

“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, 30 de Marzo)

Elena Górriz Royo

Universidad de Valencia

Abstract*

La efectividad de algunos medios telemáticos en la comisión de delitos sexuales contra menores, suele esgrimirse como razón principal que justifica la tipificación del on-line child grooming en nuestro Código penal. ¿Es ello suficiente? Objetivo principal de este trabajo es abordar las cuestiones que este controvertido delito plantea, desde su previsión en 2010, no solo por las fricciones que suscita con algunos principios penales sino por las dificultades para su interpretación dogmática y aplicación judicial. Sobre todo se analizan los cambios introducidos a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo, que ubicó el delito en el art. 183 ter.1º CP. Para ello se parte de definir el “grooming” a la luz de una de las propuestas más completas, realizada en el sistema de common law, que clasifica este fenómeno en el contexto off-line y en el on-line. Delimitados sus principales rasgos, se valorará si la interpretación doctrinal del actual art. 183 ter.1º CP y su aplicación, en las primeras resoluciones judiciales, es respetuosa con las garantías penales básicas a fin de ofrecer criterios con que evitar su vulneración así como, en su caso, modificaciones de lege ferenda que pueden mejorar la redacción de aquel precepto.

Der Hauptgrund des spaniscchen Strafgesetzgebers für die Kriminalisierung des „on line Child Groomings“ soll die Wirksamkeit einiger Telematikeinrichtungen in der Begehung von Verbrechen. Die Frage lautet, ob diese Begründung ausreicht, um die Kriminalisierung zu legitimieren. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den Legitimitäts- sowie Auslegungsfragen, die der Tatbestand des „Child Groomings“ stellt. Besondere Aufmerksamkeit wird den durch das Gesetz 1/2015 eingefügten Änderungen gewidmet (Art. 183 ter Abs. 1 sp. CP). In dem vorliegenden Beitrag wird die Begriffsbestimmung des „Child Groomings“ aus der Perspektive eines Ansatzes des common law angegangen. Diesem Ansatz nach soll zwischen off-line und on-line Grooming unterschieden werden. Vorliegend wird eine Definition der Hauptzüge des Groomings vorgeschlagen. Anschließend werden die heute vertretene Auslegung des Art. 183 ter Abs. 1 sp. CP sowie die ersten richterlichen Entscheidungen bewertet, die diese Vorschrift anwenden. Durch diese kritische Analyse wird bezweckt, Auslegungskriterien zu formulieren, die mit den Garantien des Strafrechts vereinbar sind, sowie gewisse de lege ferenda Änderungen, die der Besserung der heute geltenden Regelung dienen könnten.

The effectiveness of some telematics means in the commission of sexual offences against minors, is said to be a capital reason to define the on-line child grooming in the Spanish Penal Code. Is it enough? This paper is targeted to analyse the questions that arise in sight of the controversial offense of “on-line child grooming” due to the fact that, since it came into force in 2010, it caused problems from the perspective of some penal principles and doubts about the interpretation and law enforcement before Spanish courts. The Spanish lawmaker reformed this crime through OL 1/2015, March 30th, so that currently it is defined in art. 183 ter.1º PC. This work analyses those problems and changes, taking as starting point the definition of “grooming” in light of one of the most complete proposals, in the common law system, which distinguishes classes of on-line and off-line grooming . Additionally, it will be assessed if art. 183 ter.1º PC is being interpreted and enforced, in the first criminal sentences, according to the penal principles, with the aim of preventing breaches of those ones and, if necessary, proposing de lege ferenda reforms which would improve that legal provision.

* Este trabajo forma parte del Proyecto “Menores: prevención y sanción de la delincuencia en la sociedad de la tecnología” (DER2013-45862-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Titel: „On-line child grooming“ in Spanische Strafrecht: Das Delikt der Vorbereitung Online Minderjähriger Kinder für sexuelle Begünstigte Zwecke von art. 183 ter.1 PC (nach OL 1/2015, 30. März).

Title: On-line child grooming in Spanish Criminal law: the crime of setting minors up, on-line, with a sexual purpose, of art. 183 ter.1° PC (according to OL 1/2015, March, 30th).

Palabras clave: on-line child grooming, sexual child grooming, menores, indemnidad sexual, Internet, redes sociales, predatory stranger, generación@, off-line grooming, child groomer.

Stichworte: On-line child grooming, sexual child grooming, Kinder, sexuelle Indemnität, Internet, soziale Netzwerke, predatory stranger, Generation@, Off-line-grooming, child groomer.

Keywords: on-line child grooming, sexual child grooming, minors, sexual indemnity, Internet, social networking sites, predatory stranger, generation@, off-line grooming, child groomer.

Sumario

1. Planteamiento

2. Definiendo “child grooming”

2.1. Precisiones terminológicas

2.2. Delimitación conceptual

2.3. Child grooming ¿on-line?

3. “On-line child grooming” en el Código Penal español

3.1. El art. 183 bis, conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio

3.2. El nuevo delito del art. 183 ter.1° CP

a) Bien jurídico e ilícito penal: peligro típico

b) El autor del grooming como “predatory stranger” y el sujeto pasivo o menor perteneciente a la “Generación@”.

c) Conducta típica

4. A modo de conclusión

5. Tabla de jurisprudencia citada

6. Bibliografía

1. Planteamiento

No parece aventurado afirmar que, en nuestro contexto social, el manejo de las tecnologías de la comunicación y, en especial, de Internet es consustancial a la *forma de vida* de los menores. Tampoco lo parece que esta estrecha relación vaya a suponer el signo distintivo de la generación de jóvenes del actual siglo, hasta el punto de poder denominarla *Gen-V*. (generación-virtual)¹ o *Generación@*.² Pero sí resulta controvertido determinar si esta forma de entender el entorno virtual, omnipresente

¹ Vid. CHOO, «Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences», *AIC Reports*, (103), 2009, p. 8.

² Término acuñado por RUBIO GIL, quien con el mismo ha querido expresar “sobre todo un hecho diferencial que ha convertido la juventud de nuestro tiempo en una etapa de la vida peculiar, por su adopción de la red como medio de expresión y por su hegemonía en el uso de las nuevas tecnologías de la información”, en RUBIO GIL (dir.), *Adolescentes y jóvenes en la red: Factores de oportunidad*, pp. 5 y 6.

en esta generación, tendrá consecuencias, en todo caso, positivas para los menores. Más aún, empieza a percibirse que un uso desmesurado de Internet y, en especial, de las *redes sociales* y cuantos instrumentos se emplean en la red para fomentar las relaciones personales y comunidades virtuales, reviste un doble filo: no solo permite entablar una extensa red de contactos sino que, paradójicamente, con frecuencia favorece el *aislamiento* de los jóvenes en ese “mundo virtual”, por desvinculación del mundo físico.³ Si esto es así, a nadie puede extrañar que, en el ámbito jurídico, se adopten medidas frente a las interferencias, con fines delictivos, de terceros en la *realidad virtual* en la que muchos menores se instalan a diario y que tienden a materializarse más allá de la red. En tiempos recientes, las miradas se vuelven hacia una peculiar forma de seducir a menores en el “*cyberworld*” conocida, internacionalmente, como “*on-line child grooming*”.

De hecho, la corta trayectoria legislativa de este delito en el sistema penal de nuestro país, desde que el anterior art. 183 *bis* CP entrara en vigor conforme por LO 5/2010, de 22 de junio, contrasta con la profusa atención legislativa, doctrinal e incluso mediática que se le ha otorgado. *La reforma penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, ahonda en aquella tendencia político-criminal al volver a modificar este delito*, cambiado su ubicación sistemática y previendo algunos aspectos novedosos en el art. 183 *ter*.1º CP, cuyo análisis se abordará en este trabajo con carácter principal. Sin embargo, el legislador penal de 2015 no ha mejorado aspectos que la doctrina penal criticó respecto del evidente adelantamiento de la intervención penal que el delito allí previsto comporta. Asimismo llama la atención que, en tiempos recientes, su aplicación no resulte tan controvertida como inicialmente se previó⁴ y cabría esperar de un delito de nuevo cuño, con marcado carácter simbólico.⁵ Destaca la primera condena del TS, conforme al anterior art. 183 *bis* CP, en sentencia 24 de febrero 2015 (MP: J.R. Berdugo Gómez de la Torre; 2ª, Sec. 1ª, TOL4.776.958); así como las de la STS de 22 de septiembre 2015 (2º, Sec.1ª, MP: A. Martínez Arrieta; TOL5512986) y de la SAP de Barcelona de 23 de junio 2015 (Sec.8ª, MP: C. Mir Puig; TOL5.400.123).⁶ Sin obviar la relevante STS de 10 de diciembre de 2015 (2ª, Secc. 1ª, MP: A. del Moral García).

La condena de la STS 22.9.2015 ofrece un ejemplo con el que advertir el adelantamiento punitivo que comporta el delito de *on-line child grooming*: la menor MR “insertó en el portal de anuncios de Internet, (...), el siguiente mensaje ‘chica de trece años busca trabajo de lo que sea, me hace falta dineros’. Consta acreditado que entre los días 12 y 15 de octubre de 2012, el acusado Modesto, mayor de edad y sin antecedentes penales, guiado por el ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos y mantener contactos de carácter sexual con la menor, contestó al citado anuncio y a través de su teléfono móvil (...) le mandó hasta 74 mensajes de texto y realizó varias llamadas telefónicas al terminal que constaba en el anuncio, (...) del que era usuaria la menor (...). Sobre las 17 horas del 15 de octubre de 2012, el acusado acudió a la estación

³ Es lo que se conoce como “efecto de aislamiento” por mal uso de las redes sociales, siendo cada día más común en nuestro país que, con 14 millones de usuarios de dichas redes, se sitúa a la cabeza en el contexto europeo. Vid. «Exiliados de las redes», en *El País* (Ciencia y Tecnología), 12 de noviembre de 2015, p. 30.

⁴ Vid. *Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero 2013*, al Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre de Código penal, p. 155.

⁵ Vid. críticos al respecto MIRÓ LLINARES *et al.*, «Child grooming: art. 183 *ter* CP», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, 2013, p. 680.

⁶ En esta resolución se condena además por otro delito del anterior art. 183 *bis* CP, así como por dos delitos del art.169.1 CP, tres delitos del art. 189.1º CP, un delito del art. 189.3ª CP y otro del art. 189.2 CP (redacción de la LO 5/2010).

de RENFE de (...), lugar en el que había quedado con la menor y le insistió en marcharse del lugar en su coche, lo que no pudo conseguir gracias a la intervención de los padres de la menor, (...), los cuales venían siguiendo a la niña al haber interceptado los mensajes reproducidos sin que ella lo advirtiera” (Antecedente de Hecho 1º).

A la vista de estas y otras resoluciones, es preciso evaluar si se está abriendo paso una aplicación del delito de *on-line child grooming* ante nuestros tribunales que se adecúa sin fricciones a los principios penales básicos. El estudio del delito del art. 183 *ter.1º* CP se hace imprescindible y, de hecho, se ha abordado, ante todo, desde la perspectiva *criminológica y victimológica*,⁷ con trabajos que destacan los orígenes de este delito en Derecho comparado. Pero para analizar aquellas posibles fricciones se precisa, ante todo, una *valoración crítica acerca de la interpretación doctrinal y aplicación práctica* que se está haciendo del delito del art. 183 *ter.1º* CP en nuestro sistema penal. Este será el objetivo principal del presente trabajo, a fin de proponer, en su caso, conclusiones *de lege ferenda* con las que mejorar la regulación penal vigente. Entre otros criterios interpretativos, será necesario revisar el entendimiento del *peligro exigible* en este delito, como *concreto* –según algunas sentencias–; o la interpretación doctrinal de la polémica *cláusula concursal* que prevé aquel precepto.

Para alcanzar el anterior objetivo, resulta ineludible definir el llamado “*child grooming*” puesto que, como es obvio, se emplea un anglicismo para denominar el delito del art. 183 *ter.1º* CP, lo que, cuanto menos, reclama una interpretación *gramatical* con la que averiguar si existe un concepto preciso de este fenómeno o más bien unos rasgos que lo caracterizan. Ello permitirá aproximarnos a su denominación en nuestro ordenamiento, considerando además el precedente del delito del art. 183 *bis* CP, previsto *ex novo* por la LO 5/2010, de 22 de junio. Es esperable que el anterior análisis facilite la interpretación objetiva del delito del art. 183 *ter* CP así como la propuesta de pautas hermenéuticas para adecuar su regulación a los principios penales que parece poner en entredicho.

2. Definiendo “*child grooming*”

2.1. Precisiones terminológicas

Aunque la expresión “*child grooming*” es comúnmente empleada por la doctrina penal y recientes resoluciones judiciales a raíz de que el legislador penal la utilizara en el Punto XIII de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio,⁸ se hace preciso delimitar su contenido desde una perspectiva crítica. Al respecto pueden plantearse varios problemas que trascienden del ámbito puramente semántico: de un lado, habrá que comprobar si, efectivamente, la denominación de “*child grooming*” se corresponde con el contenido de injusto previsto en el art. 183 *ter.1º* CP o si es una calificación impropia. De otro lado, interesa conocer si existe un *concepto* de este fenómeno, empleado por la doctrina penal del *common law* –sistema del que procede–; y si el *grooming* cometido *on-line* es la única manifestación posible o puede darse en un entorno *off-line* y en qué casos. Se tratará, por tanto, de resolver una cuestión conceptual acerca del término “*child grooming*”,

7 Vid. VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN, «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming», *RECPC*, (18), 2016, pp. 1-27.

8 Aquella denominación se justificó por el legislador en que estaba asentada en el ámbito *internacional*, para así aludir a la previsión, por primera vez en nuestro ordenamiento, del delito del art. 183 *bis* CP.

para así caracterizar en nuestro idioma el delito del art. 183 *ter* CP y ofrecer seguridad jurídica al aplicar las allí penas previstas.

A partir de una *interpretación gramatical* del término “grooming” cabe apuntar que el significado del verbo “to groom”, en lenguaje común, es “preparar o entrenar a alguien para un trabajo importante o cargo”.⁹ La doctrina penal anglosajona también parte de esta acepción para delimitar el sentido de “grooming”, de modo que se incide en la idea de “preparar para un futuro rol o función”. Se destaca, además, que el grooming no es un concepto nuevo, pues había sido empleado por los psicólogos para analizar patrones de comportamientos sexuales desviados (MCALIDEN).¹⁰ Lo que se deriva de estas definiciones del verbo es, ante todo, el sentido que “to groom” comporta de “preparar” a alguien –podría decirse– *inexperto en algún quehacer que requiera adquirir un cierto bagaje o experiencia*.¹¹ Sin embargo, en la actualidad, también se admite un significado jurídico-penal específico de la acción “to groom”, cuando procede de un adulto atraído sexualmente hacia niños. En este sentido el grooming se trataría de una acción sinónima al llamado “enticement of children for sexual acts” o al acto de “luring a child”. De modo que, en efecto, la idea de *preparación, embaucamiento o seducción de niños para cometer actos sexuales*, sería bastante aproximada al sentido que se le otorga al grooming en el inglés jurídico. En este contexto, se denominaría con precisión “sexual grooming of children”,¹² enfatizando así que se comete en el *ámbito sexual*.

2.2. Delimitación conceptual

A pesar del evidente peso que, en el concepto de grooming, han podido tener las definiciones de la *doctrina penal* de países del *common law*, entre los autores las opiniones coinciden en que, paradójicamente, hay una falta de consistencia en la terminología usada para definir el fenómeno de la explotación de niños *on-line*.¹³ Este problema deriva de la propia ausencia de concreción del concepto de grooming, pues, como indica MCALINDEN, no puede afirmarse que en el contexto de los delitos sexuales contra niños aquel término haya sido definido adecuadamente.¹⁴ En consecuencia, cabe apreciar una *falta de unanimidad en la doctrina acerca de un concepto técnico-jurídico*

⁹ Vid. la tercera acepción del verbo “to groom” (somebody): “to prepare or train somebody for an important job or position”, en *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 9ª ed., 2015 (también en www.oxfordlearnersdictionaries.com).

¹⁰ La citada autora parte de la clásica definición ofrecida por el *Oxford Illustrated Dictionary* (1975), según la cual implicaría “to prepare for a future role or function”. También se apoya en la del *web Dictionary*. Vid. MCALINDEN, «‘Setting ‘Em Up’: Personal, Familiar and Institutional Grooming in the Sexual Abuse of Children», *Social & Legal Studies*, (15 – 3), 2006, p. 341.

¹¹ En principio, el término inglés no implica, en lenguaje común, una connotación negativa, pudiendo incluso dársele el significado positivo de acicalar, asear o preparar (*v. gr.* “well-groomed students”). Este matiz introduce diferencias respecto de otras acciones como el “harassment” (hostigamiento) o incluso el llamado “stalking” (acecho). También a efectos jurídicos cabe apreciar diferencias, pues estas últimas conductas se comenten *sin el consentimiento* del sujeto pasivo, elemento que no necesariamente ha de faltar en el grooming. Para diferenciar el *child grooming* de otras ofensas a menores por medios telemáticos (*v. gr.* cyberbullying, cyberstalking, etc.) vid. CUERDA ARNAU, «Menores y redes sociales: protección penal de menores en el entorno digital», *CPC*, (112), 2014, pp. 19-23.

¹² Vid. JOWERS, *Léxico temático de terminología jurídica español-inglés (Thematic lexicon of Spanish-English Legal Terminology)*, 2015, p. 265.

¹³ Vid. CHOO, *AIC Reports*, (103), 2009, p. 2.

¹⁴ Vid. MCALINDEN, *Social & Legal Studies*, (15 – 3), 2006, p. 341.

acabado para definirlo.¹⁵ De hecho, las distintas propuestas tendentes a definir en general el *child grooming* resultan más bien de utilidad para apuntalar una serie de *notas comunes* de dicho fenómeno. Entre ellas destaca, como primer rasgo, que consiste en una serie de pasos¹⁶ o “proceso”¹⁷ y, en segundo lugar, se suelen señalar una serie de *características constantes*: ante todo, la existencia de un contacto (*contact*) que favorece un “acercamiento” (*approach*) en el que se desarrolla una relación de confianza capciosa (*deceptive trust development*) que, finalmente, conduce a un encuentro físico entre el menor y el adulto (*meeting*). Se trataría, en suma, de un *proceso gradual*, en el que el llamado “groomer” emplearía sus habilidades para entablar una relación de confianza, amor y amistad antes de intensificar la relación hacia otra de índole sexual.¹⁸ Junto a estos rasgos, existen determinadas creencias respecto al *grooming* que conviene desterrar para su mejor caracterización: de un lado, dicho proceso es menos efectivo en caso de propuestas o solicitudes agresivas por parte del llamado “groomer”, pues éstas no suelen tener buena aceptación entre menores y adolescentes; la efectividad del *grooming* radicaría, por lo general, en conseguir la seducción o el enamoramiento de las víctimas.¹⁹ De otro, el abusador no siempre responde a la idea de adulto varón y extraño que puede conocer al menor en el entorno *off-line*, sino que suelen serlo también personas pertenecientes al círculo familiar o de amistades del menor, incluyendo a otros menores y mujeres.²⁰

En la línea de caracterizar el *child grooming* en atención a sus principales rasgos, merece destacar, en la doctrina penal anglosajona, la propuesta de MCALINDEN (2013), quien trata de ofrecer una definición de “*grooming*” que albergue toda la complejidad del proceso y sus múltiples manifestaciones, delimitándolo en torno a los siguientes rasgos: “(1) el uso de una variedad de técnicas de manipulación y control; (2) respecto de un sujeto vulnerable; (3) en diversos entornos sociales e inter-personales; (4) a fin de forjar una confianza o normalizar un comportamiento sexual dañino; (5) con el propósito general de facilitar una explotación y/o una exposición prohibida.”²¹

Se trata de una noción lo suficientemente amplia como para dar cabida a diversas modalidades de *child grooming*, pues en el ámbito anglosajón no solo se maneja un concepto de éste vinculado al entorno *on-line*. De hecho, es interesante introducir en nuestra doctrina la cuestión que plantea la citada autora, acerca de si existe un vacío de estudios respecto del fenómeno del *grooming* con carácter general. En un intento de colmarlo, propone una tipología que comprende tres principales

¹⁵ Vid. MCALINDEN, «‘Grooming’ and the Sexual Abuse of Children: Implications for Sex Offender Assessment, Treatment and Management», *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, p. 2.

¹⁶ Vid. la clásica definición de HOWITT, *Paedophiles and Sexual Offences Against Children*, 1995, p. 176.

