



universidad
de león



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2017/2018

**EL DELITO DE APROXIMACIÓN A MENORES CON
FINES SEXUALES A TRAVÉS DE LAS TICS o “CHILD
GROOMING”: ART.183 TER.1 CP.**

**THE CRIME OF APPROACHING MINORS FOR SEXUAL PURPOSES
THROUGH TICS or “CHILD GROOMING”: ART. 183 TER.1 CP.**

Realizado por la alumna Dña. Inmaculada García Alba

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Isabel Durán Seco

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN DEL TRABAJO.....	6
PALABRAS CLAVE.....	6
ABSTRACT	7
KEYWORDS	7
OBJETO DEL TRABAJO	8
METODOLOGÍA UTILIZADA.....	10
I. INTRODUCCIÓN	12
II. CONSIDERACIONES PREVIAS	19
1. Conceptualización del delito de online child grooming	19
2. Posible denominación del delito como una especie del género de acoso.....	22
3. Desarrollo del online child grooming.	24
III. REGULACIÓN DEL DELITO DE “ONLINE CHILD GROOMING” EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	26
1. Introducción del tipo a través de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Art. 183 bis CP.....	26
1.1 Fundamentos de la reforma y razones para la incriminación del delito.....	26
1.2 Inclusión del art. 183 bis CP y principales críticas	29
2. Reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Art. 183 ter. 1 CP.	31
2.1 Estructura típica del delito.....	33
2.1.1 Bien jurídico protegido.	33
2.1.2 Tipo objetivo.....	36
2.1.2.1 Sujetos del delito.	37
2.1.2.1.1 Sujeto activo del delito.....	37
2.1.2.1.2 Sujeto pasivo del delito.....	40
2.1.2.2 Conducta típica del art. 183 ter.1 CP.	44
2.1.2.2.1 Contacto con el menor a través de las TICs.....	44
2.1.2.2.2 Proposición de encuentro.....	48

2.1.2.2.3 Realización de actos materiales encaminados al acercamiento.....	52
2.1.3 Tipo subjetivo.....	56
2.1.3.1 Finalidad de cometer alguno de los delitos enunciados en los arts. 183 y 189 CP.....	56
2.1.3.2 Error sobre la edad.....	64
2.1.4 Tipo cualificado o agravado del delito.....	69
2.1.4.1 Coacción.....	71
2.1.4.2 Intimidación.....	72
2.1.4.3 Engaño.....	74
2.1.5 Consumación, penalidad y cláusula del art.183 quáter CP.....	75
2.1.5.1 Consumación.....	75
2.1.5.2 Penalidad.....	76
2.1.5.3 Cláusula del art. 183 quáter CP.....	78
2.1.6 Problemas concursales.....	81
IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN.....	88
CONCLUSIONES.....	92
BIBLIOGRAFÍA.....	99
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	106

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art. (s)	Artículo (s)
ASASEC	Advisory System Against Sexual Exploitation of Children
BIT	Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Judicial
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
Decisión Marco 2004/68/JAI	Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
Directiva 2011/93/UE	Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
dir. (s)	Director (es)
coord. (s)	Coordinador (es)
DP	Derecho Penal
EM	Exposición de Motivos
FB	Facebook
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscal General del Estado
GDT	Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil
INCIBE	Instituto Nacional de Ciberseguridad

INTECO	Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal
núm.	Número
PC's	Personal Computer
PE	Parte especial
PG	Parte general
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS (s.)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
STSJ (s.)	Sentencia (s) del Tribunal Superior de Justicia
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

RESUMEN DEL TRABAJO

La evolución de las TICs ha supuesto grandes ventajas para el desarrollo de la vida diaria, pero, además, esta evolución lleva aparejada un aumento de la criminalidad. El DP ha respondido a la aparición de los nuevos tipos delictivos que emplean como medio comisivo las TICs, bien, creando tipos exclusivamente nuevos o bien, castigando por tipos que ya se encontraban en el CP pero adaptados a las nuevas circunstancias. En este trabajo se realiza un estudio del delito de “*child grooming*” teniendo en consideración, la legislación y las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes. Dicho delito se introdujo en nuestro ordenamiento debido a las directrices supranacionales, en concreto, el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE. Se reguló por primera vez en el art. 183 bis CP a través de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. Posteriormente, y con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito se reubicó al art. 183 ter.1 CP.

Además de referirnos a la cláusula de exoneración que contempla el art. 183 quáter CP, se hará alusión a diferentes medidas de prevención y protección frente al delito que nos ocupa.

PALABRAS CLAVE

Child grooming, contacto, encuentro, actos materiales encaminados al acercamiento, *groomer*, menor, LO 5/2010, LO 1/2015, Convenio de Lanzarote de 2007, Directiva 2011/93/UE, indemnidad sexual, delitos fin, error, actos preparatorios, delito de peligro, cláusula Romeo y Julieta, concurso de leyes y de delitos, TICs.

ABSTRACT

The evolution of TICs has been great advantages for the development of the daily life, but, in addition, this development carries an increase in crime. The CP has responded to the appearance of the new criminal types that use TICs as a means of commission, either creating exclusively new types or, punishing by types that were already in the CP but, adapted to the new circumstances. In this work a study of the crime of “child grooming” taking into consideration the legislation and the most relevant doctrinal and jurisprudential positions is carried out. This crime was introduced in our order due to the supranational guidelines, in particular, the Lanzarote Agreement and the Directive 2011/93/UE. It was regulated for the first time in art. 183 bis CP through the reform of the organic law 5/2010, of June 22. Subsequently, and with the reform of organic law 1/2015, of March 30, the crime was relocated to art. 183 ter.1 CP.

In addition to referring to the exemption clause contemplated in art. 183 quáter CP, reference will be made to different measures of prevention and protection against the crime that concerns us.

KEYWORDS

Child grooming, contact, meeting, material acts aimed at the approach, groomer, minor, LO 5/2010, LO 1/2015, the Lanzarote Agreement of 2007, Directive 2011/93/UE, sexual indemnity, end crimes, error, preparatory acts, crime of danger, Romeo and Juliet Law, contest of laws and crimes, TICs.

OBJETO DEL TRABAJO

El objeto fundamental de este trabajo se centra en la investigación del “*child grooming*”, es decir, aquellos actos preparatorios de posteriores delitos sexuales que el sujeto activo lleva a cabo a través de las TICs. Desde un punto de vista general, se pretende averiguar cuáles han sido los motivos que han llevado al legislador español a incriminar la conducta de “*child grooming*” y cuál ha sido la respuesta de nuestro ordenamiento frente a este fenómeno.

Para dar respuesta a estos interrogantes, y a otros más específicos que puedan surgir, el trabajo se desglosará de la siguiente manera:

Como punto de partida, se señala el impacto que tienen las tecnologías de la información y de la comunicación en la sociedad y cómo la ciberseguridad pretende protegernos frente a los riesgos inherentes a estas nuevas tecnologías. Asimismo, se hace mención a diferentes tipos delictivos que emplean como medio comisivo las TICs y en los que intervienen menores de edad, bien, como sujeto pasivo o bien, como sujeto activo de los mismos.

A continuación, se hace alusión a diferentes cuestiones preliminares antes de proceder al examen detallado del art. 183 ter.1 CP. Por un lado, se hace referencia a la conceptualización del delito, donde se señalan los planos jurídicos y etimológicos del concepto, las diferentes modalidades de “*child grooming*” y su posible inclusión como una modalidad de acoso y, por otro lado, sus fases, donde destacan, principalmente, la fase de amistad, de relación y de componente sexual.

Seguidamente, se señalan las diferentes reformas que tuvieron lugar en el ordenamiento español y que afectan al delito que es objeto de estudio. Además, se hace alusión a las principales críticas que tuvo la introducción del ilícito penal, así como un estudio exhaustivo de la estructura del delito incluyendo su tipo objetivo, subjetivo y cualificado. Se señalan los requisitos necesarios para su consumación, la penalidad y la cláusula de exoneración del art. 183 quáter CP y, finalmente, se analizan los problemas concursales que plantea este tipo penal teniendo en consideración diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

Por último, se ponen de manifiesto diferentes medidas de prevención y protección que deberían adoptarse frente al delito de “*child grooming*”. Entre estas medidas destacan el correcto uso de las TICs, una adecuada educación sexual de los menores y diferentes estrategias de mediación parental. Asimismo, se señala la necesidad de que los menores cuenten con entornos familiares de confianza y respeto. Además, y entre estas medidas, se hace una pequeña alusión al Instituto Nacional de Ciberseguridad.

METODOLOGÍA UTILIZADA

Para poder realizar este proyecto, será necesario llevar a cabo un método de investigación científico en donde tendrá preferencia el factor jurídico y, concretamente, el jurídico penal.

La investigación jurídica es el conjunto de actividades que pretenden identificar, individualizar, clasificar y registrar las diferentes fuentes de conocimiento jurídico. Esta investigación identifica y caracteriza el problema y muestra una solución para los mismos. Nos podemos encontrar con distintos tipos de investigación jurídica, pero en este trabajo se utilizarán los siguientes: *método histórico- jurídico*, a través de este procedimiento se realizará un seguimiento histórico del tipo delictivo; *método jurídico-comparativo*, gracias a este sistema se tratarán de establecer las semejanzas y/o diferencias con otros ordenamientos jurídicos; *método jurídico- descriptivo*, mediante este modo el tipo será descompuesto en tantas partes como sea posible; y por último, el *método jurídico-positivo* que se caracteriza porque se valoran los fallos de las normas o de los sistemas, a fin de sugerir respuestas a los problemas presentados.

Esta investigación consta de tres aspectos esenciales. En primer lugar, la *normatividad*, a través de la cual se tienen en cuenta las normas jurídicas y el ordenamiento sin importar su vigencia; en segundo lugar, la *facticidad*, por medio de la cual se hace referencia a los hechos que dan lugar a la constitución de las normas, y por último, la *axiología*, relativa a la valoración social de las normas, esto es, si son justas o injustas o si deben derogarse o crearse.

Para proceder al desarrollo del tema objeto de estudio, se han seguido las siguientes fases:

1. Elección del tutor, tema y preparación de un índice. Tras el proceso de elección de tutores, decidí proponerle a mi tutora varios temas. No obstante, teniendo en cuenta el desarrollo de las TICs y el nuevo Máster de Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital de la Universidad de León, se optó finalmente por el delito del art. 183 ter.1 CP. Elegido el tema y tras una extensa lectura, se confeccionó un índice provisional del que únicamente se desechó un epígrafe.

2. Obtención de información y documentación. En pos de las explicaciones que tuvieron lugar en la primera reunión grupal, en la que los profesores del área de DP nos indicaron, entre otras cosas, cómo debíamos realizar la bibliografía y las notas a pie de página, y cuáles eran algunos de los recursos que nos podrían ser de utilidad para la elaboración del trabajo (entre ellos, aranzadi), procedí a la lectura de manuales de DP y comentarios de las diversas reformas para así poder ubicar correctamente el tipo que es objeto de estudio. Posteriormente, busqué toda la información posible en relación con los temas que quería tratar del delito de “*child grooming*”, sin perjuicio de que posteriormente encontrase más datos de interés.

Con el fin de proceder a la recopilación de información y documentación necesarias, he accedido a diferentes fuentes, entre ellas, manuales de DP (tanto de PE como de PG), textos legales de ámbito nacional e internacional, revistas jurídicas, monografías, jurisprudencia y también he empleado recursos electrónicos de carácter jurídico como son: dialnet, cendoj o aranzadi digital.

3. Comprensión, exégesis y crítica. Comprendidas e interpretadas las ideas esenciales del trabajo, formé mi propia opinión acerca de aquellos temas más controvertidos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se discuten en mayor medida.

4. Redacción, modificaciones y correcciones. Recopilada toda la información necesaria, se ha procedido a la redacción del trabajo así como a su corrección por la tutora. En el presente trabajo constan no solo las opiniones de la doctrina y jurisprudencia sino también valoraciones personales. Se ha intentado que el trabajo sea lo más completo posible y por ello, se ha realizado un seguimiento lineal desde su introducción con la LO 5/2010, de 22 de junio, hasta su reforma con la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En relación a la redacción del trabajo se ha llevado a cabo por epígrafes y dentro de ellos, por subepígrafes. Al principio, cuando se tenían redactas 10 páginas se le enviaba a la tutora para que procediese a su corrección. Posteriormente, y una vez que cogí más agilidad, las entregas se realizaban de 20 en 20 páginas y finalmente, de 30. Realizadas las correcciones oportunas por la tutora procedí a la modificación del trabajo.

Finalmente, le envié a la tutora la redacción final y procedió a su corrección global.

I. INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías han llegado a nuestras vidas para quedarse. El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha supuesto una revolución para la forma de vida de la humanidad. Cada vez hay menos ámbitos en los que no interfieran y menos habrá con el paso de los años. Gran parte de las actividades que realizamos día a día las ejecutamos a través de las TICs.¹

Es obvio que las generaciones actuales, a diferencia de las más antiguas, nacen de la mano de las TICs y, por ello, es necesario que todos estemos adaptados a estas nuevas tecnologías. Para diferenciar estas generaciones, la doctrina² acude a PRENSKY³, quien inventó dos términos. Así, para aludir a las generaciones actuales se refiere a “nativos digitales” señalando que son la “*primera generación formada en los nuevos avances tecnológicos [...] Todos han nacido y se han formado utilizando la particular “lengua digital” de juegos por ordenador, vídeo e Internet*”; en el caso de las generaciones más antiguas, los denomina, “inmigrantes digitales” refiriéndose a aquellos/as “*que por edad no han vivido tan intensamente ese aluvión, pero, obligados por la necesidad de estar al día, han tenido que formarse con toda celeridad para ello.[...] Aprenden a adaptarse al entorno y al ambiente, pero conservando siempre una cierta conexión con el pasado*”.

Algunas personas no utilizan las nuevas tecnologías de una manera adecuada y, por lo tanto, su mal uso puede tener como consecuencia el establecimiento de situaciones perjudiciales o contraproducentes, entrando en juego el cibercrimen. Para nuestra protección, y siendo especialmente necesario, se ha procedido a dotarnos de un “*conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de la organización y los usuarios en el ciberentorno*”⁴ conociéndose todo ello con el nombre de ciberseguridad.

¹ Cfr., por todos, MÉNDEZ, en: *Aral*, nº 1618, 2014, 18 y ss.

² CORTÉS MORENO/ MUÑOZ DE DIOS, en: VERDEJO ESPINOSA (coord.), *Ciberacoso y violencia de género en las redes sociales, análisis y herramientas de prevención*, 2015, 228.

³ PRENSKY, in: *On the Horizon*, (MCB University Press, vol. 9 n° 6, December), 2001. Este es el texto original, su adaptación al castellano puede verse, en: PRENSKY, *Institución Educativa SEK*, 2010, 5 y ss.

⁴ FELIÚ ORTEGA, en: *El ciberespacio. Nuevo escenario de confrontación*, 2012, 42.

Dentro de estas normas, el CP se ha ocupado de la tipificación de ilícitos penales, en unos casos exclusivamente nuevos y en otros se trata de ilícitos penales que ya se contemplaban anteriormente en el CP, pero ajustados a estos nuevos medios.

Existen casos en los que las conductas no están aún tipificadas y habrá de esperarse a nueva reforma por parte del legislador. No obstante, a pesar de no estar tipificadas de forma expresa se pueden encuadrar en alguno de los tipos que el CP contempla.

Algunos de los ilícitos penales tipificados son: el delito de intrusión informática (art. 197 bis apartado primero CP), interceptación de transmisiones de datos informáticos (art. 197 bis apartado segundo CP), sabotajes informáticos (arts. 263 y siguientes CP), fraudes informáticos (arts. 428 y siguientes CP), el delito de “*online child grooming*” (art. 183 ter apartado primero CP), entre otros.

Dentro de los tipos penales que tienen como víctimas a menores de edad y que están relacionados con las TICs, y aunque no todos tienen un reconocimiento expreso en el CP y haya que reconducirlos a otros, merecen destacarse los siguientes:

- **Ciberbullying:** es una variante del ciberacoso, siendo este un tipo de acoso que se da a través de las TICs en el cual hay una agresión intencional por parte de un solo individuo o un grupo usando las formas electrónicas de contacto de manera reiterada contra una víctima que por sí sola, no puede defenderse fácilmente⁵. El *ciberbullying* puede ser definido como aquella situación en la que “*un niño, adolescente, o preadolescente es atormentado, amenazado, acosado, humillado, y avergonzado por otra persona desde Internet, mediante medios interactivos, tecnologías digitales y teléfonos móviles*”.⁶

Algunos ejemplos de conductas que pueden encuadrar en el *ciberbullying* pueden ser: suplantación de la identidad, mensajes de acoso (burla, agresión, amenaza) desde mensajería instantánea (chat, *MSN*, *Skype*, *Yahoo* y otros),

⁵ En este sentido, CABRERA DE LOS SANTOS FINALÉ/ CALMAESTRA VILLÉN/ MORAMERCHÁN/ ORJUELA LÓPEZ/ ORTEGA-RUIZ, en: *Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*, 2013, 22; MOLINA DEL PERAL/ VECINA NAVARRO, en: *Bullying, ciberbullying y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, 2015, 47 y ss.

⁶ PARDO ALBIACH, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 56.

comentarios ofensivos en blogs (bitácoras personales) y sitios web, entre otros.

El *ciberbullying* es más habitual entre menores de quince y dieciséis años y son las niñas quienes lo sufren más frecuentemente.⁷

En el CP español esta figura no tiene un reconocimiento expreso y tendremos que acudir a otros tipos dependiendo de si se infligiera al menor un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral (art. 173.1 CP) o de si se vulnerase su intimidad (art. 197.1 CP).

- Sexting: este tipo de conducta se puede dar tanto entre adultos como entre menores. El *sexting* proviene de la contracción de las palabras “sex” y “texting”, y se refiere a las conductas que consisten en enviar tanto mensajes de texto como imágenes de contenido sexual que son transmitidas empleando teléfonos móviles y otros medios electrónicos.⁸

El *sexting* es una práctica habitual y muy extendida en nuestro país y por sí mismo no es un ilícito penal pero sí que comporta grandes riesgos y así lo señalan MARTÍNEZ OTERO/ BOO GORDILLO cuando dicen que: “*El sexting, consistente en la producción y envío de imágenes de contenido sexual entre menores de edad, no constituye propiamente una forma de violencia, siendo su producción y difusión inicial de carácter voluntario*”.⁹ Para que sea un ilícito penal y se ajuste a alguno de los tipos del CP debe de ir acompañado de una serie de conductas, como puede ser, por ejemplo, que se violen los derechos de la intimidad y la propia imagen del sujeto activo. Esto

⁷En este sentido, VICENTE PACHÉS, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 164; CASTRO CLEMENTE, *Violencia a través de las TIC: El ciberacoso en escolares de la Comunidad Autónoma de Madrid* (tesis doctoral), 2017, 43 y ss. Esta autora, en relación al género de los agresores, alude a que encontramos estudios en diversos sentidos. Así, por una parte, hace referencia a estudios que evidencian que el género masculino participa en un mayor número de situaciones de ciberacoso entre iguales, y por otra parte, hace referencia a otros estudios que señalan que no hay diferencias significativas en cuanto al género de los agresores. Por lo tanto, y teniendo lo anterior en consideración, parece que todavía no hay una respuesta unitaria en cuanto al género de los agresores.

Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/20850>.

⁸ COLÁS TURÉGANO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 77; MERCADO CONTRERAS/ PEDROZA CABRERA/ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en: *Revista sobre la Infancia y la adolescencia*, nº 10, 2016, 4; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Revista general de Derecho Penal* 25, 2016, 2.

⁹ MARTÍNEZ OTERO/ BOO GORDILLO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (dir.), *La violencia de Género en la Adolescencia*, 2012, 292.

puede suceder cuando el sujeto activo envíe las imágenes de contenido sexual a terceras personas o las publique en redes sociales, en este caso el sujeto pasivo perderá el control sobre las imágenes que habrán sido difundidas sin su consentimiento. También podría darse el supuesto de que, una vez enviadas las fotografías, el sujeto activo efectúe chantajes sobre el sujeto pasivo, a fin de que cumpla todas sus pretensiones de índole libidinosa, dándose un supuesto de sextorsión.¹⁰

Se suele distinguir entre dos tipos de conductas; por un lado, el *sexting* activo (o *primary sexting*) refiriéndose a la conducta de quien envía las fotografías o los vídeos provocativos, y por otro lado, el *sexting* pasivo (o *secondary sexting*) para el caso del sujeto que recibe el material y tiene la posibilidad de compartirlo con terceros. También son denominados respectivamente, *sexting* primario y secundario.¹¹

Unas de las características de este tipo, y afirmada por diversos autores, es que el sujeto que se realiza las fotografías o permite que se las realicen lo hace de manera voluntaria. Además, para su envío suelen usarse dispositivos tecnológicos siendo las fotográficas normalmente de contenido sexual.¹²

Por último, RAMÓN DE AGUSTINA/ MONTIEL JUAN afirman que en España no existen suficientes datos epidemiológicos sobre *sexting* en adolescentes, ni a nivel clínico ni forense, policial o judicial, lo que dificulta enormemente la comprensión del fenómeno y, por ende, el trabajo de los profesionales implicados en su prevención, detección, evaluación y persecución, por lo que resultaría muy útil fomentar iniciativas en este ámbito encaminadas a mejorar el abordaje legal y psicológico-forense de esta problemática en clara expansión.¹³ Todo ello significa que hasta que no tengamos suficiente información sobre el tipo no podremos comprenderlo enteramente.

Esta conducta podría encajar en el art. 197.7 CP ya que castiga la difusión sin consentimiento de contenidos íntimos obtenidos con la connivencia de la

¹⁰ MARTÍNEZ OTERO/ BOO GORDILLO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (dir.), *La violencia de Género en la Adolescencia*, 2012, 292, 307 y 309.

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Revista general de Derecho Penal* 25, 2016, 2.

¹² En este sentido, MARTÍNEZ OTERO/ BOO GORDILLO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (dir.), *La violencia de Género en la Adolescencia*, 2012, 299; MENDOZA CALDERÓN, *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, 1ª, 2013, 173; GUARDIOLA SALMERÓN, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 8, 2016, 63.

¹³ RAMÓN DE AGUSTINA / MONTIEL JUAN, en: *Revista Española de Medicina Legal*, 2017, 44.

víctima pero, además, algunos autores entienden que esta conducta podría encajar en el nuevo art. 183 ter.2 CP incluido en el CP tras la reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo, denominado por el legislador español como “embaucamiento de menores”. También podría encuadrar en el art. 186 CP (hace referencia a las conductas de vender, difundir o exhibir material pornográfico entre menores de edad o incapaces) o en los arts. 189 .1º a y b CP (relativos a la utilización de menores para la elaboración de material pornográfico y a la producción y difusión de ese material).

- Sextorsion: este delito, al igual que en el caso anterior, se puede dar tanto entre adultos como entre menores. La conducta que se castiga es el chantaje realizado a la víctima, un chantaje de contenido sexual y que se lleva a cabo a través de las TICs.

En ocasiones, el chantaje o extorsión puede tener carácter económico o cualquier otra índole y, en el caso que se dé entre adultos, a menudo es utilizado como venganza personal entre parejas o exparejas o como chantaje emocional.¹⁴

Respecto de esta conducta, no tiene un tratamiento específico en nuestro CP y, por lo tanto, debe ser reconducida a otros tipos delictivos. Entre ellos, por ejemplo, el delito de extorsión¹⁵, amenazas¹⁶, explotación¹⁷, corrupción¹⁸ y abuso sexual a menores¹⁹ o daños al honor.²⁰

Por último, en el caso de que esta conducta se realice con una finalidad de venganza, nos encontraríamos dentro del *porn revenge*, el cual, y en mi opinión, no es un tipo penal específico sino simplemente una de las distintas

¹⁴ GUARDIOLA SALMERÓN, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 8, 2016, 64.

¹⁵ Artículo 243 CP. Incluido en el Título XIII relativo a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico y dentro de este, en el Capítulo III denominado “de la extorsión”.

¹⁶ Artículos 169 y ss. CP. Incluido en el Título VI relativo a los delitos contra la libertad y dentro de este, en el Capítulo II denominado “de las amenazas”.

¹⁷ Artículos 188 y ss. CP. Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y dentro de este, en el Capítulo V denominado “de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”.

¹⁸ Artículos 188 y ss. CP. Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y dentro de este, en el Capítulo V denominado “de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”.

¹⁹ Artículos 183 y ss. CP. Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y dentro de este, en el Capítulo II bis denominado “de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”.

²⁰ Artículos 205 y ss. CP. Título XI relativo a los delitos contra el honor, y dentro de este, en el Capítulo I denominado “de la calumnia”.

manifestaciones que se pueden producir en el ámbito de la sextorsión. No obstante, PALAZZI considera que sí es un tipo específico ya que afirma que: “En octubre de 2012, el Ministerio de Justicia español incluyó esta figura en el anteproyecto de Código Penal. Con esta propuesta se buscaba castigar la divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas, incluso si se han obtenido con consentimiento de la víctima [...].La reforma apuntaba claramente a la esencia del delito de revenge porn [...].El legislador español ubicó este nuevo delito dentro de la figura de descubrimiento y revelación de secretos prevista en el art. 197 del Código Penal. Esta reforma entró en vigencia en julio de 2015”.²¹

- Ciberstalking: proviene de la voz sajona *to stalk*. Dicho anglicismo podríamos traducirlo al castellano como acechar, seguir, acosar, perseguir u hostigar. Es también otra forma de acoso a través de las TICs y se caracteriza por la investigación constante de información de la víctima.²² Se encuadra dentro del art. 172 ter CP.

Alguno de los ejemplos que podríamos incluir dentro de esta conducta, serían: mensajes insistentes a través de redes sociales, vigilancia y seguimiento de la víctima a través de programas localizadores en PC's y teléfonos inteligentes.

- Online child grooming: este delito es el objeto central de nuestro estudio y por lo tanto, se desarrollará posteriormente. Basta ahora señalar que se encuentra regulado en el art. 183 ter.1 CP, con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015 se ubicaba en el art. 183 bis CP. Es calificado como un delito de contenido.²³

²¹ PALAZZI, en: *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, n° 13.906, 2016, 3. Además, este autor hace referencia a diferentes sentencias dictadas en España en las que parece que se encuentra esa finalidad de venganza, y entre ellas señala como ejemplo: SAP de Lleida (secc.1ª) núm. 90/2004 del 25 de febrero y SAP de Huelva (secc.1ª) núm. 24/2002 de 15 de febrero.

