



UNIVERSIDAD DE OVIEDO
MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

EL DELITO DE ONLINE CHILD GROOMING

Realizado por: Lucía Fernández Sousa
Tutor: Javier Gustavo Fernández Teruelo

Convocatoria de *diciembre-enero 2015/16*

RESUMEN

En el presente trabajo trata de abordarse el análisis del delito de *online child grooming*, un novedoso tipo penal introducido tras la reforma operada por LO 5/2010 por la que se modifica el Código Penal. La misma, es fruto de la necesidad de adecuación a las nuevas demandas sociales y de la adaptación de nuestra legislación penal a las disposiciones y compromisos internacionales de los que España es parte – concretamente a la Directiva 2011/93/UE-. A tal efecto, primeramente se lleva a cabo una breve alusión a su enfoque en el plano internacional como paso previo a un estudio más pormenorizado de ésta figura delictiva, todo en ello en aras a lograr una acertada interpretación de la norma tras ser ésta objeto de modificación por LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal.

Del mismo modo, resultan objeto de este estudio los aspectos relativos a la prevención y protección de las víctimas, siendo ello el gran caballo de batalla y una de las claves para hacer frente a este tipo de conductas.

Palabras clave: *online child grooming*, TIC, Internet, protección de los menores, consentimiento sexual.

ABSTRACT

In this paper it is tackle the analysis of a new offense that was introduced in the Spanish Criminal Code after the reform introduced by LO 5/2010: *online child grooming*. It is the result of the need to adapt to new social demands and adapting our Criminal Code to the international commitments to which Spain is part –namely Directive 2011/93/UE-. For this purpose, firstly I carried out a brief reference about the phenomenon in the international level as a first step to have a detailed study of this new criminal figure, all of it in order to achieve a correct interpretation of this new standard after the reform by LO 1/2015 to modify the Criminal Code.

Furthermore, I also have a special reference to the aspects of prevention and protection of victims, this is one of the keys to deal with these criminal acts.

Key words: *online child grooming*, ICTs, Internet, protection of children, sexual consent.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DEL <i>ONLINE CHILD GROOMING</i> Y SU ENFOQUE EN EL DERECHO COMPARADO	5
2.1. CONCEPTO	8
2.2. FASES	10
2.3. DERECHO COMPARADO	11
3. PROBLEMÁTICA EN LA INVESTIGACIÓN Y VÍAS DE PREVENCIÓN	14
4. EL DELITO DE <i>ONLINE CHILD GROOMING</i> EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	16
4.1. LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO Y SU RELEVANCIA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR RESPECTO AL ACOSO SUFRIDO A TRAVÉS DE INTERNET	16
4.2. ANÁLISIS DEL DELITO	19
4.2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	19
4.2.2. TIPO OBJETIVO	21
4.2.2.1. SUJETOS	21
4.2.2.2. CONDUCTA TÍPICA	23
4.2.3. TIPO SUBJETIVO	26
4.2.4. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	27

4.2.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD, INHABILITACIONES ESPECIALES Y PENAS ACCESORIAS.....	28
4.3. TIPOS AGRAVADOS.....	32
5. APLICACIÓN PRÁCTICA A TRAVÉS DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA.....	34
6. CONCLUSIONES	35
7. BIBLIOGRAFÍA.....	38

1. INTRODUCCIÓN

El fuerte arraigo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en nuestra sociedad actual, hace que resulte incuestionable el gran papel que éstas han adquirido tanto en nuestras relaciones laborales, económicas y administrativas como en nuestra esfera privada. En los últimos años, su vertiginoso desarrollo y su desmedida expansión ha acarreado la proliferación de espacios virtuales de encuentro, lo cual, ha supuesto una gran revolución para la humanidad que en la mayor parte de las ocasiones resulta muy difícil de gestionar.

Como consecuencia de la irrupción de estas nuevas vías de comunicación, este escenario relativamente novedoso lleva aparejado una serie de conductas nocivas para los ciudadanos, conductas, que por regla general son tipos delictivos preexistentes pero adaptados al nuevo entorno tecnológico y en donde resulta especialmente destacable la situación de los menores de edad, debido a la posición de mayor vulnerabilidad en la que se encuentran.

El Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de los padres elaborado por el Observatorio de Seguridad de la Información y publicado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO)¹ en marzo del 2009, ya dejaba entrever algunos riesgos en relación con los menores vinculados a determinadas conductas como el *ciberbullying*, el *online child grooming* o ciertas amenazas en torno a la intimidad, teniendo todas ellas su mayor detonante en la facilidad de acceso a Internet por parte de estos menores y a la rápida creación de datos e imágenes y su posterior difusión a través de la red. Dicha posición de vulnerabilidad del menor se ve ratificada en el *Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles* elaborado por el INTECO en noviembre de 2011, al poner de manifiesto la tendencia de los menores de entre 15 y 16 años para compartir cualquier tipo de información a través de la red.²

¹ Fue fundado en el año 2006 con el nombre de Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) pero en octubre de 2014 paso a llamarse Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE) teniendo como objetivo desarrollar la Sociedad de la Información mediante la innovación y el desarrollo de proyectos relacionados con la ciberseguridad nacional e internacional.

² En Europa, en cuanto a la evaluación de los riesgos que pueden afectar a los menores cuando acceden a la red, destaca el proyecto *EU Kids Online*, en cuyo contexto se han realizado múltiples estudios empíricos. Existe un repositorio de datos de dichos estudios disponible en www.eukidsonline.net.