¹⁷ En la doctrina, se suele definir el *grooming* por referencia a un “proceso por el que acosadores de niños construyen una confianza con éste para pasar de una relación no sexual a una relación sexual, de forma que parezca natural y exenta de amenazas”. Vid. KIM, «From Fantasy to Reality: the link From Fantasy to Reality: the link between viewing child pornography and molesting children», *Child Sexual Exploitation Update*, (1 - 3), 2004, p. 1 y nota 13.

¹⁸ En última instancia esta pretendida relación inocua sería solo una farsa para hacer sentir especial al menor, a fin de crear un vínculo para ganarse su confianza y obtener una ventaja sexual. Vid. CHOO, *AIC Reports*, (103), 2009, p. 7.

¹⁹ Vid. el estudio para *Save the Children* de VV.AA., «La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas», 2013, p. 23.

²⁰ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN, *RECPC*, (18), 2016, p. 9 y ss.

²¹ Vid. MCALINDEN, *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, p. 3. Según dicha autora, esta definición procede de un trabajo suyo que data de 2012.

modalidades interrelacionadas de *grooming* que atienden a distintos criterios. Así pues, según el *contexto* donde puede ocurrir, se distingue entre “*intra-familiar*” y “*extra-familiar grooming*”; atendiendo al *sujeto* que puede ser manipulado, cabe orientar el *grooming* hacia *niños*, familias, comunidades o instituciones;²² según la *manera* de cometer el *grooming* o el *medio empleado para el acercamiento*, cabe diferenciar entre el llamado “*grooming*” en contextos “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*”). Muchas de estas clases de *grooming* pueden verificarse de manera conjunta.²³ Además MCALINDEN delimita una modalidad muy peculiar que no se encuadra en ninguna de las anteriores, a la que denomina “*self-grooming*”.²⁴ En este caso, el *groomer* emplearía una suerte de “autoengaño” para evitar tener una concepción negativa de sí mismo, encontrando justificaciones a su conducta como forma de superar sus propias inhibiciones y siendo consciente del proceso de preparación de menores que realiza. Centrándonos en los casos de *grooming de niños*, para caracterizarlo no se repara tanto en los medios empleados cuanto en el *método*. Éste consistiría en un proceso gradual que comienza por hacerse amigo del menor y establecer una relación exclusiva, en la que irá incrementando el contacto físico y la intimidad y culminará en un contacto sexual. Concretamente, la modalidad de *on-line grooming* se proyecta sobre *niños y adolescentes* e incluye situaciones de *grooming* empleando Internet (usando redes sociales, *chatrooms* o *instant messaging*) y también *teléfonos móviles*.²⁵

Una vez analizada una de las clasificaciones de las formas de *grooming* más completas que – recientemente– se han propuesto en la doctrina anglosajona, cabe deducir que el delito del art. 183 *ter* del Código penal español habría de enmarcarse en el llamado “*on-line child grooming*”, estando por tanto estrechamente relacionado con el fenómeno más amplio de la llamada *explotación sexual de niños a través de Internet (sexual exploitation of children over Internet)*. Ha de precisarse, no obstante, que la denominación “*on-line child grooming*” no encubre un concepto cerrado, sino que, como se ha indicado, se define por relación a un “proceso” de seducción y acercamiento a menores²⁶ que permite la manipulación emocional de éstos con un propósito o fin deliberado, esto es, lograr un posterior contacto sexual. Se conceptúa, por tanto, a través de unos rasgos característicos, que se

²² Así, se contempla la posibilidad de manipular *adultos* en tanto desempeñen una función de guardianes (“*gatekeeper to access*”), es decir, en cuanto protegen a niños en el ámbito familiar, en la comunidad o en instituciones de tutela. Vid. MCALINDEN, *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, p. 3.

²³ Respecto al *grooming de niños* en el marco *extra-familiar*, puede darse bien en contextos *on-line*, bien “cara a cara”, además de que puede cometerse a través de organizaciones o en espacios abiertos (*v. gr.* calles) por desconocidos. En relación con el “*grooming intra-familiar*”, sería una forma de *abuso* sobre niños por personas conocidas o parientes, siendo la modalidad de conducta abrumadoramente mayoritaria. En estos *abusos intra-familiares* es común la modalidad de “*face-to-face grooming*”, que también suele darse en abusos *quasi-intra-familiares*, es decir, cuando el autor pretende entablar relación con un niño, su familia o la comunidad que le acoge. Vid. MCALINDEN, *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, p. 3.

²⁴ Se trataría de un término usado “para describir las técnicas de neutralización o elusión, empleadas por el autor para evitarse una autoevaluación negativa anterior, simultánea o posterior a la comisión del delito.” El *self-grooming* puede solaparse con otras formas de *grooming* en el logro de embaucar al niño o a su familia. Vid. MCALINDEN, *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, p. 3. Agradezco a la autora su amabilidad al ofrecerme otros materiales e información *on-line* con respecto a este último concepto.

²⁵ Vid. MCALINDEN, *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1), 2013, pp. 3 y 4.

²⁶ Vid. MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, 2012, p. 97; DOLZ LAGO, «Child grooming y sexting: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015», *Diario La Ley*, (8758), 2016, pp. 14 y 15.

han plasmado en nuestra legislación penal, como luego veremos. Tampoco se trata de un concepto teórico, sino que tiene raíces empíricas, de modo que plantea la cuestión de si, al aludir al término “*on-line*”, éste ha de entenderse *en sentido estricto o de modo amplio* o impropio.

2.3. *Child grooming* ¿*on-line*?

La referencia a “*on-line*” *child grooming* se suele emplear para calificar a las conductas típicas conforme al actual art. 183 *ter.1º* CP –anterior art. 183 *bis* CP–, en cuanto que la preparación del menor con fines sexuales se cometa a través de *cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación* específicamente citadas en el tipo allí previsto y, paradigmáticamente, a través de Internet. A menudo se emplea, no obstante, la referencia “*child grooming*” para aludir a aquel fenómeno (vid. STS 22.09.2015, TOL5512986²⁷) ¿Es más específico el término “*on-line child grooming*”? Si atendemos a la clasificación doctrinal y a la interpretación gramatical antes expuesta, sí lo es. Ahora bien, la referencia a la conexión *on-line* no aludiría tanto a un medio concreto por el que se comete *grooming*, sino a que los cauces más usuales empleados para ello hacen uso de un servicio virtual para comunicarse e informarse. Con frecuencia, dicho cauce será Internet porque, en efecto, es la vía más usual con la que los menores se instalan en el llamado “*cyberworld*”, en especial a través de *redes sociales*.²⁸ Puede advertirse, no obstante, que en el tipo del art. 183 *ter.1º* CP se equipara, de manera un tanto inexacta, un servicio virtual empleado para comunicarse, como es Internet, y determinados medios que pueden emplear este servicio pero también pueden facilitar la comunicación al margen del mismo, *v. gr.* teléfono, tecnologías de la información presentes o futuras. De ahí que, necesariamente, la denominación de esta clase de *grooming* como “*on-line*” sea, en nuestro ordenamiento, un término amplio o impropio. Conviene advertir que todos los medios allí previstos confieren al tipo del actual art. 183 *ter.1º* CP una *identidad característica* pues permiten diferenciarlo respecto a otras clases de *grooming* doctrinalmente delimitadas.

Ello pone de manifiesto la importancia del empleo de aquellos medios tecnológicos en sede de *tipicidad*. No obstante, la interpretación de los mismos ha suscitado disparidad de opiniones doctrinales, pudiendo distinguir entre quienes, de un lado, entienden que el acercamiento cibernético a través de aquellos medios telemáticos de “*seducción*” no se puede equiparar a una aproximación física²⁹ y quienes, de otro, sostienen que el empleo de TIC’s para el acercamiento *on-line* es equivalente al empleo de otros medios de acercamiento a menores en el espacio real.³⁰ A mi

²⁷Según nuestro TS “El término ‘*child grooming*’ se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor” (FD 1º).

²⁸Hasta tal punto es así que algunos autores incluso teorizan sobre las razones por las que los niños se sienten “*atraídos*” por las nuevas tecnologías. Así, CHOO destaca, ante todo, el fenómeno de “*reinventarse*” para hacer amistades con las que nunca se encontrarían en la vida real, en *AIC Reports*, (103), 2009, p. 8. En efecto, en el llamado “*cyberworld*” los menores están acostumbrados a usar identidades falsas y son conscientes de que la verdad no es un requisito imprescindible para actuar en estas redes, si bien son propensos a creer lo que otras personas les cuentan sobre ellos mismos.

²⁹Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, «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», *ADPCP*, (65), 2012, p. 183.

³⁰Vid. CUERDA ARNAU, *CPC*, (112), 2014, pp. 22 y 23; RAMOS VÁZQUEZ, «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», *La Ley*, (17973), 2011, p. 9; GONZÁLEZ TASCÓN, «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *EPyC*, (31), 2011, pp. 216 y 217.

modo de ver, las diferencias que, desde la perspectiva criminológica, se pueden señalar en el proceso de *grooming* por vías telemáticas, no justificarían la existencia de un ilícito más grave ni cualitativamente distinto en los casos en que se realice *on-line*, pues –como demuestra la clasificación antes expuesta–, la gravedad de estas agresiones es igual o incluso menor que casos de *grooming* en el entorno *off-line*.³¹ Con todo, desde la perspectiva técnico-jurídica, el legislador penal español acotó el delito del art. 183 *ter.1º* CP solo a casos en que se emplean medios *on-line*, *teléfono* o TIC's, de modo que éstos no cualifican el ilícito pero sí cierran con más precisión la *tipicidad* de este delito. En consecuencia, la interpretación de aquellas tecnologías es relevante para delimitar el *tipo penal*, sin perjuicio de que, pese a la falta de previsión, el *child grooming* pueda, en efecto, cometerse en contextos *off-line*. Veamos cuáles son los rasgos principales del delito tipificado en nuestro Código penal.

3. “On-line child grooming” en el Código Penal español

El delito denominado “*on-line child grooming*” y actualmente regulado en el art. 183 *ter.1º* CP tiene su precedente directo en el delito introducido, por primera vez en nuestro ordenamiento, por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el art. 183 *bis* CP. De hecho, como a continuación se detallará, entre ellos tan solo median dos diferentes elementos típicos: a) de un lado, *la edad de la víctima*, que se ha elevado de 13 a 16 años; y b) de otro, el *fin o propósito* perseguido por el autor ha de ser la comisión de determinados delitos, que han pasado del amplio grupo de los previstos en los arts. 178 a 183 y 189 –anterior regulación–, al más restringido de los delitos del art. 183 y 189 CP.

3.1. El art. 183 *bis*, conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio

a) Fundamentos para la incriminación

La reforma penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 junio, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento el delito objeto de este estudio, expresamente denominado por el legislador penal, en la *Exposición de Motivos* de dicha reforma (punto XIII), como “*child grooming*”.³² Aunque, en aquel lugar, el legislador penal español de 2010 apeló para la previsión de este delito a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003,³³ lo cierto es que cabe apuntar otros antecedentes más decisivos: no solo el delito previsto en el art. 23 del Convenio del Consejo de Europa de 2007, sino, en especial, el del art. 6 de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la

³¹ Como sostiene MIRÓ LLINARES, Internet no ha cambiado la forma de hacer *grooming*, de modo que “no parece que cualitativamente esas conductas sean más peligrosas, ni siquiera iguales, a las del *grooming* tradicional”, en *El cibercrimen*, 2012, p. 99.

³² Este delito se justificó en que “la extensión de la utilización de internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual”.

³³ Según NÚÑEZ FERNÁNDEZ, la citada Decisión Marco no mencionaba el acercamiento a menores con fines sexuales, toda vez que estaría derogada por la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de marzo de 2010, en *ADPCP*, (65), 2012, pp. 187 y 188.

pornografía infantil, de 29 de marzo de 2010.³⁴ Con posterioridad, se aprobó la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.³⁵ El art. 6³⁶ de esta Directiva previó –de forma similar a la Propuesta– un delito que pudo tener eco en el vigente art. 183 *ter*.1º CP, previsto por LO 1/2015. A la vista de estos precedentes, no parece descabellado calificar el delito del actual art. 183 *ter* CP de “*preparación on-line de menores para actividades sexuales*”,³⁷ coincidiendo además con el sentido dado al término “*grooming*” desde la perspectiva gramatical. Pese a la influencia de aquella normativa internacional en esta reforma, pueden señalarse algunos *elementos diferenciadores* entre la misma y el delito finalmente configurado en el art. 183 *bis* CP conforme a la LO 5/2010. Ante todo, la previsión de *tipos agravados* por el empleo de *coacción, intimidación o engaño* para lograr el acercamiento, según el art. 183 *bis* CP,³⁸ fue un dato que diferenciaba el delito allí previsto con respecto a lo propuesto en el Convenio del Consejo de Europa de 2007 y al art. 6 de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (2010).³⁹ Por lo demás, la *conducta* del art. 183 *bis* CP exigía que el autor persiguiera cometer delitos de los arts. 178 a 183 y 189 CP, con lo que se verificaba, en términos muy amplios, la exigencia del *propósito* de cometer delitos de abusos sexuales o pornografía infantil –previsto, por ejemplo, en el art. 23 del Convenio Europeo de 2007-.⁴⁰ Con respecto a las *penas*, el art. 183 *bis* CP castigaba con prisión de uno a tres años o multa de 12 a 24 meses, de modo que iba en consonancia con la Propuesta de Directiva antes citada y con la Directiva de 2011.⁴¹ Señaladas las semejanzas y diferencias entre aquellas normas, conviene destacar que la redacción definitiva del art. 183 *bis* CP fue modulada en la tramitación parlamentaria de nuestro país. Así el grupo parlamentario en la oposición en aquel momento

³⁴ Dicho artículo 6 recogía el delito de “Seducción de niños con fines sexuales”, de manera prácticamente idéntica a como lo hacía el reformado artículo 183 *bis* CP, tras la reforma de LO 5/2010.

³⁵ Vid. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 17 diciembre de 2011, p. L 335/1 ss.

³⁶ Bajo el título de “*embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos*”, el art. 6 establece: “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”.

“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 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.

³⁷ La versión inglesa del art. 6 de la Directiva alude a “*Solicitation of children for sexual purposes*”. El término “*solicitation*” se tradujo como “*embaucamiento*”, mientras que en *common law* se asocia a una proposición en cuanto acto preparatorio (*preparatory offences*).

³⁸ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 188.

³⁹ Puede decirse que el legislador penal español aprovechó la reforma de 2010 para introducir el delito de *child grooming* y además prever unos tipos agravados, más allá de los objetivos propuestos en el citado Convenio europeo y en aquella Propuesta de Directiva (convertida en la Directiva de 2011). Vid. CUGAT MAURI, «Capítulo 26: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 228.

⁴⁰ El art. 183 *bis* CP tampoco aludía al “adulto” como *sujeto activo*, referencia que sí recogían aquellos instrumentos internacionales (*v. gr.* art. 6 Propuesta de Directiva y posterior Directiva de 2011/92/UE).

⁴¹ En el art. 6 de la Directiva se reclamaba, en todo caso, para estos delitos penas privativas de libertad de una duración máxima de, al menos, un año.

planteó una enmienda, tras el inicial proyecto de reforma del CP,⁴² postulando la incorporación del delito del art. 183 *bis* CP.⁴³ No obstante, el ámbito típico del delito que en aquella enmienda se propuso fue distinto al definitivamente delimitado en el anterior art. 183 *bis* CP.⁴⁴ Ante todo porque el definitivo art. 183 *bis* CP previó un tipo básico y otro agravado para casos de empleo de intimidación, coacción o engaño.⁴⁵

Así delimitados, genéricamente, los fundamentos para la incriminación de este precepto, parece plausible enfocar la compleja cuestión del *bien jurídico tutelado*.

b) Bien jurídico protegido, a partir de la creación del Capítulo II *bis* Título VIII CP

La pregunta acerca del bien jurídico protegido en el delito de *on-line child grooming* –por tanto, en el delito del anterior art. 183 *bis* CP y del actual art. 183 *ter.1º* CP–, ha de plantearse a partir de la ya clásica discusión doctrinal entre las posturas que defienden que se tutela la “libertad sexual” y aquellas otras que sustentan que se protege la “*indemnidad sexual*”. Al respecto pueden incluso advertirse posiciones que, indistintamente, hablan de la tutela de ambos bienes jurídicos⁴⁶ o lo identifican con la *intangibilidad sexual*.⁴⁷ Por último, cabe advertir otras posturas que, junto a la indemnidad sexual, optan por delimitar un bien jurídico distinto al que identifican ya sea con “la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC”, en su proyección a la comisión de delitos de naturaleza sexual,⁴⁸ ya con la Infancia, como bien jurídico colectivo protegido constitucionalmente *ex art. 39.4 CE*.⁴⁹ Desde estas posturas el delito que nos ocupa sería pluriofensivo. Sin ánimo de reproducir ahora aquel amplio debate doctrinal, al menos conviene desmarcarse de las últimas posturas apuntadas. Entre otras razones, porque aludir como bien jurídico a la seguridad –siquiera

⁴² Vid. primer Proyecto de modificación del Código Penal, publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007.

⁴³ Véase la Enmienda nº 351 del grupo parlamentario popular (BOCG de 18 marzo de 2010, nºA-52-9, p. 156), que justificaba la previsión de este delito que no existía en el original Proyecto de Ley de Reforma del CP. Entre otros argumentos, se apelaba a que “cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan la visita a los parques infantiles por las pantallas de ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas”. De este modo, se definía el *grooming* como un proceso en que el autor se ganaba la confianza con menores y, progresivamente, lograba “el contacto personal con ellos y lleva a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red”.

⁴⁴ Según RAMOS VÁZQUEZ, *La Ley*, (17973), 2011, p. 10, el ámbito de aplicación del delito propuesto en la enmienda era incluso más amplio.

⁴⁵ En la enmienda nº 351 no se aludía a las TICs, sino a cualquier técnica que favoreciera el anonimato. Con ello se ampliaba la aplicación del precepto. Además se contemplaba que el autor actuara amparado en el anonimato que posibilitan aquellos medios –requisito no recogido finalmente por el tipo penal–, toda vez que el acercamiento había de realizarse con algún “ardid”. La exigencia de engaño ya se proponía en el tipo básico y no en el agravado, como finalmente trascendió al anterior art. 183. *bis* CP.

⁴⁶ Vid. DÍAZ CORTÉS, «El denominado *child grooming* del artículo 183 *bis* del Código penal: una aproximación a su estudio», *Boletín Ministerio de Justicia*, (66 – 2138), 2012, pp. 3-5.

⁴⁷ Vid. GÓMEZ TOMILLO, «Capítulo II *bis*: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, pp. 728 y 731, quien antes de dicha reforma aludía a la intangibilidad sexual del menor de trece años, idea que “...cierra el paso a cualquier contacto jurídico penalmente lícito con la sexualidad por debajo de tal edad”.

⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 242.

⁴⁹ Inicialmente, DOLZ LAGO sostuvo que además de la protección anticipada a la indemnidad sexual, se protegía, como bien jurídico supraindividual, la infancia en general. Vid. DOLZ LAGO, «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, (7575), 2011, p. 1740. Tras la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, el citado autor ahonda en dicha postura al entender que la citada reforma se sitúa en la tendencia progresiva hacia la plasmación legislativa de ese bien jurídico. Vid. EL MISMO, *Diario La Ley*, (8758), 2016, pp. 2 y 17.

sea en su relación con la genérica referencia a la *infancia*– aporta pocos datos materiales para caracterizar el interés allí tutelado. Por otra parte, y sin entrar en las razones materiales que puedan esgrimirse para proteger penalmente la *infancia* en el ámbito de los delitos sexuales, ésta no aparece, en la legislación vigente, como el objeto formal de tutela penal. Por todo lo anterior, no puede prescindirse, como punto de partida para delimitar el bien jurídico del delito del art. 183 *bis* CP, de la distinción entre *libertad* e *indemnidad sexual*. Así parece requerirse además a tenor de la referencia del propio Título VIII a ambos intereses desde que, a través de la reforma penal operada por LO 11/1999, de 30 de abril,⁵⁰ se introdujera la alusión a la indemnidad sexual, no sin suscitar críticas que apuntaban a la falta de sustantividad respecto a la libertad sexual, entre otras objeciones.⁵¹ Pero, como es sabido, la referencia a la indemnidad sexual no solo no desaparecería en reformas posteriores sino que incluso adquirió una nueva impronta a raíz de la previsión, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, del Capítulo II *bis* del Título VIII del CP, donde se introdujo *ex novo* el delito de *on-line child grooming* que nos ocupa.⁵² La creación de este capítulo específico favoreció que la referencia a la *indemnidad sexual* tuviera proyección sobre el grupo de menores de trece años allí delimitado,⁵³ pese a lo cual el encaje de este interés en contexto del Título VIII no deja de ser controvertido. Es evidente que la libertad sexual es un bien jurídico-penal tutelado en aquellos delitos dirigidos contra *adultos capaces*,⁵⁴ pero no lo es tanto el entendimiento que haya de hacerse de la *indemnidad sexual*. En un intento de contribuir a ello, puede proponerse una interpretación que se cohoneste con las exigencias de fragmentariedad y lesividad, entendiendo que la indemnidad sexual es el *interés en un adecuado desarrollo y formación de la personalidad y sexualidad del menor*. Por “adecuado” habrá que interpretar *aquel desarrollo libre de injerencias contrarias a los intereses del menor y que permita su proceso de socialización*.⁵⁵ Sobre este entendimiento, cabría apuntar una relación de *progresión* entre la *indemnidad sexual* y la libertad sexual,⁵⁶ de modo que aquella *indemnidad* se vincularía a la idea de *libertad sexual en fase de consolidación* que, según la legislación penal, se protegería hasta que el menor tuviera capacidad para consentir en el ámbito de la sexualidad.⁵⁷ Desde esta perspectiva, sería posible delimitar las agresiones al bien jurídico

⁵⁰ Conforme a la Exposición de Motivos de dicha ley, los delitos contra la libertad sexual existentes no respondían adecuadamente “a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.”