²² Así lo indican MIRÓ LLINARES, en: *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 16, 2013,64; GUARDIOLA SALMERÓN, en: *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 8, 2016, 65.

²³ En este sentido, Título III, art. 9 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001; BARRIO ANDRÉS, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, 2017, 100 y ss. Señalando en relación a la calificación del “child grooming” como delito de contenido, que “pertenecen a esta categoría aquellos delitos que persiguen la creación, publicación y distribución de contenidos ilegales”.

DOLZ LAGO señala que el “*child grooming*”: “*se refiere a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de 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*”.²⁴

Además de estos tipos realizados a través de las TICs, que son los más comunes y, por ello, los que más interesa diferenciar, podemos encontrarnos otros en los que también podrían intervenir menores como sujetos pasivos del delito y son:²⁵

- Griefing: en este caso el matón virtual o el sujeto activo, a través de los videojuegos online amedrenta o atormenta a otros jugadores. Normalmente, las víctimas son niños.²⁶ Se podría encuadrar dentro de los delitos relativos a las torturas y contra la integridad moral, en concreto, el art. 173 CP.
- Phishing o Smishing: según GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, “*se conoce como ‘phishing’ (del inglés fishing, pescar) a la suplantación de identidad (en Internet, pero también por otras vías) que persigue apropiarse de datos confidenciales de los usuarios para, en base a ellos, conseguir menoscabar kidspatrimonios ajenos*”.²⁷ En el CP puede incluirse en los arts. 248 y 301, relativos a los delitos de estafas y de blanqueo de capitales.
- Happy slapping: se debe traducir al español como “paliza feliz” o “bofetada feliz”. La conducta realizada es la grabación de abusos (como son: guantazos, codazos, golpes, empujones...) por un grupo de personas, normalmente, entre compañeros de escuela que posteriormente son compartidos o distribuidos a través de Internet o cualquier otra TICs. Cabe destacar que una de las características de este fenómeno es la falta de provocación por parte de la víctima. El ilícito penal se compone de diferentes fases, las cuales son:

²⁴ DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, nº 8758, 2016, 14.

²⁵ Hay otros delitos como son el *ciberbaiting* en los que intervienen menores pero no como sujeto pasivo sino como sujeto activo, en este caso, la víctima es un profesor y la conducta que se lleva a cabo por el menor es la provocación al profesor para después grabar su reacción. Disponible en: www.menoresenred.com/el-ciberbaiting-o-acoso-a-profesores/. Consultada el 14/03/2018.

²⁶ Disponible en: <https://www.20minutos.es/videojuegos/noticia/maton-videojuegos-griefer-256168/0/> y <http://www.procedimientospoliciales.blogspot.com.es/2009/08/cyberbulling-griefing-o-ciberacoso.html>. Consultadas el 14/03/2018.

²⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Artículo monográfico, 2008, 3, (versión *online*). Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/Faustino%20Gudín%20-%20Nuevos%20delitos%20informáticos.pdf> y <https://www.sepin.es/cronus4plus/documento/verDoc.asp?dist=43&referencia=SP%2FDOCT%2F3705&imprimir=1&cod=0010fA0GS0GA2MV0/o0HG00A0GR0H601I01J09P1S%3D29C08U1FA1Cl0JP1De1i a0Da0yb0G80DI0Li0l%260Dv01i00d0E-0391jV>. Consultada el 14/03/2018.

búsqueda, agresión y grabación y finalmente, la divulgación. Con esta práctica se busca entretenimiento y riesgo y, además, una de las causas que se atribuye a esta moda es la presión grupal. Finalmente, se tiende a pensar que las personas que llevan a cabo estas conductas pertenecen a ambientes desestructurados pero los estudios han puesto de manifiesto que no es así ya que, habitualmente, los sujetos activos de este fenómeno pertenecen a familias acomodadas, con un nivel socioeconómico medio-alto.²⁸ Este ilícito penal da lugar a un delito de lesiones, regulado en el CP en los arts. 147 y siguientes CP. Además, cabe también plantearse si esta conducta, la cual es aislada y única, puede constituir también un delito de *bullying* una vez que es colgada en la red puesto que de esta manera se cumpliría el requisito de reiteración necesario.²⁹

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Conceptualización del delito de online child grooming.

A la hora de definir el “*online child grooming*” partimos del art. 183 ter.1 CP, el cual señala lo siguiente:³⁰

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.

²⁸ MOLINA DEL PERAL/ VECINA NAVARRO, en: *Bullying, cyberbulling y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, 2015, 57-58.

²⁹ En este sentido, COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 37.

³⁰ En el párrafo correspondiente nos referiremos a esta regulación con más detalle.

Desde un punto de vista etimológico, “*grooming*” es una conjugación del verbo “to groom”, el cual literalmente viene a significar “acicalar”, “peinar” y “cuidar”.

En el plano jurídico, que es el que a nosotros realmente nos interesa, “*tiene el significado de preparar a alguien para una función o un papel específico, o bien con determinada finalidad*”.³¹

El “*online child grooming*” encuentra su fundamento en la cruzada emprendida en Estados Unidos contra los pedófilos que comenzó en los años 70, pero se intensificó más allá de los 80.³²

En España, la necesidad de incluir este término no tuvo directamente su origen en la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (22 de diciembre de 2003) [esta Decisión ha sido posteriormente sustituida por la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011], sino que más bien, fue gracias a la firma del Convenio de Lanzarote en diciembre de 2009.³³

El término empleado por el art. 23 del Convenio de Lanzarote y el art. 6 de la Directiva 2011/93/UE para referirse a las conductas de “*grooming*” es: “*solicitation of children for sexual purposes*”, que puede ser traducido al español como “*propuesta a menores con fines sexuales*” o incluso como “*aproximación a menores con fines sexuales*”.³⁴ Además, el citado art. 6 también hace referencia al término “*soliciting*”.

Por lo tanto, y en nuestro país, se pueden utilizar diferentes denominaciones como son: “*online child grooming*”, “*grooming*”, “propuesta sexual a menores a través de las TICs”, etc. En mi opinión, utilizar los términos que provienen directamente de los instrumentos supraestatales, como son “*propuesta a menores con fines sexuales*” o “*soliciting*” sería lo más adecuado, pero en este trabajo se empleará de manera mayoritaria el término “*child grooming*” que es el que emplea la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 para la introducción del ilícito penal.

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 26.

³² VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 79.

³³ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 441.

³⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 22.

Son diferentes las acepciones propuestas por la doctrina respecto al término objeto de estudio. Atendiendo a la opinión de la doctrina mayoritaria, y que comparto, se puede entender por “*child grooming*” aquellos actos preparatorios de posteriores delitos sexuales³⁵. En concreto, el texto legal hace referencia a los delitos contenidos en el art. 183 y 189 CP.³⁶

En estos actos preparatorios, el sujeto activo del delito pretende ganarse la confianza o amistad del menor a través de diferentes técnicas de manipulación y control con el fin último de realizar los actos de naturaleza sexual³⁷. Normalmente el sujeto activo del delito suele ser un adulto³⁸, aunque no siempre es así³⁹ ya que en ocasiones el sujeto activo del delito puede ser también un menor de edad pero solo tendrá responsabilidad penal si es mayor de catorce años⁴⁰.

GÓRRIZ ROYO señala que se pueden diferenciar tres modalidades de “*child grooming*”. En primer lugar, y atendiendo al contexto donde se puede producir el delito, cabe diferenciar entre “*intra-familiar*” y “*extra-familiar grooming*”; en segundo lugar, y si atendemos al sujeto vulnerable, el “*grooming*” se dirige hacia niños, familias, comunidades o instituciones; en tercer lugar, y si nos fijamos en la

³⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ RODICIO, en: *Revista Psicología Científica* 13 (12), 2011, (versión online). Disponible en: <http://www.psicologiacientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>. Consultada el 16/03/2018; ORTEGA BALANZA/RAMIREZ ROMERO, en: *Revista La Ley* 217/218, 2014, 2. Los autores señalan que la conducta llevada a cabo por el adulto o abusador es una acción o acto preparatorio cuya finalidad última es la comisión de un delito sexual.

³⁶ De otra opinión parecer ser MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 129. En la definición que la autora proporciona del “*online child grooming*” únicamente hace alusión al abuso sexual sin tener en cuenta otros tipos sexuales señalando que se debe entender por “*online child grooming*”: “*un acoso ejercido por un adulto y que se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre el menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del mismo.*” Quizás la autora cuando alude únicamente al abuso sexual lo hace en un sentido amplio, comprendiendo así todas las conductas de los arts. 183 y 189 CP a las que hace referencia el delito de “*online child grooming*”.

³⁷ Así lo indican PARDO ALBIACH, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 58; HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 431.

³⁸ Así lo señalan MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 129; HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 431.

³⁹ En este sentido, PARDO ALBIACH, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 58; FERNÁNDEZ RODICIO, en: *Revista Psicología Científica* 13 (12), 2011, (versión online). Disponible en: <http://www.psicologiacientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>. Consultada el 16/03/2018; ORTEGA BALANZA/RAMIREZ ROMERO, en: *Revista La Ley* 217/218, 2014, 2. A la hora de definir el ilícito penal los autores no incluyen necesariamente al adulto como el sujeto activo del tipo, sino que, se refieren a “abusador”, “acosador” o “individuo”.

⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 188.

manera de cometer el delito o el medio empleado para el encuentro, se debe diferenciar entre el “grooming cara a cara” (“*face-to-face contexts*”), *on-line grooming*, “*Street grooming*” (o “*grooming*” local) y “*grooming*” entre compañeros u horizontal (“*peer-to-peer grooming*”).⁴¹ En el CP español se contempla la modalidad de “*on-line child grooming*”⁴² ya que el propio art. 183 ter.1 CP hace referencia a las TICs como los medios necesarios para poder llevar a cabo la proposición de encuentro con el menor, pero la alusión al término “*on-line*” ha de entenderse en un sentido amplio. De esta manera no se excluyen teléfonos fijos o móviles.

2. Posible denominación del delito como una especie del género de acoso.

La doctrina, todavía no se halla en sintonía respecto a si el ilícito penal constituye o no una modalidad de acoso.

Según MARCO MARCO, *para que se pueda hablar de ciberacoso deben existir dos elementos superpuestos: a) Que una persona humille, amenace, hostigue o moleste a otra; y b) Que dicha actitud se produzca, a través de lo que, comúnmente, llamamos nuevas tecnologías.*⁴³ El autor, continúa haciendo alusión a la necesidad de continuidad en el tiempo de las acciones, *por lo que un hecho aislado no es ciberacoso; no obstante, sí que es cierto que una acción puntual en el entorno virtual del acosado puede suponerle un sufrimiento prolongado durante el tiempo.*⁴⁴

GONZÁLEZ RIVERA hace alusión a dos modalidades de acoso y dice lo siguiente “*difícilmente puede considerarse al fenómeno que ahora nos ocupa (online child grooming) como una manifestación del acoso. Y ello no tanto porque el mismo no represente un acercamiento insistente que se aprovecha de la asimetría de fuerzas entre victimario y víctima, sino porque dicha aproximación no se produce en*

⁴¹ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 227.

⁴² GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 229.

⁴³ MARCO MARCO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 98.

⁴⁴ MARCO MARCO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 98.

*términos de hostilidad, como se requiere tanto en los supuestos de acoso moral como de acoso psicológico. En el child grooming la aproximación del victimario a la víctima acontece en forma de seducción, por lo que no puede ser capaz de generar ninguno de los efectos referidos a las dos grandes manifestaciones del acoso”.*⁴⁵

En contra de la exclusión del “*child grooming*” como género de acoso se manifiestan MENDOZA CALDERÓN⁴⁶, FERNÁNDEZ RODICIO⁴⁷, GARCÍA VALVERDE⁴⁸, DOLZ LAGO⁴⁹ y BARRIO ANDRÉS⁵⁰. Los autores incluyen el “*child grooming*” como una forma de realizar acoso sobre un menor.

A razón de lo expuesto y en cuanto al sentido del término, los autores únicamente están de acuerdo en que el delito requiere una serie de conductas deliberadas con las que se consigue una relación de confianza y control sobre un menor cuya finalidad última tendrá naturaleza sexual. En mi opinión, y teniendo en cuenta la definición de ciberacoso expuesta por MARCO MARCO y el art. 183 ter.1 CP, considero que el delito no puede constituir una modalidad de acoso debido a que en la definición se hacía alusión a que el sujeto activo debía humillar, amenazar, hostigar o molestar al menor cosa que no requiere el tipo que estamos examinando y que, además, y por lo general, el adulto solo llevará a cabo esas conductas negativas cuando considere que se aleja de la consecución de los fines sexuales que persigue. Este delito se consuma con la mera propuesta del adulto y la contestación del menor y, por lo tanto, no debemos esperar a que se realicen las anteriores conductas. Además, en el art. 183 ter.1 CP se hace alusión a las conductas de intimidación, engaño y coacción que constituyen un subtipo agravado pero estas también son diferentes a las requeridas por la anterior definición de ciberacoso expuesta por MARCO MARCO. Pienso, no obstante, que el hecho de incluir el “*child grooming*” como una modalidad de acoso se halla vinculado a la propia definición de acoso que

⁴⁵ GONZÁLEZ DE RIVERA, *El maltrato psicológico, como defenderse del mobbing y otras formas de acoso*, 2002, 85; le sigue VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 24-25.

⁴⁶ MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 129.

⁴⁷ FERNÁNDEZ RODICIO, en: *Revista Psicología Científica* 13 (12), 2011, (versión online). Disponible en: <http://www.psicologiaincientifica.com/ciberacoso-grooming-en-menores>. Consultada el 16/03/2018.

⁴⁸ GARCÍA VALVERDE, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 421.

⁴⁹ DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, n° 8758, 2016, 14.

⁵⁰ BARRIO ANDRÉS, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, 2017, 101.

se emplee, así, por ejemplo, si se utilizase la definición expuesta por la RAE⁵¹ se podría entender la inclusión por parte de algunos autores ya que esta definición tan genérica no requiere que se humille, amenace u hostigue al menor sino que simplemente basta con que se realicen requerimientos de forma insistente por un adulto aprovechándose de su situación de superioridad frente al menor y, por lo tanto, el hecho de que no se exija el hostigamiento para la aproximación entre el menor y el adulto, como se requiere en los tipos de acoso moral y psicológico a los que hacía referencia VILLACAMPA ESTIARTE podría fundamentar la opinión de algunos autores.

3. Desarrollo del online child grooming.

El delito de “*child grooming*” no está compuesto por una sola etapa sino que es necesaria la realización de una serie de fases para que el sujeto activo, a través de las TICs, consiga la confianza del menor con el fin último de realizar actos de carácter sexual. En consonancia con esto, HORTAL IBARRA expone que “*el grooming en sentido amplio se configuraría como un proceso gradual en el que pueden diferenciar diversas fases*”.⁵²

Al igual que con el concepto de “*child grooming*”, los autores tampoco se hallan en total consonancia respecto a las fases que integran el ilícito penal. Algunos⁵³, lo suelen dividir en tres o cuatro fases, mientras que VILLACAMPA ESTIARTE las divide en cinco⁵⁴ y son las siguientes:

- Fase de establecimiento de la amistad: conlleva que el menor y el adulto se conozcan. La durabilidad de la fase suele variar según las diferentes circunstancias. El ofensor o sujeto activo solicitará alguna fotografía al menor con un doble propósito: por un lado, acreditar que es un menor el sujeto con quien ha

⁵¹ Acosar “*Apremiar de forma insistente a alguien con molestias o requerimientos*”. Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=0ZpEHg5>. Consultada el 19/03/2018.

⁵² HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 434.

⁵³ En este sentido, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 129; MOLINA DEL PERAL/ VECINA NAVARRO, en: *Bullying, cyberbullying y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, 2015, 52.

⁵⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 32-35.

iniciado esta relación y, por otro lado, comprobar que el menor se ajusta a sus preferencias.

- Fase de conformación de la relación: es una prolongación de la primera. El adulto en este caso se interesa por el menor, fingiendo ser su amigo o una persona cercana en la que puede confiar.

- Fase de valoración del riesgo: este periodo está relacionado con el anterior ya que el sujeto activo está comprobando los diferentes riesgos que puede entrañar su conducta. Evalúa sus probabilidades de éxito.

- Fase de exclusividad: el menor es inducido a que confiese sus problemas o preocupaciones. El ofensor, por su parte, también confesará sus supuestos problemas. Se acentúa así esa relación de confianza, de interés el uno por el otro. Es aquí donde realmente se introduce el tema de la confianza mutua. Las interacciones son más rápidas, directas, personales, emocionales y eventualmente sexuales.

- Fase sexual: la confianza ya está asentada y el adulto canaliza la conversación hacia el tema sexual. Esta fase es, normalmente, la que más cambios acarrea y, por ello, es la más compleja. Al principio, el tema sexual puede aparecer de un modo implícito pero, posteriormente, se configura como explícito. Se suelen enviar imágenes de contenido sexual, y no únicamente por el menor, sino que el ofensor también las puede enviar con el fin de que el menor se insensibilice y proceda al envío. El ofensor en esta fase podría emplear coacciones, engaños. Finalmente, el *groomer* pretendería culminar con el acceso físico al menor.

Otros autores⁵⁵, como he apuntado con anterioridad, solo suelen distinguir tres fases, y son las siguientes:

- Fase de amistad: el adulto y el menor inician la comunicación creando una relación de amistad, forjando a su vez una confianza mutua.

- Fase de relación: gracias a la confianza creada en la fase anterior, ambos sujetos se intercambian información, incluyendo confesiones personales e íntimas.

⁵⁵ En este sentido, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 129. Para otros autores ha de añadirse una cuarta fase relativa al ciberacoso, la cual y en mi opinión no debería incluirse ya que el “*child grooming*” no es una modalidad de acoso. Es el caso de MOLINA DEL PERAL/ VECINA NAVARRO, en: *Bullying, cyberbullying y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, 2015, 52.

- Fase de componente sexual: las conversaciones pasan a un ámbito de naturaleza sexual. Se realizan solicitudes al menor para que participe en actos de naturaleza sexual.

Como se puede observar, las etapas son muy similares en ambos supuestos y en la práctica puede resultar difícil su diferenciación. En mi opinión, basta con dividir este tipo únicamente en tres periodos (de amistad, relación y componente sexual) ya que así se puede desarrollar perfectamente el “*child grooming*”. Considero que en la división realizada por VILLACAMPA ESTIARTE también hay tres etapas principales (fase de amistad, de relación y sexual) pero, además, la autora desglosa la segunda fase en otras dos (de valoración del riesgo y exclusividad) a fin de que quede perfectamente detallada ya que es una de las etapas más importantes y en ella se consigue y se asienta la pretendida confianza del menor.

III. REGULACIÓN DEL DELITO DE “ONLINE CHILD GROOMING” EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Gracias a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se introdujo en España por primera vez el “*child grooming*” en el art. 183 bis CP. En la actualidad y tras la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el ilícito penal se halla regulado en el art. 183 ter.1 CP.

1. Introducción del tipo a través de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Art. 183 bis CP.

1.1 Fundamentos de la reforma y razones para la incriminación del delito.

Han sido diferentes los estudios que en el ámbito internacional han puesto de manifiesto la necesaria incriminación de la conducta del “*child grooming*”⁵⁶ y, es

⁵⁶ En este sentido, GARMENDIA LARRAÑAGA/ GARITAONANDIA GARNACHO/ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ/ CASADO DEL RÍO, en: *EU Kids Online*, 2011, (versión *online*). Disponible en: <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EUKidsOnline/EU%20Kids%20II%20%282009-11%29/National%20reports/Spanish%20report.pdf>. Consultada el 28/03/2018; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 220-222. Esta última autora hace alusión a una serie de estudios llevados a

por ello que, el Consejo de Europa se ha pronunciado en diferentes instrumentos legislativos para garantizar la seguridad de los menores. No obstante, no ha sido hasta el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007 en el que se obligó a los Estados parte a tipificar el delito que nos ocupa, y en concreto, en el art. 23⁵⁷.

En el caso de España, el “*child grooming*” se adoptó durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de ley que dio lugar a la LO 5/2010, de 22 de junio, la cual, no contemplaba en un principio la instauración de este ilícito penal, pero gracias a la enmienda núm. 351 del Partido Popular, se incluyó. El tipo no se adoptó de la misma manera que se preveía en la enmienda 351, ya que fue necesaria una enmienda transaccional del PSOE. La enmienda 351 rezaba de la siguiente manera:

*«El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con él mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento.»*⁵⁸

HORTAL IBARRA⁵⁹ criticó la enmienda 351 considerándola incorrecta fundamentalmente por tres aspectos: en primer lugar y a su parecer, no se correspondía o no se adaptaba al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (art. 23 en relación con el 18.2), ya que en el caso español, el límite de edad por debajo del cual el consentimiento sexual del menor no tenía eficacia, se

cabo en el ámbito de la Unión Europea. Por ejemplo, el *EU Kids On-line* realizado en 2009 reveló que el *grooming* ocupa el quinto puesto de entre los riesgos *online* que afectan a los menores.

⁵⁷ Artículo 23. *Proposiciones a niños con fines sexuales. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.*

⁵⁸ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-09.PDF. Consultado el 28/03/2018.

⁵⁹ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 439-440.

situaba en los trece años y la enmienda 351 ampliaba el círculo de sujetos pasivos a todos los menores de edad hasta los dieciocho años. En segundo lugar, y derivado de lo precedente, podría ser reprochable en términos sistemáticos. En tercer lugar y finalmente, resulta difícil razonar la criminalización de toda comunicación con los menores grandes, aquellos de edades comprendidas entre dieciséis y diecisiete años. En realidad, las críticas realizadas por este autor hacen referencia a lo mismo, la edad del sujeto pasivo.

Las modificaciones llevadas a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, relativas al derecho penal sexual, se podían estructurar de la siguiente manera:⁶⁰

- Ampliación del catálogo de delitos: se incorporaron el art. 181.2 inciso final CP relativo a una modalidad de abuso sexual consistente en la supresión de la voluntad del sujeto pasivo mediante el empleo de fármacos y drogas, el art. 183 bis CP referente al “*online child grooming*” y por último, el art. 187.1 inciso final CP que hace referencia a la criminalización del consumidor o cliente de menores prostituidos.

- Reestructuración de agresiones y abusos sexuales: se creó un nuevo Capítulo II bis en el que se regulaban ambos delitos cuando los sujetos pasivos tenían menos de trece años.

- Introducción de nuevos subtipos agravados relativos a la prostitución y a la pornografía infantil: en este sentido fueron introducidos los arts. 187.2, 188.2 y .3, 187.4. Los primeros atienden a la agravación de la pena cuando el sujeto pasivo es un menor de trece años y, el último, hace referencia al sujeto activo y a su inclusión en una organización o asociación dedicada a las actividades de prostitución, siendo elevada la pena en este supuesto.

⁶⁰ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 430-431; SAÑUDO UGARTE, *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 77. Señala esta última autora, en relación a las modificaciones de la LO 5/2010 de 22 de junio que: “*Con la redacción dada a los delitos de abusos sexuales se modificaba la estructura del CP otorgando autonomía a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cuyos sujetos pasivos fueran menores de trece años. No obstante, no recibían igual tratamiento los delitos de agresión o abuso sexual cuando el sujeto pasivo fuera una persona incapaz (hoy en día debemos llamarla discapacitada), quedando integrados dichos delitos en los tipos genéricos recogidos en los arts. 178 a 182 CP.[...] Por otro lado, la creación del nuevo Capítulo II bis tampoco supuso la inclusión en el mismo de todos los ataques a la indemnidad sexual de los menores de trece años*”.

Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

- Mayor rigor punitivo a través de la elevación de los marcos penales y la introducción de nuevas circunstancias jurídicas, como son la privación de la patria potestad en el art. 192.3⁶¹ y la libertad vigilada en el art. 192.1⁶².

Finalmente, y como se ha señalado con anterioridad, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 justificaba la incriminación del “*child grooming*” en la necesaria transposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y en 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.⁶³ Sin embargo, la doctrina mayoritaria apunta a que hay otros antecedentes más decisivos para la inclusión del art. 183 bis que la Decisión Marco 2004/68/JAI y en concreto, señalan el Convenio de Lanzarote de 2007.⁶⁴

1.2 Inclusión del art. 183 bis CP y principales críticas

Siguiendo a la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, el delito de “*child grooming*” se introdujo en nuestro ordenamiento como el nuevo art. 183 bis del CP. El artículo se formulaba de la siguiente manera:

«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

⁶¹ En relación a la privación de la patria potestad pueden verse: RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, en: *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2009; MORENO NAVARRETE, en: *Anales de derecho*, vol. 34, nº 1, 2016; STS núm. 315/2014 de 6 de junio.

⁶² En relación a la libertad vigilada puede leerse a: MARTÍNEZ MORA, en: *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 173, 2015, 119-136.

⁶³ 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 CP español.

⁶⁴ En este sentido, GÓRRIZ ROYO, en: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2016, 9-10; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: GIMBERNAT ORDEIG/ GARCÍA MARTÍN/ PEÑARANDA RAMOS/ RUEDA MARTÍN/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ URQUIZO OLAECHEA, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Prof. Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, 2014, 671-672; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 127, señala que en el Convenio de Lanzarote de 2007, el abordaje holístico y victimocéntrico es más claro que en la directiva 2011/93/UE, que se dedica, principalmente a la incriminación de conductas.

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».

Del artículo se desprenden diferentes consideraciones a tener en cuenta; en primer lugar, hace referencia al sujeto activo del delito mediante las palabras “el que” sin introducir el concepto de adulto, que sí incluye el Convenio; en segundo lugar, se delimita la edad del menor a los trece años, mientras que en el art. 23 del Convenio no se establecía ningún límite dejando a los Estados libertad para determinar la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño; en tercer lugar, el artículo acota las conductas a cometer por el adulto, las cuales, se encuadran en los arts. 178 a 183 y 189 CP, siendo este punto acorde con el Convenio ya que este último se refiere en su art. 18.1 a) y b) a aquellas conductas de naturaleza sexual; en cuarto lugar, hace referencia a que la propuesta debe ir acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, la cual, es una referencia idéntica a la contenida en el art. 23 del Convenio; en quinto lugar, se establece una pena de prisión de uno a tres años no siendo de obligatoria imposición ya que cabe la posibilidad de aplicar una multa de entre doce a veinticuatro meses; en sexto lugar, el artículo dispone de una cláusula concursal dejando fuera de dudas de que de materializarse el acercamiento estaremos ante un concurso de delitos; en séptimo y último lugar, se prevé un subtipo agravado para aquellas ocasiones en las que el adulto se sirva de coacción, intimidación o engaño, y esto es algo novedoso en relación con el Convenio.