Lejos de sorprendernos, las manifestaciones delictivas relacionadas con las TIC resultan cada vez más abundantes, convirtiéndose éste fenómeno en una de las mayores preocupaciones que afectan a nuestra sociedad. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en cuanto al uso de las TIC por los menores de 15 años en el año 2015, el uso de tecnologías de información por la población infantil (de 10 a 15 años) es, en general, muy elevada, alcanzando así el uso de ordenador entre los menores el 95,1% y siendo un 93,6% los que utilizan Internet.³

A raíz del aumento de las expresiones delictivas relativas a este fenómeno, y teniendo en cuenta la compleja labor de persecución de sus autores -debido, entre otros factores, a su actuación a través de identidades anónimas-, hace que todo ello conduzca a una cierta sensación de impunidad. Desde mi punto de vista, el *online child grooming* es uno de los ejemplos de los riesgos de Internet para los menores de edad por antonomasia, siendo una práctica muy arraigada a la realidad jurídica penal actual y muy presente en el ámbito de la esfera ciudadana.

La citada posición de vulnerabilidad del menor en Internet como consecuencia de su mayor predisposición a compartir datos privados en la red, se ve incrementada por el hecho de que dichos menores tienden a desvelar su intimidad “voluntariamente” a través de las TIC como forma de relacionarse socialmente, lo que nos puede llegar a plantear un debate acerca de la licitud o no del acceso a la misma por parte de terceros. Ahora bien; ¿Tiene alguna relevancia el consentimiento del menor de edad en estos supuestos? ¿Qué papel juega exactamente dicho menor? ¿Qué hay del sujeto que establece contacto con el mismo para llevar a cabo fines delictivos? ¿Quedaría impune en todo caso? ¿Es perjudicial el acceso factible y continuo de los menores de edad a las TIC?.

Es precisamente por la evidente preocupación por la protección de los menores de edad frente a las TIC y ante tanto interrogante sin respuesta, por lo que he decidido centrar el objeto de este estudio en el *online child grooming*.

³ Según revela dicha encuesta, en cuanto a las diferencias por sexo en relación al uso de ordenador y de Internet apenas son significativas. En cambio, la disponibilidad de teléfono móvil en las niñas supera en más de cinco puntos a la de los niños. La evolución de los resultados según la edad sugiere que el uso de Internet y, sobre todo, del ordenador, es una práctica mayoritaria en edades anteriores a los 10 años. Encuesta disponible en <http://www.ine.es/prensa/np933.pdf>.

Para llevar a cabo este estudio he decidido adoptar una estrategia de análisis de diferentes referencias tanto legislativas como bibliográficas, llevando a cabo su posterior contraste basándome en distintas bases jurídicas vigentes. Todo ello, para poder permitimos tener una visión detallada de este tipo de actuación, así como, la relevancia que ha tenido la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal, en este aspecto.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES DEL *ONLINE CHILD GROOMING* Y SU ENFOQUE EN EL DERECHO COMPARADO

Las TIC han supuesto un gran cambio en nuestra sociedad actual cuyas dimensiones aún no somos capaces de asimilar. Particularmente, en relación con los menores, el uso de las mismas ha facilitado la creación de una vía tanto para el desarrollo psicosocial como para el desarrollo de habilidades de socialización, de aprendizaje y de apertura a diferentes culturas, conformando ello un grato aporte a las relaciones entre dichos menores, siempre y cuando dichos medios sean introducidos en procesos de enseñanza y aprendizaje. Por otra parte, este nuevo horizonte lleva aparejados una serie de riesgos y preocupaciones entre los que se encuentran la posibilidad de acoso y abuso, la generación de conflictos contra terceros como la familia en base a influencia y autoridad, o conductas encaminadas al sedentarismo y aislamiento social.⁴

Siguiendo el planteamiento de DÍAZ CORTÉS⁵, desde una perspectiva general, nos encontramos a un menor como víctima de un sistema creado por el adulto, en el cual, gracias a la libertad que ofrece Internet unido al excesivo uso que los menores hacen de él, ha planteado la necesidad de introducir tipos penales que protejan su

⁴ ORJUELA LÓPEZ, L., "La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas", en AAVV, *Save the Children*, 2010, pág.9.

⁵ DÍAZ CORTÉS, LM., "Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores)", *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº2, 2011, pág.4.

libertad e indemnidad sexual y de respuesta a tal focalizada y acentuada preocupación.

Acorde con lo anterior, diversos textos internacionales han manifestado la necesidad de penalizar estas conductas llevadas a cabo a través de las TIC, entre ellos destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual del 25 de octubre de 2007 en cuyo artículo 23 obliga a los Estados parte a la tipificar como delito; *“el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”*. Y en los mismos términos, la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁶ y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo⁷, la cual en su artículo 6, tiene como finalidad obligar a los Estados miembros a *“adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad”* del embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

Dichos textos legales están estrechamente vinculados a una serie de políticas de promoción, difusión y uso de las TIC, las cuales, dirigidas a los ciudadanos, han sido uno de los medios a través del cual la Unión Europea se ha manifestado con el fin de fomentar una utilización segura de las mismas. Entre ellas destacan las Decisiones del Parlamento Europeo y del Consejo núm. 276/1999/CE de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundial, y posteriores 1151/2003/CE 16 de junio de 2003 por la que se modifica la anterior; 854/2005/CE de 11 de mayo de 2005 del Parlamento

⁶ Originariamente dicha directiva apareció publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* como Directiva 2011/92/UE –cfr. DOUE L 335, de 17.12.2011-. No obstante, posteriormente se publicó una corrección de errores en virtud de la cual la Directiva 2011/92/UE pasa a ser la Directiva 2011/93/UE –cfr. DOUE L 18, de 21.1.2012-.