⁵¹ Vid. para un análisis crítico, Díez Ripollés, «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en EL MISMO/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, 2004, pp. 233 a 242.

⁵² Bajo la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años” se ubicaron delitos de agresiones y abusos sexuales (art. 183 y 183 *bis* CP), cuyo sujeto pasivo era el menor de *trece años*.

⁵³ Entre otras razones, por alusión expresa al mismo en el art. 183.1 CP, antes de la reforma de LO 1/2015.

⁵⁴ Vid. BOIX REIG, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3)», en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 316.

⁵⁵ Vid. ORTS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Acoso sexual», en VV.AA., *PE*, 2ª ed., 2008, p. 214; FERRANDIS CIPRIÁN, «El delito de online child grooming (art. 183 *bis* CP)», en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2013, p. 190.

⁵⁶ Vid. próxima MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 *bis* conforme a la LO 5/2010*, 2011, p. 63.

⁵⁷ Partiendo de que el libre desarrollo en el ámbito sexual también requiere de un aprendizaje, el bien jurídico *indemnidad sexual* sería el interés en formar al menor en esa libertad hasta que pudiera ejercitarla con madurez y sin

“indemnidad sexual” como las injerencias que truncan una normal formación de la personalidad y sexualidad del menor, adecuada a la edad del titular de este interés.⁵⁸ Entre dichas injerencias cabe incluir ofensas consistentes en *quebrar o abusar de la confianza forjada con el menor para, mediante ello, condicionarle a llevar a cabo determinadas conductas sexuales que, de otro modo, no hubiera aceptado*. Esta última ilicitud es la que cabe advertir en los delitos de *child grooming*, en cuanto *se caracteriza por el quebranto de la confianza depositada por el menor en una persona adulta, lo que le reporta una ventaja y facilita la manipulación o el abuso hacia dicho menor en el terreno de la sexualidad, al ser conocedor de que, por su edad, se está formando en este ámbito*.⁵⁹

De lo que antecede se desprende que, respecto a la indemnidad sexual, el delito del actual art. 183 *ter.1º* CP –anterior art. 183 *bis* CP–, comportaría un *peligro*, si bien la calificación de éste –como *abstracto, hipotético o concreto*– habrá de delimitarse atendiendo, posteriormente, a la configuración típica de dicho delito. La calificación como *delito de peligro* se ha extendido en sede judicial a partir de la STS 24.02.2015 (TOL 4.776.958), donde se sostiene que “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.” Según esta resolución el *bien jurídico protegido* sería “la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad”, toda vez que se admite la relación de este interés protegido con otros, como la integridad moral (FD 1º).⁶⁰ En efecto, en ocasiones la indemnidad sexual podrá verse afectada junto a la *integridad moral* por el delito de *on-line child grooming*, y también pueden verse involucrados otros bienes jurídicos como, en especial, a la *intimidad* y el derecho a la *propia imagen*.⁶¹ En todo caso lo que se pretende al delimitar el contenido material del ilícito de *grooming* es destacar su función de límite, es decir, de criterio hermenéutico que permite excluir del tipo penal conductas nimias o carentes del contenido de ilicitud anteriormente requerido, para así evitar interpretaciones que acrecienten el ya de por sí desmesurado adelantamiento punitivo que comporta el delito del art. 183 *ter.1º* CP. Porque, como se reconoce en la STS 22.09.2015 (TOL5.512.986), se trata de un *delito de peligro* “en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho

manipulaciones por parte de terceros, adultos u otros menores. En sentido próximo la SAP de Barcelona de 22 de diciembre de 2014, FD1º (Secc. 7ª, MP: A. Rodríguez Santamaría TOL 5566799).

⁵⁸ Vid. ORTIS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 4ª ed., 2015, pp. 201 y 202.

⁵⁹ Así entendido, cabe advertir la proximidad del ilícito de este delito con el de ciertas figuras de abuso sexual, si bien el tipo básico no requiere probar el engaño. Vid. el Estudio para *Save the Children* según el cual “la relación entre internet y abuso sexual se encuentra caracterizada por el estupro, más que por la violación forzada” (VV.AA., «La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas», 2013, p. 23).

⁶⁰ Y ello porque, en opinión del TS: “El bien jurídico tutelado en el precepto es sin duda la indemnidad sexual del menor, indemnidad que hay que entender en su sentido más pleno de contenido pues no solo pretende preservar el derecho a su pleno desarrollo y formación y socialización del menor, así como su libertad sexual futura, sino también su integridad moral por lo que el favorecimiento o promoción de la prostitución supone de ‘cosificación’ del prostituido” (FD 1º).

⁶¹ De modo que la ofensa de éstos, a través de medio telemáticos, hará posible la puesta en peligro de la normal formación en sexualidad del menor, por quebranto de la confianza depositada en terceros. En el ataque a aquellos intereses adicionales a la indemnidad sexual, podría advertirse cierto “plus” de ofensividad que, en ocasiones, acompañará a las conductas de *on line child grooming* y que habrá de depurarse, en su caso, conforme al correspondiente concurso de delitos.

penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años (...)” (FD 1º).

Sentado que la puesta en peligro de la indemnidad sexual, entendida en los anteriores términos, sería el eje para demostrar la antijuridicidad material del ilícito del delito del art. 183 *ter.1º* CP, es posible abordar, desde esta perspectiva, los *elementos típicos* del delito de *on-line child grooming* aquí analizado aludiendo, brevemente, a los elementos del tipo penal del anterior art. 183 *bis* CP que han sido reformados.

c) Principales elementos típicos del art. 183 *bis* CP

El delito del art. 183 *bis* CP se construía sobre los rasgos principales que la doctrina penal atribuye al fenómeno de *on-line child grooming*, a saber: a) el empleo de un medio tecnológico como Internet u otras tecnologías de la comunicación; para (b) establecer un contacto con un menor; cuya (c) edad era de 13 años; (d) proponiéndole un encuentro; (e) con el propósito de cometer algún delito contra la libertad sexual (arts. 178 a 183 y 189 CP). Además, el legislador penal de 2010 exigió acompañar dicha propuesta de “actos materiales encaminados al acercamiento”.

Dos son, pues, los requisitos reformados en el actual art. 183 *ter.1º* CP: de un lado, la *edad del sujeto pasivo*, y de otro, los *delitos* a cuya comisión se preordena el encuentro subsiguiente a la preparación del menor (arts. 178 a 183 y 189 CP). En primer lugar, el elemento de la *edad* del menor o *sujeto pasivo* se fijaba, en el delito del art. 183 *bis* CP, en *13 años*. La previsión de esta edad estaba en la línea de lo establecido en las normas internacionales al respecto (*v. gr.* el Convenio del Consejo de Europa de 2007) y era consecuente con configuración del Capítulo II *bis* del Título VIII, donde se ubicaba este delito, además de con las reformas acometidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, respecto a la edad de invalidez del consentimiento del menor en el ámbito sexual.⁶² No obstante, dicha edad fue controvertida, criticándose por el grupo parlamentario en aquel momento (2010) en la oposición,⁶³ toda vez que alguna opinión doctrinal⁶⁴ propuso su elevación a 16 años.⁶⁵ Además se objetó la exclusión de los *incapaces* por cuanto éstos podían ser tanto o más frágiles que aquellos menores.⁶⁶ Para otros autores la edad de trece años se ajustaba al principio de lesividad y respondía a razones sistemáticas, de modo que el legislador se ceñía a lo previsto en el Convenio Europeo de

⁶² La reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, suprimió la cláusula del anterior art. 181.2 CP donde se contenía una presunción *iuris et de iure* sobre la invalidez del consentimiento del menor de trece años en el terreno sexual. Vid. ORTIS BERENGUER, en VV.AA., *PE*, 2ª ed., 2008, p. 245. Como indicara CUGAT MAURI, tras la reforma de 2010, dicha previsión se vio desplazada por la nueva redacción del art. 183.1 CP conforme a la LO 5/2010, que aludía a “actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”, que no se acompañó de presunción alguna. Vid. CUGAT MAURI, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 229.

⁶³ Según CUGAT MAURI, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 235, el límite de edad de trece años fue criticado por el Grupo popular.

⁶⁴ Vid. DÍAZ CORTÉS, «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español-art.183 bis CP», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2012, pp. 303, 304 y 314.

⁶⁵ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTIS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 192.

⁶⁶ Vid. ORTIS BERENGUER, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Acoso sexual», en VV.AA., *PE*, 3ª ed., 2010, p. 271.

2007.⁶⁷ Con respecto al segundo aspecto del anterior art. 183 *bis* CP actualmente modificado, se suscitaron algunas cuestiones para delimitar el grupo de delitos *contra la libertad sexual de los arts. 178 a 183 CP y el art. 189 CP*. Ante todo por lo poco acertado de la alusión al art. 178 CP, puesto que las agresiones sexuales de este precepto iban dirigidas a mayores de trece años. De ahí que algunas posturas doctrinales tachasen de superflua la referencia a aquellos artículos –salvo en lo relativo al art. 189 CP–,⁶⁸ y otras defendiesen que lo adecuado hubiera sido aludir solo a los art. 183 y al 189.⁶⁹ No faltaron opiniones que explicaban la referencia a los arts. 178 a 183 CP interpretando que se podían verificar conductas consistentes en contactar con un menor de trece años que, una vez superada esa edad, hubiera sido el sujeto pasivo en la consumación de un delito del art. 178 CP.⁷⁰ Lo cierto es que no son impensables estos últimos supuestos en que el proceso de *grooming* dure más de un año, al cabo del cual el delito sexual que el autor pretendiera llevar a cabo sobre un menor de 13 años pudiera, no obstante, enmarcarse en los arts. 178 a 182 CP.

Al respecto, la STS de 24.2.2015 (TOL 4.776.958) se hizo eco de esta polémica, concluyendo que “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” (FD 1º).

Por lo que toca al reenvío normativo a los *delitos del art. 189 CP*, también recibió críticas doctrinales ante todo porque, en ese precepto, no solo se prevén conductas de pornografía infantil sino también otros ilícitos relativos a la distribución, exhibición o difusión de material pornográfico o la asistencia a espectáculos exhibicionistas. Para acotar este amplio ámbito de reenvío, algunas posturas doctrinales propusieron realizar una *interpretación restrictiva* de la remisión del art. 183 *bis* CP, de modo que solo se integrara por las conductas de pornografía infantil del art. 189.1.a) CP, en la línea de lo que apuntan las normas internacionales que conectan los delitos de *child grooming* con la pornografía infantil (*v. gr.* la Convención europea de 2007).⁷¹ Pese a lo razonable de la propuesta, lo cierto es que formalmente el anterior art. 183 *bis* se remitía a todo el art. 189 CP, que, como es sabido, consta de siete apartados, de modo que ceñir el alcance de la remisión a lo previsto exclusivamente en el apartado 1.a) plantearía, cuanto menos, dudas desde el principio de taxatividad. De hecho, como veremos, esta remisión no se ha modificado en la reforma operada por la LO 1/2015, que ha mantenido la referencia a los arts. 183 y 189 CP pero ha suprimido el reenvío al art. 178 CP, sin incluir ningún otro delito referido a la prostitución de menores, como los de los arts. 187 y 188 CP.⁷²

Sentado el análisis de las dos reformas contenidas en el art. 183 *ter.*^{1º} CP, surgen algunas dudas acerca de cuál pueda ser, en su conjunto, *la ley penal más favorable*, a efectos de la prohibición de

⁶⁷ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, *La Ley*, (17973), 2011, p. 10.

⁶⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731.

⁶⁹ Vid. BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357.

⁷⁰ Vid. DÍAZ CORTÉS, *Boletín Ministerio de Justicia*, (LXVI – 2138), 2012, p. 24.

⁷¹ Vid. TAMARIT SUMALLA, «Art. 183 bis», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1186, para quien “solo quedarían abarcados por el tipo de acoso sexual mediante TIC del art. 183 *bis* los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (conductas previstas en el art. 189.1.a) CP)”. Vid. RAMOS VÁZQUEZ, *La Ley*, (17973), 2011, p. 10.

⁷² Vid. BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357

irretroactividad de las normas penales y su excepción. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, de un lado, que la edad del sujeto activo conforme al art. 183 *bis* CP era más corta, de modo que, en ello, la nueva redacción del art. 183 *ter.1*º CP amplía el ámbito de aplicación de la ley penal. De ahí que parezca una norma penal *menos* favorable; en especial, en casos en que el menor afectado tenga una edad comprendida en la franja de edad entre los 13 y los 16 años. Por otra parte, la exclusión de la referencia al artículo 178 CP en el actual art. 183 *ter.1* CP pudiera hacer pensar que se ha recortado el ámbito de aplicación del delito allí previsto con respecto al del art. 183 *bis* CP. Aun siendo así, teniendo en cuenta lo excepcional de los casos en que, conforme al art. 183 *bis* CP, pudiera demostrarse que el autor cometía *grooming* con respecto a un menor de 13 años con el fin de verificar un delito del art. 178 CP –consciente de que dicho menor iba a superar dicha edad en el momento de la agresión sexual–, la reducción del ámbito del art. 183 *ter.1* CP no parece relevante a efectos de considerar al delito allí previsto como ley penal más favorable. En suma, puesto que el resto de elementos típicos del delito del art. 183 *ter.1*º CP y la pena han quedado inalterados, la ampliación del círculo de sujetos pasivos a menores de 16 años que prevé el art. 183 *ter.1*º CP hace que, en su conjunto, sea una ley penal *menos favorable para el reo* que la del anterior art. 183 *bis* CP.⁷³ Por lo que, en línea de principio, no será posible excepcionar la prohibición de retroactividad para aplicar el art. 183 *ter.1*º CP a casos cometidos antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

3.2. El nuevo delito del art. 183 *ter.1*º CP

La nueva ubicación sistemática del delito de *on-line child grooming* en el art. 183 *ter.1*º CP, tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, hace que el delito allí previsto comparta ahora localización con el nuevo delito denominado de “*sexting*”, situado en el apartado 2º del mismo art. 183 *ter* CP.⁷⁴ Pese a que las conductas de embaucamiento tipificadas en el apartado 2º de este art. 183 *ter* CP y la de proponer concertar un encuentro con el fin de cometer un delito sexual, del apartado 1º, no son idénticas, resultan valorativamente próximas hasta el punto que es previsible que, en la práctica, se verifiquen simultáneamente o incluso se solapen y refuerzan la una a la otra. Por todo ello puede decirse que la ubicación sistemática de ambos ilícitos en el mismo precepto resulta adecuada, por más que puedan plantearse razonables objeciones acerca de la *necesidad* de tipificar el delito del art. 183 *ter.2*º CP.

a) *Bien jurídico* e ilícito penal: peligro típico

Desde el entendimiento de la *indemnidad sexual*, protegida en el delito del 183 *ter.1*º CP, como la libertad en formación en el terreno sexual del menor de 16 años a fin de preservar así su bienestar psíquico y normal socialización en esta esfera, es posible apreciar la *ilicitud* de aquel delito ante manipulaciones o desviaciones del normal aprendizaje en sexualidad que procedan de excesos de

⁷³ A partir de la redacción del art. 183 *bis* CP por LO 1/2015, los casos en que el autor contacte con la víctima siendo menor de 16 años, pero el acercamiento efectivamente se produce a fin de realizar un delito del art. 178 CP –pues el menor va a superar aquella edad–, deberán ser enjuiciados conforme a otros preceptos. De modo que, dependiendo del concreto supuesto, puede apreciarse una tentativa de un delito del art. 178 CP o un delito del art. 188 CP.

⁷⁴ Formalmente, las similitudes entre ambos delitos alcanzan, ante todo, a los *medios comisivos empleados*, pues se repite la fórmula que alude a “internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación”. Y además requieren establecer *contacto con un menor de 16 años*.

confianza por parte de terceros, orquestados a través de Internet, teléfono u otras TIC's. Esto sentado, queda pendiente por esclarecer la *modalidad de ofensa* propia del delito tipificado en el art. 183 *ter.1º* CP. Como ya se adelantó, puesto que la conducta típica apenas ha variado, en este nuevo precepto también se contiene un *delito de peligro*⁷⁵ respecto a la indemnidad sexual, si bien las opciones a la hora de calificar la clase del mismo oscilan entre quienes, en la doctrina penal, defienden que se trata de un delito de *peligro hipotético*,⁷⁶ hasta recientes resoluciones judiciales en donde, siguiendo la línea señalada por el TS, se trataría de un delito de *peligro concreto*. Y ello ante todo, a la luz de la exigencia típica de *actos materiales* tendentes al acercamiento. Así, según la STS 24.02.2015 (TOL4.776.958) "la naturaleza de este *delito es de peligro* por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien. Si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del *peligro concreto* parece la acerada" (FD 1º). Reiterando la misma postura, las SSAP de Jaén de 11 de mayo de 2015, FD 1º (Secc. 2º, MP: P.J. Aguirre Zamorano, TOL5.191.150) y de Albacete de 22 de septiembre de 2015, FD 4º, (Secc. 1ª, MP: M. Mateos Rodríguez, TOL5.498.686).

Por obvio que parezca, hay que partir de que, valorativamente, la acción típica del delito del art. 183 *ter.1º* CP comporta un peligro a la indemnidad sexual que se evidencia, entre otros indicios, porque se produce un quebranto en la confianza depositada por el menor en otra persona. En atención al tipo allí previsto, *esa confianza* ha de haberse forjado *entablando contacto con el menor a través de determinados medios de comunicación tecnológicos*. Porque, específicamente a través de ellos, el *groomer* se procura una situación de subyugación moral de especial intensidad.⁷⁷ Ello acotaría la ilicitud típica de esta conducta, de suerte que no se castigaría cualquier ofensa contra la indemnidad sexual, sino *solo* la derivada del proceso de *grooming* que se hubiera realizado a través de los medios telemáticos tipificados. Por consiguiente el *grado de peligro* que alcanzaría la conducta tipificada en el art. 183 *ter.1º* CP, podría calificarse de *peligro abstracto* pues, abundando en lo dicho, en una escala ideal, aquella ofensa representa un adelantamiento de la intervención penal a estadios tan iniciales respecto a la lesión de la indemnidad sexual como la que comportan los actos preparatorios. A ello hay que unir que no estaríamos ante un delito de resultado sino de *mera actividad*, de modo que la pura constatación de un *iter* o acción típica bastaría para entender consumado el delito. Ahora bien, en la estructura típica del art. 183 *ter.1º* CP se prevé un elemento típico, cual es los "actos materiales encaminados al acercamiento", que ha de probarse para dotar de veracidad a la proposición de encuentro allí exigida y que, según se destaca en la jurisprudencia, podría conferir a este delito el sesgo del *peligro concreto*. No obstante, frente a esta postura cabe argüir que cuando el legislador ha querido tipificar un peligro concreto lo ha hecho empleando

⁷⁵ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, «Ciberacoso», en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 439.

⁷⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731. Parece decantarse por esta postura VILLACAMPA ESTIARTE, quien parte de que se trata de un delito de peligro abstracto para luego especificar que se trata de un peligro hipotético, en «Propuesta sexual telemática a menores u 'online child grooming': configuración presente del delito y perspectivas de modificación», *EPC*, (34), 2014, p. 677.