A pesar de la inclusión del artículo, no fueron pocos los autores que echaron en falta estudios empíricos específicos realizados en España sobre si existía o no la necesidad real de incluir el “*child grooming*” con su correspondiente castigo en el CP.⁶⁵

⁶⁵ En este sentido, DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 2015, 508; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 220; VILLACAMPA ESTIARTE/ GÓMEZ ADILLÓN, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, 3.

El precepto fue objeto de críticas, no solo en cuanto a su redacción, sino en cuanto a su propia inclusión. Algunos autores apelaban a su innecesaria tipificación debido a que podría incluirse en alguno de los delitos ya tipificados en el CP⁶⁶.

Sin embargo, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS expuso que “*el tipo debe ser reputado como insuficiente pues su alcance es muy exiguo ya que con una mínima diligencia el acosador puede realizar múltiples comportamientos paralelos que, lesionando del mismo bien jurídico de peligro, permanecen extramuros ante el comportamiento típico*”.⁶⁷

España no fue el único país del panorama internacional que incluyó el delito, otros países, como son: Inglaterra y Gales (La Sec. 15 del Sexual Offences Act de 2003 castiga al adulto que intenta concertar un encuentro con un menor a fin de cometer actos sexuales) o Italia (art. 609 undecies del CP italiano que castiga el embaucamiento de menores a través de las TICs) lo incluyeron.⁶⁸

2. Reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Art. 183 ter. 1 CP.

La nueva modificación de este tipo penal viene de la mano de la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, tal y como proclama la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo.⁶⁹ Esta Directiva sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI.

⁶⁶ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, en: *Anuario de Justicia de Menores* nº 10, 2010, 75; PÉREZ MARTÍNEZ/ ORTIGOSA BLANCH, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, 2010, 16. Estas últimas autoras hacen alusión a que “*no se trata de un nuevo delito (grooming) derivado de la revolución tecnológica, sino de una forma evolucionada de cometer un delito preexistente*”.

⁶⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 145.

⁶⁸ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 227 y ss.; SALVADORI, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 457-458; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 659; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 97 y 111. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

⁶⁹ EM (apartado XII) de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP español. *Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos*

Son los propios considerandos de la Directiva los que justifican una nueva regulación haciendo referencia a la necesidad de proteger a los menores de los abusos sexuales y la explotación sexual, incluida la pornografía infantil, ya que estos constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁷⁰

Es en el art. 6 apartado primero⁷¹ de la Directiva donde se hace referencia al “*child grooming*” el cual actualmente se regula en el art. 183 ter.1 CP y que había sido incorporado en un primer momento, tal y como hemos visto en el apartado anterior, como art. 183 bis CP. La Directiva ha utilizado el término “*soliciting*” y al igual que el Convenio de Lanzarote de 2007 ha seguido empleando el término “*solicitation of children for sexual purposes*” para referirse a las conductas que el legislador español enmarca como “*online child grooming*”. Además, sigue haciendo referencia a tres elementos clave: la propuesta de encuentro a través de las TICs, la realización de actos de carácter sexual y la producción de pornografía infantil y finalmente, a los actos materiales encaminados al encuentro. Por lo tanto, se sigue reproduciendo el patrón que estaba presente en el Convenio de Lanzarote de 2007. Sin embargo, se han producido cambios fundamentales como son: la ampliación de la edad del sujeto pasivo hasta los dieciséis años y la finalidad de cometer únicamente los delitos regulados en los arts. 183 y 189 CP.

Por otro lado, en el apartado segundo del art. 6 de la Directiva⁷² se introduce un nuevo ilícito penal que no estaba presente en el Convenio de Lanzarote e incluido

fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁰ CDO 1º de la Directiva 2011/93/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

⁷¹ Artículo 6. *Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.*

1. *Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.*

⁷² Artículo 6. *Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.*

2. *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*

ahora en el art. 183 ter.2 CP, denominado por nuestro legislador como “embaucamiento de menores” y por parte de la doctrina como “sexting”.⁷³ En mi opinión, ambos términos no se refieren a la misma conducta. Por un lado, en el delito de embaucamiento de menores se establece un contacto, a través de las TICs, entre un menor y un adulto, y este último, lleva a cabo diferentes actos dirigidos a embaucarle para que le proporcione material pornográfico o le muestre imágenes de carácter sexual en las que aparezca un menor.⁷⁴ Por otro lado, la conducta denominada “sexting” no es por sí misma un delito, sino que se convierte en ilícito penal una vez que el sujeto activo comparte sin el consentimiento del sujeto pasivo las fotografías que este le ha enviado. Además, esta última conducta no se da únicamente entre menores de edad sino que también se da entre personas adultas.⁷⁵

2.1 Estructura típica del delito.

2.1.1 Bien jurídico protegido.

El “*child grooming*” se encuentra regulado en el Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y en concreto en el capítulo II bis relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

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.

⁷³ En relación al art. 183 ter.2 CP puede verse la SAP de Málaga (secc.8ª) núm. 268/2013 de 3 de mayo, en la que constan como hechos probados que el condenado, Camilo y menor de edad en 2016, mantuvo diferentes conversaciones de ámbito sexual vía “*whatsapp*” con menores de edad entre 12 y 13 años y a los que les solicitó que le enviaran fotografías de sus partes íntimas o de su torso desnudo. El condenado les decía a los menores que si no les enviaban las fotografías se molestaría con ellos. Camilo fue castigado por un delito del art. 183 ter.2 CP en 2016. También pueden verse: la SAP de Madrid (secc.6ª) núm. 412/2017 de 23 de junio, STS (secc.1ª) núm. 83/2018 de 15 de febrero y STSJ de Aragón (secc.1ª) núm. 7/2018 de 7 de marzo.

⁷⁴ En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 1ª, 2015, 461 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO (coord.)/ MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 623 y ss.; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1328 y ss.; BARRIO ANDRÉS, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, 2017, 104 y 105; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 215.

⁷⁵ MARTÍNEZ OTERO/ BOO GORDILLO, en: GARCÍA GONZÁLEZ (dir.), *La violencia de Género en la Adolescencia*, 2012, 291 y ss.; MENDO ESTRELLA, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-16, 2016, 3 y ss.; MOLINA DEL PERAL/ VECINA NAVARRO, en: *Bullying, cyberbullying y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, 2015, 54 y ss.

Este ilícito penal se califica como delito de peligro⁷⁶ por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino teniendo en consideración un comportamiento peligroso para dicho bien.⁷⁷ Por ello, determinar cuál es el bien jurídico protegido no siempre es fácil ya que en este tipo de delito se adelantan las barreras de protección penal a favor de los menores.

Es objeto de discusión por parte de la doctrina la determinación de cuál es el bien jurídico protegido en el art. 183 ter.1 CP. Algunos autores, hacen alusión a que se protege la indemnidad sexual del menor⁷⁸, otros, señalan que se protege la libertad sexual⁷⁹ y un tercer sector, hace referencia a otros bienes jurídicos como puede ser la moral sexual⁸⁰ o incluso la seguridad en la infancia en la utilización de las TICs⁸¹. En ocasiones, los autores no solo tienen en consideración un único bien jurídico, sino que pueden atender a varios configurando así el delito como pluriofensivo.⁸²

⁷⁶ En el apartado correspondiente se desarrollará exhaustivamente.

⁷⁷ SAP de Jaén (Secc. 2ª) núm. 113/2015 de 11 mayo.

⁷⁸ En este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 144; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 192-193; DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, nº 8758, 2016, 17; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 191-193.

⁷⁹ NUÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 205, 209 y ss.

⁸⁰ SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 198, señala que “al igual que sucede con otras figuras delictivas de muy discutible razón de ser, aquí lo que se busca no es tanto proteger al menor (que bien puede no ser consciente de que ha estado en riesgo; aún más, que puede no haber estado en modo alguno en riesgo) sino perseguir una parafilia o proteger una moral sexual colectiva.”. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>. En contra, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 193 señala lo siguiente en relación a la moral sexual: “No significa que sea la <<moral sexual>> el bien jurídico protegido en esta materia. Es más, cualquier intento de convertir la <<moral sexual>> como tal (como el bien jurídico), sin identificar los concretos bienes jurídicos que pueden ser específicamente cuestionados en los respectivos tipos delictivos, en un bien jurídico autónomo conlleva el peligro de convertir el Derecho penal en esta materia en un instrumento ideológico más propio de la Inquisición que de un moderno Estado pluralista y democrático. Pero, lógicamente, a la hora de interpretar los concretos tipos penales y los conceptos utilizados en su configuración habrá que tener en cuenta este componente normativo-cultural situándolo en el contexto de un Estado de Derecho democrático y, por tanto, pluralista.”

⁸¹ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 241-242; en contra, FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 192-193, entendiendo que “no parece revestir las condiciones mínimas aceptables para ser configurada como un nuevo bien jurídico en el contexto de un Derecho penal respetuoso con los límites que impone el principio de intervención mínima”.

⁸² En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, en: *Anuario de Justicia de Menores* nº 10, 2010, 55, hace referencia a que el delito se puede calificar como pluriofensivo ya que no solo afecta a la indemnidad sexual, sino que también se orienta a proporcionar la seguridad de los jóvenes en las TICs.; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 145.

La doctrina mayoritaria y la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio⁸³, se inclinan por considerar a la indemnidad sexual como el bien jurídico protegido del menor, entendiendo por ella el interés en formar al menor en una posterior libertad sexual una vez que alcance madurez, pretendiendo así proteger su normal evolución y desarrollo de la personalidad.⁸⁴

Además, el Tribunal Supremo también se inclina por considerar la indemnidad sexual como el bien jurídico protegido. El Alto Tribunal señala lo siguiente: “*El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual.*”⁸⁵ El TS en la actualidad sigue proclamando esta jurisprudencia sin variar el bien jurídico protegido del art. 183 ter.1 CP.⁸⁶

En cuanto a la libertad sexual, si la entendemos como aquella parte de la libertad relativa al ejercicio y a la práctica de la propia sexualidad y disposición del propio cuerpo⁸⁷ no podemos considerar que esta sea el bien jurídico protegido en este delito. En el “*child grooming*” el sujeto pasivo es un menor y este no tiene la libre disposición de su cuerpo, no goza de autonomía para poder decidir sobre su comportamiento sexual y, por lo tanto, no se cumple la característica esencial de la libertad sexual.

Siguiendo a MUÑOZ CONDE “*no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son*

⁸³ 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 CP español.

⁸⁴ En este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 144; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 192-193; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 251; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 191-193.

⁸⁵ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

⁸⁶ Un ejemplo de ello es la STS núm. 109/2017 de 22 febrero.

⁸⁷ Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 191.

personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (personas con discapacidad necesitadas de especial protección)”⁸⁸.

Cabe mencionar que algunos autores hablan indistintamente de la tutela de dos bienes jurídicos diferentes, la libertad sexual y la indemnidad sexual, conociéndose esto como la intangibilidad sexual.⁸⁹

A mi parecer, la indemnidad sexual es el bien jurídico protegido en el delito del art. 183 ter.1 CP ya que si atendemos a lo anterior, difícilmente se puede considerar a la libertad sexual como el bien jurídico protegido si los propios sujetos pasivos no gozan todavía de ella. En cuanto a los otros bienes jurídicos que se han propuesto, como son la moral sexual⁹⁰ o la seguridad en la infancia en la utilización de las TICs⁹¹, considero que no son más que manifestaciones de la indemnidad sexual entendida en un sentido amplio y que, por lo tanto, quedan englobadas dentro del concepto de indemnidad sexual.

2.1.2 Tipo objetivo.

Dentro de este epígrafe se hará referencia a los sujetos que intervienen en el delito que es objeto del presente estudio y además, se indicarán las diferentes actuaciones que integran la conducta típica necesaria para proceder a la comisión del tipo previsto en el art. 183 ter. 1 CP.

⁸⁸Cfr., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 192.

⁸⁹ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, en: *Anuario de Justicia de Menores* nº 10, 2010, 55; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 249.

⁹⁰ Entendiendo por ella “*un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas en sus relaciones con otras personas*” o “*aquella parte del orden social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas*”. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 193.

⁹¹ “*En consideración a que lo que ha dado relevancia penal a esos actos es precisamente el medio del que se sirve el sujeto activo para realizarlos, esto es, las TIC, no revistiendo en otro caso tales actos trascendencia penal, cabría alumbrar otro bien jurídico penalmente protegido. Éste no sería otro que la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC*”. Por lo tanto, GONZÁLEZ TASCÓN hace referencia al medio utilizado, las TICs y la importancia de su correcta utilización para que los menores estén cada vez más seguros. Entiende así, que la seguridad en la infancia en la utilización de las TICs es el bien jurídico protegido. En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 241-242.

2.1.2.1 Sujetos del delito.

En relación a los sujetos que deben formar parte del ilícito penal, nos encontramos con un sujeto activo que normalmente será un adulto y un sujeto pasivo, que será un menor de dieciséis años tras la reforma de la LO 1/2015 ya que con anterioridad, la edad del menor solo abarcaba hasta los trece años como ha quedado señalado.

2.1.2.1.1 Sujeto activo del delito.

Han sido diferentes las denominaciones que se han empleado para hacer alusión al sujeto activo del “*child grooming*”, algunas de ellas son: solicitante, ofensor, victimario, pedófilo, depredador sexual o “*sexual predator*”, “*stranger danger*” o “*groomer*”. Todas hacen referencia a lo mismo, a la persona que a través de las TICs contacta con un menor de dieciséis años y propone concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer delitos de naturaleza sexual.

Los estudios realizados en la materia ponen de manifiesto que el ofensor suele ser un varón, en concreto, tres de cada cuatro sujetos activos son hombres.⁹² No obstante, y a diferencia de lo que se cree en la sociedad, el *groomer* no siempre es un individuo ajeno al menor sino que, en la mayoría de casos, suele ser una persona conocida o de su entorno familiar siendo así que más del 95% de los casos de “*grooming*” se llevan a cabo por personas muy cercanas a la víctima.⁹³ Con esta afirmación se rompe el mito del “*stranger danger*”, términos que hacen referencia no solo al sujeto activo del delito, sino que además implican que ese sujeto es una persona extraña al menor, sujetos desconocidos para la víctima y que esperan para atacarle bien por azar o bien porque son “incurables”.⁹⁴

⁹² VILLACAMPA ESTIARTE/ GÓMEZ ADILLÓN, en: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, 15.

⁹³ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 89.

⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 85. Con el término “incurables”, la autora se refiere a aquellos que van a reincidir una vez que son excarcelados, los cuales suelen ser pedófilos o un grupo homogéneo de solicitantes que no presentan características significativas y diferentes entre sí.

El legislador español ha empleado la fórmula “*el que...*” para referirse al sujeto activo que realiza la conducta. Esta expresión no casa con la normativa internacional, señalada con anterioridad en este trabajo, ya que el art. 6 de la Directiva 2011/93/UE hace referencia expresa a la propuesta de encuentro por parte de un adulto pero además, no solo no es acorde con la normativa internacional, sino que la propia Exposición de Motivos de la Ley 5/2010 hacía referencia a las conductas llevadas a cabo por una persona adulta a través de las TICs para ganarse la confianza del menor con el fin de alcanzar concesiones de naturaleza sexual.⁹⁵

La opción del legislador español de no concretar la edad del sujeto activo ha sido criticada por la doctrina puesto que cabe la posibilidad de que los propios menores cometan el delito de “*child grooming*”.⁹⁶ Me refiero en este caso a los mayores de catorce años pero menores de dieciocho ya que según la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores estos pueden incurrir en responsabilidad penal.⁹⁷ Tanto es así que ya hay sentencias en las que se ha condenado a un menor por un delito de “*grooming*”.⁹⁸ Esto me resulta criticable ya que considero que la idea inicial del legislador internacional no era precisamente castigar a los menores, sino protegerlos.

Por lo tanto, y a tenor literal, del art. 183 ter.1 CP cualquier persona podría cometer el ilícito penal, tanto un menor de edad comprendido entre los catorce y los dieciocho años como un adulto. En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN señala que: “*Consiguientemente puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio europeo sobre el abuso y la explotación de menores que acota el círculo de posibles sujetos activos del delito a los adultos (art. 23), en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra los*

⁹⁵ 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 CP español.

⁹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 243-244; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 194.

⁹⁷ MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 165.

⁹⁸ Sentencia del Juzgado de Menores de Orense núm. 43/2013 de 13 de mayo. Este asunto se da entre dos menores, teniendo la víctima doce años. Ambos sujetos contactan a través de la red social “*Tuenti*” y posteriormente a través de “*whatsapp*” el sujeto activo le propone la realización de conductas de naturaleza sexual como son que se quite el sujetador, le propone un encuentro a fin de tener relaciones sexuales, le envía fotografías con el pene erecto. El sujeto activo creía que la víctima tenía dieciséis años por lo que también se da un supuesto de error, y no obstante, el sujeto activo es castigado con diez meses de libertad vigilada y con asistencia a curso de desarrollo afectivo sexual de cuarenta horas de duración.

*abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil o en las legislaciones nacionales en las que hemos apreciado la existencia de esta figura delictiva o una muy próxima, con la salvedad del Código penal de Canadá, que también se refiere a “el que”.*⁹⁹

A mi parecer, el legislador no se ha olvidado de que el delito de “*child grooming*” va dirigido específicamente a los adultos sino que, debido a una cuestión formal no ha querido emplear otros términos distintos a la fórmula “*el que...*”¹⁰⁰. No obstante, para eludir la responsabilidad de los menores, al igual que la de los adultos próximos a la edad de dieciséis años, se podría emplear la cláusula de exoneración del art. 183 quáter CP, siempre que se den los presupuestos.

No obstante, la doctrina mayoritaria considera que la redacción del ilícito penal no posibilita una interpretación restrictiva del mismo a favor de excluir a los mayores de catorce pero menores de dieciocho, por consiguiente, mantienen que si el legislador hubiese querido penalizar exclusivamente la conducta del adulto, lo hubiese contemplado de manera específica, tal y como han hecho otros países del panorama internacional.¹⁰¹

HORTAL IBARRA hace referencia a que “*el legislador (al emplear el término “el que”), no sé si consciente o inconscientemente, habría aproximado las figuras del online child grooming y el cyberbullying*”¹⁰², puesto que en el cyberbullying el acoso se produce entre menores.

Por último, y aunque los ofensores no son un grupo homogéneo, ni hay un estereotipo, pueden diferenciarse varias tipologías de “*groomers*”.¹⁰³

⁹⁹ GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 243.

¹⁰⁰ Me refiero con esto a que en el CP español las fórmulas mayormente empleadas son “*el que...*”, “*será castigado...*”, son excepcionales las ocasiones en las que se hace referencia expresa a un sujeto, como pueden ser, los delitos cometidos por un funcionario público.

¹⁰¹ En este sentido, FERRO VEIGA, en: *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías con intención sexual y el child grooming*, 2013, 72; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 194 y 195.

¹⁰² HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 443. En el mismo sentido que este autor, se manifiesta COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 147.

¹⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 67, 72, 73 y 74.

- Los victimarios que buscan intimidad (*Intimacy - Seeking*): son personas que no tienen condenas previas. Sus ideales secundan la comisión de esta clase de delitos y no ocultan ni modifican su identidad. Normalmente no se ven implicados en otros modelos de conductas *online* que pudieran mostrarles a ellos mismos, o a terceras personas, que estaban ejecutando algún tipo de ofensa sexual. No poseen ni pornografía infantil ni contacto con otros delincuentes pero sí que invierten gran parte de tiempo en comunicarse o relacionarse de manera *online* con los jóvenes antes de verlos cara a cara.
- Los ofensores de estilo adaptable (*Adaptable Style*): suelen tener antecedentes por delitos sexuales contra los menores. No consideran el encuentro como una relación. Pueden poseer pornografía infantil pero no en grandes cantidades y tampoco tienen especial contacto con otros ofensores sexuales. A diferencia de los anteriores sí que modifican su identidad y el estilo del “grooming” en función de su víctima. Valoran el riesgo que pueden acarrear sus conductas.
- Los hipersexualizados (*Hyper - Sexualized*): poseen grandes cantidades de pornografía (no solo de menores, sino también de adultos) y, además, contactan con otros delincuentes. Pueden tener varias identidades o en su avatar o perfil una imagen que no corresponde a su cara real, en ocasiones incluso pueden tener imágenes de sus genitales. La comunicación que mantienen con los jóvenes está altamente sexualizada. No personalizan el contacto. En esta clase los acercamientos son menos prevalentes que los dos primeros.

3.1.2.1.2 Sujeto pasivo del delito.

Con la introducción en el art. 183 bis CP de la figura del “*child grooming*” a través de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se partía del menor de trece años como sujeto pasivo o víctima del delito. La idea de situar el límite de edad en trece años era coherente con la normativa internacional ya que el art. 23 del Convenio de Lanzarote se remitía al art. 18.2 en el cual se establecía que cada parte determinaría la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades de índole sexual con un niño. En el caso español la edad para prestar consentimiento en

materia sexual se situaba en los trece años y, por lo tanto, siguiendo las directrices internacionales fueron los menores de trece años los sujetos protegidos por el art.183 bis CP.

El hecho de ubicar el límite de edad en los trece años fue muy criticado por la doctrina¹⁰⁴, ya que numerosos estudios¹⁰⁵ dieron a conocer que los menores más afectados y más vulnerados por las conductas del “*child grooming*” se situaban entre los trece y los quince años. Además, FERRANDIS CIPRIÁN señala que “*el legislador debió elevar la edad del sujeto pasivo hasta los 16 años, a los efectos de equipararlo con el denominado abuso sexual fraudulento, figura que, al igual que el fenómeno analizado, pivota sobre la concurrencia del engaño*”.¹⁰⁶

En mi opinión, a pesar de que el legislador cumpliera con las directrices internacionales no tuvo en cuenta la realidad social ya que de haberlo hecho no hubiese dejado fuera de protección a los sujetos que realmente la necesitaban y que eran los más afectados por las conductas del “*child grooming*”, es decir, aquellos sujetos en edades comprendidas entre los trece y los quince años.

Tras la reforma de la LO 1/2015 y reubicación del contenido del precepto en el nuevo art. 183 ter.1 CP se amplió la edad del sujeto pasivo del delito a los dieciséis años. Ello se debió fundamentalmente a que aumentó la edad de consentimiento del menor en materia sexual a los dieciséis años¹⁰⁷, a las recomendaciones que el Comité de la Organización de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño formuló a España respecto de estas materias¹⁰⁸ y a que finalmente, y como se ha afirmado con anterioridad, los sujetos más afectados por las conductas del “*child grooming*” son los menores de entre trece y quince años.

¹⁰⁴ En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, en: *Anuario de Justicia de Menores* nº 10, 2010, 75; DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 513; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 173.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en el marco de la UE destaca SMAHEL/ WRIGHT, in: *The meaning of on-line problematic situations for children results of qualitative cross-cultural investigation in nine European countries*, EU Kids On-line, 2014, 159 y ss.; DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 512.

¹⁰⁶ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 195.

¹⁰⁷ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327.

¹⁰⁸ DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 526.

La elevación de la edad a los dieciséis años ha sido también cuestionada¹⁰⁹. En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ ha señalado que “*el repentino ascenso de la edad de consentimiento supone un error histórico, que ahora afectará también al a su vez muy discutible delito de grooming*”.¹¹⁰

En mi opinión, lo que mayormente se critica por la doctrina no es tanto la edad de protección del sujeto pasivo que se contempla en el “*child grooming*”, sino la edad de los menores para prestar consentimiento en materia sexual sin que ese consentimiento esté viciado. Considero que en este caso el legislador español debe atender a la realidad española y rebajar la edad para prestar consentimiento a los quince años, teniendo en consideración los diferentes estudios anteriormente mencionados y que con esta edad, los menores ya poseen conocimientos en materia sexual.

Otro punto de inflexión del art. 183 ter.1 CP en relación con las víctimas del delito es que no incluye a los discapacitados necesitados de especial protección. Esto ha sido acertadamente criticado por la doctrina mayoritaria ya que al igual que los menores, estos sujetos no poseen libertad sexual y, a diferencia de los menores no la poseen de un modo definitivo.¹¹¹ Por ello, los discapacitados necesitados de especial protección podrían ser comparables a los menores en este delito. En mi opinión, el legislador debería haber incluido a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección como sujetos pasivos del delito debido a que poseen el mismo bien jurídico que los menores –la indemnidad sexual-. Estos sujetos no podrán

¹⁰⁹ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327.

¹¹⁰ RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO (coord.)/ MATA LLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 622. En relación a la edad para prestar consentimiento en materia sexual señalan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE (coord.)/ FEIJOO SÁNCHEZ (coord.)/ ECHANDO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal*, Homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016, 888, que: “*La fijación de la edad de consentimiento sexual en los dieciséis años, llevada a cabo por la reforma del CP operada por LO 1/2015 no está suficientemente fundamentada. Más bien suscita la sospecha de que en la decisión han podido influir consideraciones de moral sexual que poco tienen que ver con el bien jurídico protegido en los delitos sexuales y que tampoco están orientadas a una más eficaz protección de los menores*”.

¹¹¹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 172, 173 y 189; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTOS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 194 y 195; URIARTE QUESADA, en: *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), 2015, 370. Disponible en: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2886/uriarte-quesada-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

alcanzar la capacidad necesaria para poder consentir la realización de actos de naturaleza sexual, nunca van a gozar de plena autonomía.

VILLACAMPA ESTIARTE, a efectos de incorporar a las personas con discapacidad como sujetos protegidos por el delito de “*online child grooming*” apunta lo siguiente: “*Atendiendo a que personas con especiales grados de discapacidad podrían considerarse equiparables, cuanto menos en el grado de inmadurez respecto a su involucramiento en contextos sexuales, a menores que no han alcanzado la edad necesaria para consentir en materia sexual, podría plantearse su inclusión en el tipo de lege ferenda, aunque insistiendo en que tal inclusión no viene exigida por ninguno de los instrumentos internacionales que nos obligan*”.¹¹² Por lo tanto, la autora está proponiendo la incorporación de estas personas a través de una futura reforma del tipo. Una proposición que, en mi opinión, debe ser tenida en cuenta para la próxima reforma del ilícito penal ya que la considero conveniente y necesaria.

