado exenta de polémica, por un lado en cuanto a la denominación del mismo dada la traducción del término que establece la directiva a nuestro idioma; inclinándome personalmente porque la más acertada es la de *online child grooming*. Por otro lado, en lo relativo al bien jurídico protegido ya que, el art. 183 bis CP fue alojado en el Título VIII del CP al momento de su inclusión por vez primera en el CP, el cual tenía la siguiente rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Es por ello que la mayor parte de la doctrina sostiene que este es un indicio para poder determinar que el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual, pero hay otro sector doctrinal discrepante, el cual sostiene que no solo el bien jurídico es la indemnidad sexual, sino que también se estaría protegiendo la seguridad de la infancia o la integridad moral del menor.

Con la reforma del CP en 2015 a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el delito de *online child grooming* fue reubicado en el art. 183.1 ter CP, contemplándose en el nuevo precepto otro hecho delictivo, comúnmente denominado *sexting*.

### **4. La reforma. Mejoras y Carencias**

La nueva regulación del delito de *online child grooming* ubicado en el art. 183.1 ter CP con la reforma del CP en 2015 ha introducido novedades y mejoras técnicas en relación con lo que recogía anteriormente el art. 183 bis CP. Por un lado, la principal novedad que se introduce es relativa a la edad, elevándola, hasta los 16 años. De otro lado, se modificaron los delitos-fin que se podían cometer con este tipo penal, recogiendo el actual precepto que la finalidad del sujeto activo ha de ser la de cometer un delito de los artículos 183 o 189 CP.

Ahora bien, aún existen ciertas carencias, como por ejemplo no incluir expresamente el requisito de que el sujeto activo de la conducta sea un adulto, como sí hace la Directiva 2011/93/UE; o la de determinar expresamente qué debemos entender por “actos materiales encaminados al acercamiento”.

### **5. Cláusula de exclusión**

En otro orden de cosas, pero íntimamente relacionadas con el delito que hemos analizado, la reforma del CP operada en 2015 incluye el novedoso artículo 183 quater CP, el cual tiene como cometido evitar la criminalización de conductas llevadas a cabo entre menores de 16 años y jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad, o menores que son responsables penalmente de acuerdo con la LO 5/2000, a los cuales cabe aplicarles dicha cláusula de exención de la responsabilidad penal, siempre y cuando concurren los requisitos de edad y grado de desarrollo o madurez, de manera cumulativa.

### **6. El art. 183.1 ter CP castiga actos preparatorios**

Respecto del momento de consumación de dicho hecho delictivo, no existe una solución pacífica, algunos lo consideran un acto preparatorio de los demás delitos de abusos o agresiones sexuales a menores, siendo partidarios de que la naturaleza de dicho delito no es de resultado, sino que es un de peligro. Por ello no es necesario ni siquiera que exista contacto personal o que se lleguen a conocer para que se consume el delito, tal y como establecen al respecto algunas sentencias.

Por lo tanto se puede afirmar que se trata de un hecho delictivo en el cual el derecho penal adelanta las barreras protectoras, castigando lo que realmente es un acto preparatorio encaminado a la comisión de un delito sexual a menores.

### **7. Fases. Es suficiente el encuentro virtual**

En lo concerniente a las fases que deben llevarse a cabo para producirse este delito, debemos partir de que el “contacto con el menor”, debe realizarse necesariamente por medio de Internet, el teléfono, o cualquiera de las TICs; y en mi opinión siendo suficiente el contacto por estos medios, sin necesidad de que el menor lo haya aceptado, bastando su mero conocimiento. Por otro lado, se debe

“proponer un encuentro sexual”, con independencia de que el mismo sea de manera física o sea un encuentro sexual de manera virtual. Por último se precisa que existan “actos materiales encaminados al acercamiento”. Se trata de un concepto jurídico indeterminado y no existe un *númerus clausus*, debiendo observarse caso por caso; pero lo que sí resulta claro es que dichos actos deben ser tendentes al encuentro con la víctima, ya sea en el mundo físico como sostiene parte de la doctrina, o bien en el mundo cibernético, como considera otro sector. En mi opinión son suficientes los actos digitales pese a que no tengan repercusión física.

### **8. La relación concursal. Para el legislador concurso de delitos. Según la jurisprudencia concurso de leyes**

En cuanto a la relación concursal del *online child grooming* con otros delitos, y partiendo de la cláusula concursal prescrita en nuestro CP con la inclusión de dicho delito en el art. 183 bis CP, y mantenida actualmente en el art. 183 ter CP, debemos señalar que la misma es partidaria de aplicar el concurso de delitos, y en concreto, el concurso real. Esto ha sido criticado por la doctrina y puesto que no se aprovechó la reforma del CP llevada a cabo en 2015 para solventar los problemas que planteaba, ha tenido que ser la jurisprudencia la que se pronuncie al respecto. Recientemente el Tribunal Supremo ha acogido la tesis del concurso de leyes. En mi opinión, existe un concurso de leyes puesto que partiendo de en este tipo delictivo, en el que entiendo que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, y considerando que no existe una dualidad de protecciones como defienden otros autores, a pesar de que el legislador haya establecido una cláusula concursal que determina la solución a través de un concurso de delitos, siendo coherente con mi postura, a mi entender sería más precisa la aplicación el concurso de normas penales, con arreglo al principio de consunción del art. 8.3 del CP en aras de salvaguardar el principio del *non bis in ídem* ya que el mismo puede ser vulnerado en aplicación de la cláusula que ha establecido el propio legislador.