⁷ Esta Decisión puede calificarse como el primer instrumento de la Unión Europea que establece un mínimo común para la incriminación de conductas relacionadas con la explotación sexual de los menores y su empleo en la elaboración de pornografía. Pueden considerarse antecedentes a dicho texto legal la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y la Decisión 2000/375/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

Europeo y del Consejo por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea y 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de la infancia en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación.⁸

Atendiendo a lo expuesto y dados los compromisos adoptados por España en base a los Convenios antes citados, el legislador español introdujo a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el llamado delito *child grooming* en nuestra legislación penal. No obstante, cabe destacar que no fue en el Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal remitido por el Gobierno a las Cortes en noviembre de 2009 donde se contempló la inclusión del citado delito, sino que fue la enmienda número 351 del Grupo Parlamentario Popular en el senado en la que instaban al Gobierno a la lucha contra el denominado “*child grooming*” bajo el argumento de que; *“Las nuevas tecnologías han supuesto la mayor dificultad de los padres para la vigilancia de las personas adultas con quienes sus hijos se relacionan. Internet permite que los menores de edad se relacionen, sin salir de una habitación, con cualquier desconocido de cualquier parte del mundo. En ocasiones, los pederastas actúan bajo el anonimato que proporciona esta red global. Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas. Ello da lugar a nuevas formas delictivas como el “grooming informático”, esto es, el acoso a menores online, o “ciberacoso”. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su vida, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red.”*⁹

Con el fin de realizar un análisis lo más detallado posible acerca de este relativamente novedoso delito, llevaré a cabo un estudio que nos ayude entender tanto

⁸ En este sentido, cabe destacar que la Comisión Europea a través del programa *Safer Internet* es la principal fuente de financiación y apoyo de la *International Association of Internet Hotlines* (INHOPE), una red activa y de colaboración que coordina un total de 48 líneas de Internet en 42 países de todo el mundo y que permite denunciar anónimamente los contenidos ilegales, incluyendo el material de abuso sexual a menores, que existen en la red. Dichas denuncias ponen en marcha un procedimiento de investigación y en caso de tratarse de material ilegal, se pondrán en conocimiento de las autoridades competentes, siendo su función y deseo el de acabar con la distribución de material de pornografía infantil

⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 18 de marzo de 2010.

las razones como los fundamentos de su incorporación en nuestro Código Penal, exponiendo primeramente qué es el *online child grooming*, para posteriormente afrontar su tratamiento desde el plano legislativo, comenzando con una breve alusión al panorama internacional y con una mayor amplitud en virtud de nuestro Código Penal.

2.1. CONCEPTO

Partiendo de la más reciente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, si bien la STS 97/2015, de 24 de febrero define el delito objeto de estudio como “*las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor*”, a mi juicio, dicha definición obvia hacer referencia a uno de los elementos claves de este tipo delictivo como es su medio de comisión, por ello, parece más acertada la definición dada por la doctrina al hacer alusión al mismo “*como el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza de un menor (en nuestro caso, menor de 13 años -16 años tras la entrada en vigor de la reforma del CP-) a través de Internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual voluntarias o forzadas*”¹⁰. No obstante, y pasando por alto los matices empleados a la hora de elaborar una definición lo más concreta posible, lo que realmente resulta llamativo es la diversidad de expresiones con las que se hace alusión a dicha conducta.

De este modo, a pesar de que el término más generalizado en la doctrina anglosajona ha sido el de *grooming*, no cabe pasar por alto otras posibles denominaciones que han afianzado el hecho de que dicho concepto no se encuentre uniformemente determinado. Así, en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007, en su artículo 23, se hace referencia a éste proceso y a su necesidad de penalización con el concepto *solicitation of children for sexual purposes*.

¹⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J., “*Derecho Penal e Internet*”, Lex Nova, 2011, pág. 153.

Eco de esta falta de consenso, y a pesar de que a través de la reforma operada por la LO 5/2010 el legislador español emplea el anglicismo *child grooming* al referirse a la introducción del artículo 183 bis¹¹ en nuestra legislación penal, ha sido numeroso el abanico de expresiones que han ido surgiendo con posterioridad a dicha reforma. De esta manera, al considerarse dicha conducta una manifestación de acoso, se han empleado también los términos *ciberacoso a menores* o *acoso cibernético*¹² junto a otras expresiones tales como *contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores*.¹³

Frente a esta citada variedad de expresiones empleadas por la doctrina y teniendo en cuenta la más que generalizada denominación proveniente del mundo anglosajón¹⁴, parece curiosa la postura de RAMOS VÁZQUEZ¹⁵, el cual, rechaza toda denominación que contemple el término “acoso” por considerar innecesaria la existencia del mismo para que se dé el delito objeto de estudio¹⁶. En cuanto al término *grooming*, señala el autor que el grooming describiría “*un proceso gradual mediante el que una persona establece una relación de confianza con menores, relación enmascarada como de amistad, en la que abundan los regalos y las muestras de atención y afecto y que, gradualmente, deriva en un contenido sexual en un modo que*

¹¹ En la exposición de motivos de la LO 5/2010 el legislador justifica dicha intervención legislativa añadiendo que “*se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado <<child grooming>>, previéndose, además, penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.

¹² Entre otros, MAGRO SERVET, V., “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183bis del Código Penal, *Diario La Ley*, nº7492, 2010, págs.1423 y siguientes; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183bis), *Diario La Ley*, nº7915, 2012, págs.1778 y siguientes.

¹³ DÍAZ CORTÉS, LM., “Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores)”, ob.cit., pág.7.

¹⁴ Al *grooming* o *child grooming* se refieren, entre otros: DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia.” *Diario La Ley*, nº7575, 2011, págs.1737 y siguientes; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de online child grooming (art.183bis CP)”, en AAVV, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 185 y siguientes; GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, págs. 215 y siguientes ; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, págs. 640 y siguientes.

¹⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº7746, 2011, págs. 2-10.

¹⁶ Así, añade que si bien la RAE define el término acosar como “*perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias y requerimientos*”, considera que no es necesario que el contacto con el menor sea agobiante, intimidatorio o importune al mismo ya que seguramente un contacto que no represente “acoso” será más fructífero a la hora de conseguir un encuentro con este.

resulta natural y no intimidatorio para el propio menor”, es decir, “con grooming estaríamos designando sólo la primera parte de un proceso mucho más amplio”.