⁷⁷ Vid. CUGAT MAURI, para quien el empleo de cualquiera de aquellos medios facilitaría además la captación, almacenamiento, reproducción, difusión de imágenes y conversaciones con el menor, que podrían ser empleadas, eventualmente, para un chantaje sexual, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 235.

fórmulas típicas distintas que delimitan la ilicitud de manera más taxativa.⁷⁸ Además, la calificación del peligro como concreto, sostenida en algunas sentencias, se compadece mal con la interpretación que, asimismo, suele hacerse en sede judicial del delito del art. 183 *ter.1º* CP como un tipo en el que se adelanta la intervención penal a un supuesto que, materialmente, sería un acto preparatorio. Con todo, este debate evidencia que la interpretación que haya que hacer de los “actos materiales” requerirá, posteriormente, un análisis específico.

b) El autor del *grooming* como “*predatory stranger*” y el sujeto pasivo o menor perteneciente a la “Generación@”.

No puede pasarse por alto que el *sujeto activo* del delito del art. 183 *ter.1º* CP está condicionado por el perfil del “*sexual predator*” a la hora de delimitar el círculo de autores del *on-line child grooming*⁷⁹, pese a que allí se prevé un *delito común*. Brevemente acerca de esta construcción criminológica, ha de aclararse su aparición, ante todo, al socaire de las corrientes político-criminales surgidas en el contexto del sistema penal estadounidense,⁸⁰ donde el *grooming* es un fenómeno asociado, por lo general, a los delitos sexuales (*sexual offences*) cometidos por el denominado “*stranger danger*”.⁸¹ En consecuencia el *grooming* pasó de vincularse, inicialmente, a la figura del pedófilo⁸², a asociarse, finalmente, a la de un “depredador”⁸³ cuyo rasgo principal sería que constituye un peligro en tanto es un *extraño* en el entorno de la víctima.⁸⁴ Este entendimiento, que ha trascendido a los sistemas penales europeos, ha suscitado lógicos recelos entre la doctrinal penal extranjera y de nuestro país,⁸⁵ ante todo porque el *modus operandi* más común de *grooming* procede de conocidos u otros menores, lo que contradice abiertamente aquella concepción del autor como “*predatory stranger*”. Trasladando esta reflexión a nuestro ordenamiento penal, habría que aclarar si el delito del art. 183 *ter.1º* CP podrá aplicarse en los casos en que el *groomer* pertenezcan al contexto familiar, institucional o al grupo de amistades de la víctima. Teniendo en cuenta no solo la frecuencia con

⁷⁸ Entre otras, las referencias a que *v. gr.* pueda perjudicar gravemente – art. 325.2 CP–, que comporte un peligro para la vida – art. 351 CP–, o que pusiere en concreto peligro –art. 380 CP–, etc.

⁷⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN, *RECPC*, (18), 2016, p. 2

⁸⁰ No en vano una de las principales normas aplicables a casos de *grooming* es la llamada *Protection of Children from Sexual Predators Act de 1998*.

⁸¹ Vid. MCALINDEN, *Social & Legal Studies*, (15 – 3), 2006, p. 340.

⁸² La figura del pedófilo es, ante todo, estudiada desde la perspectiva de la psicología y, como se defiende desde diversos sectores, no conviene confundirla ni identificarla por completo con la del “depredador sexual”. En sentido técnico, desde la perspectiva de la psicología, la “pedofilia” se incluye entre los *trastornos parafilicos* y se define por referencia a la persona que reúne determinados rasgos clínicos. Vid. *Guía de Consulta de los diagnósticos DSM-5™*, American Psychiatric Association, (traduc. Burg Translations, Inc., Chicago) 2014, Washington/London, p. 377.

⁸³ Entre otras diferencias entre el autor de *grooming* y el pedófilo cabe apuntar que aquél no manifiesta, en todo caso, un interés patológico hacia los niños, ni un temor por relacionarse con adultos propio del pederasta, toda vez que se puede cometer *grooming* por muy diversos fines, distintos a los del pedófilo. Puede, además, afirmarse, con MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen*, 2012, pp. 256, que el sujeto que utiliza Internet para hacer proposiciones a menores no es generalmente un pedófilo, “dado que su objetivo no son niños (menores preadolescentes), sino adolescentes, en general”.

⁸⁴ La aparición del depredador sexual se remonta a las últimas décadas del s. XX, en el seno de la sociedad estadounidense en crisis, respecto a la que era válido el clásico patrón según el cual, para conjurar una amenaza de posible desintegración de la sociedad, la violencia de todos se focalizaba contra uno solo de sus miembros que devendría en el “chivo expiatorio”. Vid. RAMOS VÁZQUEZ, «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», *RDPC*, (8), 2012, p. 211.

⁸⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, pp. 84-93.

que en la práctica así sucede,⁸⁶ sino que el art. 183 *ter.1º* CP no impone límites formales a que cualquiera sea autor del delito, no sería sostenible una restricción interpretativa que identificara al autor de aquel delito exclusivamente con el estereotipo del *depredador sexual*. Con ello, no solo se estaría fomentando una suerte de *Derecho penal de autor*, sino que se podría dejar más expuesto y vulnerable al menor⁸⁷ frente a agresiones de otros sujetos que no encajan en el cliché del depredador sexual entendido exclusivamente como un *extraño*.⁸⁸ Téngase además en cuenta que, como los estudios criminológicos reflejan, el agresor *on-line* tiene mayor autocontrol y una menor impulsividad que el agresor que no utiliza la red.⁸⁹ A la vista de todo ello ha de prevalecer una interpretación objetiva del ilícito que oriente la aplicación del art. 183 *ter.1º* CP en atención a la conducta realizada y en función de la gravedad de la ofensa cometida.

Por otra parte, *sujeto pasivo* es, inequívocamente, el menor de 16 años cuya delimitación, probablemente, estuvo condicionada por la estrecha relación que los menores de dicha edad mantienen con las nuevas tecnologías. Ello pudo influir para que el ilícito del anterior art. 183 *bis* CP –actual art. 183 *ter.1º*– pivotara en los medios tecnológicos empleados por los menores como cauce habitual para comunicarse. Y es que aquella estrecha relación es algo tan consustancial a la *forma de vida* de dichos menores que evidencia la adscripción de los mismos a la llamada “*Gen-V*” (Generación Virtual) o “*Generación@*”.⁹⁰ No puede obviarse el cambio generacional que ello implica y que ha llevado a tildar a aquellos menores de “*nativos digitales*” por su profundo dominio del entorno *on-line*,⁹¹ que se manifiesta ante todo a la hora de *comunicarse* mediante Internet, redes sociales (en nuestro país, principalmente *Facebook*, *Tuenti* y *Twitter*)⁹² y otros medios (*v. gr. e-mails, blogs, chat rooms, messenger, WhatsApp*, etc.) que acrecientan su “*presencia virtual*”. Pero a la vez, ello ha facilitado la expansión de “*agresiones digitales*” asociadas a este cauce habitual de comunicación como se refleja, entre otras en la citada STS de 10 de junio de 2014 (TOL4.525.399).⁹³ Pues bien, si el *empleo de Internet y las nuevas tecnologías es inherente a la forma de*

⁸⁶ Vid. CHOO, *AIC Reports*, (103), 2009, p. 40.

⁸⁷ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, *RDPC*, (8), 2012, p. 222.

⁸⁸ Vid. MCALINDEN, ‘*Grooming*’ and the Sexual Abuse of Children: *Institutional, Internet, and Familial Dimensions*, 2012, p. 4.

⁸⁹ Vid. MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen*, 2012, p. 255, quien además destaca, entre otras notas del agresor *on-line*, que tienen mayor empatía con las víctimas, menor índice de desviación sexual y menos distorsiones cognitivas que los agresores sexuales clásicos.

⁹⁰ El *mundo virtual* que, por lo general, dichas tecnologías fomentan, ocupa un lugar central en el proceso de formación de estos menores. Tanto es así que, en ocasiones, se les ha podido denominar con el polémico término de “*nativos digitales*” (Prensky, 2001). Vid. GIL ANTÓN, «El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales», *RDUNED*, (10), 2012, p. 211.

⁹¹ Vid. críticos con el mito del “*nativo digital*” MEGÍAS QUIRÓS/RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, *Jóvenes y comunicación. La impronta de lo virtual*, 2014, p. 52. Según el estudio de DEL RÍO *et al.*, «Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al cyberbullying», *Revista de Estudios de Juventud*, (88), 2010, pp. 120 y 121, entre menores de 10 a 18 años, en nuestro país puede hablarse de la primera generación interactiva en España, expuesta a agresiones digitales.

⁹² Según el estudio *Jóvenes y comunicación*, durante 2011, en la franja de edad de jóvenes entre 15 a 29 años, se advirtió que predominaba el empleo de la red social *Facebook* (60%), seguida de *Tuenti* (40%) y muy por detrás *Twitter* (5%) y otras (*Google buzz, badoo, Myspace*, etc.). Vid. MEGÍAS QUIRÓS/RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, *Jóvenes y comunicación*, 2014, p. 52.

⁹³ Los siguientes hechos probados de la citada resolución apuntan a un caso de *on-line child grooming*, pese a que, en atención a la prohibición de retroactividad, no pudo aplicarse el delito del art. 183 *bis* CP: “el acusado a través de un chat de Terra se puso en contacto con la menor C., que entonces tenía 12 años de edad (...), con quien tras mantener varias conversaciones intercambiaron los correos electrónicos para hablar por el Messenger; siendo el de él (...) –cuyo avatar era el de un chico atractivo cuya edad se correspondía con los 17 mencionados en su nik–, y el

vida de los menores pertenecientes a la llamada generación virtual, aquellas tecnologías han de tenerse presentes a la hora de delimitar el *sujeto pasivo* que, a partir del actual art. 183 ter.1 CP, abarca hasta la franja de menores de 16 años.⁹⁴ Ante todo porque Internet, en efecto, no solo ha cambiado el perfil del sujeto que comete *grooming*, sino también el de la *víctima que lo padece*.⁹⁵ No obstante, la elevación de la edad penal en el art. 183 ter.1º CP –por la reforma penal de 2015– no parece que haya venido tanto condicionada por aquella relación entre los menores y las TIC’s, ni por compromisos internacionales,⁹⁶ cuanto por la fijación de la edad de consentimiento válido para mantener relaciones sexuales en los 16 años.⁹⁷ Aun cuando la edad del sujeto pasivo del art. 183 ter.1º CP sea actualmente hasta 16 años, ha de tenerse en cuenta determinadas cláusulas que podrían flexibilizar, en algunos casos, aquel límite de edad. Así, el actual art. 183 quater CP prevé la posibilidad de excluir la responsabilidad penal por delitos sexuales contra menor de 16 años si éste presta el consentimiento libre y el autor es “una persona próxima al menor por edad y por grado de desarrollo o madurez”. Con ello se iría en la línea de las medidas demandadas por la doctrina penal que permiten relativizar la excesiva rigidez y automatismo en la aplicación de consecuencias jurídicas por delitos sexuales,⁹⁸ ante todo, en casos en que el autor del delito de *on-line child grooming* sea otro menor,⁹⁹ tal y como sucede en países del entorno anglosajón.¹⁰⁰ De hecho, no son aislados los casos en que el delito de *on-line child grooming* se comete entre menores (vid. SAP de Orense nº 373/2013, 4 noviembre 2013, nº373, Secc. 2ª, MP: M. Cid Manzano, TOL3.972.492),¹⁰¹ si bien para apelar a la citada cláusula habría que demostrar que el menor objeto del *grooming* presta el consentimiento libremente.

correo electrónico de ella (...). Iniciando el acusado con C. una relación de amistad que aprovechó para conocer la forma de ser de la menor, su edad y vulnerabilidad por necesidad de afecto, para haciéndola ver que se había enamorado de ella, y derivarla a las finalidades perseguidas por el mismo; lograr que ella le mandara una grabación ante la Webcam masturbándose y se exhibiera otras veces sexualmente ante la misma -imágenes éstas que el acusado sin su conocimiento grabó-, (...)” (Antecedentes de Hecho).

⁹⁴ Según RAMOS VÁZQUEZ, «Grooming y sexting: artículo 183 ter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, p. 622, es previsible que aumenten las condenas al comprenderse ahora a adolescentes que utilizan Internet y otras TICs con más asiduidad.

⁹⁵ Vid. MIRÓ LLINARES *et al.*, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, 2013, p. 679.

⁹⁶ Una de las normas que más ha pesado en la previsión de este delito en nuestro CP, esto es, el art. 23 de la Convención europea de 2007, remitía al criterio de los Estados la determinación de la “edad de consentimiento”, siendo la tónica habitual entre los países de nuestro entorno la edad de *catorce años*.

⁹⁷ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, «Grooming y sexting: artículo 183 ter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, p. 622, quien lo califica de error histórico.

⁹⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1182.

⁹⁹ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 192.

¹⁰⁰ En este ámbito, la citada causa de exclusión de la responsabilidad ya existía previamente, siendo denominada *Romeo and Juliet exception*. Vid. RAMOS VÁZQUEZ, «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, p. 630.

¹⁰¹ Dicha sentencia recayó cuando todavía no había entrado en vigor el art. 183 ter CP ni la citada cláusula. En ella se desestima el recurso de apelación interpuesto por la defensa de un menor, frente a la Sentencia de 13 de mayo de 2013, dictada por el Juzgado de Menores de Orense. En esta última se condenó a un menor –de diecisiete años– por un delito del art. 183 bis CP, dando por probado que en septiembre de 2012 dicho menor conectó vía *Tuenti* con otra menor de doce años y “Tras unas cuantas conversaciones vía ‘Tuenty’ Tomás y Casilda se intercambiaron sus números de teléfono móvil en los que tenían servicio de whatsapp. A partir de ese momento Tomás, a sabiendas de

c) Conducta típica

El actual delito del art. 183 *ter.1º* CP queda configurado por determinados *requisitos típicos* que, como se puntualiza en la doctrina, han de demostrarse *cumulativamente*.¹⁰² Más aún, según opinión generalizada en la doctrina¹⁰³ y algunas sentencias¹⁰⁴, se trata de un delito “de tipo mixto cumulativo”, fórmula que indicaría que el tipo se configura a partir de la conjunción de varias acciones típicas, que han de verificarse por añadidura. No obstante, más que acumularse, las acciones típicas han de probarse en el *orden del tipo penal*. Es decir, se hace necesario verificar el *proceso* en que el *grooming* consiste en el *iter* en que se establece en este precepto. De otro modo, puede ser cuestionable su aplicación o incluso entrar en juego otros delitos. Así, en primer lugar, la *conducta típica* se acota a través de dos *acciones principales* que han de verificarse de forma consecutiva: primero, “*contactar*” con un menor y, a resultas de ello, “*proponer concertar un encuentro*” con aquél. Una *tercera acción*, accesoria de la anterior, sería realizar “*actos materiales encaminados al acercamiento*”. Esta última acción acompañará a la citada “*propuesta*”, de modo que, por lo general, se verificará con *carácter posterior* o cuanto menos, *simultáneo* a aquella otra.

i) Primera acción típica: “*contactar*”

Ha de demostrarse que se lleva a cabo la acción de contactar a través del manejo de unos medios taxativamente enunciados en el art. 183 *ter.1º* CP. Esto es, “*Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. El legislador de 2015 ha mantenido la misma fórmula del anterior art. 183 *bis* CP, pese a que se equipara un servicio *on-line* –Internet– con otros instrumentos que también pueden emplearse a través de una conexión *off-line* –el teléfono–. De este modo se alude, a título de ejemplo, a cauces muy distintos para cometer el delito, con lo que más que buscar una equivalencia valorativa entre dichos medios, parece que el legislador refleja el *modus operandi* habitual en que se emplean varios de ellos. A lo anterior se añade una cláusula abierta referida a “*cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. En la medida que se alude a “*otra tecnología*” puede decirse que se trata de una previsión que faculta la *subsunción de medios análogos* a los cauces de información y la comunicación existentes en la actualidad. Con ello pudiera ser que no se haya querido cerrar el tipo a los avances que en este ámbito tan cambiante como es la comunicación puedan producirse en el futuro. Pero no se trata, en mi opinión, de una cláusula de extensión indeterminada, pues la lista de “*tecnología*” subsumible en el tipo se acota por las referencias a la *información y a la comunicación*, quedando excluida otro tipo de tecnología (*v. gr.* científica, artística, etc.) que, por otra parte, difícilmente podría dirigirse a los fines previstos en el art. 183 *ter.1º* CP. Además, el legislador ha querido significar el empleo de Internet¹⁰⁵ puesto que,

que Casilda tenía doce años ya que así se lo había manifestado ésta por el móvil, empezó a enviarle reiterados whatsaps a Casilda proponiéndole quedar con ella para realizar actos sexuales.”

¹⁰² Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 440.

¹⁰³ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731; GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 245; FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 193.

¹⁰⁴ Vid. STS 22.09.2015, FD 1º, (TOL 5512986); SAP Barcelona, 22.12.2014, FD 1º, (TOL 5.566.799)

¹⁰⁵ Por su parte, las citadas SSTS 24.02.2015 (TOL4.776.958) y 22.09.2015 (TOL 5512986) interpretan que, con la alusión a estos medios, la ley se refiere a “un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a Internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión

en efecto, es evidente el relevante papel que, en el desarrollo del proceso de *grooming*, desempeñan las “redes sociales”¹⁰⁶ (*social networking sites*¹⁰⁷) y otros sistemas de comunicación, en especial, las salas de chat (*chat rooms*)¹⁰⁸ y los mensajes directos (*v. gr.* a través de *WhatsApp*).

Por otra parte, en la STS 24.02.2015 (TOLA.776.958) se cuestiona qué sucederá si la relación entre el autor y un menor de 16 años se desarrolla “en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima”, llegando a concluir que si se prescinde de los medios tecnológicos *habrá que descartar la aplicación de este precepto*. Y es que, en efecto, la importancia del requisito de los *medios tecnológicos* es tal que se revela como pieza clave en la tipicidad del delito del art. 183 *ter.1º* CP. De modo que aquellos casos de preparación del menor para fines sexuales sin emplear teléfono, Internet o algún medio tecnológico, es decir, en todo momento a través de contacto físico entre el delincuente y la víctima, no quedarían subsumidos en este delito.¹⁰⁹ Y ello a pesar de que la preparación del menor *off-line* o a través de contactos físicos (*v. gr.* encuentros en un parque, citas en lugares, etc.) pueda resultar tanto o más efectiva que el empleo de aquellos medios¹¹⁰ para realizar una propuesta –cara a cara– y, por tanto, un acercamiento material al menor. De ahí que, en la línea de lo planteado por la doctrina penal de otros países, en la nuestra se ha propuesto, *de lege ferenda*, regular casos de *grooming* empleando no solo aquellas tecnologías, sino de cualquier otro modo.¹¹¹ Esta propuesta habrá, no obstante, de sopesarse comprobando si ya existen otras figuras delictivas (*v. gr.* abusos sexuales fraudulentos) que susciten solapamientos normativos y, ante todo, advirtiendo el indeseable adelantamiento punitivo que comportaría.

Centrándonos en la *acción de “contactar*, y teniendo en cuenta su interpretación gramatical,¹¹² la acción se verificaría al entrar en comunicación con un menor, lo que, cabalmente, implica hacerle partícipe, manifestarle o hacerle saber algo.¹¹³ Ello suscita, por tanto, la duda de si es necesario, al menos, una contestación por parte del menor para establecer dicho contacto. La mayoría de la doctrina pronunciada al respecto acuerda en que el contacto requeriría la respuesta del menor,¹¹⁴ pues el mero envío de mensajes no correspondidos por el menor no significaría “contactar”.¹¹⁵ Pero es que, además, el envío de un mensaje (sea un *e-mail*, un *WhatsApp*, un mensaje de *chat*, una única llamada telefónica, etc.) sin recibir contestación alguna no puede integrar este elemento del delito,

en red mediante Wi-Fi o Ethernet, aplicaciones basadas en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse” (FD 1º).

¹⁰⁶ Vid., por ejemplo, el papel que desarrolla la red social *Facebook* en la SAP de Albacete 22.09.2015, FD 4º (TOL 5498686), como medio telemático por el que el acusado contactó con una menor, siendo condenado por un delito del anterior art. 183 *bis* CP.

¹⁰⁷ Vid. CHOO, *AIC Reports*, (103), 2009, p. 66 y ss.

¹⁰⁸ Vid. MIRÓ LLINARES, *El cibercrimen*, 2012, pp. 98 y 99.

¹⁰⁹ Vid. DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (8758), 2016, p. 19.

¹¹⁰ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 193.

¹¹¹ Vid. BOIX REIG, quien planteaba –respecto del anterior art. 183 *bis* CP– la conveniencia de que el legislador hubiera aludido “a cualquier medio, sin más, lo que también sería comprensivo de los medios tecnológicos que se cita”, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357. Por su parte, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, p. 684; LA MISMA, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 175.

¹¹² Según el DRAE significa “entrar en contacto o comunicación con alguien”. Vid. DRAE, 22ª ed., 2011.

¹¹³ Vid. DRAE, 22ª ed., 2011.