Para clasificar a las víctimas del “*child grooming*” la doctrina propone una tipología:¹¹³

- Víctimas arriesgadas o víctimas que asumen riesgos: su actitud es desinhibida y se arriesgan *online*. Buscan aventuras y ello, incorporado a la sensación de control o dominio inherente a los jóvenes extrovertidos y seguros de sí mismos, hace que estos menores guarden el secreto del abuso por su aparente “complicidad” o participación en la dinámica del delito.
- Víctimas vulnerables: a pesar de que todas las víctimas pueden ser vulnerables, en esta clasificación se refieren a aquellas con una alta necesidad de atención y afecto. Estas víctimas también presentan características de soledad y baja autoestima, con problemas en la relación con sus padres y en contextos familiares conflictivos, inclusive víctimas de malos tratos o abuso sexual, que buscan el amor a través de la Red y cuando piensan que lo han

¹¹² VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 172-173.

¹¹³ En este sentido, MONTIEL JUAN/ CARBONELL VAYÁ/ SALOM GARCÍA, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 212-213; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 75,76 y 77; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*, 2016, 154.

encontrado permiten la situación de abuso por miedo a perderlo. Ven al ofensor como un “mentor”.

2.1.2.2 Conducta típica del art. 183 ter.1 CP.

Este delito es considerado como de tipo mixto acumulativo¹¹⁴ debido a que el “groomer” para poder llevar a cabo la comisión del delito debe llevar a cabo una serie de actuaciones, las cuales deben de concurrir de manera cumulativa y no solo esto sino que, además, han de suceder en el mismo orden que contempla el art. 183 ter.1 CP.¹¹⁵

Las actuaciones que lleva a cabo el ofensor son tres, el contacto con el menor a través de las TICs, la propuesta de encuentro y la realización de actos materiales encaminados al encuentro.

2.1.2.2.1 Contacto con el menor a través de las TICs.

La doctrina mayoritaria hace referencia a que el contacto o la comunicación con el menor tienen que realizarse de una manera concreta, esto es, a través de los medios expresamente contemplados en el art. 183 ter.1 CP.¹¹⁶ Los medios que contempla el artículo son: “Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la

¹¹⁴ Sobre los tipos mixtos acumulativos, véase a LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, 2016, 180. El autor señala lo siguiente: “se denominan tipos mixtos acumulativos aquellos en que hay tantos delitos como conductas por interpretarse que la adición de la otra modalidad añade mayor desvalor al hecho: así se suele sostener en la malversación (art. 432) si el funcionario no sólo sustrae sino que deja sustraer caudales públicos”.

¹¹⁵ En este sentido, GARCÍA VALVERDE, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 426; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 256-257.

¹¹⁶ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 245-246; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 136; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 195-196; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 143; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 174; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 257.

comunicación”. Se contemplan los mismos medios que se contemplaban con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015. A este efecto y teniendo en consideración los medios que se deben utilizar, dice el TS que “*la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.*”

No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado.”¹¹⁷

No hay todavía consenso en la doctrina respecto a si el delito que contempla el art. 183 ter.1 CP español se puede dar solo en la modalidad “*on-line*” o también en la modalidad “*off-line*”. La doctrina mayoritaria se posiciona en que el CP contempla también la modalidad “*off-line*” de modo que no siempre se tiene que estar conectado a la Red o a Internet para poder llevar a cabo el contacto con el menor.¹¹⁸

A mi parecer y teniendo en consideración a la doctrina mayoritaria, el “*child grooming*” que prevé nuestro CP contempla ambas modalidades para la comisión del delito ya que es posible el contacto a través de un teléfono fijo o a través de un teléfono móvil sin que necesariamente estos dispositivos tengan que estar conectados a Internet.

La modalidad “*on-line*” facilita no solo que los ofensores adapten su lenguaje al del menor, sino que la utilización de la red para llevar a cabo el contacto imposibilita la identificación de los “*groomers*”¹¹⁹.

¹¹⁷ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

¹¹⁸ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 154; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 257. Esta última autora dice lo siguiente: “*Se equipara el servicio online -internet- con otros instrumentos que pueden emplearse a través de una conexión on-line pero también pueden emplearse off-line-el teléfono-.*”

¹¹⁹ En este sentido, SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 14. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>; DE SANTISTEBAN/ GÁMEZ GUADIX, en: *Revista de Victimología*, nº 6, 2017, 85.

El artículo 183 ter.1 CP también hace referencia a “*cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación*” de modo que se está contemplando una cláusula abierta y por aplicación analógica el contacto con el menor se podría llevar a cabo por otros medios que sean similares a las TICs. A pesar de esta cláusula abierta, se sostiene que si el “*child grooming*” no se lleva a cabo por los medios comisivos que se contemplan en el art. 183 ter.1 CP no da lugar a la aplicación de este precepto.¹²⁰ Algunos de los medios comisivos a través de los cuales se puede llevar el contacto son: chats, Messenger, whatsapp, Facebook, badoo, SMS, correos electrónicos, aplicaciones basadas en Bluetooth...

El fin último del contacto es ganarse la confianza del menor¹²¹ y, por ello, proclama la doctrina mayoritaria, es necesaria una respuesta por parte del menor al contacto que el adulto realiza puesto que el simple envío de mensajes sin que haya una contestación no constituye un delito de “*child grooming*”.¹²² A mi parecer esto es coherente, pero no obstante, habría que examinar en cada supuesto el contenido de los mensajes que el adulto envía ya que a pesar de que sin respuesta no incurrirá en el delito de “*child grooming*” sí que podrían incurrir en un delito de pornografía y en ese caso, la contestación por parte menor será irrelevante.

Afirma VILLACAMPA ESTIARTE¹²³ que la conducta típica del “*child grooming*” podría haber comenzado directamente con la proposición del encuentro sin que se requiera, por lo tanto, el elemento del contacto que aquí se está analizando pero en mi opinión, el contacto es necesario ya que el art. 183 ter.1 CP lo contempla y lo castiga expresamente.¹²⁴

¹²⁰ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 257-258.

¹²¹ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 259.

¹²² En este sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENQUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, 2010, 5; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327.

¹²³ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 176.

¹²⁴ También en este sentido, DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 11-12. El autor afirma lo siguiente: “*En cuanto a si es necesario o no que el contacto se establezca, parece evidente. El tipo no sanciona la solicitud de contacto; sanciona éste y el mismo sólo es posible cuando se atiende la misma (o cuando se responde a la invitación de otro). Otra cuestión distinta y aquí es donde puede surgir la discrepancia de los autores, que se equivocan cuando en*

Hay discrepancias en la doctrina en cuanto a qué sujeto debe ser el que tome la iniciativa de realizar el contacto. La doctrina mayoritaria hace referencia a que es indiferente quien realice las primeras comunicaciones si la posterior propuesta de encuentro la realiza el sujeto activo. Puede ser entonces tanto el menor como el adulto, en principio, quienes la inicien.¹²⁵ Señala así NÚÑEZ FERNÁNDEZ dos modalidades de contacto; un primer contacto, denominado inicial, el cual es realizado por el sujeto activo y; un segundo contacto, denominado derivado, en el que la comunicación la comienza el menor y, en este último supuesto, se requiere una contestación por parte del sujeto activo pues sino, no se habrá producido efectivamente el contacto al que se refiere el art. 183 ter.1 CP.¹²⁶ No obstante, el CP hace referencia “*al que contacte con un menor*”; por lo tanto, parece que no prevé la posibilidad de que sea el menor el que contacte con otro adulto, a no ser, claro está que la conducta se produzca entre dos menores. A mi parecer, pueden ser ambos sujetos quienes realicen las primeras comunicaciones, no obstante, considero que para que la conducta puede seguir considerándose como típica será necesario que el sujeto activo haya realizado alguna conducta para que el menor haya iniciado las primeras comunicaciones, como puede ser el caso de envío de mensajes masivos por parte de un adulto y que el menor los haya contestado.

Finalmente, GÓRRIZ ROYO señala que si solo se envía un primer mensaje por el sujeto activo, conteniendo la realización de actos de naturaleza sexual, y el menor

ocasiones cifran el debate en el análisis de este elemento típico, es si la propuesta de encuentro tiene o no que ser aceptada. Como se afirma por la doctrina mayoritaria, un mensaje que no llega al destinatario carece de peligrosidad (menos de lesividad) alguna porque no puede influir en la formación o toma de decisiones de quien lo desconoce.”

¹²⁵ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 193; GÓRRIZ ROYO, en: *InDret. Revista para el análisis del Derecho* 3/2016, 23; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 11.

¹²⁶ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 193 y 194. El autor también hace alusión a lo siguiente: “*Que el contacto derivado resulte típico implica también la penalización de supuestos en los que el contacto inicial no ha sido virtual sino que ha sucedido en el espacio físico en cuyo caso tal contacto sería atípico, pero si a dicho contacto inicial le ha seguido un contacto virtual, éste ya entraría en el plano de la tipicidad. Es importante optar por esta interpretación dado que la evidencia empírica demuestra que la mayoría de las veces el sujeto activo conoce a su potencial víctima en el espacio físico. Sigue siendo el entorno físico cercano al menor donde se producen con más frecuencia los contactos sociales que dan lugar después a la victimización.*”; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 260. Esta autora también hace referencia a estas dos modalidades de contacto pero para ella en los casos de contacto inicial se emplean desde el primer momento las TICs (no tiene en cuenta que sea el sujeto activo quien inicie las comunicaciones) y en los casos del contacto derivado, en los que el contacto no es inicialmente llevado a cabo a través de las tecnologías, pues tiene lugar en el espacio físico, y como consecuencia de ello, el menor entabla un contacto a través de las TICs.

le contesta, ya sea aceptando o rechazando, cabría dar por probado el elemento del contacto conforme al art. 183 ter.1 CP.¹²⁷ En mi opinión, no solo se probaría el elemento típico del contacto, sino también el elemento relativo a la proposición de encuentro.

2.1.2.2.2 Proposición de encuentro.

El contacto entre el sujeto activo y el pasivo irá normalmente acompañado de una proposición de encuentro, la cual puede realizarse posteriormente al establecimiento del contacto o al mismo tiempo. Se debe entender por proponer aquella acción de “*manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo*”.¹²⁸ La proposición de encuentro debe realizarse a través de Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación, al igual que el contacto.¹²⁹

La doctrina mayoritaria entiende que el tipo penal está castigando únicamente la proposición de concertar un encuentro, sin tener en cuenta y siendo, por lo tanto, irrelevante el hecho de que efectivamente se llegue o no a un acuerdo en cuanto al lugar y la hora de dicho encuentro.¹³⁰ En mi opinión, el art. 183 ter.1 CP está castigando simplemente la proposición de encuentro y no si verdaderamente se llega o no a un acuerdo concreto ya que este tipo de delitos se adelantan las barreras penales de protección a favor de los menores y, por ello, esa propuesta, aunque sea de una manera difusa, podría afectar a su indemnidad sexual.¹³¹

¹²⁷ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 259.

¹²⁸ Definición disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UOMnHDI>. Consultada el 27/04/2018.

¹²⁹ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 246; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196.

¹³⁰ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 246; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 193; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014, 13.

¹³¹ De opinión distinta parece MARTÍN LORENZO, en: ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, 104; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking,*

Discrepan los autores respecto de si la proposición de encuentro debe ser necesariamente aceptada. La mayoría considera que no es imprescindible esa respuesta afirmativa debido a que el tipo penal, interpretado literalmente, no exige esa aceptación por parte del sujeto pasivo.¹³² En lo que sí parece estar en sintonía la doctrina es en quien es el sujeto que debe de realizar la propuesta de encuentro. Considerando así que es el sujeto activo del delito el que tiene que llevar a cabo la acción de proponer un encuentro.¹³³ Además, esa proposición tiene que ser seria y concreta.¹³⁴

Respecto de todo lo anterior, el TS proclama lo siguiente: “*Este requisito (proposición de encuentro) de la exigencia de que el sujeto activo proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189 (tras la reforma se refiere únicamente a los arts. 183 y 189 CP) responden a la introducción directa del Convenio de 25.10.2007.*

cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, 1ª, 2016, 261. Señala esta última autora que: “*Por regla general, (la propuesta) consistirá en concertar un encuentro físico con la misma (víctima), determinando un lugar y hora para dicho encuentro*”.

¹³² En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 194; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 145; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 262, señala esta autora que: “*Se plantea la cuestión de si la propuesta ha de ser aceptada, requisito niega un sector doctrinal mayoritario que sostiene que el tipo no requiere que dicha aceptación porque no se deriva de la literalidad del precepto. No obstante, otros autores defienden que dicha propuesta, tiene que aceptarse por el menor. Lo cierto es que, aún siendo más restrictiva, esta segunda interpretación podría contradecir el tenor literal del mismo toda vez que no se cohonesto con el sentido dado, en el lenguaje jurídico ni en el común, al verbo “proponer”. Porque si el requisito de una “proposición” se prevé en el tipo del art. 183 ter) 1º CP, como transposición a nuestro ordenamiento penal de la exigencia de “solicitation” (Convenio del Consejo de Europa, Lanzarote 2007), habrá de interpretarse en un sentido próximo a este concepto en los sistemas de derecho penal comparado. Es decir como una clase de los llamados “inchoate offenses”, que latu sensu equivale a un acto preparatorio en nuestro sistema penal*”.

¹³³ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 684, señala que: “*Dicha proposición, que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito debe ser emprendida siempre activamente por el groomer, requerirá de respuesta, en el sentido que fuere, por parte de la víctima, pues la existencia de la reacción de la víctima permite afirmar la existencia de una afectación, aunque remota, a su indemnidad sexual. Esto es, si interpretamos el peligro abstracto en el sentido de hipotético, los casos de contacto más proposición o únicamente de proposición que no lleguen a ser conocidos por la víctima ni tomados de forma mínimamente seria por ésta, por mucho que vayan acompañados de actos materiales encaminados al acercamiento, no puede afirmarse que pudiesen llegar a representar siquiera un peligro potencial para el bien jurídico protegido*”.; GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 246; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 12.

¹³⁴ DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 12.

*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. Interpretación esta que 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.”.*¹³⁵ Por lo tanto, y a tenor de la doctrina del Alto Tribunal, es el sujeto activo quien debe proponer el encuentro no siendo necesario que se acepte por parte del menor. No obstante, el Tribunal da a entender que es ineludible una concertación de la cita, es decir, que se concrete el lugar y la fecha del encuentro a diferencia de lo expuesto por la doctrina anterior.

Respecto a este elemento, no queda claro si el encuentro se puede producir únicamente en un entorno físico o si también cabe la posibilidad de que se produzca en un entorno virtual o en el ciberespacio.¹³⁶ Un encuentro virtual en este caso sería, por ejemplo, que acordasen verse a través de webcams o que se encuentren en un chat conjunto y decidan salirse de él para acceder a un chat privado. A pesar de que hoy en día se puedan realizar estos encuentros virtuales, manifiesta la doctrina mayoritaria que no se pueden subsumir dentro del art. 183 ter.1 CP ya que admitir la inclusión de los encuentros virtuales dentro del tipo supondría dejar sin contenido el siguiente requisito para que se cumpla la conducta típica, la realización de actos materiales encaminados al encuentro.¹³⁷ A mi parecer, y en principio, sí que se podría admitir un encuentro virtual puesto que, a pesar de lo que manifiesta la

¹³⁵ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

¹³⁶ Ciberespacio: “*Se compone del prefijo “ciber” que está tomado de la palabra Cibernética, que a su vez, tiene una raíz etimológica griega; procede de kybernetike, cuyo significado es el de arte de la navegación y el buen gobierno.[...] Atendiendo a su estructura, como “la geografía virtual creada por computadoras y redes.”* AMOROSO FERNÁNDEZ, en: *Anales de Investigación*, nº 10, 2014, 237.

¹³⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 262; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 14. De opinión diferente parecen GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 247; NUÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* Tomo 65, 2012, 194, señalando que: “*Es importante destacar que el encuentro proyectado no tiene por qué tener lugar necesariamente en el espacio físico sino que cabe también planear un encuentro en el espacio virtual*”; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 145.

doctrina mayoritaria, sí que se podría cumplir el último de sus requisitos relativo a la realización de actos materiales encaminados al acercamiento. Por ejemplo; en el supuesto de que el niño fuese castigado por sus padres sin poder acceder a Internet, y el *groomer* le enviase dinero para que pueda acudir a un lugar con acceso a la Red y así poder mantener un encuentro virtual y sexual con el menor, en este caso, sí que se darían actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador no concreta si el acercamiento tiene que ser necesariamente físico, por lo tanto, según la casuística, podría admitirse algunos encuentros virtuales. La jurisprudencia ya se ha pronunciado en relación a los encuentros virtuales sexuales o sexo cibernético, un ejemplo de ello, es la Sentencia de la AP de Huesca. En dicha resolución ha resultado probado que Carlos José, mayor de edad, contacta vía FB con Mónica, de diez años en el momento de los hechos. Tras varios contactos, el acusado le pidió a la menor que encendiese su webcam para poder verla. La menor accedió y, el acusado, con ánimo libidinoso, tumbado en su cama y con el torso desnudo, comenzó a enseñarle los genitales, a continuación, José Carlos le dijo a Mónica que introdujese sus dedos en la vagina, que se tocase los pechos, etc., lo cual hizo. Finalmente, se castigó a José Carlos por un delito de continuado de abusos sexuales.¹³⁸

Ha sido también cuestionado por la doctrina si la propuesta de encuentro debe ser o no reiterada. La posición mayoritaria entiende que esa propuesta no tiene que ser repetida en el tiempo y que basta solamente una propuesta para la comisión del delito.¹³⁹ Conforme a esto, VILLACAMPA ESTIARTE señala lo siguiente: *“Para concluir, conviene indicar que el tipo no requiere que los contactos y las propuestas efectuadas por parte del groomer al menor sean reiteradas, como pretenden quienes conceptúan este fenómeno como una especie del género acoso, por lo que, tanto de acuerdo con el Derecho interno español como de conformidad con los requerimientos internacionales de incriminación sobre el particular, bastaría con un solo contacto/propuesta para integrar el tipo, pese a que la casuística nos muestra que las comunicaciones acostumbra a ser reiteradas.”*¹⁴⁰ En mi opinión, no es necesario que la proposición de encuentro sea reiterada, considero que con una simple propuesta ya es suficiente y además, siguiendo a VILLACAMPA

¹³⁸ SAP de Huesca (secc. 1ª) núm. 76/2015 de 26 de mayo. También puede verse la SAP de Segovia (secc. 1ª) núm. 27/2010 de 8 de septiembre.

¹³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 685; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 13.

¹⁴⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 685.

ESTIARTE, si se admitiese esa reiteración estaríamos conceptualizando al “*child grooming*” como una modalidad de acoso y, como hemos visto con anterioridad, no se incluye dentro del género de acoso puesto que no es necesario el hostigamiento para la aproximación o acercamiento de los sujetos de este delito.

GÓRRIZ ROYO indica que: “*Lo que sí es, a todas luces, irrelevante a efectos de verificar la tipicidad del art. 183 ter) 1º CP es que, una vez aceptada una proposición de encuentro, el menor no se presente en el lugar acordado. Es decir, también en este caso habría de darse por probado el elemento típico de proponer concertar un encuentro.*”¹⁴¹

Finalmente, y en relación a este elemento, cabe destacar la Sentencia de la AP de Valladolid. En dicha sentencia quedó probado que el acusado, de 26 años, consiguió el número de teléfono de diferentes menores de dieciséis años con los que inició una relación de amistad a través de “*whatsapp*”. De las conversaciones mantenidas entre Eulogio y los menores se podría admitir que el acusado pretendiese alcanzar un acercamiento íntimo con los menores. No obstante, se absolvió a Eulogio de un delito de “*child grooming*” ya que: “*Los mensajes detallados (que se enmarcan entre otros muchos sin contenido sexual) no hacen referencia a encuentros en fechas y lugares concretos, a los que el menor debería acudir con una previa propuesta de contacto sexual, ni incluyen propuestas firmes en tal sentido. Ni las fotografías solicitadas tienen el carácter de material pornográfico (algunas incluso han sido publicadas por los propios menores en redes sociales) ni pueden ser vinculada su obtención con el objetivo de forzar encuentros no deseados con los menores*”.¹⁴²

2.1.2.2.3 Realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

Al igual que los elementos anteriores, este requisito también se contemplaba en el art. 183 bis CP. Señala PÉREZ FERRER que en este requisito “*puede verse (en él)*

¹⁴¹ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 263-264.

¹⁴² SAP de Valladolid (secc. 4ª) núm. 84/2017 de 7 de marzo.

un plus de peligro, para el bien jurídico y una mayor proximidad al comienzo del tipo".¹⁴³

Como se puede observar, el art. 183 ter.1 CP hace referencia a la realización de actos materiales encaminados al encuentro, por lo que parece que, a tenor literal del artículo, no basta únicamente la realización de un solo acto para que se pueda verificar este requisito.¹⁴⁴ No obstante, y en mi opinión, basta con que se realice un único acto material encaminado al acercamiento (como es, por ejemplo, reservar una estancia en un hotel).

La imprecisión de los términos utilizados por el legislador ha supuesto problemas interpretativos¹⁴⁵ y, por ello, la doctrina ha entendido que estos actos pueden limitarse teniendo en cuenta su naturaleza y su finalidad. En cuanto a su naturaleza, los actos tienen que ser materiales y no únicamente formales; y en relación a su finalidad, los actos deben servir para conseguir el encuentro entre el sujeto activo y pasivo del delito, deben estar encaminados al acercamiento.¹⁴⁶

Los actos materiales encaminados al encuentro constituyen un "*numerus apertus*". Esto se debe a que el legislador español no ha acotado los supuestos habiendo así una amplia casuística que impide la teorización y una delimitación exhaustiva de los mismos.¹⁴⁷ Algunas de las conductas que pueden constituir actos

¹⁴³ PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 125.

¹⁴⁴ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 268.

¹⁴⁵ A favor de esta postura, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 199; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 14.

¹⁴⁶ Así lo señalan DOLZ LAGO, en: *Análisis de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP*, 37, (versión online). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cddcd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456. Consultada el 02/04/2018; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 196; STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

¹⁴⁷ En este sentido, PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 125); ORTEGA BALANZA/RAMIREZ ROMERO, en: *Revista La Ley* 217/218, 2014, 3; DOLZ LAGO, en: *Análisis de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP*, 37, (versión online). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cddcd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456. Consultada el 02/04/2018; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 685.

materiales encaminados al acercamiento son las siguientes: facilitar la dirección o el lugar de encuentro, reservar estancias, ir en busca del menor al lugar donde se encuentre, vigilar los lugares que frecuenta, entrar en chats públicos o colectivos con *nicksnames* atractivos para la víctima o hacerse pasar por un menor subiendo a su perfil una foto-trampa; la solicitud de la dirección de correo electrónico o el envío de mensajes privados al sujeto pasivo del delito; petición de imágenes sexuales de la víctima a través de la webcam; amenazas y chantajes para que preste su consentimiento a las pretensiones sexuales y la propuesta del encuentro físico.¹⁴⁸ Son los tribunales los encargados de concretar la casuística.¹⁴⁹ No obstante, y con la finalidad de precisar el elemento objeto de estudio, señala la jurisprudencia de la AP de Cantabria que debe entenderse por acto material encaminado al acercamiento como aquella “acción que va más del simple contacto virtual y del deseo unilateral del mayor de edad no correspondido”.¹⁵⁰

La doctrina mayoritaria ha restado importancia a las propuestas de actos poco serios, creíbles, probables o verosímiles y, además, ha hecho alusión a que estos actos deben de trascender del mundo virtual ya que la finalidad de estos es un encuentro físico o virtual, posibilitar un acercamiento entre el victimario y la víctima y lograr la existencia de la relación personal propuesta al sujeto pasivo. De modo que, esas acciones tienen que permitir que se ocasione el encuentro (*meeting*) *presencial* y *real*, entre el sujeto pasivo y activo del delito.¹⁵¹ En mi opinión, es

¹⁴⁸ En este sentido, PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 125; ORTEGA BALANZA/RAMIREZ ROMERO, en: *Revista La Ley* 217/218, 2014, 3.

¹⁴⁹ Por un lado, la SAP de Cádiz (secc. 8ª) núm. 188/2014 señala en relación a la concurrencia de actos encaminados al acercamiento que: “En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, ya que debemos tener en cuenta que el acusado insistió en diversas ocasiones en quedar un día con el menor a fin de “hacer un 69” o “follar”, siempre a cambio de un precio, que dependía del tiempo y del acto que el menor estuviera dispuesto a realizar”. Por otro lado, otro ejemplo que prevé la STS núm. 97/2015 de 24 febrero es el envío de regalos. También la STS núm. 823/2015 de 23 de diciembre entiende que el regalo de un teléfono móvil a la menor en su primer encuentro es un acto material encaminado al acercamiento. La STS núm. 109/2017 de 22 de febrero señala que: “En el caso que se juzga el acusado mantuvo numerosas conversaciones por Internet con la víctima orientadas a tener una relación sexual en la localidad en que reside la menor de 13 años. Esos actos alcanzan una propuesta de concierto para verse con ese fin. La propuesta se materializa en un acercamiento, y éste acaba en una relación sexual de acceso carnal del acusado con la menor en la habitación de un hotel”. También hay que mencionar la STS núm. 199/2017 de 27 de marzo la cual indica que al conseguir una cita con la menor, se cumple la exigencia relativa a los actos materiales encaminados al acercamiento.

¹⁵⁰ SAP de Cantabria (secc. 1ª) núm. 432/2017 de 18 de diciembre. Además, hay que señalar que en esta sentencia no se dio por probado el requisito relativo a los actos materiales encaminados al acercamiento.