No obstante, frente a tal falta de uniformidad y siguiendo el planteamiento de RAMOS VÁZQUEZ, ante la inexistencia de una denominación más precisa y ante el uso más generalizado de la misma, desde mi punto de vista, parece más conveniente mantener el anglicismo *grooming* tal y como recoge nuestro legislador. Estamos ante un delito de relativamente novedosa incorporación en nuestra legislación penal, por lo que parece ser más acertado el empleo del término con el que se instó la necesidad de combatir este tipo de conductas, expresión adoptada por su aceptación internacional al tener el verbo “*groom*” el significado de preparar a alguien para una proposición o actividad, identificándose por tanto el proceso de *grooming* con la idea del proceso que tiene como fin último la preparación de la víctima para ganarse su confianza y siendo mayoritariamente dichas víctimas los menores de edad. Si bien es cierto que a pesar de que el legislador español hace referencia al *child grooming*, tal y como queda regulada dicha práctica en nuestro Código Penal, considero más acertado el término *online child grooming* por ser las TICs el medio necesario para su comisión.

2.2. FASES

Como ya quedó reflejado a lo largo de este estudio, el delito de *online child grooming* se encuentra estrechamente aparejado con las TIC, el cual, al llevarse a cabo *online*, se identifica con una serie de etapas o fases que resulta relevante mencionar. A modo de aproximación, podemos hacer alusión a las tres siguientes:

1. Fase de inicio de la amistad; se trata de una primera toma de contacto con el menor de edad, implica que el autor del delito comienza a crear lazos de unión con el menor interesándose por sus preferencias con el fin último de ganarse la confianza de éste.

2. Fase de establecimiento de la relación; una vez ganada la confianza del menor, el ofensor se interesará por la vida privada de éste, tratando de obtener información acerca de cuestiones personales e íntimas del menor. En esta fase

también podría incluirse la valoración del riesgo¹⁷, es decir, el adulto podría interesarse acerca de la posibilidad de su descubrimiento por parte de los padres del menor así como acerca de la privacidad de su ordenador o teléfono móvil.

3. Fase de contenido sexual; una vez que el menor empieza a ver al sujeto pasivo de este delito como a un referente e incluso un posible amante, éste último aprovechando la información adquirida en las fases anteriores y la plena confianza de su víctima, comienza a llevar a cabo ciertos comportamientos dirigidos a prepararle para que ésta ceda a entablar contacto de naturaleza sexual.¹⁸

2.3. DERECHO COMPARADO

Antes de abordar la reciente configuración del delito de *online child grooming* en nuestra legislación penal, resulta menester hacer un breve recorrido acerca de la regulación de esta conducta en el Derecho comparado.

Lejos de las legislaciones de nuestro entorno, las cuales, se han acercado de forma muy escasa a la regulación de éste fenómeno, ha sido el derecho anglosajón el encargado por excelencia de sentar las principales premisas en relación a este no tan novedoso delito. En este escenario, y siguiendo el planteamiento de RAMOS VÁZQUEZ¹⁹, podemos comenzar mencionando la legislación Canadiense al ser ésta una de las más simplificadas, en ella, su *Criminal Code* regula el delito de *luring a child* castigando en su artículo 172.1 a quien a través de un sistema informático se

¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., "Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación", ob.cit., p.647.

¹⁸ En este sentido, el diario *La Nueva España* en su edición de 2 de octubre de 2015, destaca la detención de un mierense de 41 años por un supuesto caso de *grooming* sobre una menor de 15 años natural de Málaga. El detenido conoció a su víctima a través de las redes sociales y una vez establecido el primer contacto, se hizo pasar por un joven de 24 años con el fin de ganarse su confianza. De esto modo, obtenía fotografías y vídeos de alto contenido sexual, amenazando a su víctima con su difusión de no acceder ésta a nuevos requerimientos. Posteriormente, propuso un encuentro físico con su víctima, no llegando a producirse el mismo al ser alertados los padres de la menor y poner los hechos en conocimiento de la Policía. Disponible en <http://www.lne.es/caudal/2015/10/02/detenido-mierense-41-anos-acosar/1821154.html>.

¹⁹ RAMOS VÁZQUEZ, J.A, "El llamado delito de "child grooming": consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal", ob.cit. págs. 3-9.

comunica con un menor de 18, 16 o 14 años con el fin de facilitar la comisión de delitos sexuales. En dicho precepto, varían los distintos rangos de edad en función del tipo de delito del que se trate, siendo relevante el hecho de que para la comisión de este delito no es necesario que la víctima sea menor de edad, si no que basta con que el ofensor así lo crea. Las penas de prisión abarcan desde los 10 años hasta los 18 meses.

En segundo lugar, y continuando en el derecho anglosajón, cabe hacer referencia al artículo 15 de la *Sexual Offences Act* de Reino Unido en el cual, a través del delito denominado *meeting a child following sexual grooming*, se castiga al mayor de edad que habiendo mantenido contacto en al menos dos ocasiones precedentes con un menor de 16 años y con la intención de llevar a cabo un delito sexual, se encuentre con él o viaje a cualquier parte del mundo con la intención de hacerlo para llevar a cabo dichas conductas constitutivas de delito. A diferencia de la regulación canadiense, el legislador británico ha excluido la punición de dicha conducta siempre y cuando el ofensor crea razonablemente que su víctima no era menor de 16 años. Las penas de prisión van desde los 6 meses hasta los 10 años.

Similar pero con alguna peculiaridad nos encontramos con la *Protection of children and prevention of sexual offences Act* escocesa, la cual, bajo la denominación *meeting a child following certain preliminary contacts*, castiga a quien habiéndose encontrado o contactado con un menor de 16 años o con un agente de policía al menos en una ocasión precedente, y con la intención de mantener relaciones sexuales ilícitas, sea con dicho menor o en presencia de éste, tiene de nuevo un encuentro intencionado, viaja con la intención de encontrárselo o bien prepara un encuentro para que el menor viaje para encontrarse con él.^{20 21} Al igual que en la regulación inglesa, el ofensor quedará impune siempre que crea razonablemente que dicho menor era mayor de 16 años. En cuanto a las poco notables diferencias con la legislación de Reino Unido, resulta relevante el hecho de que dichas conductas sexuales no tiene por qué tener como víctima al menor si no que basta con que éste esté presente, por otro lado, la figura del agente de policía si bien resulta un tanto confusa, hace referencia al hecho de que un agente encubierto haga pasarse por el menor. Las penas de prisión son idénticas que las de la legislación inglesa.