¹¹⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1185; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 174.

¹¹⁵ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 193; FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 193; VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, p. 682; RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 440

porque esta acción ni siquiera estadísticamente considerada pone en peligro el bien jurídico protegido; es decir, representa una ofensa al bien jurídico tutelado –en los términos expuestos– tan nimia que el principio de fragmentariedad y lesividad impiden subsumir estos hechos en la tipicidad del art. 183 *ter.1º* CP. A ello hay que añadir que el *contacto* es una *forma de ganarse la confianza del menor*, de modo que, para que ello suceda, ha de ser respondido y, según se constata en la práctica, reiterado en el tiempo. No puede, por tanto, concretarse con carácter general *cuántos contactos o comunicaciones son necesarios* para que ello suceda, porque en este precepto no se tasa el número de mensajes necesario para establecer dicho contacto ni el sentido en que el mensaje que lo contenga se ha de contestar. Así pues, si se diera el caso de que un primer y único mensaje es enviado por el *groomer* conteniendo una propuesta sexual y el menor lo contestara, aceptándola y entablando una conversación o incluso rechazándola, cabría dar por probado el *contacto* conforme al art. 183 *ter.1º* CP.

Por otra parte, ha de analizarse si, a efectos típicos, resulta relevante quién tome la *iniciativa* en la *acción de contactar*. De la dicción del art. 183 *ter.1º* CP parece deducirse que quien pretenda un “contacto” asimismo lo ha de iniciar, sin bien pueden plantearse casos distintos que también verifiquen este elemento típico del delito del art. 183 *ter.1º* CP: de un lado, aquellos en que el menor acepte un mensaje o *e-mail* enviado a una generalidad de destinatarios de modo que, con su contestación, establezca contacto.¹¹⁶ Esta forma de proceder verificaría la acción típica de contactar pues, por muy genérico que sea el mensaje que se envía, si un solo menor responde existirá aquel contacto. De hecho, como la realidad criminológica evidencia, los *groomer* actúan enviando un mismo o similares mensajes a varios menores, pudiendo llegar a tener, a la vez, contacto con varios de ellos por diversos medios virtuales (*v. gr. Facebook, Skype, etc.*). En estos casos, cabría calificar tantos delitos del art. 183 *ter.1º* CP como menores de 16 años se contacta y se propone tener un encuentro, con posterior acercamiento. A tal efecto, véase la citada SAP de Barcelona de 23 de junio de 2015 (TOL5.400.123), en la que se enjuicia la siguiente conducta:

Consta probado que el acusado “desde principios de 2011, movido por el ánimo libidinoso y con el fin de conseguir imágenes y vídeos en las que apareciesen menores de edad desnudas y realizando actos de provocación y contenido sexual, estableció diversos contactos por redes sociales y programas de mensajería vinculadas a las siguientes direcciones de correo electrónico”. En total se contabilizaron 13 direcciones “con niñas, algunas de ellas menores de trece años, convenciéndolas por diferentes medios para que confiaran en él y, a continuación, activaran la *webcam* y, ante ella, se desnudaran y realizaran actos de naturaleza sexual mientras el acusado aprovechaba para grabar dichas imágenes”. El acusado fue condenado, entre otros delitos, por dos del anterior art. 183 *bis* CP porque, en dos de aquellos casos, entró en contacto con niñas menores de 13 años y logró tener un encuentro con ellas (FFDD 1º y 4º).

De otro lado, se han podido distinguir casos denominados de “contacto inicial” –en que se emplea desde el principio un medio tecnológico para entablarlo– y otros casos de “contacto derivado”,¹¹⁷ es decir, supuestos en que el contacto, inicialmente, se produce sin utilizar TICs, es decir,

¹¹⁶ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 246.

¹¹⁷ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 193.

presencialmente o cara a cara y, a resultas de ello, el menor realiza un contacto telemático.¹¹⁸ Esta conducta que, en efecto, puede ser común en la práctica –puesto que, como el análisis criminológico demuestra, los *groomers* pertenecen, con frecuencia, al círculo personal del menor–, puede subsumirse en el art. 183 *ter.1º* CP; pero siempre que, efectivamente, se pruebe el ulterior contacto telemático y se verifiquen el resto de elementos típicos. Esta parece ser también la opinión que se abre paso ante nuestros tribunales según se desprende de la citada STS 24 de febrero de 2015 (TOL4.776.958), donde se sostiene 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 agota 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 (p. ej. profesor o monitor conocido por el menor)” (FD 1º).

Es importante, por último, reparar en el *contenido* de los mensajes enviados para “contactar”. A este respecto se hace necesario *distinguir entre las acciones de “contactar” y la de “proponer”*, por más que en ocasiones se entiendan como una sola. La diferencia es fundamental porque el contacto con el menor podrá o no tener como contenido la *proposición* a la que alude el art. 183 *ter.1* CP. Es decir, lo normal es que contengan una proposición para concertar un encuentro de carácter sexual,¹¹⁹ pero no necesariamente cada uno de los mensajes subsumibles en la acción de *contactar* –propia de un proceso de *grooming*–, han de versar sobre dicho aspecto. Puede suceder que sean mensajes de contenido sexual, obscenos y/o dirigidos a conocer aspectos privados del menor, incluso íntimos, de modo que con ello el *groomer* se *gane la confianza de aquél* y le prepare o seduzca para garantizar que, en un momento dado, al mandarle el mensaje con proposición sexual, el menor la acepte. En consecuencia, aquellos mensajes o llamadas contestados que, sin contener una proposición explícita, claramente integren o vayan en refuerzo del proceso de *grooming* y se realicen por alguno de los medios descritos en el art. 183 *ter.1º* CP, también *serán típicos* a efectos de este delito porque, en todo caso, integran la acción de “contactar.” Considérese al respecto los hechos probados de la SAP de Jaén, de 11 de mayo de 2015 (TOL5.191.150):

El acusado “desde octubre de 2012, ha venido manteniendo contactos por Internet (Tuenti) con la menor Enma de 11 años de edad en esa época, en la cuenta de su correo electrónico (...). En dichas conversaciones además de tener un evidente contenido sexual y obsceno el acusado aprovechaba para quedar con ella con la finalidad de satisfacer sus más íntimos deseos. Así en concreto en un mensaje enviado por el acusado a través de dicho chat del día 26 de Octubre de 2012 queda con la menor con la finalidad de mantener un encuentro sexual con ésta”. A tal efecto, se describen diversos mensajes con sugerencias de contenido sexual, quedando el acusado en recoger a la menor. “Como resultado de dichas conversaciones y contactos mantenidos entre el acusado y la menor a través de Internet, se han producido diversos actos atentatorios contra la libertad sexual de ésta; el día 22 de octubre de 2012, el acusado con intención de satisfacer sus instintos básicos

¹¹⁸ Vid. DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (7575), 2011, p. 1741.

¹¹⁹ Vid. BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357.

quedó en recoger a Enma en su coche llevándola a continuación hasta (...), donde besó en repetidas ocasiones a la menor en la boca a la vez que le realizaba tocamientos en sus partes íntimas".¹²⁰

ii) Segunda acción típica: *proponer concertar un encuentro* con el fin de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 CP

Conforme al tenor literal del art. 183 *ter.1º* CP, la *propuesta* necesariamente ha de tener como contenido *concertar un encuentro*, y habrá de realizarse en el decurso del proceso de *grooming*, de modo que lo normal será que se realice *después* o *a la vez* que se establece el contacto con la víctima. Por regla general consistirá en concertar un encuentro *físico* con aquella,¹²¹ determinando un *lugar y hora*, si bien resulta cuestionable que en este elemento típico quepa subsumir un encuentro *virtual*.¹²² Y ello porque, a pesar de que en el entorno virtual (*v. gr.* ciberespacio, *chatrooms*, etc.) se pueda preparar alguno de los delitos a cuya finalidad se dirige el encuentro (*v. gr.* elaboración de material pornográfico), es difícil admitir que efectivamente esos encuentros interactivos tengan lugar en aquel contexto "virtual", cuando además el art. 183 *ter.1º* CP exige actos "materiales" de acercamiento. Ahora bien, podrían subsumirse dichos encuentros "virtuales" en este elemento típico pero dejando sin contenido el requisito de los "actos materiales de acercamiento",¹²³ tendencia interpretativa criticable aunque, como veremos, ha tenido eco en algunas sentencias.

Mayor importancia reviste la cuestión de *si la propuesta ha de ser aceptada o no* para verificar este elemento del tipo. Mientras un sector doctrinal mayoritario sostiene que el tipo no requiere la aceptación, porque no se deriva de la literalidad del precepto,¹²⁴ otros autores defienden que la propuesta sí ha de aceptarse por el menor.¹²⁵ Esta segunda interpretación permite restringir la aplicación del precepto, pero hasta el punto que podría contradecir el tenor literal del mismo, toda vez que no se coherente con el sentido dado, en el lenguaje jurídico ni en el común, al verbo "proponer". Es decir, si el requisito de una "proposición" se exige en el tipo del art. 183 *ter.1º* CP como trasposición a nuestro ordenamiento penal del requisito de "*solicitation*" (Convenio del Consejo de Europa, Lanzarote 2007), habrá de interpretarse en sentido próximo a este concepto, esto es, como una clase de los llamados "*inchoate offenses*",¹²⁶ que *latu sensu* equivale a un acto preparatorio en nuestro sistema penal. Pero es que incluso si adoptamos el sentido dado a la *proposición* en nuestro sistema penal, como acto preparatorio, no es preciso para verificarla que haya un acuerdo con el destinatario de la propuesta.¹²⁷ A ello hay que añadir que, en lenguaje

¹²⁰ El fallo de esta sentencia condenó al acusado, como autor responsable de un delito del anterior art. 183 *bis* CP, a la pena de un año de prisión; y de un delito de abusos sexuales a menores de 13 años del art. 183.1 CP en relación con el art. 74 CP, por el que se le impuso la pena de cuatro años de prisión.

¹²¹ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 194.

¹²² Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 247; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 194.

¹²³ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 194.

¹²⁴ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731; GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, pp. 246 y 247; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 194.

¹²⁵ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 440.

¹²⁶ Vid. ASHWORTH, *Principles of Criminal law*, 5ª ed., p. 444; SIMESTER/SULLIVAN, *Criminal law. Theory and Doctrine*, 4ª ed., 2010, p. 285.

¹²⁷ Como expone LLABRÉS FUSTER, «La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., 2015, p. 89, la proposición es una conducta

común, no es lo mismo *proponer* concertar un encuentro que, efectivamente, *concertarlo*, acción que no es preciso demostrar para que se compruebe la tipicidad de esta acción *ex art. 183 ter.1º CP*.¹²⁸ En sentido próximo, puede aludirse la postura de la STS 24.2.2015 (TOL4.776.958) al sostener que “a la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación” (FD 1º). Pero frente a lo mantenido en esta sentencia, es prematuro admitir la *consumación* del delito del art. 183 *ter.1º CP* por la sola demostración del requisito de “proponer un encuentro”, siendo además necesario, como luego se expondrá, demostrar la realización de *actos materiales de acercamiento*.

A este respecto, además, no cabe descartar en la práctica el supuesto en que una propuesta de encuentro no respondida –y por tanto no aceptada–, vaya acompañada de *actos materiales de acercamiento*. Y pese a que no será el caso más habitual, de verificarse podrá reputarse una acción típica *ex art. 183 ter.1º CP*. Como también integraría la acción típica de “proponer un encuentro” aquella proposición para reunirse que no sea aceptada o sea respondida negativamente si, no obstante lo anterior, con posterioridad se lleva a cabo algún acto material de acercamiento. Considérese al respecto la citada SAP de Barcelona 23 junio de 2015 (TOL5.400.123).¹²⁹ Lo que sí es a todas luces irrelevante a efectos de verificar la tipicidad del delito 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.¹³⁰ El dato de que el menor acuda físicamente a un encuentro podrá tenerse en cuenta a efectos de verificar otro elemento del tipo: los *actos materiales de acercamiento*. Pero no es necesario que, en todo caso, el menor acuda a una cita para verificar dichos actos pues, como veremos, cabe probarlos conforme a diversas evidencias de la aproximación. Por último, solo la propuesta realizada de forma *activa* será típica (*v. gr.* envío de un email, *WhatsApp*, llamada telefónica, etc.), siendo impensable que lo sea *por omisión*.

iii) El *fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 CP* y el tipo doloso

No conviene deslindar lo que llevamos dicho de la acción de *proponer un encuentro*, del *fin de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 183 y 189 CP*. Parece evidente que con esta cláusula se alude a un *elemento subjetivo del tipo*.¹³¹ En consecuencia, habrá que probar el *dolo* del autor,¹³² puesto que,

unilateral en la que, a diferencia de la conspiración, en la que se ha producido ya un concierto de voluntades “no se requiere todavía haber alcanzado dicho pacto”.

¹²⁸ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 193.

¹²⁹ Una de las dos condenas del acusado por delitos del anterior art. 183 *bis CP* se fundó en el caso de una menor que contestó una *propuesta de encuentro en sentido negativo, esto es, rechazándola*, pese a lo cual el acusado la localizó, fue a su encuentro y la besó en las mejillas (vid. Antecedente de Hecho 1º, C).

¹³⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1183.

¹³¹ Vid. ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 4ª ed., 2015, p. 229; BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 182.

¹³² Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731.

además, no se castiga expresamente un tipo imprudente para este delito (art. 12 CP).¹³³ Con esta decisión legislativa, en efecto, se acota mejor el ámbito de aplicación del delito del art. 183 *ter*.1º CP.¹³⁴ El dolo del autor deberá abarcar, en todo caso, la edad del menor, de modo que no quepa duda de que el *groomer* sabía que sedujo a un menor de 16 años para fines sexuales. Si desconociera este elemento del tipo, no podrá aplicarse el art. 183 *ter*.1º CP (vid. SAP Valencia, de 24 de octubre de 2013, FD 2º, MP: L. Sanz Díaz, Secc. 3ª, TOL4.089.375¹³⁵). Y si se demuestra que quien contactó y propuso un encuentro realizando actos de acercamiento estaba convencido de que trataba con un mayor de 16 años –cuando, en realidad, era menor–, cabrá apreciar un *error de tipo*¹³⁶ que, según el régimen del art. 14.1 CP, quedaría *impune* tanto si es *invencible* como si es *vencible*, dada la ausencia de castigo expreso de la imprudencia para el delito del art. 183 *ter*.1º CP. Con todo, la prueba del conocimiento de la edad del menor puede ser controvertida en los casos en que los medios de contacto (*v. gr. chats, Messenger* etc.) hayan sido empleados por el propio menor para ocultar su edad real.¹³⁷

Añadida a la prueba del dolo, habrá que demostrar la *específica intención del autor* de cometer alguno de los abusos y agresiones sexuales contra menores de 16 años (art. 183 CP) y/o de *utilización de menores con fines exhibicionistas o pornográficos* (art. 189 CP). Y puesto que este elemento subjetivo excede del contenido del dolo, se ha podido sostener que se trata de un *delito mutilado en dos actos*.¹³⁸ De mayor relevancia que esta caracterización teórica es la prueba de este elemento subjetivo, de suerte que se demuestre *más allá de toda duda razonable*. Conforme a este estándar, es previsible que la prueba de la intención del autor sea uno de los aspectos del delito que mayores dificultades plantee, acudiéndose, en la práctica, a la *prueba de indicios*, salvo confesión expresa del acusado.¹³⁹

¹³³ Pese a ello, se ha planteado la conveniencia de prever un tipo imprudente para sancionar casos de error de tipo vencible sobre la edad. Vid. CANCIO MELIÁ, «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *La Ley penal*, (80), 2011, p. 15.

¹³⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 184.

¹³⁵ En esta sentencia se concluye absolviendo al acusado del delito del anterior art. 183 *bis* CP, al demostrarse que éste desconocía que la menor –con la que había contactado a través de una red social y habían mantenido relaciones sexuales–, tuviera menos de 13 años, ante todo porque “ni ésta ha afirmado en la vista oral que, de alguna manera, hubiere dado a conocer a aquél su verdadera edad, explicando la menor que se abrió una cuenta para registrarse en la red social ‘Tuenti’, ayudándole a ello una amiga y si bien primero intentaron hacerlo reflejando su verdadera edad, introduciendo su fecha de nacimiento a tal fin, la red no le permitía registrarse al constar una edad inferior a la de 14 años - el mínimo a partir del cual es registro es factible-, motivo por el cual decidieron, al efecto de poder ser admitida Sara en la red, poner otra fecha de nacimiento coincidente con una edad de 14 años; asimismo, en ningún momento refirió que le hubiese dicho al acusado que tenía 12 años” (FD 2º).

¹³⁶ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 207.

¹³⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, «Artículo 183 *bis*», en LOS MISMOS (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, p. 440.

¹³⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1186. En opinión de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 195, ello comportaría que el tipo objetivo solo requeriría realizar una concreta conducta, mientras que el aspecto subjetivo demandaría la voluntad de llevar a cabo, a continuación, otras conductas delictivas, que conducirían a la lesión del bien jurídico.

¹³⁹ Esta es una de las cuestiones analizadas en la SAP de Barcelona 22.12.2014 (TOL 5566799) puesto que el acusado había negado querer mantener relaciones sexuales con la menor. Para demostrarlo, se apeló a la prueba de indicios de modo que: “ese problema se resuelve sin duda para este Tribunal acudiendo el propio contenido de los mensajes; donde el acusado se refiere a la menor como cariño, se despide con un beso, le pregunta cosas tales como que le gusta hacer con los chicos o donde la va a llevar con la duda de que la dejen entrar en un hotel visto lo joven que es” (FD 1º). La condena conforme al delito del art. 183 *bis* CP fue recurrida en casación, si bien el TS confirmó, entre otros, la prueba de aquel elemento subjetivo y del conocimiento de la edad de la menor por parte del recurrente (STS 22.09.2015, TOL 5512986, FD 1º).

A estas dificultades hay que añadir que el actual art. 183 *ter.1º* CP no resuelve las objeciones dirigidas al anterior art. 183 *bis* CP con respecto a los delitos a cuya comisión ha de dirigirse el *child grooming*.¹⁴⁰ Una de las reformas operadas por la LO 1/2015 en este precepto ha sido, precisamente, para reducir aquellos delitos a cuyo fin ha de dirigirse el *grooming*, de modo que se han suprimido las referencias a los artículos 178 y siguientes, hasta el 182 CP. Pero, pese a que en general la exclusión de algunos delitos de este elemento subjetivo del tipo ha sido aplaudida por la doctrina,¹⁴¹ subsiste el problema de la remisión al art. 189 CP.¹⁴² En efecto, este precepto contiene tan amplio elenco de conductas además de los actos de producción de pornografía, que –como ya sucedía respecto del anterior art. 183 *bis* CP¹⁴³– es complejo acotar el ámbito típico del delito del art. 183 *ter.1º* CP. Sin embargo, pudiéndolo haber restringido, el legislador penal de 2015 no ha querido modificar la remisión del art. 183 *ter.1º* CP, por lo que en principio el art. 189 CP ha de considerarse en su totalidad, so riesgo de no dar cumplimiento al mandato legal previsto en delito de *on-line child grooming*.¹⁴⁴ No obstante, esta interpretación podría ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación del art. 183 *ter.1º* CP toda vez que, por otra parte, no se han disipado las dificultades que existen para deslindar el ámbito típico de los actuales delitos del art. 183 *ter.1º*) respecto del art. 189.1.a) CP. Por todo lo cual, cabe plantear, *de lege ferenda*, la reforma de esta remisión del delito de *on-line child grooming*, especificando más la referencia que en él se contiene a concretos apartados del art. 189 CP.

Para concluir con el análisis de la acción de *proponer concertar un encuentro con el aludido fin*, tan solo conviene aclarar que, desde la perspectiva material, ello equivale a un *acto preparatorio*¹⁴⁵, lo que evidencia el adelantamiento de la intervención penal en este ámbito. Más difícil resulta admitir si en el delito del art. 183 *ter.1º* cabe subsumir actos que traspasen el quicio de la ejecución de otros delitos, en particular los del art. 183 CP y 189 CP, adentrándose en la tentativa. Si partimos de que los abusos sexuales a menores de 16 años y la mayoría de los delitos del art. 189 CP son de *mera actividad*, es prácticamente imposible admitir para ellos la *tentativa acabada*, cuyo campo propio sería, tradicionalmente, el de los delitos de resultado.¹⁴⁶ No obstante, sí que puede aceptarse para los delitos de mera actividad, al menos teóricamente, algunos casos de *tentativa inacabada*. Precisamente las dificultades que se dan para castigar, respecto de los delitos del art. 183 y 189 CP, esta última clase de *tentativa*,¹⁴⁷ podrían estar sorteándose, en algunas ocasiones, al reconducirse

¹⁴⁰ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 194.