¹⁵¹ PÉREZ FERRER, en: DURÁN RUIZ (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 125; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico*

necesario que los actos sean creíbles puesto que si no se estarían castigando conductas que no serían constitutivas del tipo y que, por lo tanto, todavía no habrían dañado el bien jurídico del menor, se estaría castigando en exceso. Además, partiendo de la literalidad del precepto parece que, la finalidad de estos actos es un encuentro físico entre los sujetos. No obstante y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TS, sí que considero que si estos actos están encaminados, por ejemplo, a mantener sexo cibernético sí que se podrían incluir en este tipo ya que en este caso se estaría vulnerando la indemnidad sexual del menor. El TS ha señalado que es necesario interpretar los términos utilizados por el legislador en relación con la finalidad (“encaminados al acercamiento”). Además, el Alto Tribunal entiende que, en principio, de la redacción literal del precepto los actos encaminados al acercamiento se refieren precisamente al encuentro físico entre el sujeto pasivo y activo del delito pero, además, no descarta la posibilidad de que si el legislador ha empleado el término material, como contrario al espiritual tendrían cabida en este concepto actos digitales que no tengan repercusión física.¹⁵² Para aclarar las dudas, acerca de si cabe un encuentro virtual o de si debe ser únicamente físico, señala VILLACAMPA ESTIARTE que *“nos hallamos ante la elevación a delito de actos preparatorios enderezados a la comisión de delitos contra la libertad sexual que, cuando constituyen abusos o agresiones sexuales, requieren de la convergencia de autor y víctima en un mismo espacio y tiempo “físicos”*.¹⁵³ En mi opinión, esta autora no se encuentra totalmente en lo cierto, puesto que, aunque en principio parece que no cabe el encuentro virtual, no en todos los casos tendrá que ser necesariamente físico debido a que en la actualidad es posible que una persona se encuentre con otra a través de la red, como puede ser, por ejemplo, a través de “Skype” todo dependerá de si el delito que se pretende cometer puede llevarse a cabo a través de las TICs y de si se lesiona el bien jurídico del menor y en este sentido, señala GONZÁLEZ TASCÓN que: *“Hay que tener presente que en la actualidad las personas también nos encontramos con otras en el espacio virtual y que determinados delitos cuya realización persigue el sujeto activo son susceptibles de*

y policial, 2014, 196-197; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 268.

¹⁵² STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

¹⁵³ VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 686. Por lo tanto, la autora entiende únicamente que estos actos solo se pueden dar en un entorno físico y no en el ciberespacio.

*cometerse a distancia gracias precisamente a las TIC, así algunos delitos relativos a la pornografía infantil (la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material pornográfico) e incluso, dependiendo de la interpretación de la expresión “realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor”, abusos y agresiones sexuales que no requieran de un contacto corporal entre el sujeto activo y la víctima. Consiguientemente, no vemos obstáculo alguno a que ese encuentro pueda llevarse a cabo en el ciberespacio”.*¹⁵⁴

Se han proporcionado algunas características esenciales en relación con el adjetivo “materiales” a fin de que los actos puedan delimitarse y se pueda suplir de alguna manera la imprecisión o vaguedad del término utilizado por el legislador. GÓRRIZ ROYO señala que los actos deben ser *tangibles*, esto es, que sean apreciables por los sentidos, lo que normalmente necesitará una actuación física o presencial, que vaya más allá del ciberespacio y que posibilite el encuentro. Alude también la citada autora a que deben desecharse aquellos actos encaminados a encuentro *virtuales* pues precisamente este requisito es el que le concede la *materialidad* al “*child grooming*”, y, por lo tanto, aumenta los requerimientos probatorios al requerir evidencias que han de comprobarse en el mundo *físico*.¹⁵⁵

2.1.3 Tipo subjetivo.

2.1.3.1 Finalidad de cometer alguno de los delitos enunciados en los arts. 183 y 189 del CP.

Los delitos contemplados en el art. 183 ter.1 CP son los denominados delitos fin, conceptuados de esta manera ya que deben estar incluidos en la voluntad del autor.¹⁵⁶

Con la anterior regulación, los delitos fin que contemplaba el artículo eran diferentes a los que en la actualidad se prevén. Tras la reforma de la LO 5/2010 de 22 de junio, el 183 bis CP hacía alusión a los delitos de los arts. 178 a 183 y 189

¹⁵⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 247.

¹⁵⁵ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 269.

¹⁵⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014, 16; DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 526.

CP.¹⁵⁷ La referencia a esta multitud de artículos fue criticada por la doctrina de aquel entonces en el sentido de que el tipo (el 183 bis CP) estaba protegiendo a los menores de trece años y los artículos 178 a 182 CP, concernientes a los tipos penales de abusos y agresiones sexuales, protegían a los mayores de trece años motivando de esta manera la doctrina mayoritaria que lo correcto habría sido hacer únicamente mención al art. 183 CP pues en él ya se recogían esas conductas relativas a los abusos y agresiones sexuales a los menores de trece años. La doctrina interpretó que la mención expresa a los arts. 178 a 182 CP, sugiere que la edad del sujeto pasivo, menor de trece años, sólo es verdaderamente relevante en el instante en que se contacta con el menor con la finalidad indicada.¹⁵⁸ En mi opinión, la crítica de la doctrina es fundada puesto que si ya había un capítulo en el CP relativo a las agresiones y abusos sexuales a menores de trece años, o bien la referencia que hacía el 183 bis CP a los arts. 178 a 182 CP no era necesaria o bien, se pretendía proteger también aquellos menores que habían sido contactados cuando tenían menos de trece años pero que durante el desarrollo del “*child grooming*” habían llegado a cumplir hasta dieciséis años. El TS, en relación al elemento subjetivo que aquí se está estudiando, señala lo siguiente: “*Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189 (hace referencia a la anterior regulación). Se objeta que no se entiende bien la referencia a los arts. 178 a 182, relativos a agresiones y abusos sexuales a mayores de 13 años, al haber bastado referirse solo al art. 183, que comprende estos ataques a la indemnidad sexual de menores de 13 años agrupados en el nuevo Capítulo II bis.*”

No obstante si se contempla la posibilidad de comenzar un ciberacoso sexual con un menor de 13 años, y consumir la agresión sexual cuando aquel ya sea mayor de 13 años, la remisión normativa de los arts. 178 a 182 parecería correcta”.¹⁵⁹ Por lo tanto, el Alto Tribunal, estaba a favor de la alusión a los arts. 178 a 182 ya que el

¹⁵⁷ Hoy, todos estos artículos se encuadran dentro del Título VIII relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Los artículos 178 a 180 CP están incluidos en el Capítulo I, titulado “de las agresiones sexuales”; los artículos 181 a 182 CP se hallan incorporados en el Capítulo II, denominado “de los abusos sexuales”; el 183CP se inserta dentro del Capítulo II bis, “de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”; y finalmente, el 189 CP incluido en el Capítulo V relativo a “de los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores.”

¹⁵⁸ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 250; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 194 y 195.

¹⁵⁹ SSTs núm. 97/2015 de 24 febrero, 109/2017 de 22 febrero.

menor podría haber sido contactado cuando tenía trece años pero durante el proceso y posterior consumación del delito ya habría alcanzado más de trece años.

En la actualidad, la finalidad sigue siendo ejecutar alguno de los delitos contra la libertad sexual pero con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se eliminó la referencia a los delitos de los arts. 178 a 182 CP contemplando únicamente los arts. 183 y 189 CP. Esta fue la segunda modificación del precepto.

La alusión al art. 183 CP no ha planteado grandes problemas¹⁶⁰ mientras que la remisión “*in totum*” al art. 189 CP ha sido muy criticada por la doctrina mayoritaria¹⁶¹, en el sentido de que no se han enumerado ni delimitado las concretas conductas que pueden ser castigadas por el art. 183 ter.1 CP. Actualmente, y al no haber una solución expresa del legislador, la remisión al art. 189 CP debe hacerse en su totalidad abarcando todas las conductas que en el citado artículo se contemplan. Esto ha supuesto que la doctrina abogue por una interpretación restrictiva del tipo que evite el riesgo de asignar relevancia típica a conductas que no lo merecen.¹⁶² En relación a esta interpretación restrictiva, se ha entendido que únicamente deben castigarse las conductas descritas en el art. 189.1.a) CP debido a que tanto el Convenio de 2007 como la Directiva limitan el alcance de la remisión a los supuestos de producción de pornografía infantil descartando, por lo tanto, conductas relativas a

¹⁶⁰ En este sentido RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014, 22, señalando que: “La referencia al art. 183 CP (también en el Proyecto CP) parecería aceptable, pero sólo si se modificase el marco penal contemplado en el art. 183 bis CP y que se mantiene invariable en el art. 183 ter.1. CP, pues no guarda proporción con la pena que se pueda atribuir a los delitos fin realizados en grado de tentativa.”; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 17.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: GIMBERNAT ORDEIG/ GARCÍA MARTÍN/ PEÑARANDA RAMOS/ RUEDA MARTÍN/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ URQUIZO OLAECHEA, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Profesor Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, 2014, 679, 680, 681 y 682; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 266; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 258. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

¹⁶² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: GIMBERNAT ORDEIG/ GARCÍA MARTÍN/ PEÑARANDA RAMOS/ RUEDA MARTÍN/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ URQUIZO OLAECHEA, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Profesor Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, 2014, 679, 680, 681 y 682; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197-198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 265-266; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327-1328.

la oferta, distribución o posesión.¹⁶³ No obstante, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ hace alusión a que: “Comparando las conductas descritas en el artículo 183 bis del CP (actual 183 ter.1) y en el artículo 189.1 a) y b) del CP se podrá comprobar como no es fácil delimitar donde termina una y donde empiezan las otras, pudiendo, en ciertos casos, concluir que en realidad no hay diferencias entre ellas, es decir, que la conducta descrita en el artículo 183 bis del CP coincide con alguna de las conductas típicas contempladas en el artículo 189.1 a) y b) del CP, lo cual revela una incorrecta técnica legislativa que obligaría a eliminar de aquel la referencia a este último”.¹⁶⁴ A mi parecer, se debe hacer una interpretación restrictiva del art. 189 CP debido a las múltiples conductas que abarca, pero, ha de tenerse cuidado con restringir en exceso excluyendo el castigo de conductas que sí lo merecen. No obstante, creo que es competencia del legislador ordinario delimitar las conductas que pueden ser objeto de castigo y en este sentido, GÓRRIZ ROYO señala que: “Se hace posible plantear, de lege ferenda, la conveniencia de reformar la remisión que se contiene en el delito de on-line child grooming, especificando más la referencia a concretos apartados del art.189 CP”.¹⁶⁵

El hecho de que el legislador haya limitado los delitos fin únicamente a las conductas de los arts. 183 y 189 CP también ha suscitado críticas, en el sentido de que no se hayan incluido también las referentes al actual art. 183 bis y las del art. 188 CP, que habría que reconducir, en su caso, a la posible tentativa del delito previsto.¹⁶⁶

¹⁶³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: GIMBERNAT ORDEIG/ GARCÍA MARTÍN/ PEÑARANDA RAMOS/ RUEDA MARTÍN/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ URQUIZO OLAECHEA, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Profesor Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, 2014, 679, 680,681 y 682; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327-1328.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: GIMBERNAT ORDEIG/ GARCÍA MARTÍN/ PEÑARANDA RAMOS/ RUEDA MARTÍN/ SUÁREZ GONZÁLEZ/ URQUIZO OLAECHEA, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Profesor Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, 2014, 680.

¹⁶⁵ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 266.

¹⁶⁶ En este sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014, 22, señala que: “Ahora bien, desde la lógica de este tipo penal, habría que incluir entre los delitos-fin el art. 188 CP, prostitución infantil, cosa que no se hace en el art. 183 ter 1. del Proyecto CP.”; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 17.

Como al inicio del epígrafe se hacía referencia, el sujeto activo del delito debe tener la voluntad de cometer las conductas contempladas en los arts. 183 y 189 CP, debe ser consciente y actuar de manera voluntaria pero, además, su voluntad tiene que abarcar la edad del menor.¹⁶⁷ Por lo tanto, se requiere dolo por parte del autor que en todo caso habrá de probarse.¹⁶⁸ No cabe así, que se castigue la conducta como imprudente y ello dado de que el precepto no contempla esta posibilidad.¹⁶⁹ En este sentido, GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS señala que: “*Se configura (el delito), pues, como un delito de tendencia o de dolo directo (también conceptualizado por ciertos sectores doctrinales como <<dolo reduplicado>>) en cuanto a que se exige este ánimo tendencial lo que excluye tanto la posibilidad de imprudencia como el dolo eventual. Punitivamente el grooming aparece enfocado como una antesala de un abuso sexual o acto preparatorio tipificado ad hoc*”.¹⁷⁰ Siguiendo a este autor, parece que no cabe ni el tipo imprudente ni el doloso eventual. En mi opinión, no es únicamente necesario el dolo directo sino que también cabe la posibilidad de castigar por este delito si se ha cometido con dolo eventual. Es un elemento esencial del tipo que el sujeto conozca o pueda conocer la edad del menor y si este la desconoce o no tiene constancia de la edad verdadera, no debe ser castigado por este delito. Por lo tanto, aunque haya supuestos en los que el autor no conozca la edad del menor fehacientemente pero sí que la haya podido conocer a través de indicios, tales como que, en el *nickname* del menor aparezca su año de nacimiento, deberá ser castigado por este delito. De la misma postura parece el TS cuando expresa lo siguiente: “*Es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación del art. 187.1 y 2 CP o en su caso del art. 183 bis puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el*

¹⁶⁷ Así lo indican, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 167; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 144; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 233. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

¹⁶⁸ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 195; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 264.

¹⁶⁹ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 264.

¹⁷⁰ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 143.

*autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual. Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción".*¹⁷¹ Así pues, el TS entiende que para comisión del delito de "child grooming" no es absolutamente necesario que se dé un dolo directo, sino que también cabe la comisión del delito si estamos en presencia de un dolo eventual (y dentro de este, dolo de la indiferencia¹⁷²) puesto que entiende que en todas las formas de dolo el autor es consciente del menosprecio a los bienes jurídicos vulnerados con su conducta. En mi opinión, debe aceptarse esta interpretación pero debe aplicarse de una manera restrictiva pues sino la gran mayoría de las conductas que se puedan integrar dentro del "child grooming" serían castigadas como tal y además, tenemos que tener en cuenta que el propio medio comisivo del delito dificulta que los sujetos activos tengan certeza en relación con la edad del sujeto pasivo.

La doctrina mayoritaria hace referencia a que el elemento subjetivo excede del elemento objetivo o del contenido del dolo ya que lo querido por el sujeto activo del delito o autor va más allá de lo que tiene que ejecutar para que se produzca la consumación del delito.¹⁷³ Debida a esta construcción, la doctrina ha señalado que

¹⁷¹ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

¹⁷² En relación a este tipo de dolo, también puede verse la SAP de Granada (secc.2ª) núm. 246/2016 de 25 de abril.

¹⁷³ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 195, señala que: "Pero además el sujeto debe hacerlo con una determinada finalidad: la de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 CP. Ello lo convierte en un delito de tendencia interna trascendente en el que no hay congruencia entre el tipo objetivo (la conducta que se exige por parte del sujeto activo) y el tipo subjetivo (lo que el sujeto activo pretende): la parte subjetiva excede de la objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. El objetivo de estas construcciones es adelantar la consumación formal del delito a un momento anterior a la lesión al bien jurídico."; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales*.

el delito se encuentra mutilado en dos actos, por cuanto, el elemento objetivo del delito solo necesitaría que se ejecutase una determinada conducta, mientras que el elemento subjetivo del delito requeriría la voluntad de llevar a cabo otras conductas delictivas (abusos, agresiones sexuales o delitos relacionados con la pornografía infantil) que concluirían con la lesión de la indemnidad sexual del menor o sujeto pasivo del delito.¹⁷⁴

Además de calificar al tipo como acumulativo o como mutilado en dos actos, la doctrina y la jurisprudencia¹⁷⁵ también lo ha calificado como un acto preparatorio autónomo y como un delito de peligro.¹⁷⁶ En este sentido y en relación a la calificación de acto preparatorio autónomo, FERRANDIS CIPRIÁN señala que *“la presencia de este elemento subjetivo determina que el tipo analizado se estructure como un acto preparatorio autónomamente castigado de los concretos delitos sexuales antes identificados; actos preparatorios que de otra forma no podrían ser sancionados, pues no entrarían dentro del ámbito de la tentativa de ninguno de ellos.*

Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, 1ª, 2016, 265-266.

¹⁷⁴ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 195; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014, 9; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 265; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1328; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 16.

¹⁷⁵ STS núm. 97/2015 de 24 febrero. El Tribunal señala lo siguiente: *“Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta.*

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”. En este mismo sentido la STS núm. 527/2015 de 22 de septiembre señala que *“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. La edad de 13 años en un elemento temporal coincidente con la prevista para la propia disposición de la libertad sexual.”*, núm. 864/2015 de 10 de diciembre y núm. 109/2017 de 22 de febrero.

¹⁷⁶ Así lo señalan MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 136; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 143; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197-198; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 170; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327. Este autor último indica que *“el tipo tiene una naturaleza material de acto preparatorio, de modo que se sitúa en un momento previo al inicio de la ejecución de uno de los delitos planeados por el autor”.*

Ello ha llevado a afirmar que “al igual que sucede en el derecho comparado, el grooming no es en sí mismo delictivo, sino que lo es cuanto que acto preparatorio, de suerte que [...] se castiga en cuanto pre-delito”.¹⁷⁷ Por otro lado, VILLACAMPA ESTIARTE en relación a la denominación como delito de peligro alude lo siguiente: “Tal como se hallaba tipificado en este precepto (anterior art. 183 bis CP) y tal como ahora lo contempla el art. 183 ter.1 CP, integra un delito de peligro abstracto o estadístico –mejor, incluso, de peligro hipotético-, por cuanto mediante su incriminación se ha pretendido adelantar las barreras de protección penal a un momento anterior al de la realización –e incluso al inicio de ejecución- de conductas directamente lesivas contra la indemnidad sexual de los menores, cuales el abuso o la agresión sexual producidos contra quienes no tienen edad mínima para autodeterminarse en la esfera sexual”.¹⁷⁸ En relación a esta última calificación, la doctrina no se encuentra en sintonía respecto de si el ilícito penal es un delito de peligro abstracto¹⁷⁹ o de peligro concreto¹⁸⁰. Parece que la doctrina mayoritaria y el TS¹⁸¹ designan al ilícito penal como de peligro concreto, entendiéndose por estos, aquellos “que requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse), como en la conducción temeraria del art. 381 o en la oferta de alimentos contraviniendo los requisitos legales sobre caducidad o composición del art. 363”.¹⁸² Por lo tanto, esta parte de la doctrina entiende que la concurrencia del menor y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento constituyen

¹⁷⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 197-198.

¹⁷⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 170.

¹⁷⁹ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 170; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 214.

¹⁸⁰ Así lo indican NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 203; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 18. Además, en contra de la calificación del delito como de peligro abstracto, HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 433, expresa lo siguiente: “Y es que, a mi juicio, el art.183 bis (actual 183 ter primer apartado CP) no se configuraría como un delito de peligro abstracto sino meramente presunto, por cuanto la materialización del encuentro propuesto no determina per se la posterior comisión de un atentado contra la libertad e indemnidad sexual del menor. Lisa y llanamente, se trata de un injustificable adelantamiento de las barreras de protección de un bien jurídico individual”.

¹⁸¹ SSTS núm. 97/2015 de 24 febrero, núm. 109/2017 de 22 de febrero y núm. 777/2017 de 30 de noviembre.

¹⁸² LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, 2016, 181. Además este autor define como delito de peligro abstracto aquellos “en los que basta con que la conducta sea peligrosa en general para algún bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima, como en la conducción bajo influencia de bebidas (del art. 379.2) la seguridad de los demás en la circulación, o en el tráfico de drogas (arts. 368 ss.) la salud pública.

un peligro para la indemnidad sexual del sujeto pasivo del delito, pero solo en el momento en el que efectivamente se realizan esos actos será cuando haya un peligro para el bien jurídico.¹⁸³ También parece que la jurisprudencia se inclina por la tesis de delito de peligro.¹⁸⁴ En mi opinión y a diferencia de la doctrina mayoritaria, considero que el delito tiene que clasificarse como de peligro abstracto puesto que no siempre se requiere esa situación de peligro real para el bien jurídico, y además, al ser calificado el tipo como un acto preparatorio en el que se adelantan las barreras de protección a favor de los menores, la razón última de la pena que se establece para el “*child grooming*”, es que, habitualmente, las conductas que se contemplan suponen un peligro. Bastando así la peligrosidad de la conducta, no que efectivamente se ponga en peligro el bien jurídico.

Finalmente, es unánime la doctrina que hace alusión a la dificultad probatoria directa que comporta el elemento subjetivo del tipo, indicando que tendremos que acudir a una prueba de indicios o indiciaria reveladora del propósito interno del sujeto activo.¹⁸⁵

2.1.3.2 Error sobre la edad.

Como se ha dicho con anterioridad, el dolo del autor del delito tiene que comprender tanto la finalidad de cometer uno de los ilícitos penales contemplados en los arts. 183 y 189 CP como la edad del sujeto pasivo. El sujeto activo del delito tiene que tener constancia de que está preparando a un menor de dieciséis años para cometer alguna de las conductas descritas en el tipo, pues si no es así y el *groomer*

¹⁸³ Así lo señala la STS núm. 97/2015 de 24 febrero que dice lo siguiente: “*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*”.

¹⁸⁴ En este sentido, STS núm. 777/2017 de 30 de noviembre conceptualiza el delito como de peligro concreto. Mientras que las SSTS núm. 527/2015 de 22 de septiembre, núm. 864/2015 de 10 de diciembre y núm. 109/2017 de 22 de febrero abogan por la tesis de delito de peligro pero sin diferenciar entre peligro concreto y abstracto.

¹⁸⁵ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 433; GARCÍA VALVERDE, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 426; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 266.

desconociese que está entablando una relación con un menor de dieciséis años no resultará de aplicación el tipo del art. 183 ter.1 CP, ya que el conocimiento sobre la edad es un elemento esencial. Este supuesto de error de tipo¹⁸⁶ se encuentra regulado en el art. 14.1 CP, que, con independencia de que sea vencible¹⁸⁷ o invencible¹⁸⁸, daría lugar a la impunidad de la conducta puesto que el CP no contempla la modalidad de imprudencia del delito del art. 183 ter.1 CP.¹⁸⁹

En relación a esto, GONZÁLEZ TASCÓN señala que: *“En este contexto hay que plantear 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 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. Por otra parte, y dado que de error estamos hablando, es*

¹⁸⁶ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, 2016, 268, señala en relación al error de tipo que *“si el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo (de injusto), concretamente su parte objetiva, aparte de la ausencia de la voluntad, la otra forma de exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectual o conocimiento de los elementos del tipo. Dicha falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en un cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado, de la situación típica; en sentido amplio, en ambos casos puede hablarse de error (sobre la situación)”*.

¹⁸⁷ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, 2016, 270, manifiesta que debe entender por error de tipo vencible aquella situación en la que *“el error podía haber sido evitado prestando la debida atención o diligencia en la comprobación”*.

¹⁸⁸ LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, 2016, 271, expresa, en relación al error invencible o inevitable, que: *“El art. 14.1 se limita a decir que si el error (sobre un elemento típico esencial) es invencible, “excluye la responsabilidad criminal”. Pues bien, hay que precisar que si el error de tipo se basa en una creencia objetivamente fundada o, en general, es objetivamente inevitable aun para el hombre medio idea –desde el punto de vista del Derecho y para cada posición jurídica-colocado en la situación del autor, con los conocimientos de éste y empleando toda la diligencia objetivamente debida, no hay dolo ni imprudencia alguna, por lo que se trata de un supuesto especial de caso fortuito”*.

¹⁸⁹ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 207; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 264; SANUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 234. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

factible igualmente que se produzca un error de prohibición fruto del desconocimiento por el sujeto de la existencia de este delito (art. 14.3)”.¹⁹⁰

En mi opinión y teniendo en consideración lo expuesto, estimo que en caso de error sobre la edad del sujeto pasivo (ya sea vencible o invencible), no se podría castigar al sujeto activo del delito ni por delito consumado, ni por tentativa y tampoco cabría castigar la conducta como imprudente. Si se entiende que el conocimiento sobre la edad es un elemento esencial y este es ignorado por el *groomer* no se cumpliría la conducta típica del delito. No obstante, considero que el error sobre la edad debe quedar suficientemente probado ya que es un asunto bastante discutido y en la práctica es difícil que el *groomer* conozca la edad real de la víctima puesto que el uso de las TICs como medio de comisión del delito puede complicar su conocimiento. El hecho de que en el CP español no haya contemplado una modalidad imprudente para este delito no ha alzado demasiadas voces en la doctrina y creo, que esto se debe, principalmente, a que muchos creían que la introducción del tipo no era necesaria y que, por lo tanto, mucho menos la modalidad imprudente castigándose de esta manera y solamente aquellas conductas que son estrictamente de “*child grooming*”. En este sentido y siguiendo la misma posición, VILLACAMPA ESTIARTE manifiesta lo siguiente: “*En el caso del online child grooming, la ausencia de previsión de dicho tipo imprudente constituía generalmente la diferencia entre la relevancia y la irrelevancia penal de la conducta [...], no es así en los supuestos de abuso y agresión sexual, en que puede irse a los tipos básicos de las correspondientes figuras delictivas. Pese a ello, aun a riesgo de que determinadas conductas puedan quedar impunes, consciente de que nos hallábamos ya ante un supuesto de adelantamiento de las barreras de protección penal y de que tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE demandan la incriminación del online child grooming doloso, consideró no abrir la puerta a la comisión imprudente del delito en los casos de error sobre la edad, cuanto menos en lo que a estrictas conductas de grooming se refiere*”.¹⁹¹

¹⁹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 249.

¹⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 183-184.

Resulta necesario e interesante destacar la opinión jurisprudencial en relación al error sobre la edad que aquí se está estudiando y así comprender la importancia de este elemento.¹⁹²

En este sentido, la SAP de Valencia 24 de octubre de 2013 cuyos hechos probados consisten en que sobre febrero de 2012 el acusado Onésimo (nacido en 1990) contactó a través de la red social “*Tuenti*” con la menor o sujeto pasivo del delito, Sara (nacida en 1999), a quien hizo una petición de amistad y esta aceptó, manteniendo ambos comunicación desde entonces, de forma habitual, quedando ambos de mutuo acuerdo. Un día, quedaron en las inmediaciones del instituto de Sara decidiendo ir ambos a un lugar con más intimidad, donde mantuvieron relaciones completas y con el consentimiento de la menor, no constando que el acusado supiese que ella tenía doce años ya esta le había dicho, de forma genérica, que tenía menos de catorce años y él, en un principio, le indicó que tenía dieciséis años aunque posteriormente le dijo que tenía más edad sin concretarle la misma.