²⁰ El viaje y el encuentro pueden producirse en cualquier parte del mundo.

²¹ Es requisito necesario que o bien alguno de los actos que integran el delito tenga una relevante conexión con Escocia —el encuentro o comunicación previa, la reunión posterior, el viaje o la preparación del mismo— o bien que el ofensor sea ciudadano británico o residente en Reino Unido.

Finalmente, y por ser sin lugar a duda la regulación más exhaustiva, el *Criminal Code Act* Australiano castiga en su artículo 474.27 a quien a través de un medio de comunicación, contacte con un menor de 16 años (o que el ofensor crea que así sea) con el propósito de hacer más fácil la obtención de su implicación en una actividad sexual con el contactado, o con un tercero ya sea menor o mayor de 18 años, o que el ofensor esté en la creencia de ello. Ambas conductas son castigadas con una pena de 12 años de prisión excepto si el sujeto activo pretende que la actividad sexual se lleve a cabo en su presencia o en la de un mayor de 18 años, o que aquel cree que así sea, en cuyo caso la pena de prisión es de 15 años.

Ahora bien, a pesar de que todas estas previsiones disienten entre ellas a la hora de regular dicha conducta delictiva, todas ellas reflejan una importante característica de este tipo penal como es la simple intención, ya que ésta es suficiente para la punición de dicha actuación –lejos de entrar en juego el error de tipo en la edad y demás circunstancias análogas-. Estas dispares regulaciones no son más que una clara muestra de la inexistencia de una postura común a la hora de abordar este delito, aunque si algo tiene en común es que todas ellas reflejan el hecho de que la preocupación surgida con el fenómeno Internet ha calado en la sociedad – en este sentido, la legislación australiana es un claro ejemplo de ello, lejos de que dichas penas puedan parecernos desmesuradas y sin posibilidad de que en nuestro país puedan llegar a alcanzar rigor constitucional alguno-.

Por último, una vez analizado el panorama internacional y antes de comenzar a enlazar con nuestra novedosa regulación, resulta interesante hacer un breve recorrido por la Unión Europea. A tal respecto, como ya comentamos anteriormente, las referencias que se hacen en estas legislaciones al fenómeno del *online child grooming* son limitadas a pesar de la influencia de los países con tradición *Common Law* – concretamente Reino Unido y Escocia-. Posteriormente a dichas inclusiones legislativas, y como consecuencia del ya citado artículo 23 de Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual del 25 de octubre de 2007, países como Noruega y Francia en 2007, Holanda en 2010 o Austria e Italia en 2012, han incorporado dichas conductas delictivas en sus respectivas legislaciones penales.²²

²² VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, ob.cit., pág. 659.

3. PROBLEMÁTICA EN LA INVESTIGACIÓN Y VÍAS DE PREVENCIÓN

Como ya quedó reflejado anteriormente, uno de los motivos por los que las manifestaciones delictivas relacionadas con las TIC son tan abundantes es debido a que la identificación de los autores de dichos delitos es realmente difícil, lo que conduce a que éstos se vean amparados en una cierta sensación de impunidad. En lo que atañe a sus características, se trata de personas aparentemente normales –en la mayor parte de los casos son hombres los que se ven involucrados en este tipo de delitos-, de cualquier edad, cultura y ubicación geográfica, que si bien saben manejarse por el ciberespacio a la perfección, la postura de anonimato que éste les aporta es una de las claves de su seguridad y motivación, facilitando ello su actividad y el aumento de la percepción de inmunidad antes citada.²³

Como fruto de lo anterior, la extrema dificultad de la investigación de estos delitos es más que evidente, por lo que en estos casos es muy importante poder mantener una entrevista reservada con el menor sin presencia de sus padres ya que éste, puede ocultarles algunos detalles del caso –ya sea por falta de confianza o vergüenza- que sean claves para la incriminación del autor. No obstante, a causa de la posición de superioridad del sujeto pasivo de este tipo de delitos, en numerosas ocasiones el menor sufre fuertes cambios de personalidad consecuencia de la relación de confianza entablada con el autor del tipo delictivo, volviéndose más retraído y ocultando todo lo sucedido a su entorno familiar, lo que provoca la existencia de un menor que continuará siendo agredido.

Ante este panorama resulta muy importante la labor de prevención, tarea sobre la cual existen diversos estudios. En este sentido, y partiendo de la premisa de que no se puede impedir que el menor utilice las TIC, la tarea a llevar a cabo no es otra que la

²³ A tal respecto, el INTECO a través de la publicación de la “*Guía legal sobre el ciberbullying y grooming*”, en su página 8, se hace alusión a dicha sensación de anonimato que otorga Internet a sus usuarios. No obstante, es necesario destacar la existencia de medios tecnológicos suficientes para poder determinar el lugar exacto y el equipo informático desde el que se llevó a cabo el presunto delito. Siempre que se navega por Internet se hace a través de una dirección IP facilitada por el proveedor de Internet, la cual, funciona como una especie de “matrícula” en la Red que permite la identificación de los usuarios y conocer a quién pertenece la conexión de Internet. Ese dato, que únicamente puede ser conocido y utilizado previa solicitud judicial, es clave para poder perseguir a los autores de este delito. Disponible en www.incibe.es.

No obstante, cabe advertir que existen numerosas técnicas al servicio del anonimato entre las que destacan la utilización de servidores *proxy*, de anonimadores web, de conexiones en cibercentros o cibercafés sin identificación de usuarios, etc.

de educarle para que ni siquiera llegue a producirse la primera de las fases ya analizadas en apartados anteriores, es decir, a la fase del inicio de la amistad.