¹⁴¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, p. 697.

¹⁴² Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 441; VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 187.

¹⁴³ Se propuso una interpretación restrictiva de este precepto, apoyada en normas internacionales (Convenio de Europa de 25 de octubre de 2007 y de la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre), para orientar las finalidades del *child grooming*, a los delitos del art. 189.1 CP. Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 195.

¹⁴⁴ En sentido próximo DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (8758), 2016, p. 20.

¹⁴⁵ Vid. CUERDA ARNAU, *CPC*, (112), 2014, p. 22.

¹⁴⁶ Vid. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, 2000, p. 309.

¹⁴⁷ La STS de 22.09.2015 (TOL 5512986), confirma la SAP de Barcelona 22.12.2014, FD1º (TOL 5566799), en que se condena a un delito del art. 183 *ter.1º* CP pero se rechaza aplicar la tentativa de un delito de abuso sexual y de otro de pornografía, porque “si la toma de contacto con el menor y adopción de actos materiales encaminados al acercamiento tuviera lugar en el contexto de las relaciones interpersonales directas, podría fácilmente rebasar la

estos casos al delito de *on-line child grooming*.¹⁴⁸ Con todo, este entendimiento, que presupone considerar un *iter criminis* orientado a la consumación de los delitos sexuales de los arts. 183 y 189 CP, queda supeditado a la interpretación objetiva del delito del art. 183 *ter.1º* CP, en el que formalmente se eleva al grado de consumación lo que materialmente son actos preparatorios. Por consiguiente, este delito se *consumará* al probar la mera proposición de encuentro y la intención de cometer uno de los delitos del art. 183 o 189 CP, siempre que se constaten además *actos materiales de acercamiento*. Siendo evidente, por otra parte, que el art. 183 *ter.1º* CP prevé un tipo de autoría que, por tanto, extiende la punibilidad a posibles partícipes.

iv) Actos materiales encaminados al acercamiento

Frente a las distintas opiniones, por lo general, en sentido crítico con respecto a este requisito e incluso –como veremos– a algunos intentos de obviar su prueba, a mi modo de ver cumple con una función de cierre del tipo que en absoluto es desdeñable. Así pues, la *consumación* del delito del art. 183 *ter.1º* CP solo podrá acreditarse una vez probados *actos materiales de acercamiento* entre el autor de aquel delito y un menor de 16 años.¹⁴⁹ Puede decirse que con este requisito se dota de *carácter tangible* al ilícito típico porque, en el contexto del delito de *on-line child grooming*, la exigencia de este elemento supondría un “plus” al requerir –no sin cierto grado de indeterminación– actos acreditables en el mundo *off-line*, dirigidos a facilitar el encuentro entre el menor y el *groomer*. Nótese que el legislador habla en plural de “actos” puesto que, por lo general, serán distintas acciones las que hayan de tenerse en cuenta, en su conjunto, para verificar este requisito. Pero sobre todo, lo que se pretende con este requisito es circunscribir el ámbito típico del precepto a aquellos casos en que haya un *propósito serio de encuentro*, bien por parte del menor, bien –como será más usual– por parte del autor. Y a pesar de que, en efecto, la fórmula empleada es vaga e imprecisa, por la alusión a “actos materiales”, el hecho de que éstos tengan que ir “encaminados al acercamiento” daría entrada a la *exigencia de prueba de acciones* que muestren la alta probabilidad de que se produzca uno de los momentos claves en el delito de *on-line child grooming*: el encuentro (*meeting*) *presencial y real*, entre el autor y el menor de 16 años.

En sede judicial, el dato de que este elemento redunde en la exigencia de prueba de la alta probabilidad de lesión a la indemnidad sexual, se ha relacionado con la exigencia de una *clase de peligro*. Al respecto, recientes resoluciones judiciales se apoyan en este requisito típico para caracterizar el tipo del art. 183 *ter.1º* CP como un delito de *peligro concreto* (vid. STS 24 de febrero de 2015, FD 1º, TOL4.776.958¹⁵⁰). En este sentido, parece entenderse que esa exigencia de

frontera de los actos preparatorios para entrar de lleno en la tentativa, si bien, por el hecho de realizarse la comunicación a distancia es difícil apreciar el inicio de actos ejecutivos del delito sexual” (FD1º, TOL 5566799).

¹⁴⁸ Considérese el supuesto de hecho de la SAP de Barcelona 23/06/2015 (TOL 5400123), en la que se condena por un delito del anterior art. 183 *bis* CP al acusado que, tras proponer un encuentro a una menor sin que esta accediera, “supo que Benita estaría en la plaza de la población donde reside, por lo que se acercó al lugar. Una vez se encontró con ella, entabló una conversación y la besó en las mejillas...” (Antecedente de Hecho 2º, C).

¹⁴⁹ El hecho de que las normas internacionales de las que este precepto trae causa (art. 23 Convenio del Consejo de Europa de 2007 y art. 6 de la Directiva 2011/92/UE) exijan este requisito, explica que se incluyera, desde la reforma penal de 2010, en el art. 183 *bis* CP, y se mantenga en el art. 183 *ter.1º* CP.

¹⁵⁰ Según esta resolución “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

“materialidad” obligaría a requerir, en el supuesto en concreto, la prueba de actos que demuestren que la lesión de aquel bien jurídico es *posible*, cabiendo además prueba en contrario, en sede judicial, para desvirtuar la existencia de dichos actos.

Por otra parte, ha de descartarse que los actos “materiales” sean lo mismo que *actos ejecutivos* propios de la tentativa de alguno de los delitos del art. 183 o del 189 CP, toda vez que los “actos materiales” se refieren al “acercamiento” y no directamente a la comisión de alguno de aquellos delitos. Teniendo esto presente, desde una interpretación material del injusto típico del art. 183 *ter.1º* CP cabría subsumir allí acciones que pueden considerarse *actos preparatorios* –proposición–, y parece que incluso *tentativas inacabadas* de los delitos del art. 183 y 189 CP.¹⁵¹ Y ello porque la referencia a “actos materiales” permite, como enseguida veremos, albergar actos que no suponen inicio de ejecución (*v. gr.* envío al menor de los billetes de tren para ir al lugar de encuentro) y otros más que, de forma excepcional, pueden suponerlo (*v. gr.* acudir al lugar de encuentro y besar en la mejilla al menor). Además, con respecto a dichos actos, no se establece ninguna lista cerrada.¹⁵² Para evitar un sistema por completo de *numerus apertus* el legislador podría haber reducido la amplia discrecionalidad e indeterminación de referencia típica, citando algún ejemplo paradigmático de dichos actos e incluyendo una cláusula por la que se admitieran supuestos análogos. Pero puesto que no ha sido esta la opción legislativa, aquellos “actos materiales” habrán de concretarse atendiendo a la casuística de los tribunales, siendo en todo caso un criterio indiciario para descartar las propuestas poco serias.¹⁵³ Entre otras notas elementales al respecto cabe señalar –pues el adjetivo “materiales” no deja lugar a duda– que habrán de ser actos *tangibles* o perceptibles por los sentidos, lo que usualmente requerirá una actuación física o aproximación presencial que trascienda el mundo interactivo y *facilite* el encuentro entre autor y víctima. Conforme a una interpretación estricta del término “actos materiales”, coherente con el principio de legalidad, han de descartarse meros actos para un acercamiento *virtual*¹⁵⁴ pues precisamente este requisito es el que proporciona *materialidad* al delito del art. 183 *ter.1º* CP, en el bien entendido que eleva el nivel de exigencia probatorio al requerir evidencias que, por obvio que parezca, han de verificarse en el mundo *físico*. La citada STS 24 febrero 2015 (TOL4.776.958) se hace eco de esta problemática,¹⁵⁵ de modo que en relación a la exigencia de que aquellos *actos materiales* *deban ir “encaminados al acercamiento”*, se entiende que se trata de una finalidad “que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe

consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumación anticipada” (FD 1º).

¹⁵¹ En sentido próximo, aunque en relación con el anterior delito del art. 183 *bis* CP, vid. CUGAT MAURI, en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 236; GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731; RAGUÉS I VALLÈS, «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *PE*, 3ª ed., 2011, pp. 131 y 132.

¹⁵² Vid., entre otros, DÍAZ CORTÉS, *Boletín Ministerio de Justicia*, (LXVI – 2138), 2012, p. 22.

¹⁵³ Vid. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *PE*, 3ª ed., 2011, p. 131.

¹⁵⁴ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, pp. 685 y 686, quien descarta aplicar el precepto a casos en que se propone un encuentro para practicar sexo cibernético.

¹⁵⁵ Así se afirma que “el legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto, que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos (...)” (FD1º).

interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio ‘encuentro’. De aceptar la primera interpretación, actos materiales como el envío de regalos que claramente tienden a fortalecer la relación que se pretende explotar integrarían el concepto exigido por el CP” (F.D.1º). En efecto, el término “acercamiento” puede interpretarse en los dos sentidos expuestos en esta resolución, si bien hay que tener en cuenta que este requisito procede de la exigencia, en el mismo sentido, prevista en normas internacionales donde se alude al “encuentro”.¹⁵⁶

Ahora bien, si el legislador español ha querido emplear en el art. 183 *ter*.1º CP el término “acercamiento” en el mismo texto en que, previamente, ya alude a “encuentro”, pudiera ser porque le quiere dar un sentido más amplio a aquel término, incluyendo actos de aproximación física para dicho encuentro y otros que previamente lo refuercen o favorezcan. Esta duda se podría haber evitado si el legislador hubiera empleado solo el término “encuentro” en la línea de aquellas normas internacionales.¹⁵⁷ Pero como no ha sido así, cabe citar a título de ejemplo, entre otros actos materiales encaminados al acercamiento extraídos de distintas resoluciones,¹⁵⁸ los siguientes: acudir al lugar y hora de una cita por parte de quien, previamente, ha propuesto concertar un encuentro a un menor de 16 años por Internet, teléfono o medios similares; que sea el/la menor quien acuda al lugar de encuentro propuesto (vid. SAP de Albacete 22.09.2015, FD 4º, TOL5.498.686); ir a un lugar donde, normalmente, acuda el menor y esperarle (*v. gr.* parque, plaza, colegio), habiéndole hecho una proposición pero sin aguardar a su confirmación de encuentro o incluso sin que el menor acceda al encuentro (vid. SAP de Barcelona 23.06. 2015, FD 1º, punto C, TOL5.400.123); entregar regalos al menor, por ejemplo, un teléfono móvil con el que estar en contacto (vid. STS 24.02.2015, FD 1º, TOL4.776.958). Por último, el acercamiento integral o encuentro en el lugar acordado (*v. gr.* estación de trenes) también verificaría este requisito (STS 22.09.2015, FD 1º, TOL 5512986)

Frente a estos ejemplos, es objetable la tendencia que acoge una “espiritualización” de los “actos materiales de acercamiento”, interpretando que su prueba puede quedar sustituida por la de otros requisitos típicos del delito del art. 183 *ter*.1º CP.¹⁵⁹ Al respecto, ha de criticarse la postura de algunas resoluciones que hacen bascular la prueba del tipo allí previsto en el resto de elementos, dando por presunta la verificación de aquellos “actos materiales” o suplantando su prueba por la constatación de otros elementos típicos.¹⁶⁰ En este sentido, la citada SAP de Orense 4.10.2013 (TOL3.972.492) plantea diversas cuestiones desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia, puesto que confirma la condena por un delito del anterior art. 183 *bis* CP, aduciendo que no se produce la infracción de dicho precepto ante la alegada falta de prueba de “actos materiales” porque “la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada

¹⁵⁶ Así en el art. 23 de la Convención de Lanzarote (Convenio del Consejo de Europa de 2007) se hace referencia al término “meeting” al igual que en el art. 6 de la Directiva 2011/92/UE.

¹⁵⁷ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 177.

¹⁵⁸ Vid. también DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (7575), 2011, p. 1741

¹⁵⁹ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 441.

¹⁶⁰ Respecto a la postura del TS al interpretar los “actos materiales”, en la citada sentencia de 24 de febrero de 2015 (TOL 4.776.958), se afirma la necesidad de su prueba. A la vez, se hace eco de la opinión doctrinal según la cual “la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma” (FD 1º).

a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias.”¹⁶¹ En esta última resolución se apunta al envío de algunas fotos de contenido sexual como acción próxima a lo requerido para demostrar aquellos “actos materiales”. Sin embargo, solo con ello no podría verificarse el elemento típico referido a estos actos, pues haría falta una actuación que trascendiera del entorno virtual al físico. De modo que, a falta de prueba de actos tangibles encaminados a una aproximación, no sería aplicable el delito del art. 183 *ter*.1º CP, pues aun cuando se hubiera verificado la *propuesta* de encuentro a fin de cometer algún delito sexual allí previsto, la conducta sería atípica.¹⁶² Ahora bien, la falta de tipicidad con respecto al delito del art. 183 *ter*.1º CP por ausencia de prueba de aquellos actos, no impide acudir, en su caso, a otros delitos. En este sentido, parece más acertada la postura sostenida en otras resoluciones en las que no se fuerza la prueba de actos materiales, ante todo en los casos –no poco frecuentes– en que la propuesta de encuentro para llevar a cabo una actividad sexual vaya acompañada de *una oferta de dinero u otros objetos o valores*. En este supuesto es cuestionable que la oferta de dinero a cambio del encuentro de naturaleza sexual pueda considerarse “actos materiales”, pero sí cabría entenderla como una “remuneración o promesa”, de modo que, descartada la calificación de los hechos conforme al art. 183 *ter*.1º CP –por atipicidad–, cabría plantearse la aplicación del actual art. 188.1.II CP (anterior art. 187.1.II CP). Al respecto la SAP de Castellón de 31 de marzo de 2015 (nº 142, Secc. 1ª, MP: E. Solaz Solaz, TOL4.947.303) confirma la sentencia de condena por un delito de corrupción de menores del art. 187.1.II CP.¹⁶³ Y ello sobre la base del siguiente razonamiento:

“(…) a la solicitud de una relación sexual efectivamente realizada a un menor de edad (pero no menor de trece años), con independencia del medio o modo en que se comunique la misma (directa o través de medios telemáticos, telefónicos u otros similares), se anuda el elemento objetivo que caracteriza este tipo penal, y que lo diferencia del tipo del art. 183 *bis* CP, relativo a “la remuneración o promesa” ofrecida al menor a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, lo que se materializó en la promesa de dar al menor “dinero, porros y una play station 3”, y que determina la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de corrupción de menores del artículo 187.1.II”.

Con respecto al ofrecimiento de dinero hay que matizar que si la cantidad económica propuesta va dirigida a otros fines distintos a obtener relaciones o favores, particularmente si va “encaminada al acercamiento” y, efectivamente, se envía (*v. gr.* por correo, giro postal, mediante terceras

¹⁶¹ Se sostiene que “el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene erecto que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas. La Sala aprecia, por tanto, que el menor recurrente (próximo a la sazón a la obtención de la mayoría de edad) conjugó con su conducta el verbo núcleo del tipo penal examinado, realizando actos evidentes de proposición sexual con innegable intención de concertar encuentro de tal naturaleza con la víctima, menor de 13 años”.

¹⁶² Vid. BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 357.

¹⁶³ Según la sentencia de instancia, el acusado mantuvo una conversación a través de la red social Tuenti con un menor de trece años en la fecha de los hechos “en la cual, siendo conocedor Fructuoso de la minoría de edad de Modesto, y actuando con propósito de satisfacer sus deseos sexuales, le ofreció dinero, porros y una Play Station 3 a cambio de que mantuvieran relaciones de carácter sexual, tales como dejarse tocar desnudo, realizarle una felación o masturbarse. Practicada en el domicilio de Fructuoso (...) entrada y registro el día 15 de junio de 2011, fue hallado en el mismo un ordenador y tres discos duros, siendo que en ellos se encontraron diversos archivos fotográficos con chicos jóvenes mostrándose desnudos (...) y que el acusado conservó con la finalidad de satisfacer sus impulsos sexuales”.

personas, etc.), esta conducta *sí puede resultar típica* a los efectos de integrar los “actos materiales” del art. 183 *ter.1º* CP. Así sucederá, por ejemplo, cuando quien ha propuesto un encuentro envía o hace llegar al menor una cantidad de dinero para que éste se compre el billete (*v. gr.* de tren, autobús, etc.) con el que desplazarse al lugar de la cita.¹⁶⁴ Lo que en todo caso resulta evidente a la luz de la última sentencia citada, son los problemas de tipicidad y solapamiento normativo entre el art. 183 *ter.1º* CP y otros preceptos, que quizá el legislador penal de 2010 previó y trató de afrontar con la cláusula final prevista en el art. 183 *ter.1º*, primer párrafo, cuya interpretación, sin embargo, no deja de ser fuente de polémica.

v) Penas previstas y cláusula concursal del art. 183 *ter.1º* CP

La pena con la que se conmina este delito no se ha modificado respecto del anterior art. 183 *bis* CP (LO 1/2015, de 30 de marzo), de modo que se sigue previendo la *prisión* de uno a tres años o, alternativamente, la *multa* de 12 a 24 meses. Junto a ello, conviene tan solo apuntar que la persecución de este delito requiere, a tenor del art. 191 CP, denuncia previa del ofendido, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, las penas previstas en el art. 183 *ter.1º* CP serán impuestas “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. Esta cláusula ha acaparado la atención de la doctrina penal especializada, ante los problemas que plantea su correcto encaje en relación con las reglas del *concurso de normas* (art. 8 CP) o de *delitos* (arts. 73 ss. CP). De hecho, a pesar de que aquella cláusula ha trascendido literalmente desde la reforma de LO 1/2010 al texto actual del Código penal, ya existen opiniones doctrinales que reclaman su supresión¹⁶⁵ o, cuanto menos, mejoras en la fórmula que alberga. Y ello derivado de las múltiples cuestiones que plantea su interpretación en los casos en que se cometa el delito del art. 183 *ter.1º* CP junto con otros delitos contra la indemnidad sexual –ante todo los del art. 183 o del 189 CP–. Como no puede ser de otra forma, muchas voces reclaman el respeto de las reglas del *concurso aparente de normas* a la hora de interpretar la referida cláusula del art. 183 *ter.1º* CP, de modo que tratan de ofrecer propuestas que permitan compatibilizarla con aquella clase de concurso. En consecuencia se postularía acudir al art. 8 CP en casos de comisión del delito del art. 183 *ter.1º* CP y los delitos a los que aquél se remite, si bien las opiniones doctrinales se dividen a la hora de determinar cuál sería la regla que resolvería

¹⁶⁴ Próxima VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, p. 686 y nota 107.

¹⁶⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 180.

dicho concurso, apelando en unas ocasiones a la de especialidad,¹⁶⁶ en otras a la de subsidiaridad,¹⁶⁷ en otras a la consunción propia¹⁶⁸ o, en fin, a la de consunción impropia o alternatividad.¹⁶⁹

Otras posturas se centran en advertir que el tenor literal de la cláusula final del art. 183 *ter.1º* CP, primer párrafo, parece compadecerse con el *concurso de delitos*, por más que, con razón, se plantee que esta interpretación resulta difícilmente compatible con el principio *ne bis in idem*.¹⁷⁰ Dejando las posibles fricciones con este principio para un momento posterior, entre los autores que se decantan por el concurso de infracciones,¹⁷¹ algunos sostienen que lo que el art. 183 *ter.1º* CP (primer párrafo) contempla es la posibilidad de un *concurso medial*¹⁷² entre el delito allí previsto y alguno del art. 183 o art. 189 CP, en los casos en que tras un encuentro se materialice un acto de carácter sexual. Otras posturas apuntan a que allí se prevé un *concurso real de delitos*, entre el del art. 183 *ter.1º* CP y otros delitos contra la indemnidad sexual (art. 183 y 189 CP), pero sobre la base de distintos argumentos: de un lado, quienes presuponen que el delito de *child grooming* es pluriofensivo –en tanto consideran que protege a la infancia y a la indemnidad sexual del menor–¹⁷³ justifican en ello la posibilidad de aplicar la pena prevista en el art. 183 *ter.1º* CP (anterior art. 183 *bis* CP) junto con la del correspondiente delito contra la indemnidad sexual (del art. 183 o del art. 189 CP). De otro, se admite que, si a la conducta de “seducción telemática” le sigue la comisión de otro delito contra la indemnidad sexual, ambas infracciones se castigarán en régimen de concurso real, pese a existir una progresión delictiva entre ellos –que merecería solventarse por consunción–, lo que haría que esta regla concursal vulnerara principios penales como el *ne bis in idem*.¹⁷⁴ Incluso, en un loable intento de salvar esta posible conculcación, se plantea reservar la aplicación del concurso de delitos del art. 183 *ter.1º*, primer párrafo, a casos de *on-line grooming* con víctimas múltiples.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Vid. CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, en LOS MISMOS (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2011, p. 440.