Sara quedó embarazada, presentando complicaciones de entidad. Estando la menor en el hospital le contó a sus padres el encuentro que había mantenido con Onésimo, haciéndoles saber que estaba enamorada de él y que la relación sexual fue consentida y realizada de común acuerdo, facilitando del acusado su nombre y teléfono móvil, siendo éste detenido.

No consta que Onésimo hubiere hecho ofrecimiento de mantener con la menor un noviazgo o relación similar, así como tampoco que, de haber conocido la menor que el procesado tenía veintiún años, no hubiere consentido la relación sexual mantenida.

Posteriormente, Sara y su familia quisieron paralizar el procedimiento pero les indicaron que este debía seguir su curso. Fue al Ministerio Fiscal a quien interesaba la condena del acusado por un delito de abuso sexual a menores tipificado en el artículo 183.1 y 3, inciso primero, del CP y, subsidiariamente, por un delito de abuso sexual del artículo 182.1 y 2, primer inciso CP y, en cualquier caso, tanto se atiende a la petición principal como a la subsidiaria, también interesó la condena del acusado por un delito de abuso sexual recogido en el artículo 183 bis, último inciso del CP (actual art.183 ter.1).

¹⁹² Además de los ejemplos explicados, pueden verse SAP de Valladolid (secc.4ª) núm. 164/2016 de 1 de junio, STS núm. 782/2016 de 19 de octubre y SAP de Zaragoza (secc.3ª) núm. 72/2018 de 15 de febrero.

En relación al art. 183 bis CP (actual 183 ter.1) que es el que nos interesa fue desestimado debido a que era requisito necesario del tipo que el acusado tenga conocimiento o pudiera conocer, que la persona con la que contacta por cualesquiera de las vías que recoge el artículo, tiene trece años, lo que, no consta conociere el acusado.

El Ministerio Fiscal y acusación hacía referencia al engaño a que fue sometida la menor cuando el acusado le dijo que tenía quince años, así como en ocultarle que su propósito en la primera cita era mantener relaciones sexuales. Sin embargo, nada ha sido probado que acredite que, de haber conocido la menor cuál era la edad real de Onésimo, no hubiera actuado cómo lo hizo.¹⁹³

También debemos hacer mención a la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013 cuyos hechos probados consisten en que un menor de diecisiete años que ha sido condenado por un delito de “*child grooming*” frente a una menor de doce años, los menores contactaron a través de “*Tuenti*” sin que llegase a producirse un efectivo encuentro. Se manifestó en este caso un error de tipo sobre la edad de la menor por parte de la defensa para evitar la sentencia condenatoria, pero fue condenado en todo caso ya que la menor había indicado en múltiples ocasiones cuál era su edad real cuando se negaba a obedecer peticiones del sujeto activo o *groomer*. El argumento del error de tipo se reitera en apelación, al recurrir la resolución ante la AP de Orense, que confirma la sentencia de primera instancia.¹⁹⁴

Por último, la Sentencia de la AP de Alicante de 22 de diciembre tiene por probado que el acusado, Esteban, mayor de edad, contactó a través de su correo electrónico con Federico, de quince años. Este último vio un anuncio que el procesado había publicado en el que solicitaba los servicios de un menor con el fin de mantener relaciones sexuales a cambio de dinero. Ambos sujetos acordaron un precio, así como el lugar y la fecha de encuentro. Llegado el momento, el acusado penetró vía oral y anal. Federico podía pasar por una persona mayor de edad, tanto físicamente como mentalmente. Además, el menor respondió al anuncio a través de una página web en la que solo podían acceder personas mayores de edad. Por todo ello, la Sala consideró verosímil la versión del acusado, quien había dicho que a pesar de que

¹⁹³ SAP de Valencia (secc. 3ª) núm. 722/2013 de 24 de octubre.

¹⁹⁴ Sentencia del Juzgado de Menores de Orense núm. 43/2013 de 13 de mayo de 2013. Recurso 171/2012.

Federico le dijo que tenía quince años, pensó que era mayor de edad. Finalmente, la AP apreció un error de tipo en relación a la edad del menor y acabó absolviendo a Esteban de dos delitos de abusos sexuales.¹⁹⁵

A título ejemplificativo y a modo de seguir haciendo hincapié en la importancia del error sobre la edad del menor, GÓRRIZ ROYO plantea un caso problemático y es el referente al agente encubierto que se hace pasar por un menor de dieciséis años para contactar con un *groomer* con el propósito final de facilitar su arresto. Señala la autora que en nuestro ordenamiento jurídico no se contemplado un castigo expreso del *groomer* en este supuesto, siendo esto coherente con otros principios penales como el de ofensividad. De modo que si el sujeto activo o *groomer* contacta con el agente y el primero actúa bajo la creencia de que el segundo es un menor de dieciséis años, su conducta, podría orientarse como mucho a un supuesto de tentativa.¹⁹⁶ En mi opinión, y en consonancia con otros países del panorama internacional, este supuesto debería estar contemplado por nuestro ordenamiento. Por un lado y fundamentalmente, como apunté con anterioridad, porque considero que el delito es de peligro abstracto y que, por lo tanto, esa actividad de contactar con el agente encubierto creyendo que en realidad es un menor de dieciséis años puede suponer un peligro para la indemnidad sexual de los menores y, por otro lado, porque entiendo que así se facilitaría la persecución de aquellos *groomers* que están bajo sospecha de las autoridades por realizar las conductas que se contemplan en el art. 183 ter.1 CP pero que por alguna razón, no han sido atrapados realizando las conductas delictivas.

2.1.4 Tipo cualificado o agravado del delito.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, el sujeto activo o *groomer* deberá emplear estos nuevos métodos comisivos para llevar a cabo consumación del delito.

Este subtipo agravado es una iniciativa propia del legislador español ya que ni en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños frente a la

¹⁹⁵ SAP de Alicante (secc.3ª) núm. 494/2017 de 22 de diciembre.

¹⁹⁶ GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 265.

explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, ni en la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil se prevé. No obstante, la redacción de la fórmula anunciada en el CP español no es del todo adecuada, siendo así, mejorable.¹⁹⁷

Señala GÓRRIZ ROYO que “*el fundamento de la agravación, sería el plus de ofensividad que comportan, al comprometer a otros bienes jurídicos además de la indemnidad sexual*”.¹⁹⁸ En mi opinión, este fundamento no es del todo correcto debido a que considero que el único bien jurídico al que se ataca es a la indemnidad sexual de los menores, entendiéndola en un sentido amplio. Creo que, obviamente, parte de la regulación de este subtipo se debe al bien jurídico protegido pero también se debe tener en cuenta que la víctima de este delito es un menor de dieciséis años y, por lo tanto, un sujeto especialmente vulnerable. Además, el empleo de las TICs como medio comisivo del delito imposibilita que en muchos casos se conozca la identidad de la persona que lleva a cabo las conductas que pueden constituir el delito de “*child grooming*” y, en este sentido, es preciso que se prevean subtipos agravados cuando el acercamiento se ha obtenido a través del empleo de coacción, intimidación o engaño.

Anuncia la doctrina que es necesaria una relación de causalidad entre la utilización de estos medios (coacción, intimidación y engaño) y el acercamiento con el menor.¹⁹⁹ De esta manera, es necesario probar que el acercamiento del sujeto activo y del sujeto pasivo del delito es imputable a la acción de proponer concertar un encuentro a través de las TICs y que, precisamente, porque esa propuesta es realizada con coacción, intimidación o engaño, es aceptada. En mi opinión, parece que este subtipo agravado o cualificado incrimina únicamente el acercamiento con el menor. En relación a esto, HORTAL IBARRA señala lo siguiente: “*En el subtipo*

¹⁹⁷En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 181; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 277.

¹⁹⁸GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 277.

¹⁹⁹ Así lo señalan FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTOS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 277.

*cualificado –sancionado con una pena de 2 años y 1 día a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses- se incriminaría el acercamiento conseguido mediante coacción, intimidación y/o el engaño, que habrá de ser tenido como muy cualificado porque, de otra manera, no veo cómo podría orillarse la prohibición de bis in ídem. O más concretamente, nuestro legislador habría <<tuneado>> el concepto grooming castigando en el tipo básico el contacto tendencialmente encaminado a atentar contra la indemnidad sexual del menor y pretendiendo incriminar en el cualificado las arquetípicas situaciones de <<acoso>> a través de la red. Y digo que habría pretendido porque, en puridad, no lo ha hecho al saltarse, seguramente fruto de la improvisación con la que opera, la he denominado <<fase intermedia>> del online child grooming en sentido amplio”.*²⁰⁰ Además, este autor alude a que la decisión de incluir este subtipo se debe al “desconocimiento mostrado por el legislador a la hora de aprehender el núcleo del injusto típico de esta novedosa figura. Pero como <<contrapunto>> determinará, de facto, la aplicación de la agravación en detrimento del tipo básico con el consiguiente plus punitivo”.²⁰¹

En este subtipo cualificado solamente será necesario que se emplee uno de estos métodos comisivos para que el sujeto cometa la conducta prevista en el tipo penal, es decir, estos métodos no son acumulativos ni tienen porqué utilizarse en el mismo orden que establece el art. 183 ter.1 CP.²⁰²

2.1.4.1 Coacción.

²⁰⁰ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 437-438.

²⁰¹ HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 434.

²⁰² En este sentido, MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 137. El autor, señala que : “Junto al tipo básico se halla en el inciso segundo del art. 183 bis CP (actual 183 ter apartado primero) uno agravado consistente en que el acercamiento del autor al menor de trece años se consigue mediante la utilización de coacción, intimidación o engaño, apreciación de esta forma agravado que lo será con la concurrencia sólo de una de las tres circunstancias citadas, aceptando así esta figura que el acercamiento con el menor, si se produce, no añada nada al desvalor de la acción, pudiendo por tanto consumarse el delito cuando aparezcan todos los elementos citados, haya o no acercamiento efectivo entre los sujetos”.

La coacción debe ser entendida como aquella acción que “*consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíba o compelerle (también con violencia, aunque la ley no lo diga expresamente) a efectuar lo que no quiere.*”²⁰³

Interpreta la doctrina mayoritaria que para que se produzca esa fuerza –*vís física*- el acercamiento entre el menor y el sujeto activo del delito ya se tiene que haber producido salvo en el caso de que estemos ante un concepto de violencia espiritualizado.²⁰⁴ Si estamos a este último concepto, en ocasiones será difícil distinguirlo del siguiente elemento. Manifiesta SAÑUDO UGARTE que si se tuviese en cuenta el significado de coacción que contempla el art. 172.1 pfo.1 CP, sería poco probable que, dado el tipo de relación virtual que establece el delito que nos ocupa, el legislador pudiese utilizar el término de coacción en ese sentido.²⁰⁵ Señala así que: “*Definida la coacción como apremio o mandato, si esta se produce parece claro que lo que procede es la aplicación del tipo agravado del delito de grooming excluyendo, en virtud del principio non bis in idem, la condena también por el delito de coacciones*”.²⁰⁶ En mi opinión y atendiendo a la doctrina, considero que para que podamos hablar de coacción y, por lo tanto, de violencia física, el acercamiento entre los sujetos ya se tiene que haber ocasionado y debe haber sido efectivo, pues de otro modo, no podríamos hablar de violencia física, sino, de violencia psicológica o espiritualizada.

2.1.4.2 Intimidación.

La intimidación es *provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal.*²⁰⁷

²⁰³ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 141 y 142, (versión online).

²⁰⁴ En este sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 277.

²⁰⁵ SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 263. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

²⁰⁶ SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 264. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

²⁰⁷ RAGUÉS I VALLÈS, en: SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS (coord.) *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, 4ª, 2015, 132. El autor señala que: “*Existe unanimidad en que la*

Señala la doctrina mayoritaria que este elemento no plantea demasiados problemas de prueba debido a que no es necesario ni un contacto ni un acercamiento previo entre la víctima o menor y el *groomer* u ofensor.²⁰⁸

Un ejemplo en relación con esta conducta sería: amenazar a la víctima con advertir a sus padres de aspectos íntimos o de las relaciones que hayan llevado a cabo el *groomer* y el menor a través de la red.

Este elemento sí que plantea problemas en relación con el delito de amenazas y de coacciones, debido a que este subtipo se verificará a través de amenazas.²⁰⁹ La doctrina parece que se inclina por adoptar un concurso de normas en el caso de que el acercamiento se hubiese producido por coacción o intimidación, absorbiendo de esta manera el art. 183 ter.1 CP a las coacciones y las amenazas, ya que de lo contrario, se violaría el principio *non bis in ídem*.²¹⁰ En mi opinión, la apreciación de un concurso de normas por parte de la doctrina es correcta. No obstante, considero que siempre habrá que estar al caso concreto para saber hasta dónde alcanzan esas amenazas o esas coacciones y si merecen o no un castigo específico, aplicando en su caso un concurso de delitos. Un ejemplo en el que no se apreció el subtipo agravado, sino el delito en concreto se dio ante la AP de Barcelona. En este supuesto quedó probado que el acusado, D. Ramón, creó diferentes perfiles en diversas redes sociales y estableció contacto con menores, con el fin de que se desnudaran y realizaran actos de carácter sexual. Entre las menores destacaban: Gracia, M^a Luisa (que accedió a desnudarse y a hacerse tocamientos) y Benita. A esta última el acusado le insistió que si no salía con él, este enviaría a su primo para que violase a la joven, infundiéndole de esta manera temor en la menor. En

intimidación es suficiente en aquellos casos en los que se amenaza a la víctima con causarle un mal relacionado con su vida, integridad física o libertad”.

²⁰⁸ Así lo indican FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1^a, 2016, 278.

²⁰⁹ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 251; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1^a, 2016, 278.

²¹⁰ Así lo señalan MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 167; GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 251; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1^a, 2016, 278.

este caso, además de castigar por el delito de amenazas condicionales del art. 169.1 CP, también se condenó por los delitos contenidos en el art. 189.1) y .3) y finalmente, se castigó por el delito de “*child grooming*” del antiguo art. 183 bis CP. No obstante, y respecto a este último, los actos materiales encaminados al acercamiento no han quedado probados aunque sí quedaron probados los actos de provocación y contenido sexual.²¹¹

2.1.4.3 Engaño.

El engaño es definido por MUÑOZ CUESTA como “*la forma más usual de viciar la voluntad del menor para que acceda al acercamiento instado, engaño que, teniendo en cuenta la edad de la víctima, no tiene que tener la condición de bastante, sino simplemente que pueda hacer girar la conducta de ésta en la dirección a lo (sic.) que desea el autor de la acción criminal, que sirviéndose de un pobre señuelo no se (sic.) será muy difícil conseguir su propósito delictivo*”.²¹² Señala la doctrina mayoritaria que este elemento es consustancial al propio fenómeno del “*child grooming*” y, que por lo tanto, debe interpretarse de una manera restrictiva pues sino se interpreta de esta manera, se corre el riesgo de que la mayoría de las conductas en las que haya un mínimo de engaño sean castigadas por el subtipo agravado. En este sentido, se entiende que para la aplicación del tipo básico basta con que se produzca un quebranto de la confianza depositada por el menor mientras que para la aplicación del subtipo agravado es necesario que el engaño haya servido efectivamente para el acercamiento entre la víctima y el sujeto activo.²¹³ En mi opinión, esta interpretación restrictiva es coherente con el tipo básico. Hay que tener en cuenta que en el proceso del “*grooming*”, el sujeto activo del delito lleva a cabo determinados artificios o artimañas para ganarse la confianza del menor y que, si no se plantease una interpretación restrictiva, todas las conductas de “*child grooming*” quedarían englobadas en este subtipo agravado. Un ejemplo de engaño que puede encuadrar en

²¹¹ SAP de Barcelona (secc. 8ª) núm. 476/2015 de 23 junio.

²¹² MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 138.

²¹³ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 252; FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 199; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 279.

este subtipo agravado es en aquellos casos en los que el sujeto activo del delito se hace pasar por un conocido del menor.

Finalmente, VILLACAMPA ESTIARTE critica la inclusión del subtipo agravado en el delito de “*grooming*”, expresando que el subtipo cualificado entrañaba el peligro de dejar sin contenido al tipo básico debido a que en el ámbito supranacional se sugirió la incriminación de las referidas conductas únicamente *online* teniendo en cuenta la agilidad que ofrecía Internet y la Red para que los *groomers* pudieran engañar a sus víctimas, y en este sentido señala que: “*Siendo este el modus operandi normal en tales conductas, el tipo agravado debería desaparecer, considerando implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico. Y ello no solamente porque el engaño es un medio comisivo que generalmente se emplea en algún momento del proceso, sino, en lo que a la intimidación se refiere – el segundo de los medios cuya concurrencia se cualificaba-, porque incluso en los supuestos en el que el engaño concurra, el aprovechamiento de una situación de superioridad – aunque sea por la sola diferencia de edad y experiencia entre el adulto y el menor- concurre en los supuestos de contacto sexual o pre-sexual autor-victima con una sustancial diferencia de edad entre ellos*”.²¹⁴

2.1.5 Consumación, penalidad y cláusula del art.183 quáter CP.

2.1.5.1 Consumación.

Como se ha señalado con anterioridad, el “*child grooming*” ha sido calificado como acto preparatorio de posteriores delitos de naturaleza sexual, en concreto, los delitos fin contenidos en los arts. 183 y 189 CP.

La doctrina ha interpretado que para la consumación efectiva del art. 183 ter.1 CP es necesario, en primer lugar; un contacto entre el menor y el sujeto activo a través de las TICs, en segundo lugar; una proposición de concertar un encuentro por parte del sujeto activo con un menor de dieciséis años, con independencia de que esta

²¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 181-182.

proposición sea o no aceptada, y que finalmente, esta última proposición vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento.²¹⁵

En este sentido, MENDOZA CALDERÓN señala que: *“Lo que diferencia a este tipo delictivo de otra serie de delitos sexuales, sería el hecho de que se perfeccionaría con la mera propuesta de concertar un encuentro, siempre que esta fuese acompañada de actos materiales dirigidos al acercamiento, pero no se recoge en el tipo delictivo que se tenga que haber producido el proyectado encuentro con el menor”*.²¹⁶

Todo lo anterior implica que no es necesaria la comisión de los delitos fin para que proceda la consumación del art. 183 ter.1 CP y que, en el caso de que estos efectivamente se produzcan tendremos que estar a las reglas concursales que con posterioridad se estudian.

2.1.5.2 Penalidad.

Desde la introducción del delito de *“child grooming”* a través de la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, hasta la actualidad, la pena prevista para el tipo no ha experimentado modificaciones.

Se castiga con la pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses al sujeto activo que cometa la conducta típica que el precepto prevé, sin perjuicio de las penas que correspondan en el caso de que se comentan otros delitos tipificados en el CP. La normativa internacional, y en concreto, el art. 6.1 de la Directiva 2011/93/UE obligaba a los Estados a imponer la pena de privación de libertad de una duración mínima de un año a quienes cometiesen el

²¹⁵ En este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 254; MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 165; GUTIÉRREZ ROMERO, en: *Diario La Ley*, nº 7909, 2012, 1713, señala este autor que: *“No sólo es preciso el contacto o comunicación con el menor con dichos fines (esto es, cometer cualquiera de los delitos enumerados en el anterior art. 183 bis y en el actual art 183 ter. 1 CP), sino que se precisa actos materiales encaminados al acercamiento (citas, proposiciones, desplazamientos...), sin necesidad de que finalmente se lleve a cabo dicho encuentro sexual, al tratarse de un delito de peligro abstracto que permite el correspondiente juego concursal con los delitos finalmente cometidos.”*; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 200-204; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte especial*, 21ª, 2017, 214; STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

²¹⁶ MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 165.

delito de “*child grooming*”. Como se puede observar, los mandatos internacionales no se están cumpliendo íntegramente puesto que se está dando la posibilidad de optar entre la privación de la libertad o una multa.²¹⁷

Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, es decir, cuando se cometa el subtipo agravado, la pena se impondrá en su mitad superior.

En el supuesto en el que el ilícito penal sea cometido por ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración del delito, será procedente la aplicación de la regla contenida en el art. 192.2 CP y serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

Una vez cumplida la pena de prisión en su caso correspondiente, al sujeto activo del delito se le impondrá la medida de libertad vigilada prevista en el art. 192.1 CP y su duración dependerá de la gravedad del delito cometido. En este supuesto, el “*child grooming*” es un delito menos grave por lo que la duración de la medida de libertad vigilada oscilará entre uno y cinco años.

El art. 192.3 CP contempla diferentes medidas a adoptar por el juez o tribunal, unas de carácter facultativo y otra de carácter obligatorio. Esta última consiste en una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado.

Además de estas penas principales podríamos tener en consideración la aplicación de las penas accesorias contempladas en el art. 57 CP en el supuesto de que el sujeto activo haya sido condenado a pena de prisión o las del art. 56 CP en el caso de que no haya cumplido con una pena privativa de libertad.

²¹⁷ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 191; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 361. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

Por último, SAÑUDO UGARTE hace referencia a la posibilidad, ya señalada por otros autores, de la imposición de una pena de restricción de la utilización de las TICs.²¹⁸ A mi parecer y en consonancia con esta autora, aunque podría ser una pena idónea debido a que es el medio utilizado para la comisión del delito de “*child grooming*”, sería muy difícil de llevar a la práctica diaria.

2.1.5.3 Cláusula del art. 183 quáter CP.

El propio art. 8.1 de la Directiva 2011/93/UE establece que:

Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos.

Tras la Directiva, la cláusula fue introducida con la reforma operada por la LO 1/2015. Es denominada como la cláusula de <<Romeo y Julieta>> (*Romeo and Juliet Law*) que es la denominación que suelen recibir este tipo de cláusulas en Norteamérica.²¹⁹

El contenido de la cláusula otorga validez al consentimiento libremente prestado por un menor de dieciséis años, eximiendo de responsabilidad penal por los delitos previstos en el Capítulo II bis, cuando el autor de dichos tipos penales sea una persona de edad próxima al menor y con un grado de desarrollo o madurez similar. Por lo tanto, la aplicación de la cláusula se limita a aquellos casos en los que la

²¹⁸SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 370. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

²¹⁹ En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 1ª, 2015, 461; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 699, señala que: “*Romeo and Juliet Laws es la denominación que generalizadamente reciben en Norteamérica las cláusulas de este tipo que impiden calificar como “statutory rape” la relación sexual consentida entre dos adolescentes o un joven adulto con un/una adolescente solo porque no ha alcanzado la edad para consentir en materia sexual. Se está planteando más recientemente la necesidad de aplicar cláusulas de este tipo también a los estatutos antipornografía infantil para evitar que sean aplicadas sin más las leyes antipornografía pensadas para adultos también a los menores.*”; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 222; Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, 2017, 5, (versión online). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6. Consultada el: 03/05/2018.

víctima haya prestado su consentimiento libremente, con lo cual, seguirán teniendo relevancia penal aquellas otras conductas en las que no quepa afirmar que la víctima ha prestado su consentimiento.²²⁰ Señalan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES que “*la cláusula puede tener operatividad también cuando se trata de dos menores de dieciséis años que consienten libremente en mantener relaciones sexuales o la conducta de que se trate, con las consiguientes consecuencias de responsabilidad conforme a la LORPM, si se trata de mayores de catorce años*”.²²¹

En relación a esta proximidad, el precepto del CP únicamente hace alusión a la edad y al grado de desarrollo o madurez como criterios de valoración. En cuanto a la edad, otros ordenamientos contemplan diferentes franjas, por ejemplo, Suiza aboga por una diferencia de edad de tres años entre el sujeto activo y pasivo del delito; Canadá, ofrece un modelo por tramos de edad: 2 años, en el caso de menores de edad comprendida entre 12 y 13; y 5 años, en el caso de menores con edades comprendidas entre 14 y 15 años.²²² En relación al grado de desarrollo o madurez, es un criterio jurídico indeterminado y en este sentido, la FGE²²³ hace alusión a la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores donde se estudió el concepto madurez y se señala en ella que “*la inexistencia de una communis opinio en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función*

²²⁰ En este sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 1ª, 2015, 461; VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 699; COLÁS ESCANDÓN, *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, 2015, 222; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1332.

²²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE (coord.)/FEIJOO SÁNCHEZ (coord.)/ECHANDO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal*, Homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016, 884.

²²² MORILLAS FERNÁNDEZ, en: MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, 1ª, 2015, 462; Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, 2017, 6, (versión online). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6. Consultada el: 03/05/2018.

²²³ Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, 2017, 13, (versión online). Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2017.pdf.pdf?idFile=4951dbfb-e435-431a-b07f-27bed3dd64c6. Consultada el: 03/05/2018.

de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

A la hora de interpretar estos criterios, TAMARIT SUMALLA señala que deberán tenerse en cuenta los criterios que se establezcan mediante la investigación de la fenomenología del abuso sexual infantil, en especial, lo concerniente al elemento de la asimetría de edad. Hace alusión también a diferentes estudios que han indicado como diferencia orientativa a partir de la cual una relación puede entenderse como asimétrica cuando hay un mínimo de cinco años de diferencia, pero, deben tenerse también en consideración las circunstancias y el comportamiento de los dos sujetos que forman parte de la relación.²²⁴

En mi opinión, la redacción de la propia cláusula conlleva a la inseguridad jurídica y por ello, nuestro ordenamiento debería concretar estos criterios de alguna manera para que así se unificasen mejor los diferentes supuestos que se puedan plantear. No obstante, y a pesar de que se concreten, es necesario tener en cuenta las diferentes circunstancias que rodean a los sujetos que intervienen en el ilícito penal.