Para dar cumplimiento a lo anterior, estudios realizados desde la organización *Save the Children*, la asociación *Protegeles* o el *INCIBE*²⁴, consideran que son las familias las que tienen un mayor peso en esta labor de prevención. Una buena comunicación es la base indispensable de cualquier enfoque que se plantee para llevar a cabo dicha prevención, ya que el menor debe tener la confianza suficiente para poder contar a su entorno familiar más cercano cualquier anomalía o situación de riesgo que perciba. Uno de los hándicaps de esta tipología delictiva es el dominio de las nuevas tecnologías por parte de los progenitores, ya que para poder educar y asesorar es importante dominar la materia y en el caso de las TIC, los roles están notablemente invertidos lo que conlleva una barrera a la hora de relacionarse en estos términos con los menores. No obstante, ello no quiere decir que los padres no deban involucrarse en el uso que hacen sus hijos de las nuevas tecnologías, informándoles de sus peligros, supervisando su empleo e instalando las mismas en zonas comunes o incluso estableciendo horarios y sistemas de seguridad y filtrado en aras a evitar que los menores accedan a contenidos inadecuados. A pesar de dichas recomendaciones, a día de hoy uno de los mayores problemas a los que se enfrentan los padres es al uso del teléfono móvil, el cual, por sus características propias impide que muchas de dichas precauciones puedan llevarse a cabo, por lo que estar alerta ante cualquier cambio repentino e inexplicable del menor debe ser uno de las mayores inquietudes de éstos.

Por otro lado, tanto sobre la escuela como los medios de comunicación o el propio Estado, recae una gran labor educativa en esta materia. Éstos, deben concienciar a los menores de los riesgos y precauciones a tener en cuenta en el ciberespacio a través de campañas específicas enfocadas a la prevención en materia de seguridad en Internet, así como programas de educación afectivo-sexual durante su periodo evolutivo que ayuden al menor a la construcción de relaciones afectivamente sanas e igualitarias y les sensibilice con esta materia.

Los menores deben ser advertidos de la importancia de emplear seudónimos en Internet con el fin de no poner en entredicho su seguridad personal, así como ser cuidadosos con la publicación y envío de imágenes y videos y hacerles ver los peligros de agregar a un desconocido o hacer un uso irresponsable de la cámara web. Todo

²⁴ DÍAZ CORTÉS, LM., "Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores), ob.cit., pág.21-22.

ello haciendo hincapié en la necesidad de comunicar a sus padres cualquier situación anómala o de riesgo en la que se vean incursos.

4. EL DELITO DE *ONLINE CHILD GROOMING* EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

4.1. LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO Y SU RELEVANCIA EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR RESPECTO AL ACOSO SUFRIDO A TRAVÉS DE INTERNET

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el pasado 26 de marzo del año en curso la reforma del Código Penal, una vez emitidos los preceptivos informes y dictámenes sobre el mismo y ratificadas las enmiendas incorporadas por el Senado. El mismo entró en vigor el 1 de julio del presente año.

La reforma penal aprobada revisa a la par que actualiza nuestro sistema punitivo, siendo la justificación de dichas modificaciones tanto la necesidad de adecuación a las nuevas demandas sociales como la adaptación de la ley penal vigente a las disposiciones y compromisos internacionales de los que España es parte –concretamente a la Directiva 2011/93/UE-.

En el sentido que nos ocupa, la reforma ha tenido gran calado entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, optando el legislador por elevar la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años, siendo esto, a mi juicio, una de las modificaciones más relevantes debido a las controversias suscitadas en relación con el límite de la anterior franja de edad – los trece años-.

En lo relativo al delito de *online child grooming*, si bien su regulación no ha variado en exceso, su incriminación pasa a estar regulada en el artículo 183 ter. CP.

El cuanto al apartado primero del citado precepto, apenas ha sufrido modificación alguna ya que si bien en el mismo siguen regulándose el tipo básico y el subtipo cualificado del delito objeto de estudio, el legislador únicamente ha optado por reducir la remisión a los delitos sexuales cuya comisión es la finalidad última del sujeto activo del mismo, siendo éstos únicamente los referidos en los artículos 183 y 189 CP -delitos relativos a abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y delitos relativos a la pornografía infantil y la corrupción de menores-. Ello en aras a dar cumplimiento a lo establecido en los compromisos internacionales, los cuales, se refieren a las conductas de abusos y agresión sexual y a la producción de pornografía infantil. No obstante, a modo de apunte, cabe decir que si bien la intención del legislador era llevar a cabo una remisión que se adaptase lo máximo posible a lo recogido en dichos textos internacionales, quizás debería haber sido más concreto a la hora de acotar dichos supuestos ya que el artículo 189 CP supera los límites de la simple producción. Por otro lado, carece de coherencia la exclusión del artículo 183 bis dentro de la remisión a los citados delitos-fin, ya que en el mismo se recogen una serie de conductas que, a mi modo de ver, serían una de las razones que impulsaría al actor a acercarse al menor a través de las TIC.

También se ha elevado la edad del sujeto pasivo, coincidente al igual que en la anterior regulación, con la edad de consentimiento sexual.

Junto a esta conducta ya tipificada, el legislador ha incluido en dicho precepto un segundo apartado en el que se incluye la conducta designada como “embaucamiento”. A este respecto, castiga al *“que a través de Internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y de la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor con una pena de prisión de seis meses a dos años”*.

La RAE define el término “embaucar” como el acto de *“engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”*, no dándose por tanto diferencias sustanciales con lo recogido en el apartado 1 del citado artículo ya que en ambos casos se trata de ganarse la confianza del menor con el fin de obtener determinados objetivos.