¹⁶⁷ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, pp. 687 y 688.

¹⁶⁸ Al respecto TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., 2011, p. 1186, sostiene que en caso de cometerse actos ejecutivos de alguno de los delitos proyectados conforme al art. 183 *bis*, éste quedará consumido por aquéllos (*v. gr.* por el delito del art. 183 CP) conforme a la regla del art. 8.3 CP “siempre que el acoso no hubiera afectado además a otros menores finalmente no abusados, agredidos o utilizados”. También apelan al art. 8.3 CP para resolver el concurso del normas entre el anterior art. 183 *bis* CP y otros delitos contra la indemnidad sexual, entre otros, BOIX REIG, en EL MISMO (dir.), *PE*, t. I, 2010, p. 358; LAMARCA PÉREZ *et al.*, *Delitos y faltas*, 2012, p. 194; GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 242.

¹⁶⁹ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 731, quien, en relación con el art. 183 *bis* CP, consideraba que la regla del art. 8.4 CP habrá de aplicarse en aquellos casos en que concurra un delito del art. 183 CP y el del art. 183 *bis* CP, de otro modo –a la luz de las penas previstas– se acabaría privilegiando al autor de los hechos.

¹⁷⁰ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 242.

¹⁷¹ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 441.

¹⁷² Vid. ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *PE*, 4ª ed., 2015, p. 229; FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 195.

¹⁷³ Vid. DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (7575), 2011, p. 1741; EL MISMO, *Diario La Ley*, (8758), 2016, p. 25.

¹⁷⁴ Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, pp. 204 y 205.

¹⁷⁵ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, quien se refiere a aquellos casos en que un *groomer* contacta y propone a varios menores, actuaciones sexuales pero solo uno o alguno de ellos sufren finalmente abusos, en *EPC*, (34), 2014, p. 689; y en *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 180.

Expuestas a grandes rasgos las principales posturas doctrinales que suscita la interpretación de la cláusula concursal del art. 183 *ter.1º* CP, para enfocar su análisis hay que partir de cuestionarnos cuál sea el *fundamento* de que, efectivamente, allí se haya previsto una fórmula que, de entrada, comparte similitud con las empleadas para indicar el *concurso real de delitos*.¹⁷⁶ Según algunas opiniones, estaríamos ante una suerte de cláusula concursal de salvaguardia de la autonomía punitiva del delito de *on-line child grooming*.¹⁷⁷ No obstante, también puede apuntarse, sin más, al efecto de recordatorio dirigido a jueces y tribunales para que no descarten aplicar concursos entre aquél y otros delitos en que se protejan bienes jurídicos *distintos a la indemnidad sexual*. En todo caso, estas justificaciones no pueden excepcionar las reglas generales del concurso de normas de modo que, por obvio que parezca, hay que incidir en que el campo de aplicación del delito de *on-line child grooming* es el de aquellos casos en que, propuesto un encuentro con fines sexuales por alguna de las vías telemáticas allí previstas, se prueban actos de acercamiento físico entre el autor y la víctima, *sin llegar a consumarse ningún delito del art. 183 o 189 CP*. Porque, de consumarse uno de aquellos delitos-fin previstos en el art. 183 *ter.1º* CP, se produciría una progresión delictiva, de suerte que aquellos otros delitos más graves absorberían el desvalor propio del *on-line child grooming*. Más aún, se ha podido admitir que el inicio de actos ejecutivos que comporten una tentativa de delitos del art. 183 o 189 CP ya absorbería el desvalor del delito del art. 183 *ter.1º* CP (vid. STS de 22.09.2015, TOL 5512986 y SAP de Barcelona 22.12.2014, FD1º TOL 5566799¹⁷⁸).

En contraste con este entendimiento, si interpretáramos la cláusula ahora comentada como una habilitación para el concurso de delitos con independencia de lo establecido en el art. 8 CP, la aplicación de la pena del art. 183 *ter.1º* CP sería posible incluso en los casos en que, finalmente, se cometa un delito del art. 183 CP o del art. 189 CP.¹⁷⁹ Esta interpretación, que pudiera parecer ajustada a la literalidad de la expresión “sin perjuicio” de la cláusula concursal del art. 183 *ter.1º* CP, supondría sin embargo introducir un régimen penológico muy desproporcionado¹⁸⁰ para castigar el fenómeno de *on-line child grooming*, revelando la incoherencia de castigar, conjuntamente, con las penas de un delito de peligro y otro de lesión actos que –por ir en progresión– constituyen unos mismos hechos. Ello rompería con las reglas generales del *concurso de normas* y, en consecuencia, vulneraría el *ne bis in idem*. Porque no se puede interpretar aquella cláusula desoyendo las exigencias constitucionales de lo que, según reiterada jurisprudencia del TC, se denomina la *triple identidad (de sujeto, hecho y fundamento)*,¹⁸¹ necesaria para proscribir casos de *bis in idem*. De modo que si, desde la perspectiva material, el delito del art. 183 *ter.1º* CP comporta un acto preparatorio respecto de otros delitos más graves contra la indemnidad sexual, el *bien jurídico tutelado sería el mismo*, aunque el ilícito típico del delito de *on-line child grooming* sería de menor entidad, estando en relación de progresión con respecto a aquellos otros delitos contra la

¹⁷⁶ Compárese, por ejemplo, con la fórmula empleada en el art. 173.2 CP, cuya interpretación no está exenta de problemas desde el entendimiento de que se prevé un concurso de delitos.

¹⁷⁷ Así, se ha advertido en la doctrina penal que si aquella cláusula concursal no existiera, sería muy cuestionable que la pena del art. 183 *ter.1º* CP pudiera ser impuesta en los supuestos en que el delito para cuyo fin se lleva a cabo el *grooming* (alguno del art. 183 o del art. 189 CP) efectivamente se llegue a cometer. Vid. MUÑOZ CONDE, PE, 18ª ed., 2010, p. 241.

¹⁷⁸ Según el FD 1º: “castigar el acto preparatorio tipificado en el artículo 183 *bis* y además el delito en grado de tentativa del abuso sexual o de la prostitución sería infringir notoriamente el *non bis in idem*”.

¹⁷⁹ Considérese la SAP de Albacete 22.09.2015 (TOL 5498686).

¹⁸⁰ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 441.

¹⁸¹ Vid. la STC de 2/2003, de 16 de enero (Pleno, TOL228.958), haciéndose eco de dicha jurisprudencia.

indemnidad sexual. Y es que, a la postre, no cabe advertir un ilícito ni cuantitativa ni cualitativamente distinto entre el art. 183 *ter.1º* CP y actos preparatorios de delitos del art. 183 CP, siendo infundado apelar a los medios telemáticos como elemento justificante de una diferencia de injusto.

Derivado de todo lo anterior, habría que afirmar una *identidad de fundamento* entre los delitos del art. 183 *ter.1º* CP y otros delitos, en particular los del art. 183 CP, por mediar entre ellos una progresión delictiva; de modo que la aplicación conjunta de la pena prevista, respectivamente, en cada uno de ellos vulneraría el principio *ne bis in idem*. Ello conduce a afirmar que en casos en que, como consecuencia de la comisión de un delito del art. 183 *ter.1º* CP, se cometiera *v. gr.* un abuso sexual del art. 183 CP, habría que apelar, en primer término, al art. 8 CP, pues aquéllos serían hechos susceptibles de calificarse conforme a dos o más preceptos pero no estarían “comprendidos en los artículos 73 a 77”. El correspondiente *concurso de normas* habría de resolverse conforme a la regla de *consunción propia* del apartado 3º del art. 8 CP. Esta es la solución que también se extrae de la capital STS de 10 de diciembre de 2015 (MP A. del Moral García), en la que se admite aquella progresión delictiva y se mantiene la solución del *concurso de normas* por su mayor armonía con el principio *ne bis in idem*. En concreto, se afirma que “los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 *bis* absorben a éste. El delito del art. 183 *bis* (actual 183 *ter*) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva” (FD 1º).¹⁸²

Lo anterior no ha de conducir a pensar que la cláusula concursal del art. 183 *ter.1º* CP será inaplicable, sino que ha de proyectarse sobre casos distintos al anterior. Es decir, aquéllos en que al ofenderse bienes jurídicos diferentes, efectivamente quepa un *concurso de delitos*. Así puede suceder cuando se demuestre que una misma persona, por ejemplo, contacta vía *e-mail* con varios menores y realiza propuestas de encuentro y actos materiales de acercamiento a cada uno de ellos, pero se consuma un único delito del art. 183 CP con respecto a uno solo de aquellos menores. Éste absorbería el desvalor del previo delito de *child grooming*, pero la puesta en peligro creada respecto del resto de menores justificaría la aplicación del *concurso real* de diversos delitos del art. 183 *ter.1º* CP con aquel otro del art. 183 CP, conforme a la fórmula concursal del primer precepto. También cabrá considerar esta clase de concurso entre el delito del art. 183 *ter.1º* CP y, por un lado, delitos contra la *intimidación* (*v. gr.* art. 197 CP) o, de otro, contra la *integridad moral* (art. 173.1 CP). Más conflictivos son, como veremos, los concursos con delitos de *incitación a la prostitución de menores* (art. 188 CP) o con delitos de *pornografía infantil* (art. 189 CP).

A la vista de que la cláusula concursal del art. 183 *ter.1º* CP en nada beneficia a la correcta aplicación del régimen general de los arts. 8, 73 a 77 CP en este contexto, sino que, al contrario, distorsiona su correcto entendimiento, es en efecto recomendable, desde una perspectiva *de lege ferenda*, prescindir de su previsión. Pero puesto que el legislador penal de 2015 ha decidido mantener la citada

¹⁸² El TS desestima el recurso del Ministerio Fiscal, que entendía que hubo infracción de ley por aplicación indebida del art. 8.3 CP. Pretendía así el Ministerio fiscal mantener, frente a la sentencia recaída, que los delitos de abuso o agresión sexual tipificados en el art. 183 CP no absorben la eventual tipicidad previa del art. 183 *bis*. Cabría entre ambos una relación de concurso real (en su caso, medial). No obstante, el TS rechaza este razonamiento y mantiene el fallo de la sentencia de instancia, sobre la base de que en aquellos delitos se protege el mismo bien jurídico y, por tanto, se excluye el concurso de delitos (FD 1º).

cláusula en el art. 183 *ter.1º* CP, habrá que interpretarla conforme a aquel régimen, lo que, a efectos prácticos, hará que su aplicación venga condicionada por el concreto delito con el que concurra el de *on-line child grooming*. Habrá, por tanto, que dilucidar *qué delitos son susceptibles de entrar en concurso de delitos, conforme a la citada cláusula*. En primera instancia, hay que reiterar lo obvio, esto es, no cabrá apelar a aquella cláusula concursal, ni al art. 8 CP, en casos en que sea posible deslindar el respectivo ámbito de aplicación del delito del art. 183 *ter.1º* CP y el de otros delitos, a través de la *tipicidad*, lo que, al tratarse de un delito de reciente creación, puede conllevar dificultades no desdeñables a la hora de acotar cada ámbito típico y de despejar falsos solapamientos normativos.¹⁸³ A tal efecto, ha de tenerse muy presente el papel fundamental que juega, como elemento típico, el empleo de *Internet, teléfono o cualquier tecnología de la información*, pues si no se prueba su utilización, por más que se verifiquen otros requisitos del art. 183 *ter.1º* CP, habrá que reputar la conducta *atípica*, dando lugar a la aplicación exclusiva, en su caso, del resto de delitos cometidos. Por su parte, el TS coincide en esta solución aunque realiza un análisis propio de aquella cláusula pues “si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido”. Así se pronuncia en la STS 24 de febrero de 2015, FD 1º (TOL 4.776.958), en la que se admitió que la cláusula del anterior delito del art. 183 *bis* CP consagraba un concurso de delitos, pero confirmó una condena aplicando un *concurso de normas* entre un delito de *on-line child grooming* y un delito de prostitución.¹⁸⁴ En concreto, al analizar el motivo referido a la indebida aplicación del anterior art. 187 CP (actual art. 188.1 CP) en relación con el art. 183 *bis* (actual art. 183 *ter.1º*), el TS admitió que aquella cláusula prevé un *concurso real del art. 73 CP*.¹⁸⁵ Al advertir que el delito del art. 187 no estaba incluido entre aquellos a los que se encaminaba el encuentro del anterior art. 183

¹⁸³ En este sentido, conviene traer a colación la SAP de Castellón, 31 de marzo de 2015 (TOL4.947.303), en la que, según se analizó, se confirma la sentencia de condena por un delito de corrupción de menores del art.187.1.II CP, excluyendo el delito del anterior art. 183 *bis* CP por entender que no se verificaba uno de los elementos típicos de este precepto (los “actos materiales encaminados al acercamiento”).

¹⁸⁴ Según los hechos probados, el acusado, mayor de edad (D), “tenía en Tuenti la cuenta (...), así como en Facebook tenía la cuenta (...), así como en Twitter la cuenta (...). A través de dichas redes, en Septiembre de 2012, contactó con el menor CF, (...), agregándolo como contacto a través de las mencionadas cuentas. El acusado mantuvo a través de dichas cuentas diversas conversaciones, llegando a quedar con él en varias ocasiones. La primera vez regaló al menor un teléfono móvil marca HTC, al que el menor instaló una tarjeta de telefonía asociada al número (...), posibilitando así poder hablar con dicho menor tanto a través de conversaciones de voz como a través de la aplicación telefónica de whatshap, en concreto con la línea del acusado asociado al número (...). Como se desprende de las conversaciones recogidas en los antecedentes de hecho, el condenado propuso, en varias ocasiones, diversos actos sexuales al menor, incrementando la cantidad económica hasta que el menor aceptó la propuesta pero sin que conste, como hecho probado, que se produjera ningún acercamiento posterior entre ellos ni la consumación de ninguno de aquellos actos sexuales” (Vid. Antecedentes de Hecho, 1º).

¹⁸⁵ Así se sostiene que “entre los posibles concursos entre ambas figuras delictivas, arts. 183 *bis* y 187.1 y 2, el primer precepto establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del art. 183 *bis* sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189)-aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los arts. 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos, por los que debiera aplicarse la regla de alternatividad del art. 8.4 CP, en caso de que la aplicación del art. 183 *bis* privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del art. 183. Asimismo parte de la doctrina ha expresado sus críticas a esta regulación por entender que carece de sentido castigar un delito de peligro si también se comete el delito de lesión. Por el contrario, otro sector doctrinal precisa que son perfectamente compatibles la punición de un delito de peligro y el correspondiente delito de resultado o lesión. Con el castigo del art. 183 *bis* se persigue sancionar conductas que, amparadas en la facilidad del medio tecnológico, provocan un ciberacoso sexual de la infancia con los otros tipos penales se castigan las agresiones sexuales, abusos sexuales o pornografía infantil y estaríamos ante un concurso real de delitos, art. 73”.

bis CP (arts. 178 a 183 y 189 CP) se planteó cuál era su relación concursal. Puesto que tanto la sentencia recurrida como el recurrente consideraban que era un concurso de normas y dado que no se cuestionó en la vía casacional la existencia de esta clase de concurso, se concluyó aplicando el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP.¹⁸⁶ Parece evidente que, en el supuesto de hecho planteado, la solución adoptada por el TS y referida a aplicar solo el delito del anterior art. 187.1 CP es correcta.¹⁸⁷ Derivado de todo lo anterior puede deducirse que, en los casos en que se prueben todos los elementos típicos de los delitos del art. 188.1 CP (segundo párrafo) y del delito del art. 183 *ter*.1º CP, podrá apreciarse aquel *concurso de normas*, a resolver por el art. 8.4 CP. Y en los supuestos en que se demuestre un ofrecimiento de dinero por parte del sujeto que propone un encuentro, sin constatar ningún acto material de acercamiento, podrá afirmarse la tipicidad del art. 188.1 CP (segundo párrafo).

Por otra parte, si tras la comisión del delito del art. 183 *ter*.1º CP se lleva a cabo alguno de los delitos del art. 183 CP, podrá apreciarse –según se dijo– un *concurso de normas* que, recapitulando todo lo expuesto, habrá de resolverse conforme al art. 8.3 CP. Mayores problemas plantea la comisión de los delitos del art. 189 CP, pues contiene tal variedad de ilícitos que no es posible establecer pautas generales. No obstante, cabe constatar que, con frecuencia en la práctica, se cometen de forma sucesiva o simultánea hechos constitutivos de los delitos del art. 183 *ter*.1º y del art. 189.1.a) CP. Además es evidente la proximidad de los ilícitos allí respectivamente tipificados, sobre todo a raíz de la modalidad de acción típica prevista en este último precepto y consistente en “captar” menores de edad. Y puesto que esta amplia referencia no excluye emplear vías telemáticas, cabrá acudir a un *concurso de normas* entre aquellos preceptos que, en principio, podrá resolverse por la regla de *consunción* (art. 8.3 CP). Y ello sin perjuicio de que la regla que pueda resolver el concurso que se produzca entre el delito del art. 183 *ter*.1º CP y cualquier otro de los delitos del art. 189 CP, sea, en muchos casos, la de *alternatividad* (art. 8.4 CP).

vi) Subtipo agravado del art. 183 *ter*.1º CP *in fine*

La última parte del párrafo 1º art. 183 *ter* CP prevé un subtipo según el cual las penas de este precepto se impondrán en su mitad superior “cuando el acercamiento se obtenga mediante *coacción, intimidación o engaño*”. Esta previsión no venía indicada ni en el Convenio del Consejo Europeo de 2007 ni en la Directiva 2011/93/UE.¹⁸⁸ Así pues, el ordenamiento penal español incorporó como peculiaridad –frente a otros de su entorno jurídico– un subtipo agravado, fundado en la prueba del empleo de *coacción, intimidación o engaño*, métodos comisivos que no dejan de plantear arduas cuestiones interpretativas en el contexto del *on-line child grooming*. En primer lugar, puede decirse que, a la vista de aquellos métodos, el *fundamento de la agravación sería el plus de ofensividad* que

¹⁸⁶ Y ello “sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del art. 183 *bis* sea un precepto específico respecto al art. 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona -en este caso- menor de 13 años” (FD 1º).

¹⁸⁷ En efecto, entre el presunto autor y el menor de edad se producen, por diversas vías (conversaciones a través de la red social “Tuenti”) un evidente contacto, llegando a proponer aquél una relación sexual al menor a cambio de dinero, siendo ésta aceptada por el menor y constando, como hechos probados, que se producen diversos encuentros entre ellos. Estos hechos, en apariencia, eran subsumibles tanto en el anterior art. 183 *bis* CP (actual art. 183 *ter*.1º CP) como en el del anterior art.187.1 CP (actual art.188.1 CP).

¹⁸⁸ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, EPC, (34), 2014, p. 690; LA MISMA, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 182.

comportan, al comprometer a otros bienes jurídicos además de la indemnidad sexual. Los problemas que plantea este precepto radican, para empezar, en que la redacción del subtipo resulta manifiestamente mejorable, porque alude a la situación en que el *acercamiento se obtenga* por uno de aquellos medios. Al margen de que los verbos típicos no sean los más apropiados, se plantea la *compatibilidad de esta agravación con el tipo básico pues las conductas previstas son distintas*. Recordemos que en el primer párrafo del art. 183 *ter.1º* CP se prevé un tipo donde *no se exige un efectivo acercamiento sino “actos materiales encaminados al acercamiento”*. Pero el subtipo agravado parece que exige una *conducta típica distinta*, pues presupone que a través de medios telemáticos se ha propuesto un encuentro y ha de demostrarse que efectivamente se ha producido un “acercamiento” –es decir, un encuentro en el sentido de la propuesta sexual planteada– y que éste ha sido consecuencia del empleo de *coacción, intimidación o engaño*. Puede incluso afirmarse que, a diferencia del tipo básico, el agravado prevé un *delito de resultado* y éste sería el citado *acercamiento*.¹⁸⁹

Con respecto a los concretos métodos comisivos, el primero de ellos es el uso de *coacción*. Este motivo de agravación plantea algunas dificultades interpretativas,¹⁹⁰ porque solo si hay un contacto físico podrá verificarse la coacción en la que se produce un despliegue de violencia, en el sentido clásico de empleo de *vis física*. Por consiguiente, será difícil comprobar que el acercamiento es *posterior* al empleo de aquel método comisivo. Con todo, pueden darse casos en que la coacción, entendida como empleo de violencia física, se utilice *a la vez* que el acercamiento para garantizar que éste tenga lugar, pudiendo así aplicarse esta agravante. Pero si no hay una aproximación material difícilmente podrá desplegarse aquella fuerza. Salvo que la violencia, propia de la coacción, se entienda en el sentido espiritualizado propuesto en algunas tendencias jurisprudenciales,¹⁹¹ que lo asemejan a la fuerza en las cosas o a la intimidación. Pero puesto que esta interpretación no permitiría distinguir este método comisivo del siguiente previsto en el art. 183 *ter.1º* CP *in fine*, no es sustentable. En efecto en este precepto se alude, en segundo lugar, a la *intimidación*, respecto a la que no se plantean tantos problemas de prueba, porque puede darse sin necesidad de un contacto físico y con carácter *previo* al acercamiento. Ahora bien, por lo general, la intimidación se verificará a través de amenazas (por Internet, teléfono, etc.), de modo que resultará muy complejo deslindar la aplicación de este subtipo agravado de algunos delitos de amenazas (por ejemplo, las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito). Semejante problema también se puede plantear respecto de los delitos de coacciones, de modo que la solución a adoptar será similar en los dos casos. Al respecto la doctrina ha planteado acudir a un hipotético concurso de normas, a resolver bien por el principio de especialidad, bien por el de alternatividad.¹⁹² Pero ello presupondría admitir que, en todo caso, se da la identidad de sujetos, hecho y fundamento que

¹⁸⁹ Esta interpretación conduciría a demostrar una *relación de causalidad* entre la proposición de encuentro mediante medios de comunicación y empleo de alguno de aquellos métodos, y aquel acercamiento. Así, habría que probar que el acercamiento al menor es objetivamente imputable a la acción de proponer dicho encuentro por Internet, teléfono u otra vía telemática, precisamente porque ésta se realiza con coacción, intimidación o engaño. Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 195.