Son diferentes las sentencias que ya se han pronunciado en relación a esta cláusula, y en este sentido, la STS de 18 de enero de 2016 estudiaba el caso de una relación consentida en la que hay una diferencia de edad entre los sujetos de unos nueve años. La resolución señala que se debe tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, como, la edad y el grado de desarrollo o de madurez, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevante y notorio. En este supuesto, se inaplica el art. 183 quáter del CP.²²⁵ Por otro lado, la SAP de Cádiz de 12 de junio de 2017 contempla un supuesto en el que el acusado, accedía al domicilio de las víctimas, madre e hijas, y realizaba sobre ellas tocamientos teniendo las menores en la fecha de los hechos entre 12 y 13 años. El Tribunal consideró que no debía aplicarse la cláusula puesto que las relaciones no fueron consentidas, y tampoco concurren los requisitos de proximidad en la edad ni en el grado de

²²⁴ TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1332. Señalan DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ TRAPERO BARREALES, en: BACIGALUPO SAGGESE (coord.)/ FEIJOO SÁNCHEZ (coord.)/ ECHANDO BASALDUA, *Estudios de Derecho Penal*, Homenaje al profesor Miguel Bajo, 2016, 885, que con la asimetría de edad se consigue seguridad pero no necesariamente siempre adecuación material.

²²⁵ STS núm. 1001/2016, de 18 de enero.

desarrollo o madurez.²²⁶ Por último, cabe hacer mención a la SAP de Navarra de 27 de octubre de 2017. En dicha resolución constan como hechos probados que el acusado, de 20 años, y la menor, de 15 años, entablaron conversación a través de FB. Tras varias conversaciones decidieron acordar un encuentro. En el día de la cita, ambos compraron bebidas alcohólicas y aprovechando que comenzó a llover fueron a resguardarse a la casa del acusado. Una vez dentro de la vivienda, comenzaron a besarse y, la joven le dijo al acusado que no quería continuar. Más tarde, y tras ingerir más bebida, ambos tuvieron relaciones sexuales. Los jóvenes salieron de la vivienda del acusado, y la menor, acordó verse con sus padres quienes notaron que estaba bebida. Posteriormente, los progenitores llamaron a la Policía Municipal y denunciaron un posible delito de abuso sexual. Finalmente, el Tribunal entendió que debía operar la cláusula de exoneración del art. 183 quáter CP debido a que las relaciones sexuales fueron consentidas, había proximidad de edad entre los sujetos puesto que solo había una diferencia de cinco años y en relación al grado de desarrollo y madurez, la Sala valoró que este requisito también se cumplía ya que se trataba de jóvenes del mismo origen.²²⁷

2.1.6 Problemas concursales.

La relación concursal del “*child grooming*” es una de las cuestiones más complejas que presenta el tipo, y ello, debido principalmente a que el propio precepto incorpora una cláusula concursal que aboga por un concurso de delitos²²⁸ y que reza de la siguiente manera: <<*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*>>.

En la doctrina y en la jurisprudencia no hay todavía una solución uniforme a este problema, siendo así las diferentes posturas bastante equilibradas. No obstante,

²²⁶ SAP de Cádiz (secc.4ª) núm. 169/2017 de 12 de junio.

²²⁷ SAP de Navarra (secc.1ª) núm. 220/2017 de 27 de octubre.

²²⁸ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: Parte general*, 9ª, 2015, 465. Estaremos ante un concurso de delitos cuando “*un delito puede ser cometido por varias personas; también sucede a veces que una o varias personas cometen, con una o varias acciones, dos o más delitos que son valorados conjuntamente en un mismo proceso. Para estos casos existen en el Código penal unos preceptos que contienen las reglas a seguir (cfr. Arts. 73 a 78)*”.

parece que la posición mayoritaria es la que opta por la aplicación de un concurso de leyes.²²⁹

Por un lado, nos encontramos con una posición doctrinal y jurisprudencial que defiende firmemente el concurso de delitos que incorpora el propio legislador, ya sea, un concurso real, medial o ideal. Por otro lado, nos encontramos con autores que defienden un concurso de leyes, y que señalan, que a pesar de que el legislador haya incorporado la cláusula concursal, no hay que olvidarse de las reglas generales del DP.

Los defensores del concurso de delitos entienden que el delito de “*child grooming*” es compatible con otros delitos, incluidos los delitos-fin, aquellos que deben abarcar el ánimo subjetivo del sujeto activo o *groomer* (art. 183 CP y 189 CP). Entienden así, que en caso de consumación del “*child grooming*” y de alguno de los delitos contemplados en los arts. 183 y 189 CP, ambos ilícitos penales serán castigados.²³⁰ Las razones en las que los autores fundan su postura, son variadas. MUÑOZ CUESTA, hace alusión a que el motivo de que el legislador haya optado por un concurso de delitos, se debe fundamentalmente a los medios utilizados para la comisión del tipo puesto que suponen que el menor se halle indefenso y ello sería suficiente para que interviniese el DP.²³¹

Otros autores, basan sus conclusiones en función de cuál sea el bien jurídico que se entiende protegido por el art. 183 ter.1 CP. En este sentido, DOLZ LAGO²³² y GONZÁLEZ TASCÓN²³³ entienden que en el “*child grooming*” se protege la seguridad en la infancia y no la indemnidad sexual y que, por lo tanto, al haber bienes jurídicos distintos entre el delito del art. 183 ter.1 CP y los delitos fin, se podrían castigar de manera separada.

²²⁹ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal: Parte general*, 9ª, 2015, 473. En relación al concurso de leyes “*de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el art. 8 del Código penal*”.

²³⁰ En este sentido y entre otro, MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 168; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 138; LEMUS VARA, en: *Diario La Ley*, nº 8604, 2015, 7 y ss.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 204 y 205; RAMOS VÁZQUEZ, en: GONZÁLEZ CUSSAC (dir.)/ GÓRRIZ ROYO (coord.)/ MATALLÍN EVANGELIO (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª, 2015, 623; DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, nº 8758, 2016, 20 y ss.

²³¹ MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 138.

²³² DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, nº 8758, 2016, 20 y ss.

²³³ GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 254.

En cuanto a los tipos de concurso por los que optan los autores, son diferentes, hay quienes defienden el concurso real²³⁴ y quienes defienden el concurso medial²³⁵. Entiende LEMUS VARA que “*en el supuesto del art. 183 ter. 1 CP, por las razones de autonomía de los tipos ya apuntadas, no puede hablarse en ningún caso de la existencia de un concurso ideal entre el supuesto contemplado en el apartado 1 de la norma con cualquiera de los artículos citados en el propio precepto (arts. 183 CP y el 189 CP)*”.²³⁶

El TS en relación con esta cuestión dictó un acuerdo del Pleno no jurisdiccional en el que señala que: “*El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 Ter.1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189*”.²³⁷

No solo la doctrina se ha pronunciado respecto de esta cuestión, sino que también lo ha hecho la jurisprudencia y, en este sentido, es de recibo mencionar alguna de las resoluciones que abogan por el concurso de delitos:

En primer lugar, la SAP de Albacete, de 22 de septiembre de 2015. En la sentencia se condena a Celso, mayor de edad que mantuvo contacto a través de FB con Gabriela, de doce años, y, con el propósito de mantener relaciones sexuales con la menor, sabiendo que tenía doce años, le propuso una quedada en su propio domicilio. Gabriela aceptó y acudió al domicilio de Celso, y este, la subió a su habitación, le quitó las bragas y la penetró. A consecuencia de esto, Gabriela sufrió una afectación leve en su estado neuropsicológico y su madre, Sagrario, reclama los daños y perjuicios. La Audiencia estima que los hechos son constitutivos, de un delito de abuso sexual infantil a través de las TICs del art. 183 bis CP (actual art. 183 ter.1 CP) y de un delito de abuso sexual a menor de 13 años con penetración previsto y penado en el artículo 183.1 y 3 del CP, en la redacción dada por la LO 5/2010, vigente en el momento de los hechos.²³⁸

²³⁴ En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 204 y 205; LEMUS VARA, en: *Diario La Ley*, nº 8604, 2015, 4 y 8; DOLZ LAGO, en: *Diario La Ley*, nº 8758, 2016, 20 y ss.

²³⁵ Así lo indican GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 254 y 255; MUÑOZ CUESTA, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, 2012, 139; LEMUS VARA, en: *Diario La Ley*, nº 8604, 2015, 7 y ss.

²³⁶ LEMUS VARA, en: *Diario La Ley*, nº 8604, 2015, 8.

²³⁷ Acuerdo del TS de 8 de noviembre de 2017.

²³⁸ SAP de Albacete (secc. 1ª) núm. 221/2015 de 22 de septiembre.

En segundo lugar, la SAP de Jaén, de 11 de mayo de 2015. Dicha sentencia fue recurrida ante el TS dictándose un auto de inadmisión el 21 de enero de 2016. Ha quedado probado que el acusado venía manteniendo contacto a través de Internet con la menor, Leticia, de once años. Las conversaciones tenían un claro contenido sexual y el acusado, aprovechaba para acordar encuentros con la menor a fin de cometer actos de naturaleza sexual. Finalmente se condenó a Adriano como autor del delito continuado de abuso sexual a un menor de 13 años, y por un delito del artículo 183 bis CP.²³⁹

Finalmente, cabe mencionar la STS de 30 de noviembre. Dicha sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por el acusado. Teofilo, el acusado, contactó con diversas menores a través de la red social “Tuenti” y a través de “whatsapp”. Mantenía conversaciones de contenido sexual con ellas, les mostraba fotografías en las que aparecía desnudo, etc. Teofilo concertó varios encuentros con Marisa, en los que se besaron y le introdujo un dedo en la vagina. También contactó con Penélope con la que mantuvo numerosas conversaciones de carácter sexual. También contactó con Carina, Milagros, Carolina, Rosa, Carla, Ramona, Constanza, Sonsoles, Elisenda, Rita, Delfina y Rocío. Finalmente, el Tribunal, con la excepción del voto particular de uno de los magistrados, entendió que debía aplicarse un concurso de delitos y castigar por un delito de “*child grooming*”, dos delitos de abusos sexuales, dos delitos de obtención de pornografía infantil, catorce delitos de exhibicionismo y por un delito de posesión de pornografía infantil.²⁴⁰

Por otro lado, se hallan aquellos autores que se oponen a que la solución concursal del art. 183 ter.1 CP sea de delitos optando de esta manera por un concurso de leyes.²⁴¹ Estos autores entienden que la cláusula que incorpora el propio artículo

²³⁹ SAP de Jaén (secc. 2ª) núm.151/2015 de 11 de mayo.

²⁴⁰ STS núm. 777/2017 de 30 de noviembre.

²⁴¹ En este sentido, HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 431; URIARTE QUESADA, en: *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), 2015, 392 y ss. Disponible en: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2886/uriarte-quesada-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 178 y 179; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 272 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*, 2016, 162; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 370 y ss. Disponible en:

no beneficia a la aplicación de los arts. 8, 73 a 77 CP y que además, viola el principio del *non bis in ídem*.²⁴² Un sector de la doctrina alude a la aplicación del principio de subsidiariedad contenido en el art. 8.2 CP²⁴³, otro sector opta por la aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP²⁴⁴ y finalmente, un tercer sector aboga por la regla de alternatividad del art. 8.4 CP.²⁴⁵

Uno de los argumentos principales que sustenta la idea de estos autores es que no cabe la sanción de lo que es un simple acto preparatorio. Además, hacen

<https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 19 y ss.

²⁴² Señala así DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 19 y ss., que: “Críticamente, sin embargo, atendiendo la identidad del bien jurídico tutelado, muchos autores, sin unanimidad sobre la regla a aplicar, entienden que de conseguirse la finalidad pretendida habría que remitirse al artículo 8 y a su regulación del concurso de normas, pues en caso contrario se produciría una vulneración del principio *non bis in ídem*”.

²⁴³ Entre ellos, VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 178 y 179; RAMOS VÁZQUEZ, *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*, 2016, 162. Señala VILLACAMPA ESTIARTE que: “En el caso en que la conducta en cuestión superase el umbral de la preparación delictiva para entrar ya en la fase ejecutiva del correspondiente tipo delictivo, habría que calificar los hechos preferentemente conforme al correspondiente delito fin, como dispone el principio de subsidiariedad tácita”. [...] “De hecho, la existencia de un concurso de normas entre el delito de online child grooming y el correspondiente delito de indemnidad sexual había sido ya defendida en la academia e incluso en la jurisprudencia, si bien se había apelado al principio de consunción o alternatividad como regla resolutoria del concurso de normas. Frente a tales posiciones, la que aquí se defiende, en coherencia con la idea de la progresión en la afectación al bien jurídico indemnidad sexual, es el recurso al principio resolutorio del concurso más específico para estos supuestos, que es el contemplado en el art. 8.2 CP”.

²⁴⁴ Entre ellos, HORTAL IBARRA, en: MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, 431; URIARTE QUESADA, en: *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), 2015, 392, 393, 396 y 397, señala que: “En este caso, al igual que otros tipos delictivos que tipifican actos preparatorios, estaríamos ante un concurso de leyes que deberá resolverse por medio del criterio de la consunción, con lo cual el tipo del art. 183 ter quedará subsumido en el delito sexual realizado, es decir, se castigará sólo por el abuso o la agresión sexual cometida” [...] “Aquí aplicaría lo mismo que para el art. 183 CP, si se produjere la utilización del menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, estaríamos ante un concurso de leyes que deberá resolverse por medio del criterio de la consunción, con lo cual el tipo del art. 183 ter 2 quedará absorbido en el delito sexual realizado, es decir, se castigará sólo por la conducta regulada en el art. 189.1 a) CP, que además, como agrega MUÑOZ CONDE, será de preferente aplicación, por tener paradójicamente mayor pena.”. Disponible en:

<https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2886/uriarte-quesada-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, 178 y 179; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 276; SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 379. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/ MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7ª, 2016, 1327, señala que: “Caso que éste haya ido más allá en la realización de su plan y cometa alguno de los delitos proyectados, ya sea en grado de tentativa o de consumación, el delito del 183 ter quedará absorbido por el delito principal, según la regla de consunción del art. 8.3 CP, siempre que el acoso no hubiera afectado además a otros menores finalmente no abusados, agredidos o utilizados”.

²⁴⁵ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

referencia a que no cabe el castigo por un delito de peligro si posteriormente se ha cometido un delito de lesión puesto que de castigarse ambos delitos se estarían castigando dos delitos que abarcan el mismo bien jurídico.

No obstante, alguno de los autores que integran este grupo, sí que contemplan la posibilidad de castigar el delito de “*child grooming*” junto con otro delito, aunque ambos tengan el mismo bien jurídico tutelado pero para que esto sea posible, se precisa que no haya una única víctima sino varias.²⁴⁶

Cabe matizar qué ocurriría si los delitos-fin no hubieran sido consumado y en este sentido, SAÑUDO UGARTE expresa que en aquellos casos en los que no se hayan consumado todavía los delitos fin de los arts. 183 a 189 CP, los actos materiales encaminados al acercamiento que establece como necesarios el art. 183 ter. 1º CP podrían conformar la tentativa de los delitos con anterioridad mencionados y señala además que “*lo que a veces puede resultar complejo es delimitar si nos encontramos aún en el ámbito de aplicación del art. 183 ter 1 o ya se ha rebasado el mismo y podemos penalizar conforme al art. 183 o 189 (en concurso de delitos o de leyes, según las diferentes posturas doctrinales y como tentativa o delito consumado, según el caso). Por tanto, la fijación de esa línea divisoria entre actos preparatorios y tentativa es un problema de tipicidad y grado de desarrollo que se producirá igualmente en los casos en que el delito posterior se haya consumado*”.²⁴⁷

En relación a la jurisprudencia que defiende esta postura, nos encontramos con diversas resoluciones.²⁴⁸

Por un lado, la Sentencia del TS de 22 de febrero de 2017. En esta resolución se indica que ya hay un bien jurídico determinado para el delito de “*child grooming*” y, de esta manera, no parece que quepa la aplicación de un concurso real de delitos. Por consiguiente, no se aplica la cláusula concursal incorporada en el precepto para no vulnerar el principio de *non bis in ídem* teniéndola que reservar para cuando se lesionen otros bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual. En esta resolución se

²⁴⁶ En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, 688; DE LA MATA BARRANCO, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 21.

²⁴⁷ SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), 2016, 382. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

²⁴⁸ Puede verse también la STS núm.864/2015 de 10 de diciembre.

absuelve al acusado del delito de “*child grooming*” y se le castiga únicamente por un abuso sexual con acceso carnal por vía vaginal (art. 183.1 y .3 CP).²⁴⁹

Por otro lado, nos encontramos con la SAP de Cádiz de 30 de mayo de 2014. El acusado Jorge, contactó con el menor Ángel a través de “*Tuenti*” y de “*Twitter*”. Mantuvieron diferentes conversaciones y concretaron varios encuentros que se produjeron efectivamente. Finalmente y a través de diversas conversaciones de índole sexual, Jorge fue acusado de un delito de corrupción de menores del art. 187.1 y 2 CP no castigándose por el art. 183 ter CP debido a que se aplicó un concurso de normas entre ambos delitos.²⁵⁰

Es de recibo mencionar la STS de 30 de noviembre de 2015. En dicha resolución el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Gonzalo y el MF. Este último, entendía que el acusado tenía que ser condenado por un delito de “*child grooming*” además del art. 183 CP. Tanto la sentencia de Instancia, como el TS no apreciaron la concurrencia del art. 183 bis CP (actual 183 ter CP). Finalmente, se castiga al acusado por un delito de abuso sexual y cinco delitos continuados de exhibicionismo del art. 185 CP.²⁵¹

También hay que tener en consideración la SAP de Tarragona de 8 de abril de 2015. En esta sentencia se tiene por probado que el acusado le realizó tocamiento a M. Teresa cuando esta tenía siete años. Posteriormente, el acusado contactó a través de FB con M. Teresa y A. Juana, realizó proposiciones de carácter sexual y acordó un encuentro para el día siguiente. El Tribunal absolvió al acusado por el delito de “*child grooming*” ya que entendió que se trataba de una modalidad de progresión delictiva, en la que se infringían preceptos penales menos graves que quedarían absorbidos por aquellos que poseían el mismo bien jurídico y que entrañaban mayor desvalor de la conducta. Finalmente, le condenaron como autor de un delito de abusos sexuales del art. 183.1 CP.²⁵²

Por último, y en atención a los medios tecnológicos que se deben emplear, señala el TS que: “*Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 178 a*

²⁴⁹ STS núm.109/2017, de 22 de febrero.

²⁵⁰ SAP de Cádiz (secc. 8ª) núm. 188/2014 de 30 de mayo.

²⁵¹ STS núm.864/2015, de 30 de noviembre.

²⁵² SAP de Tarragona (secc.2ª) núm. 135/2015 de 8 de abril.

183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido”.²⁵³ Además, el Alto Tribunal también hace alusión a otros grupo de autores que entienden que se puede dar un contacto directo personal e inicial y que este se puede desarrollar a través de las TICs y, en este sentido, señala el TS que: “*Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta (sic.) con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor).*”²⁵⁴

En mi opinión, a pesar de que el precepto incorpore una cláusula concursal de delitos, no es necesario recurrir a ella en todos los casos. Considero, pues, que el legislador la introdujo a fin de que se penasen otros delitos que poseen un bien jurídico distinto al de la indemnidad sexual del menor. De modo que, en el caso de que se consumen los delitos fin tendremos que castigar únicamente por ellos y no además por el “*child grooming*” porque hemos de recordar, como se ha explicado con anterioridad, que es un acto preparatorio de otros de naturaleza sexual. No obstante, y en el caso de que estos delitos no se consumen, tendremos que estar al caso y comprobar hasta donde han llegado todos los hechos y así sabremos si castigar por un delito consumado de “*child grooming*” o por una tentativa de los arts. 183 y 189 CP.

IV. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL DELITO DE CHILD GROOMING.

Además de las penas que se han mencionado con anterioridad, se prevén diferentes medidas de prevención y de protección relativas a las víctimas menores.²⁵⁵

²⁵³ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

²⁵⁴ STS núm. 97/2015 de 24 febrero.

²⁵⁵ Cfr., por todos, ALONSO ÁLVAREZ/ ALONSO RUIDO/ CARRERA FERNÁNDEZ/ LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ RODRÍGUEZ CASTRO, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 473 y ss.

Una de las medidas más importantes es la relativa a los padres. Estos tienen que intervenir en lo referente a la protección y prevención de sus hijos, deben actualizarse y formarse para poder enseñar a los menores los mejores mecanismos para protegerse ante los diferentes riesgos que se puedan dar en el ámbito de las TICs y en este sentido, MAGRO SERVET señala que *“la mejor actuación es la de una buena concienciación de los padres para que controlen los movimientos de los menores en Internet, por un lado, y por otro, frente a los que entienden que lo primero es una táctica invasiva de la intimidad, que se traslade a los menores la consciencia de la existencia de riesgos en Internet y en las Redes sociales y de las posibles consecuencias que tienen estar en las mismas con total y absoluta confianza”*.²⁵⁶ En la actualidad existen diferentes clasificaciones de estrategias de mediación parental. Algunas de ellas son:²⁵⁷

- Mediación activa: consiste en que los padres controlen el uso que sus hijos hacen de las TICs, esto es, que estén presente o cerca del menor mientras navega en la Red.
- Mediación activa en la seguridad de Internet: se diferencia de la anterior en que los padres participan en actividades relacionadas con la seguridad en Internet.
- Mediación restrictiva: en este caso, los padres establecen normas que sus hijos deben cumplir para poder navegar por Internet.
- Seguimiento: los progenitores controlan las páginas webs que sus hijos han visitado, su perfil en redes sociales...
- Mediación técnica: este tipo de estrategia hace referencia a herramientas que tanto padres como hijos consideraron idóneas para controlar el uso que el menor hace de la Red.

Los centros educativos, las administraciones e instituciones también tienen una labor esencial. De este modo, es fundamental que ante la apreciación de cualquier tipo de conducta delictiva del art. 183 ter.1 CP, los hechos sean puestos inmediatamente en conocimiento de las FCSE, teniendo especial importancia el GDT y el BIT.

²⁵⁶ MAGRO SERVET, en: *Diario La Ley*, nº 7492, 2010, 1427.

²⁵⁷ GARMENDIA LARRAÑAGA/ GARITAONANDIA GARNACHO/ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ/ CASADO DEL RÍO, en: *Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales*, nº17, 2013, 103 y ss.

En el año 2006 se procedió a la creación del Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE, conocido anteriormente como INTECO). Este organismo tiene su sede oficial en la ciudad de León y cuenta también con una oficina en Madrid. Tiene como objetivo facilitar el desarrollo de la sociedad de la información. El INCIBE ofrece formación e información en materia de ciberseguridad a todos los públicos mediante cursos y jornadas de concienciación, no obstante, se dirige principalmente a pequeñas y medianas empresas. En España, INCIBE es una referencia en materia de ciberseguridad, protección de menores en Internet y protección de la privacidad. Finalmente, cabe señalar que entre uno de los nuevos proyectos de INCIBE, se encuentra el ASASEC (*Advisory System Against Sexual Exploitation of Children*), que pretende ser una solución tecnológica para la lucha contra la pornografía infantil a nivel internacional.

Existen diversas organizaciones que pretenden evitar el “*child grooming*”, como son, por ejemplo, *Perverted- Justice* en la que intervienen diferentes personas infiltradas para tratar de descubrir a aquellos adultos que puedan molestar sexualmente a los menores; otra de las organizaciones que cabe destacar *Crisp Thinking* que ha introducido un servicio para descubrir el “*child grooming*” y avisar a los padres, ya que cuentan con un *software* que permite vigilar las actuaciones que se llevan a cabo en los chats o en la mensajería instantánea.²⁵⁸

En relación al establecimiento de estas medidas que deben hacer frente al delito de “*child grooming*”, establece la normativa internacional que cada estado miembro adoptará las medidas que sean necesarias para proteger los derechos e intereses de las víctimas. Se les proporcionará la información necesaria para que sepan cuál es el procedimiento a seguir y, además, ambos instrumentos prevén la posibilidad de que grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones asistan y/o apoyen a las víctimas, con su consentimiento, durante el proceso penal que se esté llevando a cabo.²⁵⁹

Bajo mi punto de vista, es imprescindible que los menores cuenten con entornos familiares de confianza y respeto. Considero que, el menor debe estar concienciado de los riesgos que pueden entrañar las TICs pero no solo esto, sino que es

²⁵⁸ MAGRO SERVET, en: *Diario La Ley*, nº 7492, 2010, 1427.

²⁵⁹ Artículo 31 y 36, principalmente, del Convenio de Lanzarote de 2007 y artículos 18 a 25 de la Directiva 2011/93/UE.

imprescindible que tenga una buena educación sexual. En relación a los padres, estos deben controlar a los menores en lo concerniente al uso que hacen de las TICs, con esto no me estoy refiriendo a que entren en las cuentas de sus hijos (que, al margen de que se pueda realizar a través de la estrategia de seguimiento, no creo que sea lo más conveniente ya que podría crear ambientes hostiles dentro del núcleo familiar) sino que, al ser menores se les debería de establecer un horario en el que puedan acceder a Internet o que les restrinjan determinadas páginas web. Los centros educativos, las instituciones y las administraciones deben potenciar programas de prevención y protección adaptados a las diferentes edades tanto de los adultos como de los menores, deben contener herramientas que faciliten la búsqueda de soluciones ante el “*child grooming*” así como mecanismos de protección y apoyo. Por último, estas personas tienen que colaborar activamente tanto con los progenitores como con los menores para responder a todas las dudas que se les puedan plantear.

CONCLUSIONES

1. Nuevas tecnologías y creación de figuras delictivas, en concreto, el delito de “child grooming”.

El desarrollo de las TICs ha producido una revolución en la vida humana. Esta revolución nos ha proporcionado numerosas ventajas, pero también ha traído consigo la aparición de una multitud de conductas delictivas, y ello debido, fundamentalmente, a que algunas personas no utilizan las TICs de una manera correcta. El uso de las TICs como medio comisivo de los diferentes delitos que en este trabajo se han enumerado favorece que no se identifique al autor de los mismos y ello, potencia a que cada día haya un aumento de este tipo de delitos que emplean las TICs como medio comisivo.

Es cierto que no siempre será necesaria una reforma del CP para introducir un nuevo tipo debido a que muchas de las conductas que se producen en la Red ya se pueden encuadrar dentro de los tipos existentes. En relación con el delito que nos ocupa, parte de la doctrina echó en falta estudios empíricos y específicos realizados en España sobre la necesidad de incluir o no el ilícito penal. En mi opinión, la inclusión del “*child grooming*” en el art. 183 ter.1 CP está fundamentada y es acertada, no solo porque las TICs favorecen que en muchas ocasiones no se conozca al autor de los delitos, sino porque tenemos que recordar que, con el art. 183 ter.1 CP se pretende proteger a los menores y con ellos, su indemnidad sexual para que en un futuro no tengan ningún obstáculo para el desarrollo de su libertad sexual.