Entrando a valorar la incorporación de ésta nueva conducta delictiva, podría plantearse un interrogante acerca de su correcta adecuación y legitimación –aspecto que ha suscitado diversos recelos-. En este sentido, han sido varios los autores que

han alzado su voz y entre los cuales destaca VILLACAMPA ESTIARTE, la cual considera que si bien el artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE se refiere a que “*los Estados adopten medidas para que sea punible cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, de cometer las infracciones de adquisición o posesión de pornografía infantil y de acceso a la misma o de su comunicación, 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*”, el legislador español con la inclusión del apartado segundo del artículo 183 ter. CP ha ampliado indebidamente el abanico de conductas delictivas, ya que la conducta tipificada no tiene como finalidad únicamente el tener acceso a la pornografía autoproducida por el menor, sino a cualquier tipo de “material pornográfico”. En este sentido, y siguiendo el planteamiento de la citada autora, se han alzado voces discrepantes en torno a este gran abanico de posibilidades que trae aparejado este nuevo precepto, ya que si bien, ese material pornográfico no contuviese siquiera pornografía infantil, difícilmente podría verse afectado el bien jurídico protegido en este delito.²⁵

Por otro lado, y en aras a evitar un mayor adelantamiento de las barreras de protección penal, hubiese sido conveniente que el legislador concretase el término “actos dirigidos al embaucamiento” ya que de ésta forma se está anticipando aún más la punición que si se hiciese referencia concreta a las conductas de adquisición, posesión y acceso.

Cabe destacar el hecho de que si bien el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE tiene como finalidad obligar a los Estados miembros a “*adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad*” del embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos, este precepto, lejos de prever una exigencia sancionatoria específica, se limita a los términos antes entrecorillados. Así pues, resulta controvertido el hecho de que el legislador sancione más gravemente ésta conducta que la castigada en el artículo 183 ter.1, la cual, tiene una pena mayor de prisión pero alternativa pecuniaria.²⁶ Teniendo en cuenta la obligación a la que estaban sometidos los Estados miembros de tipificar como delito la conducta recogida en el apartado primero del artículo frente a la de adopción de “*medidas*” necesarias para garantizar la punibilidad del llamado embaucamiento; ¿por qué castigar con una pena

²⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, ob.cit., pág. 703-704.

²⁶ *Ibíd.*, pág.703.

mayor este tipo de conductas que la recogida en el artículo 183 ter 1. CP no dándose diferencias relevantes entre ambas?, en todo caso, ¿no estamos hablando de una “obligación” de mayor respuesta ante la primera de las conductas?.

En este sentido, tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial en sus informes de 8 y 16 de enero de 2013 respectivamente, así como el Consejo de Estado a través del Dictamen del Anteproyecto de fecha de 27 de junio de 2013, califican a este nuevo tipo penal como un acto preparatorio del delito regulado en el artículo 189 CP como es relativo a la producción de pornografía infantil, de manera que de llegarse a obtener dicho “material pornográfico”, estaríamos en fase de ejecución y sería de aplicación lo regulado en dicho artículo 189 CP. En este caso, ¿no hubiese sido más coherente incluir un nuevo párrafo en el artículo 189 CP que la “creación” de este nuevo tipo penal?.

Finalmente, la última de las modificaciones aparejadas a la reforma analizada, es la inclusión en el artículo 183 quáter de una cláusula de exención de la responsabilidad penal con el objetivo de disipar la polémica suscitada respecto de la consideración como autores de este delito a personas que por cercanía a la edad del sujeto pasivo o a su grado de desarrollo o madurez, pudieran estar llevando a cabo conductas de “tonteo” o “flirteo”.

4.2. ANÁLISIS DEL DELITO

4.2.1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Antes de comenzar a analizar la figura del *online child grooming* en profundidad, considero oportuno proceder a llevar a cabo un análisis y posterior determinación del bien jurídico protegido en dicho delito ya que en este aspecto, y doctrinalmente hablando, han surgido numerosos debates donde afloran teorías y puntos de vista dispares.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de *online child grooming* ha estado enfrentada en torno a dos posturas diferentes; la consideración de que en dicho tipo penal se protege un único bien jurídico, o por el contrario, que nos

encontramos ante un delito pluriofensivo donde cabría hacer alusión a más de un bien jurídico penalmente protegido.

Comenzando con las teorías relacionadas con la diversidad - por ser ésta la postura minoritaria-, siguiendo el planteamiento de GONZÁLEZ TASCÓN²⁷ y teniendo presente que este tipo penal surge ante una situación de necesidad de penalizar aquellos “actos preparatorios de determinados delitos sexuales impunes hasta el momento”, bien es cierto que en el delito de *online child grooming* el bien jurídico tutelado sería, sin ningún género de dudas, la indemnidad sexual de los menores de 16 años. No obstante, la autora considera que no debemos hablar de un único bien jurídico ya que si éste delito ha sido una consecuencia de la inmensa preocupación de la sociedad ante los riesgos a los que se enfrentan los menores en el espacio virtual, con la aparición de este delito también se estaría tratando de proteger la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC.

Desde otro punto de vista, la doctrina mayoritaria aboga por la toma de postura de la protección de un único bien jurídico protegido, no obstante, si bien logran un consenso respecto a la unidad del bien, no ocurre lo mismo a la hora de determinarlo. Partiendo de la base de lo verdaderamente relevante en la comisión de este delito, podemos decir que se trata de un delito de peligro abstracto con el cual se ha pretendido “adelantar las barreras de protección penal a un momento anterior al de la realización”²⁸, ahora bien, a partir de dicho presupuesto podemos encontrarnos con distintas posturas doctrinales por las cuales haremos un breve recorrido.

Así, podemos considerar como bien jurídico protegido; la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, entendiéndolo como el derecho a un desarrollo y formación adecuados, libre de alteraciones o perturbaciones en su equilibrio psíquico y a un correcto proceso de socialización (FERRANDIS CRIPRIÁN, ORTS BERENQUER, MORILLAS FERNÁNDEZ, RAMOS VÁZQUEZ); o la indemnidad sexual de los menores, indemnidad como derecho a no sufrir daño alguno en la esfera sexual (VILLACAMPA ESTIARTE, FERNÁNDEZ TERUELO) –siendo esta última la postura que comparto-.