### **9. Dificultades para la investigación**

Por último, cabe decir que dada la especial forma de producirse el delito, esto es, a través de las TICs, hace que dicho ilícito penal sea especialmente complejo y difícil de investigar dado el anonimato que Internet permite al delincuente. Además esto hace que el mismo sea cuanto menos preocupante y por ello es necesario, en mi

opinión, que los padres enseñen a sus hijos cómo deben utilizar de forma segura las TICs, además de controlarles, siempre dentro del respeto a la intimidad, a la hora de utilizar los medios tecnológicos existentes, al menos hasta que estos alcancen una suficiente madurez que no los hagan tan vulnerables.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Javier, *Derecho Penal y redes sociales*, Aranzadi, Navarra, 2015.

AVILÉS MARTÍNEZ, José María, *Bullying, maltrato entre iguales. Agresores, víctimas y testigos en la escuela*, Amarú ediciones, Salamanca, 2006.

BARRERA IBÁÑEZ, Silvia, *Menores e Internet*, Aranzadi, Navarra, 2013.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *El Régimen Jurídico de los delitos cometidos en internet en el derecho español tras la reforma penal de 2010*, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*”, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, 31-56.

BOIX REIG, Javier, en: BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho Penal. Parte especial.1ª Edición*, Iustel, Madrid, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, núm. 80, España, 2011.

- *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: LEFREBVRE, Francis, *Memento práctico penal*, Ediciones Lefebvre, Madrid, 2015, 911-946.

- *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: LEFREBVRE, Francis, *Memento práctico penal*, Lefebvre-el derecho, Madrid, 2016, 959-1003.

CUGAT MAURI, Miriam, *La nueva modalidad incriminadora del llamado child grooming o ciber acoso*, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.)/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 225-248.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Derecho Informático*, Aranzadi, Madrid, 1993.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Los Delitos Informáticos tras la Reforma del CP de 2010*, en: *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, 17-30.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola, *El denominado “Child grooming” del artículo 183 bis del Código Penal*, en Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2138, España, 2012, (versión online).

- *Una nueva modalidad del denominado ‘child grooming’: análisis en el proyecto de reforma*, Actualidad Jurídica Aranzadi num.885/2014, Aranzadi, S.A., Salamanca, 2014, (versión online).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, (versión online).



DOLZ LAGO, Manuel Jesús, *Un acercamiento al nuevo delito de Child Grooming. Entre los delitos de pederastia*, La Ley, núm. 7575, sección doctrina, España, 2011, (versión online).

- *Ciberacoso sexual a menores o child grooming del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015*, La Ley, núm. 8796, sección jurisprudencia, España, 2016, (versión online).

DOYLE, “*Bad apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation an Abuse of Children over the Internet*”, en *Whitter Law Review*, 21, 1999-2000, 119-145, citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

FERNÁNDEZ RODICIO, Cristina Isabel, *El Acoso Telemático en Menores: Ciberacoso y Grooming*. *Revista Psicología Científica.com*, 13(12), 2011. Disponible en: <http://www.psicologiacientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>. Consultada el 3 de marzo de 2016.

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

GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGRIÑOS, Faustino, *Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012, España, 2012, (versión online).

GIANT, Nikki, *Ciberserguridad para la i-generación. Usos y riesgos de las redes sociales y sus aplicaciones*, Narcea S.A. de ediciones, 2016.

GIL ANTÓN, Ana María, *El Menor y la Tutela de su Entorno Virtual a la Luz de la Reforma del Código Penal LO 1/2015*, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, España, 2015, 275-319.

- *De los delitos contra la intimidad personal y familiar y delito informático, de acuerdo con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal*, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, España, 2015, 27-57.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Madrid, 2011.

- *Comentario a los arts. 183 a 183 quater del Código Penal*, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo II, Aranzadi, Pamplona, 2015, 517-538.

GONZÁLEZ DE RIVERA, Jose Luis, *El maltrato psicológico: cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, Espasa Calpe, Madrid, 2002.

GÓNZALEZ TASCÓN, María Marta, *El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC*, en: *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, España, 2011, 207-258.

HERNÁNDEZ PRADOS, M<sup>a</sup> Ángeles/SOLANO FERNÁNDEZ, Isabel M<sup>a</sup>, *Ciberbullying, un Problema de Acoso Escolar*, *Revista iberoamericana de educación a distancia*, España, 2007, 17-36.

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, Santiago /CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 425-448.

- Comentario jurisprudencial. *El delito de online child grooming. Alcance de la cláusula concursal ad hoc. ¿El principio de legalidad como límite infranqueable a la interpretación judicial?*, en *Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología (AIS)* vol. 4, núm. 1, Salamanca, 2016, (versión online).

INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía legal sobre el Ciberbullying y grooming*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016.

- *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, en [www.inteco.es](http://www.inteco.es), consultada el 18 de febrero de 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAGRO SERVET, Vicente, *El “Grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal*, *Diario La Ley*, núm. 7492, sección tribuna, España, 2010.

MARQUÈS GRAELLS, Pere, *Impacto de las TIC en la Educación: funciones y limitaciones*, en: *3 c TIC. Cuadernos de desarrollo aplicados a las TIC*, 2013, 9-24.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español*, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel (dir.), *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, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *Derecho penal, cyberbullying y otras formas de acoso (no sexual) en el ciberespacio*, en: PIFARRÉ, María José (coord.), *Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito*, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 16, Barcelona, 2013, 61-75.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010*. Revista de Derecho y Ciencias Penales núm. 15, Chile, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- *De nuevo sobre el derecho penal del enemigo*, Revista penal La Ley, núm. 16, 2005, 123-137.

- *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975.

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*, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, España, 2012.

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*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. 65, España, 2013, 179-224.

ORTS BERENGUER, Enrique/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

PANIZO GALENDE, Victoriano, *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, en: *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, núm. 15, 2011, 22-33.

PARDO ALBIACH, Juan, *Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros*, en: GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 51-84.

PÉREZ FERRER, Fátima, *El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)*, Diario La Ley, núm. 7915, sección doctrina, España, 2012, (versión online).

PÉREZ VAQUERO, Carlos, *¿Qué delito es el Happy Slapping?*, Anécdotas y curiosidades jurídicas. Iustopía, 2013. Disponible en: <http://archivodeinalbis.blogspot.com.es/2013/01/que-delito-es-el-happy-slapping.html>. Consultada el 29 de junio de 2016.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Redes Sociales y Privacidad del Menor*, Reus, Madrid, 2011.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2016.

POVEDA CRIADO, Miguel Ángel, *Delitos en la red*, Fragua, Madrid, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: SILVA SANCHEZ, Jesús María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª Edición, Atelier, Barcelona, 2011, 119-140.

- *Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales*, en: SILVA SANCHEZ, Jesús María (dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, 4ª edición, Atelier, Barcelona, 2015, 129-152.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado*, Diario La Ley, núm. 7746, España, 2011.

- *Política criminal, cultura u abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- *Grooming y sexting: artículo 183 ter CP*, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (dir.)/GÓRRIZ ROYO, Elena (coord.)/MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, 621-628.

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

ROMEO CASABONA, Carlos, *Poder Informático y seguridad Jurídica*, Fundesco, Madrid, 1987, 41.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, traducción y notas por Diego-Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, *Delitos contra la libertad sexual (I). Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años*, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistemas de Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, 233-260.

SALAT PAISAL, Marc, *Mecanismos previstos en el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93 para prevenir la reincidencia de los delincuentes sexuales y su influjo en el Derecho español*, en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/AGUADO CORREA, Teresa, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores. Adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*, Aranzadi, España, 2015, 437-480.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180 a 183 bis)*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.),

*La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 165-172.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina *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, Carolina (coord.), *Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual de los Menores*, Aranzadi, Navarra, 2015, 139-188.

- *Sexting: Prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España*, Revista general de Derecho Penal 25, España, 2016, (versión online).

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús, *Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, núm. 18-02, España, 2016, 1-27.

VEGA RUIZ, Jose Augusto, *El delito de acoso sexual como delito autónomo*, Ed. Colex, Madrid, 1991.

## ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencia núm. 283/2009 de la *AP de Granada* (secc. 1ª), de 25 de mayo de 2009.

Sentencia núm. 342/2013 del *Tribunal Supremo* (*Sala de lo Penal*, secc. 1ª), de 17 de abril de 2013.

Sentencia núm. 676/2013 de la *AP de Barcelona* (secc. 6ª), de 19 de julio de 2013.

Sentencia núm. 465/2013 de la *AP de Sevilla* (secc. 1ª), de 3 de octubre de 2013.

Sentencia núm. 373/2013 de la *AP de Orense* (secc. 2ª), de 4 de octubre de 2013.

Sentencia núm. 722/2013 de la *AP de Valencia* (secc. 3ª), de 24 de octubre de 2013.

Sentencia núm. 1055/2014 de la *AP de Barcelona* (secc. 7ª), de 22 de diciembre de 2014.

Sentencia núm. 97/2015 del *Tribunal Supremo* (*Sala de lo Penal*, secc. 1ª), de 24 de febrero de 2015.

Sentencia núm. 527/2015 del *Tribunal Supremo* (*Sala de lo Penal*, secc. 1ª), de 22 de septiembre de 2015.

Sentencia núm. 786/2015 del *Tribunal Supremo* (*Sala de lo Penal*, secc. 1ª), de 4 de diciembre de 2015.

Sentencia núm. 864/2015 del *Tribunal Supremo* (*Sala de lo Penal*, secc. 1ª), de 10 de diciembre de 2015.