En mi opinión, a la hora de referirnos al delito contemplado en el art. 183 ter.1 CP, deben utilizarse las denominaciones que provengan de los instrumentos internacionales, como por ejemplo los términos “*soliciting*” o “*solicitation of children for sexual purposes*” y también, la denominación de “*child grooming*” que es la utilizada por nuestro legislador y además, debido a que esta conducta no se da únicamente *online* sino que cabe que también se produzca *offline* ya que no necesariamente los medios empleados tienen que estar conectados a Internet.

2. Fundamentos para la incorporación del “child grooming” en el CP.

La inclusión de la figura delictiva del “*child grooming*” en el CP español se ha debido, principalmente, a los mandatos supranacionales. Fueron diferentes los instrumentos internacionales que hacían referencia a este tipo de conductas, entre ellos la Decisión Marco 2004/68/JAI, pero no fue hasta el Convenio de Lanzarote donde se obligó a los Estados parte a tipificar el delito que nos ocupa. Tras el Convenio, el “*child grooming*” se incorporó al CP español ubicándose en el art. 183 bis CP. Posteriormente, con la ratificación de la Directiva 2011/93/UE, la cual sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI, el delito fue modificado y además, cambió de numeración dejando de estar regulado en el art. 183 bis CP para pasar a formar parte del actual art. 183 ter.1 CP.

Los propios considerandos de la Directiva justifican la nueva regulación. Por un lado, se hace alusión a la necesidad de proteger a los menores de los abusos sexuales y la explotación sexual, incluida la pornografía infantil. Por otro lado, con la inclusión del tipo, se pretende que no se vulneren los derechos del niño establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3. Regulación y reforma.

El tipo se incluyó con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio. A raíz de esta reforma, el “*child grooming*” pasó a formar parte del CP español ubicándose en el art. 183 bis CP. No estuvo exento de críticas, no solo en relación a su inclusión sino en relación a su propia redacción. Parte de la doctrina proclama su innecesaria tipificación debido a que el tipo se podía incluir en alguno de los ya existentes. No obstante, y a pesar de todas las críticas que recibió el “*child grooming*”, muchos de los países del panorama internacional lo incorporaron en sus ordenamientos.

Tras la inclusión del tipo con la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se criticó por parte de la doctrina la referencia a la edad de los menores y a los delitos fin que contemplaba el art. 183 bis CP, es decir, aquellos delitos contra la indemnidad sexual del menor a los que se dirige la voluntad del sujeto activo cuando busca el acercamiento y que son los comprendidos en los arts. 183 y 189 CP. Por un lado, en relación a la edad de los menores, el legislador español acotó la edad del sujeto pasivo del delito a los trece años mientras que el Convenio de Lanzarote no

establecía un límite de edad y, además, fueron diferentes los estudios realizados que ponían de manifiesto que los menores afectados por estas conductas rondaban entre los trece a quince años. Por otro lado, y atendiendo a los delitos fin, la referencia a los arts. 178 a 183 y 189 CP fue criticada debido a que los arts. 178 a 182 CP hacían alusión a conductas cometidas sobre mayores de trece años por lo que esto no era coherente a no ser que, como ha interpretado parte de la doctrina, la edad únicamente fuese relevante en el momento del contacto y siempre que se llevase a cabo con una finalidad sexual. En mi opinión ambas críticas son acertadas.

La doctrina también aludió a diferentes bienes jurídicos protegidos pero, en mi opinión, en el delito de “*child grooming*” solo se protege la indemnidad sexual entendida en un sentido amplio tal y como entiende la doctrina mayoritaria, la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, y el TS.

El tipo fue objeto de reforma debido a la LO 1/2015, de 30 de marzo. Con esta reforma se modificó la edad del sujeto pasivo que pasó de los trece años hasta los dieciséis años. También se modificaron los delitos fin que contemplaba el precepto comprendiendo únicamente las conductas de los arts. 183 y 189 CP. En mi opinión, a pesar de que se mejoró la anterior regulación, el legislador español debería haber aprovechado la reforma para incluir a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección, sean o no menores de edad, ya que, al igual que sucede con los menores, no gozan de libertad sexual sino de indemnidad sexual. Además, y aunque considero que el legislador no quiso hacer expresa alusión al término “adulto” como sujeto activo del delito debido a motivos formales, entiendo que sí sería conveniente la utilización de dicho término para que se disipen las dudas existentes tal y como hace el Convenio de Lanzarote, debido principalmente a que creo que la intención del legislador es proteger a los menores frente a las conductas que llevan a cabo las personas adultas, pero si no emplea los términos adecuados cabe que este delito sea cometido por menores de dieciocho años pero mayores de catorce.

4. Conducta típica del delito. Necesidad de contacto, proposición de encuentro y de actos materiales dirigidos al acercamiento para su consumación.

El “*child grooming*” castiga actos preparatorios de posteriores delitos sexuales. Para su consumación únicamente será necesaria la existencia de un contacto entre un menor de dieciséis años y un adulto a través de las TICs y que este último, realice actos materiales encaminados al acercamiento. Por todo ello, el delito se ha calificado por parte de la doctrina como un delito de peligro, de tipo mixto acumulativo y mutilado de dos actos.

En mi opinión, es imprescindible que se produzca un contacto entre el menor, y en principio, el adulto ya que el CP contempla expresamente la necesidad de contacto entre victimario y víctima. Además, considero que ese contacto debe de ir necesariamente seguido de una respuesta por parte del menor puesto que sino no estaríamos ante un delito de “*child grooming*”. No obstante, creo que hay supuestos en los que no es necesaria esa respuesta por parte del sujeto pasivo, como son, los casos de pornografía. Finalmente, y como proclama el art. 183 ter.1 CP, el contacto debe realizarse a través de las TICs, esto posibilita no solo que el delito se cometa *online* sino también *offline*.

En relación a la proposición de encuentro, considero que no es necesaria una respuesta afirmativa por parte del menor ya que el tipo únicamente castiga la proposición. De modo que, tampoco será necesario que se produzca el encuentro entre ambos sujetos. Desde mi punto de vista, y teniendo en consideración el precepto del CP y la doctrina, es el sujeto activo quien debe realizar la proposición y además, esta no tiene por qué ser reiterada en el tiempo. En relación al encuentro, señala la doctrina mayoritaria que el delito de “*child grooming*” solamente contempla un encuentro físico. A mi parecer y teniendo en consideración la doctrina minoritaria y el TS, también caben los encuentros virtuales. La doctrina mayoritaria señala que si se admitieran los encuentros virtuales se quedaría sin sentido el requisito relativo a los actos materiales encaminados al acercamiento pero en mi opinión, esos actos se pueden llevar a cabo aunque el encuentro sea virtual. Además, el legislador español no concreta si el acercamiento tiene que ser necesariamente físico, por lo tanto, sí que podrían admitirse encuentros virtuales. Finalmente, los actos materiales deben ser serios y creíbles.

5. Finalidad sexual y error en la edad.

En el delito de “*child grooming*” es necesario que el autor del mismo tenga la voluntad de cometer los delitos contemplados en los arts. 183 y 189 CP y, además, es imprescindible que conozca la edad del menor. En relación a los delitos fin, la mención al art. 183 CP no planteó grandes problemas. No obstante, la alusión al art. 189 CP no estuvo exenta de críticas. En mi opinión, la referencia al art. 189 CP debe hacerse de un modo restrictivo debido a la multitud de comportamientos que engloba pero considero que es el legislador quien debe acotar las conductas que pueden ser objeto de castigo. En relación a la edad del menor, que es un elemento esencial del tipo, debe quedar suficientemente probada ya que en caso de error sobre la edad no se podría castigar al *groomer* debido a que no se cumple la conducta típica del delito. A mi parecer, el art. 183 ter.1 CP debe calificarse como un delito de peligro, y en concreto, de peligro abstracto a diferencia de lo que opina la doctrina mayoritaria que se decanta por calificarlo como un delito de peligro concreto. Asimismo considero que el “*child grooming*” requiere dolo eventual por parte del autor debido a que a pesar de que hay casos en los que el autor no conoce la edad real del sujeto pasivo, sí que ha tenido la posibilidad de conocerla a través de indicios y, aun así ha continuado cometiendo esta conducta delictiva.

Finalmente, y en relación a los supuestos de agentes encubiertos, considero que deberían regularse. Por un lado, porque al catalogar el delito como de peligro abstracto, en aquellos supuestos en los que el sujeto activo contacta con el agente se pondría en peligro la indemnidad de los menores y, por otro lado, porque entiendo que gracias a este mecanismo se pondrían perseguir con mayor facilidad aquellos *groomers* que están bajo sospecha de las autoridades.

6. Problemas concursales.

El legislador español en el propio precepto incorporó una cláusula en la que establecía un concurso de delitos. No obstante, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia más reciente se decantan por un concurso de leyes que, a mi parecer, sería lo más idóneo aunque no en todos los supuestos. Como he expuesto en el presente trabajo, a pesar de que el precepto incorpore una cláusula concursal de delitos, no necesariamente se debe recurrir a ella siempre. En mi opinión, el legislador la introdujo a fin de que se pensasen delitos que protegen otros bienes

jurídicos diferentes al que contempla el “*child grooming*”. Por lo tanto, si se llegasen a consumir los delitos contemplados en los arts. 183 y 189 CP sí que tendríamos que castigar únicamente por ellos. Sin embargo, en el caso de que estos delitos no se consumen, tendremos que estar al supuesto concreto y comprobar hasta donde alcanzan los hechos y así sabremos si castigar por un delito consumado de “*child grooming*” o por una tentativa de los arts. 183 y 189 CP.

7. Pena prevista para el delito y su posible exoneración.

La pena prevista para el tipo en el CP español no es del todo coherente con los instrumentos internacionales y, en concreto, el art. 6.1 de la Directiva 2011/93/UE ya que este instaba a imponer la pena de privación de libertad de al menos un año, mientras que, el CP español contempla una alternatividad entre la pena privativa de libertad y la multa. Además, como medida accesorias, se podría establecer la restricción de uso de las TICs pero, aunque considero que sería una medida idónea, sería muy difícil de llevar a la práctica.

En cuanto a la cláusula de exoneración del art. 183 quáter CP, me parece correcta su inclusión pero, considero que su redacción nos lleva a la inseguridad jurídica puesto que si no se concretan los criterios de proximidad de edad y de grado de desarrollo o madurez similar no habrá forma de unificar los diferentes supuestos que se puedan plantear. Por ello, los parámetros que contiene deberían concretarse.

8. La educación sexual y un correcto uso de las TICs son los mejores aliados de los menores.

El uso de las TICs facilita no solo la comisión del “*child grooming*” sino de cualquier otro delito que se realice a través de ellas. Por ello, entiendo que los padres tienen una labor esencial en la educación de sus hijos, deben protegerlos ante los *groomers* y, para ello, deben formar parte de su educación y mantener una buena relación familiar. No solo los padres, sino que todas las instituciones, administraciones y centros docentes deben proporcionar ayuda a los menores en el momento en que tengan conocimiento que están siendo víctimas de un delito.

9. Propuesta de lege ferenda.

En mi opinión y para una posterior regulación hay aspectos del art. 183 ter.1 CP que deberían mejorarse. En este sentido, considero que el precepto debería comenzar a incluir a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección como sujetos pasivos del mismo. Además, la alusión a la fórmula “el que” debería ser modificada y debería emplearse la palabra “adulto”. En relación a la referencia al engaño como medio comisivo del tipo cualificado del delito de “*child grooming*”, a los actos materiales encaminados al acercamiento y a la remisión “*in totum*” al art. 189 CP deberían delimitarse y concretarse por parte del legislador. En primer lugar y en relación con el engaño, es necesario que se concrete puesto que sino el subtipo agravado entraña el peligro de dejar sin eficacia al tipo básico. En segundo lugar, considero que el legislador debería ofrecer algún tipo de catálogo o una serie de pautas para saber qué debe entenderse por actos materiales encaminados al acercamiento. Además, debería modificar la alusión al art. 189 CP puesto que los instrumentos internacionales únicamente hacen alusión a la producción de pornografía infantil, por lo tanto, el resto de conductas contempladas el art. 189 CP no deberían castigarse por el delito objeto de estudio. Finalmente, deberían contemplarse en nuestro ordenamiento los supuestos de agentes encubiertos.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLVAREZ, Alberto/ ALONSO RUIDO, Patricia/ CARRERA FERNÁNDEZ, María Victoria/ LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María/ RODRÍGUEZ CASTRO, Yolanda: Programas de prevención de abusos sexuales a menores (PPASM): el papel de la educación sexual, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (coord.)/ ORTS BERENGUER, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 473-501.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Yanira: Infoética, Ciberespacio y Derecho, en: *Anales de Investigación*, nº 10, 2014, 235-242, (versión online).

BARRIO ANDRÉS, Moisés: *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, 1ª, Reus, Madrid, 2017.

CABRERA DE LOS SANTOS FINALÉ, Belkis/ CALMAESTRA VILLÉN, Juan/ MORA-MERCHÁN, Joaquín A./ ORJUELA LÓPEZ, Liliana/ ORTEGA-RUIZ, Rosario: *Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*, en: Save the Children, 2013, 1-72, (versión online).

CASTRO CLEMENTE, Concepción en: *Violencia a través de las TIC: El ciberacoso en escolares de la Comunidad Autónoma de Madrid* (tesis doctoral), Universidad Pontificia Comillas, 2017, (versión online).

COLÁS ESCANDÓN, Ana Mª.: *Acoso y ciberacoso: la doble responsabilidad civil y penal*, 1ª, Bosch, Barcelona, 2015.

COLÁS TURÉGANO, Asunción: *Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales*, en: CUERDA ARNAU, María Luisa (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 53-103, (versión online).

CORTÉS MORENO, Javier /MUÑOZ DE DIOS, María Dolores: *La protección y las tendencias de uso de los/as menores europeos/as en Internet*, en: VERDEJO ESPINOSA, María Ángeles (coord.), *Ciberacoso y violencia de género en las redes sociales, análisis y herramientas de prevención*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2015, 227-254, (versión online).

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J: *El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual*, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-10, 2017, 1-28, (versión online).

DE SANTISTEBAN, Patricia/ GÁMEZ GUADIX, Manuel: *Online child grooming y explotación sexual a menores a través de Internet*, en: *Revista de Victimología*, nº 6, 2017, 81-100, (versión online).

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola: *Ciberacoso. Contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores*, en: RIVAS VALLEJO, María Pilar (dir.)/ GARCÍA VALVERDE, María Dolores (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, Aranzadi, Navarra, 2015, 505-536.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ TRAPERO BARREALES, María Anunciación, *La "edad de consentimiento sexual" en la reforma del Código Penal de 2015*, en: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (coord.)/ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (coord.)/ ECHANDO BASALDUA, Juan Ignacio, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, 871-894.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: *Análisis de las novedades introducidas por la LO 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP*, 1-169, (versión online).

Disponible en:

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdcd89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456.

- *Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015*, en: Diario La Ley, nº 8758, 2016, 1-38, (versión online).

FELIÚ ORTEGA, Luis: *La ciberseguridad y la ciberdefensa*, en: *El ciberespacio. Nuevo escenario de confrontación*, 2012, 35-70, (versión online).

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

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, 185-202.

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

GARCÍA VALVERDE, Francisco: *Acoso escolar. Responsabilidad penal derivada del acoso escolar*, en: RIVAS VALLEJO, María Pilar (dir.)/ GARCÍA VALVERDE, María Dolores (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, Aranzadi, Navarra, 2015, 390-432.

GARMENDIA LARRAÑAGA, Maialen Sorkunde/ GARITAONANDIA GARNACHO, Carmelo/ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Gemma/ CASADO DEL RÍO, Miguel Ángel: *Riesgos y seguridad en Internet: los menores españoles en el contexto europeo. Resultados de la encuesta de EU Kids Online a menores de entre 9 y 16 años y a sus padres y a sus madres*, en: EU Kids Online, 2011, 1-91, (versión online). Disponible en: <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EUKidsOnline/EU%20Kids%20II%20%282009-11%29/National%20reports/Spanish%20report.pdf>.

-*Las madres y padres, los menores e Internet. Estrategias de mediación parental en España*, Doxa Comunicación: revista interdisciplinar de estudios de comunicación y ciencias sociales, nº 17, 2013, 99-117, (versión *online*).

GONZÁLEZ DE RIVERA, José 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, (versión *online*).

GÓRRIZ ROYO, Elena M.: “*On-line child grooming*” desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter) 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo), en: CUERDA ARNAU, María Luisa (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 217-285.

-“*On-line child grooming*” en *Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter.1º CP (conforme a la LO 1/2015, de 30 de Marzo)*, en: InDret. Revista para el análisis del Derecho, 3/2016, 1-48, (versión *online*).

GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam: *Menores y redes sociales: nuevos desafíos jurídicos*, en: Revista de Derecho, Empresa y Sociedad 8, 2016, 53-67, (versión *online*).

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: *Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de grooming*, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2012, 141-146.

-Artículo monográfico, *Nuevos Delitos Informáticos: Phising, Pharming, Hacking y Cracking*, Mayo de 2008, Sepín, (versión *online*).

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel: *El tratamiento de los delitos sexuales en la nueva reforma del Código Penal: especial referencia a la libertad vigilada*, en: Diario La Ley, nº 7909, 2012, 1711-1715.

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

LEMUS VARA, Francisco Javier: *El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2015*, en: Diario La Ley, nº 8604, 2015, 1-11, (versión *online*).

LUZÓN PEÑA, Diego- Manuel, *Lecciones de derecho penal: Parte general*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, (versión *online*).

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, 1423-1428.

MARCO MARCO, Joaquín J.: *Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad*, en: GARCÍA GONZÁLEZ (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 85-106.

MARTÍN LORENZO, María: *Delito de ciberacoso sexual*, en: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid.

MARTÍNEZ MORA, Gemma: *Libertad vigilada en la nueva reforma del código penal. Problemas planteados*, en: CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº173, 2015, 119-136.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María/ BOO GORDILLO, Álvaro: *El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas*, en: GARCÍA GONZÁLEZ (dir.), *La violencia de Género en la Adolescencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2012, 291-324.

MÉNDEZ, Carmen: *Innovación disruptiva: ¿El futuro ya está aquí? Nuevas tecnologías y fórmulas de comercio han llegado para quedarse*, en: Aral, nº 1618, 2014, 18 y ss, (versión online).

MENDO ESTRELLA, Álvaro: *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al Sexting entre adultos*, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-16, 2016, 1-27.

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*, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MERCADO CONTRERAS, Cinthia Tomasa/ PEDROZA CABRERA, Francisco Javier/ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Kalina Isela: *Sexting: Su definición, factores de riesgo y consecuencias*, en: Revista sobre la Infancia y la adolescencia, nº10, 2016, 1-18, (versión online).

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, (versión online).

MOLINA DEL PERAL, José Antonio/ VECINA NAVARRO, Pilar, en: *Bullying, cyberbullying y sexting. ¿Cómo actuar ante una situación de acoso?*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2015.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia: *El menor ante los abusos y agresiones sexuales*, en: Anuario de Justicia de Menores nº 10, 2010, 51-79, (versión online).

MONTIEL JUAN, Irene/ CARBONELL VAYÁ, Enrique J./ SALOM GARCÍA, Miriam: *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciber-abuso y ciber-acoso sexual*, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María/ORTS BERENGUER, Enrique (Coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 203-224.

MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: *La privación de la patria potestad o la inhabilitación para su ejercicio como medida reduccionista de la pena de prisión en el marco de la mediación*, en: Anales de derecho, vol. 34, nº 1, 2016, 1-23.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Estudios sobre el Código Penal reformado (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, 1ª, Dykinson, Madrid, 2015, 433-485.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte general*, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (versión online).
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (versión en papel y versión online).

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: *Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación*, en: *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, 1ª, Aranzadi, Navarra, 2012, 129-139.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José: *Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 65, España, 2012, 179-224, (versión online).

ORTEGA BALANZA, Marta/ RAMIREZ ROMERO, Luis: *Amistades peligrosas: el delito de child grooming*, en: Revista La Ley 217/218, (2014), 1-9, (versión online).

PALAZZI, Pablo, *Difusión no autorizada de imágenes íntimas*, en: El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia, nº 13.906, 2016, 2-32, (versión online).

PARDO ALBIACH, Juan: *Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros*, en: GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (coord.), *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: *La regulación del “child grooming” en el ordenamiento penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio*, en: DURÁN RUIZ (coord.), *I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, 2013, 114-131, (versión online).

PÉREZ MARTÍNEZ, Ana/ ORTIGOSA BLANCH, Reyes: *Una aproximación al ciberbullying*, en: GARCÍA GONZÁLEZ, Javier (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 13-49.

PRENSKY, Marc: *Digital Natives, Digital immigrants, On the Horizon*, MCB University Press, vol. 9 n° 6, December, 2001.

- *Nativos e Inmigrantes Digitales*, en: Institución Educativa SEK, 2010.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (coord.)/ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.): *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, 4ª, Atelier, Barcelona, 2015.

RAMÓN DE AGUSTINA, José / MONTIEL JUAN, Irene: *Sexting en adolescentes: nuevos retos médico-legales*, en: Revista Española de Medicina Legal, 2017, 43-44, (versión online).

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio: *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, 621-627.

- *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores: un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, (versión online).

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: “*El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-06, 2014, 1-25 (versión online).

- *Aproximación al delito de child grooming del artículo 183 bis del Código Penal desde la óptica de los principios de lesividad y de proporcionalidad*, en: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique/ GARCÍA MARTÍN, Luis/ PEÑARANDA RAMOS, Enrique/ RUEDA MARTÍN, Mª. Ángeles/ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/ URQUIZO OLAECHEA, José, *Dogmática del Derecho Penal. Material y procesal y política criminal contemporáneas*, Libro-Homenaje al Profesor Bernd Schünemann por su 70º aniversario, Tomo I, 1ª, Gaceta penal y procesal penal, Perú, 2014, 671-686.

RUISÁNCHEZ CAPELÁSTEGUI, Covadonga: *Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal*, en: InDret. Revista para el Análisis del Derecho, n° 2, 2009,1-11.

SALVADORI, Iván: *Lucha contra la pornografía infantil e incriminación de actos preparatorios en el Derecho penal europeo comparado*, en: MIR PUIG, Santiago/ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/ GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 449-462.

SAÑUDO UGARTE, María Inmaculada, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa* (tesis doctoral), Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea, 2016, (versión online). Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/18914>.

SMAHEL, David / WRIGHT, Michelle F.: *The meaning of on-line problematic situations for children results of qualitative cross-cultural investigation in nine European countries*, en: EU Kids On-line, 2014, 1-171.

TAMARIT SUMALLA, Josep María: *Comentario a los delitos sexuales de los arts. 178, 180 a 183 bis CP*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010, 1-5, (versión online).

-*Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) /MORALES PRATS, Fermín (coord.), *Comentarios al Código penal español*, 7ª, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, 1269-1405.

URIARTE QUESADA, Dailys Victoria, en: *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal* (tesis doctoral), Universidad de Pablo de Olavide (2016), 2015, 370. Disponible en: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2886/uriarte-quesada-tesis16.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

VICENTE PACHÉS, Fernando: *Ciberacoso: un nuevo fenómeno de violencia a la mujer en la adolescencia y juventud*, en: CUERDA ARNAU, María Luisa (dir.) / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 155-174 (versión online).

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Victimización Infantil Sexual Online: Online Grooming, Ciberabuso y Ciberacoso sexual*. Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIV, 2014, 639-712, (versión online).

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

- *Sexting: Prevalencia, características personales y conductuales y efectos en una muestra de adolescentes en España*, Revista general de Derecho Penal 25, 2016, 1-36, (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, (versión online).

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia de la AP de Huelva (secc.1ª) núm. 24/2002 de 15 de febrero.
- Sentencia de la AP de Lleida (secc.1ª) núm. 90/2004 de 25 de febrero.
- Sentencia de la AP de Segovia (secc. 1ª) núm. 27/2010 de 8 de septiembre.
- Sentencia del Juzgado de Menores de Orense núm. 43/2013 de 13 de mayo.
- Sentencia de la AP de Valencia (secc. 3ª) núm. 722/2013 de 24 de octubre.
- Sentencia de la AP de Cádiz (secc. 8ª) núm. 188/2014 de 30 de mayo.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 315/2014 de 6 de junio.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 97/2015 de 24 febrero.
- Sentencia de la AP de Jaén (secc.2ª) núm. 113/2015 de 11 mayo.
- Sentencia de la AP de Huesca (secc. 1ª) núm. 76/2015 de 26 de mayo.
- Sentencia de la AP de Barcelona (secc. 8ª) núm. 476/2015 de 23 junio.
- Sentencia de la AP de Albacete (secc. 1ª) núm. 221/2015 de 22 de septiembre.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 527/2015 de 22 de septiembre
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm.864/2015 de 30 de noviembre.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 864/2015 de 10 de diciembre.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 823/2015 de 23 de diciembre.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) TS núm. 1001/2016 de 18 de enero.
- Sentencia de la AP de Granada (secc.2ª) núm. 246/2016 de 25 de abril.
- Sentencia de la AP de Valladolid (secc.4ª) núm. 164/2016 de 1 de junio.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 782/2016 de 19 de octubre.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 109/2017 de 22 febrero.
- Sentencia de la AP de Valladolid (secc. 4ª) núm. 84/2017 de 7 de marzo.
- Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 199/2017 de 27 de marzo.

Sentencia de la AP de Málaga (secc. 8ª) núm. 268/2017 de 3 de mayo.

Sentencia de la AP de Cádiz (secc.4ª) núm. 169/2017 de 12 de junio.

Sentencia de la AP de Madrid (secc.6ª) núm. 412/2017 de 23 de junio.

Sentencia de la AP de Navarra (secc.1ª) núm. 220/2017 de 27 de octubre.

Acuerdo del TS de 8 de noviembre de 2017.

Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 777/2017 de 30 de noviembre.

Sentencia de la AP de Alicante (secc.3ª) núm. 494/2017 de 22 de diciembre.

Sentencia de la AP de Zaragoza (secc.3ª) núm. 72/2018 de 15 de febrero.

Sentencia del TS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) núm. 83/2018 de 15 de febrero.

Sentencia del TSJ de Aragón (secc.1ª) núm. 7/2018 de 7 de marzo.