¹⁹⁰ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 732.

¹⁹¹ Vid. FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 196.

¹⁹² Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, quien en concreto se decanta por el principio del art. 8.1 CP, en *ADPCP*, (65), 2012, p. 208 y 209.

permite apelar a la proscripción del *bis in idem*. A mi modo de ver, el mismo se verificará si la coacción o amenaza ha sido realizada *para proponer concertar un encuentro* y, a causa de ello, se produce un acercamiento. En estos casos sería aplicable la regla del art. 8.1 CP a favor de un delito de *on-line child grooming* del subtipo agravado del art. 183 *ter.1º* CP.¹⁹³ No obstante, siendo los tipos de amenazas muy diversos, pueden darse otros casos en que no se admita la triple identidad, optando por un concurso de delitos. Al respecto considérese la SAP de Barcelona de 23 de junio de 2015,¹⁹⁴ en donde se condena al acusado por un delito de *grooming* del anterior art. 183 *bis* CP y un delito de amenazas condicionales –sin lograr el objetivo– del art. 169.1 CP.¹⁹⁵

Si las cuestiones interpretativas apuntadas ponen en entredicho la efectividad de aquellas agravaciones en la práctica, esta objeción es aún más evidente con respecto al último de los métodos comisivos, esto es, el *engaño*. Ante todo por las dificultades que se plantean a la hora de deslindarlo respecto a la conducta del tipo básico, en casos en que ésta tenga carácter fraudulento, es decir, se empleen artimañas, algún ardid o actitudes engañosas (*v. gr.* mentir acerca de la verdadera identidad o propósitos, etc.) para iniciar el contacto.¹⁹⁶ De modo que, en la doctrina penal, se plantea cómo diferenciar dichas actitudes de aquel *engaño propio del subtipo agravado*, para evitar que éste pueda devenir de aplicación automática y dejar vacío de contenido el tipo básico. Desde la perspectiva que aquí se defiende, lo que en todo caso ha de advertirse para aplicar el tipo básico del art. 183 *ter.1º* CP es que el ilícito típico comporte, según se indicó, un *quebranto de la confianza depositada por el menor en el groomer*, de modo que ello facilite un encuentro predeterminado a la comisión de los delitos del art. 183 o 189 CP. Es cierto que aquel aprovechamiento de la confianza depositada por el menor puede venir favorecido o reforzado por un engaño, pero éste no es un elemento típico del delito del art. 183 *ter.1º* CP; de modo que no es necesario demostrarlo en todo caso. Ahora bien, en los supuestos en que el engaño sea un mero medio para prevalerse de la confianza del menor y así lograr *contactar* con él, o para hacerle llegar la *propuesta de encuentro* o convencerle de ello, esta conducta deberá subsumirse en el tipo básico. Es decir, habrá que recurrir, como es obvio, a la *tipicidad*, de modo que un primer criterio será la fase en que se produzca el engaño: en los casos en que sea el medio para *conseguir un contacto* o *hacer llegar/reforzar* la propuesta de encuentro, habrá de integrarse en el tipo básico (*v. gr.* mentir sobre la edad o la identidad, de modo que se suplante a otra persona y, bajo la falsa creencia de que es un amigo, el menor lea el mail y le conteste concertando un encuentro). Pero si el engaño *efectivamente* ha servido para un acercamiento entre el autor y la víctima, entonces podrá subsumirse en el subtipo agravado (*v. gr.* se lleva a cabo un encuentro motivado por el falso pretexto de ayudar al menor en sus estudios). En otras palabras, solo cuando el engaño sea de entidad suficiente para lograr el encuentro.¹⁹⁷

¹⁹³ Vid. DOLZ LAGO, *Diario La Ley*, (8758), 2016, p. 25.

¹⁹⁴ En la sentencia, se da por probado un proceso de *grooming* conforme al cual “el acusado le pidió que saliera con ella, a lo que, a pesar de haber accedido en un primer momento, después se negó. El acusado, utilizando el perfil (...) le contestó que si no salía con él, enviaría a su primo para que la violara, infundiendo profundo temor a la menor” (Antecedente de Hecho, 1º, punto D).

¹⁹⁵ No obstante, en este concreto supuesto no se prueban actos materiales de acercamiento, de modo que la tipicidad del art. 183 *bis* CP no se debería haber dado por probada ni tampoco el subtipo agravado aunque sí, como efectivamente se hace, el delito de amenazas.

¹⁹⁶ Vid. GÓMEZ TOMILLO, en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, p. 732.

¹⁹⁷ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2015, p. 441; FERRANDIS CIPRIÁN, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores*, 2013, p. 196.

procederá aplicar el subtipo agravado. Por tanto, a tenor del art. 183 *ter.1º* CP, debería ser un engaño que, además de favorecer un abuso de confianza sobre el menor, logre causalmente el *acercamiento con fines sexuales*. En cuanto al *contenido*, podrá ser un engaño dirigido a ocultar al menor los verdaderos propósitos del autor,¹⁹⁸ pero en todo caso habrá de ser de suficiente entidad para conseguir la aproximación. Con todo, la problemática interpretación del engaño del subtipo agravado no ha llegado aún a suscitar la atención que merece en sede judicial.

Por ejemplo, en el caso de la citada SAP de Barcelona de 23 de junio de 2015 (TOL5.400.123), en el que es evidente que el acusado emplea engaño –pues se hace pasar por dos personas distintas (una de nombre Campanilla y otra, Gabino) para así ganarse la confianza de la menor–, no se plantea ninguna cuestión relativa a la aplicación del tipo básico o del agravado. El tribunal aplica el básico a la vista de que mediante el falso perfil de amiga de la menor el acusado convenció a aquélla para que accediera a su petición de encuentro (Antecedente de Hecho 1º, apartado D). Pese a que en los hechos probados no constan actos materiales de acercamiento, se condena al acusado por un delito del anterior art. 183 *bis* CP.

A la vista de las dificultades tanto interpretativas cuanto aplicativas que se plantean en el tipo agravado, parece necesario, cuanto menos, su reforma,¹⁹⁹ en el sentido de suprimir la referencia al *engaño* por las distorsionantes interferencias que ocasiona en la delimitación del ámbito del tipo básico.

4. A modo de conclusión

1.- El estudio realizado revela que el legislador penal español ha optado por tipificar en el art. 183 *ter.1º* CP solo la clase de *child grooming* que, en el ámbito comparado, se denomina “*on-line*”. De modo que sería una expresión de la figura más amplia de “*sexual grooming of children*”, que es una denominación más estricta y, asimismo, puede tener manifestaciones en el entorno *off-line*. De hecho, frente a la caracterización del *on-line child grooming* como delito cometido *on-line* por un *predatory stranger*, el análisis aquí realizado de recientes trabajos sobre victimización, permite afirmar una mayor frecuencia de procesos de *grooming* en el ámbito familiar, en el institucional y entre el círculo de amistades del menor; incluyendo casos en que el *groomer* es otro menor o incluso una mujer. De ahí que sea criticable orientar el tipo del art. 183 *ter.1º* CP hacia el perfil del *stranger danger*, por el riesgo de desprotección que se corre respecto de los casos más graves de menores “seducidos” *on-line* por personas de su círculo más próximo.

2.- Esta constatación conduce a plantearse –como hace la doctrina penal extranjera– si sería políticamente oportuno dar cabida a alguna clase de *off-line grooming* en nuestra legislación penal. Ello podría lograrse introduciendo más figuras específicas de *grooming* o, bien, reformando el art. 183 *ter.1º* CP en el sentido de prever un delito de *grooming* genérico. A tal efecto, se ha propuesto eliminar la referencia al uso de *Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación*, para así prever el castigo de la preparación de menores para fines sexuales *a través de*

¹⁹⁸ Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, *EPyC*, (31), 2011, p. 252. Cfr. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *ADPCP*, (65), 2012, p. 208.

¹⁹⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, *EPC*, (34), 2014, p. 692; LA MISMA, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, 2015, p. 182.

cualquier medio. No obstante, esta propuesta habría de sopesarse teniendo en cuenta los problemas que plantearía por el solapamiento normativo de aquél con otros delitos contra la indemnidad sexual, toda vez que supondría una criminalización de conductas que, *de facto*, comportaría el castigo de cualquier *acto preparatorio* de otros delitos contra dicho bien jurídico. En consecuencia, supondría un adelantamiento muy generalizado de la intervención penal en la *delincuencia sexual contra menores* que, desde la creación del Capítulo II *bis* (Título XVIII del CP), no ha conocido la incriminación de actos preparatorios. Por todo ello la previsión de más delitos de *grooming off-line* o de un genérico *sexual child grooming* sin ulteriores restricciones podría encubrir una política criminal de mayor rigor punitivo, en modo alguno justificable.

3.- Más aconsejable resulta acometer reformas concretas dirigidas a mejorar el tipo básico del actual art. 183 *ter.1º* CP. Entre ellas, destaca la propuesta, *de lege ferenda*, de restringir la amplia remisión que el art. 183 *ter.1º* CP contiene, en su *elemento subjetivo*, al art. 189 CP en su conjunto, especificando a qué concretos delitos de este precepto es necesario dirigir la comisión del delito de *on-line child grooming*. Asimismo, ha de descartarse, por infundado, el entendimiento del art. 183 *ter.1º* CP como un ilícito más grave que el de otras clases de *grooming off-line* basándose, como única diferencia, en el empleo de los medios telemáticos allí previstos. También resulta rechazable, desde la presunción de inocencia, las interpretaciones que eluden la prueba de los actos materiales de acercamiento, toda vez que son cuestionables las que entienden que allí se configura un delito de peligro concreto. Por otra parte, cabe barajar la reforma de la *cláusula concursal* del art. 183 *ter.1º* CP. En su lugar puede plantearse, bien introducir una pena agravada cuando el delito sexual al que se dirige el *grooming* efectivamente se cometa –lo que desplazaría la aplicación de la pena prevista para el delito-fin pretendido–, bien eliminar por completo cualquier referencia a esta cláusula concursal. Esta última parece ser la solución más respetuosa con principios constitucionales como el *non bis in idem* y con las reglas del concurso de normas del art. 8 CP, cuya aplicación no debiera quedar cuestionada ni excepcionada en relación con este delito.

4.- Con respecto al *subtipo agravado* ha podido advertirse que la fórmula empleada en su redacción es, a todas luces, desafortunada, puesto que mientras el primer inciso del art. 183 *ter.1º* CP albergaría un delito de *mera actividad*, el tipo agravado parece construirse a partir de una suerte de *resultado*, esto es, de la exigencia de “acercamiento” logrado por el empleo de *coacción, intimidación o engaño*. Esta incongruencia debería corregirse aludiendo a que la intimidación o la coacción hayan sido empleadas para *aceptar el encuentro*. Además, por la frecuencia con que en la comisión del tipo básico del art. 183 *ter.1º* CP se emplea engaño, sería preferible suprimir toda referencia a este método comisivo en el subtipo agravado, so riesgo de distorsionar la correcta aplicación de las penas de ambos delitos.

5.- De todo lo expuesto cabe, por último, extraer que el carácter simbólico que empezó lastrando la previsión típica de delito de *on-line child grooming* no quedará mitigado hasta que, mediante la adopción de alguno de los cambios propuestos, se cohoneste mejor el tipo penal del actual art 183 *ter.1º* CP con la realidad criminológica que se pretende combatir. Pero, sobre todo, las anteriores propuestas permitirían adecuar mejor dicho delito a los principios de legalidad penal, presunción de inocencia y proporcionalidad –en su vertiente de ofensividad–, que tan postergados quedan con el adelantamiento punitivo que éste comporta. Sin olvidar que la intervención penal en este ámbito

ha de preservar su carácter fragmentario y subsidiario, de suerte que la eficacia preventiva que el delito allí previsto puede desarrollar frente a procesos de on-line *sexual grooming* de menores de 16 años, no sea sino el último recurso de una política preventiva que, con carácter previo, despliegue *estrategias educativas* –promovidas por instituciones, padres y docentes– orientadas a poner en valor los derechos e intereses de dichos menores –ante todo, indemnidad sexual, pero también intimidad e imagen– cuando hagan uso de las tecnologías de la comunicación y particularmente en el vasto entorno virtual que proporciona *Internet*. A ello cabría añadir *estrategias de carácter técnico* como la previsión de sistemas de filtros en Internet (*Internet filtering*) con las que bloquear el acceso de los menores a determinados contenidos, *web sites* o *chat rooms*, así como el establecimiento de restricciones al uso, por parte de menores, de redes sociales y plataformas de contactos personales en Internet, que tan determinante papel juegan en los procesos de *child grooming*. Y es que, en definitiva, los ilícitos de *on-line child grooming* no pueden erradicarse recurriendo, primordialmente, al Derecho penal, no solo por el olvido que ello comporta de su función de *ultima ratio* sino también porque si, en esta materia, se hace reposar todo el peso de las políticas preventivas y sancionadoras, en el instrumento penal, parece evidente que habrán de fracasar.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>TOL</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>STC 2/2003, 16 de febrero (Pleno)</i>	228.958	<i>María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>STS, 2ª, Secc. 1ª, 24.02.2015</i>	4.776.958	<i>Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</i>
<i>STS, 2ª, Secc. 1ª 22.09.2015</i>	5.512.986	<i>Andrés Martínez Arrieta</i>
<i>STS, 2ª, Secc. 1ª, 10.12.2015</i>	5.645.263	<i>Antonio del Moral García</i>
<i>SAP de Orense, Secc. 2ª, 04.11.2013</i>	3.972.492	<i>Manuel Cid Manzano</i>
<i>SAP de Barcelona, Secc. 7ª, 22.12.2014</i>	5.566.799	<i>Ana Rodríguez Santamaría</i>
<i>SAP de Castellón, Secc. 1ª, 31.03.2015</i>	4.947.303	<i>Esteban Solaz Solaz</i>
<i>SAP de Jaén, Secc. 2ª, 11.05.2015</i>	5.191.150	<i>Pío José Aguirre Zamorano</i>
<i>SAP de Barcelona, Secc. 8ª, 23.06.2015</i>	5.400.123	<i>Carlos Mir Puig</i>
<i>SAP de Albacete, Secc. 1ª, 22.09.2015</i>	5.498.686	<i>Manuel Mateos Rodríguez</i>

6. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ (2000), *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada.
- ASHWORTH (2006), *Principles of Criminal law*, 5ª ed., OUP, Oxford.
- BOIX REIG (2010), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en EL MISMO (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Iustel, Madrid.
- CANCIO MELIÁ (2011), «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», *La Ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, (80), pp. 5 ss.
- CHOO (2009), «Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences», *AIC Reports*, (103).
- CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG, «Artículo 183 bis», en LOS MISMOS (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUERDA ARNAU (2014), «Menores y redes sociales: protección penal de menores en el entorno digital», *Cuadernos de Política Criminal*, (112), pp. 5 ss.
- CUGAT MAURI (2010), «Capítulo 26: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DEL RÍO/SÁDABA/BRINGUÉ (2010), «Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al cyberbullying», *Revista de Estudios de Juventud*, (88), pp. 115 ss.
- DÍAZ CORTÉS (2012), «El denominado child grooming del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio», *Boletín Ministerio de Justicia*, (66 - 2138), pp. 2 ss.
- (2012), «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español- art. 183 bis CP», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), pp. 289 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS (2004), «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en EL MISMO/ROMEO CASABONA (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DOLZ LAGO (2016), «Child grooming y sexting: anglicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015», *Diario La Ley*, (8758), pp. 1 ss.
- (2011), «Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia», *Diario La Ley*, (7575), pp. 1740 ss.

FERRANDIS CIPRIÁN (2013), «El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)», en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER (coords.), *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 185 ss.

GIL ANTÓN (2012), «El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho UNED*, (10), pp. 209 ss.

GONZÁLEZ TASCÓN (2011), «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», *Estudios Penales y Criminológicos*, (31), pp. 207 ss.

GÓMEZ TOMILLO (2011), «Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años», en EL MISMO (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid.

HOWITT (1995), *Paedophiles and Sexual Offences Against Children*, Wiley, Oxford.

Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero 2013, al Anteproyecto de Ley orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre de Código penal (disponible online en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623).

JOWERS (2015), *Léxico temático de terminología jurídica español-inglés (Thematic lexicon of Spanish-English Legal Terminology)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

KIM (2004), «From Fantasy to Reality: the link From Fantasy to Reality: the link between viewing child pornography and molesting children», *Child Sexual Exploitation Update*, (1 - 3).

LAMARCA PÉREZ/ALONSO DE ESCAMILLA/MESTRE DELGADO/RODRÍGUEZ NÚÑEZ (2012), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid.

LLABRÉS FUSTER (2015), «La nueva regulación de la proposición para delinquir (art. 17.2)», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MCALINDEN (2013), «'Grooming' and the Sexual Abuse of Children: Implications for Sex Offender Assessment, Treatment and Management», *Sexual Offender Treatment*, (8 - 1).

——— (2012), *'Grooming' and the Sexual Abuse of Children: Institutional, Internet, and Familial Dimensions*, OUP, Oxford.

——— (2006): «'Setting 'Em Up': Personal, Familiar and Institutional Grooming in the Sexual Abuse of Children», *Social & Legal Studies*, (15 - 3), pp. 340 ss.

MEGIAS QUIRÓS/RODRÍGUEZ SAN JULIÁN (2014), *Jóvenes y comunicación. La impronta de lo virtual*, Centro Reina Sofía sobre adolescencia y juventud, Madrid.

MIRÓ LLINARES (2012), *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.

MIRÓ LLINARES/MORÓN LERMA/RODRÍGUEZ PUERTA (2013), «Child grooming: art. 183 ter CP», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 669 ss.

MONGE FERNÁNDEZ (2011), *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 bis, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona.

MUÑOZ CONDE (2010), *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ (2012), «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (65), pp. 179 ss.

ORTS BERENGUER (2015), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2010), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Acoso sexual», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2008), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Acoso sexual», en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

RAGUÉS I VALLÈS (2011), «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 3ª ed., Atelier, Barcelona.

RAMOS VÁZQUEZ (2016), *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2015), «Ciberacoso», en QUINTERO OLIVARES (coord.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona.

——— (2015), «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2015), «Grooming y sexting: artículo 183 ter CP», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2012), «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), pp. 195 ss.

——— (2011), «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado», *La Ley*, (17973), pp. 7 ss.

RUBIO GIL (dir.) (2009), *Adolescentes y jóvenes en la red: Factores de oportunidad*, INJUVE, Madrid.

SIMESTER/SULLIVAN (2010), *Criminal law. Theory and Doctrine*, 4ª ed., OUP, Oxford.

TAMARIT SUMALLA (2011), «Art. 183 bis», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona.

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

——— (2014), «Propuesta sexual telemática a menores u 'online child grooming': configuración presente del delito y perspectivas de modificación», *Estudios Penales y Criminológicos*, (34), pp. 639 ss.

VILLACAMPA ESTIARTE/GÓMEZ ADILLÓN (2016), «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18).

VV.AA. (2014), *Guía de Consulta de los diagnósticos DSM-5™*, American Psychiatric Association, (traduc. Burg Translations., Inc., Chicago), Washington/Londres.

VV.AA. (2013), «La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas», *Estudio de Save the Children*.