²⁷ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, ob.cit., págs. 241-242.

²⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, ob.cit., pág. 677.

Ante este disenso doctrinal en torno al bien jurídico objeto de protección en el delito de *online child grooming*, la Jurisprudencia, caminando en paralelo, ha llevado a cabo una destacada línea jurisprudencial, la cual, si bien basándonos en la más reciente jurisprudencia al respecto –jurisprudencia anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo-, termina por interpretar la voluntad del legislador estableciendo que éste, al fijar el requisito de que el contactado sea un menor de 13 años -16 años tras la entrada en vigor de la reforma-, está marcando la frontera de la indemnidad sexual de los menores. Así, nuevamente la STS 97/2015, de 24 de febrero, resalta que *“el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad”*.

En la misma línea jurisprudencial, el Juzgado de Menores Número 1 de Ourense en sentencia de 13 de mayo de 2013, afirma que *“el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de trece años ya que éste no puede prestar válidamente consentimiento para tener relaciones sexuales”*.

4.2.2. TIPO OBJETIVO

4.2.2.1. SUJETOS

Por lo que refiere al **sujeto activo** del delito de *online child grooming*, el legislador, al establecer la fórmula *“el que...”* como introductoria a la hora de designar dicho sujeto, ha dado lugar a la conformación del mismo como un delito común – es decir, sin restricciones ni trabas de ningún tipo en el cual, toda persona puede ser sujeto activo del mismo-. Ahora bien, en un primer momento y lejos de las acotaciones realizadas tanto en el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual del 25 de octubre de 2007 en cuyo artículo 23 hace alusión al término *“adultos”*, como en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil en cuyo artículo 6 se cita como sujetos potenciales a los *“mayores de edad”*²⁹, el legislador español había dejado la puerta abierta a la hora de concretar dicho sujeto

²⁹ FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de online child grooming (art.183bis CP)”, ob.cit., pág. 194.

activo. Frente a ésta postura legislativa -no exenta de crítica-, parte de la doctrina entre los que destacan GONZÁLEZ TASCÓN y VILLACAMPA ESTIARTE, consideraba que dicha opción del legislador español carecía de acierto al adquirir relevancia penal conductas de flirteo entre menores de 13 años – 16 tras la reforma- y aquellos comprendidos en la edad de los 14 a los 18 años –de 16 a 18-, abogando así por una interpretación restrictiva a la hora de señalar al sujeto activo de este tipo delictivo.³⁰

En este sentido, y en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, el legislador – con gran consciencia social- ha introducido el artículo 183 quáter con el fin de hacer frente a tal controversia, fijando así consentimiento libre del menor de 16 años como requisito para excluir de responsabilidad penal al autor de este delito siempre y cuando *“sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez”*. No obstante, esta solución legislativa tampoco ha quedado exenta de crítica, lo cual analizaremos en apartados posteriores.

En cuanto al **sujeto pasivo**, como ya quedó citado anteriormente, tras la reforma, el legislador ha elevado la edad de éste concretándolo en un *“menor de dieciséis años”*. Este aspecto ha sido una de las modificaciones más relevantes ya que, siguiendo la línea de lo plasmado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 113/2015, de 11 de mayo, *“la creación de este tipo es otra muestra de ese espíritu del legislador de protección de los sujetos pasivos más desvalidos ante los ataques a su indemnidad sexual”*, por lo que si bien en un primer momento el límite de edad de los 13 años guardaba consonancia tanto con la edad legal de consentimiento sexual como la referida en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007, ésta había sido objeto de numerosas confrontaciones debido a la falta de protección de los menores comprendidos entre los 13 y 15 años –siendo esta franja de edad la más proclive al uso de las TIC y encontrándose en plena fase de desarrollo y exploración sexual, lo que hace que su inmadurez sea la víctima perfecta de éste delito -. Prueba de ello es la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 142/2015, de 31 de marzo en la que se alega que si bien *“cuando en la solicitud de relación sexual a cambio de remuneración o promesa no existe contacto personal,*

³⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, ob.cit., págs. 243 y 244.

directo y con intermediación sino que se realiza a través de medios telemáticos, estaríamos ante un acto preparatorio y por lo tanto sólo incardinable en el artículo 183 bis CP”, en este supuesto, no siendo “*el sujeto pasivo un menor de trece años, los hechos no serían constitutivos de delito*”, ratificándose por tanto la necesidad de dicha elevación de la edad del menor.

Por otro lado, en cuanto a la determinación del sujeto pasivo, uno de los aspectos objeto de debate y frente al cual, el legislador no ha hecho pronunciamiento alguno en la reciente reforma de nuestro Código Penal, es el referido a la falta de alusión a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección.³¹ Su falta de inclusión como sujetos pasivos ha provocado numerosas críticas de la doctrina entre las que destaca ORTS BERENGUER, quien argumenta que las mismas también “*pueden ser contactados por los medios típicos, y resultar tanto o más frágiles o inermes que aquéllos [menores]*”. En todo caso, parece que el legislador sigue ciñéndose únicamente a lo desarrollado en los instrumentos internacionales que sirven de precedente a la configuración de este delito, no siendo la referencia a estos objeto de ninguno de ellos.³²

4.2.2.2. CONDUCTA TÍPICA

En cuanto a la conducta típica, nos encontramos ante un tipo mixto acumulativo que requiere la comisión por parte del sujeto activo de una serie de actos que podemos concretar en tres: **a) contactar con el menor de dieciséis años, b) proponer concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer determinados delitos de significación sexual, y c) realizar actos encaminados al acercamiento.**

A) El contacto con el menor de dieciséis años debe hacerse necesariamente “*a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. Dado el amplio abanico de posibilidades que abarca tal descripción, éste punto no plantea ningún tipo de interrogantes ya que dicha fórmula general posibilita la introducción de todos los medios de novedosa aparición. Ha de tenerse en cuenta que dada la posibilidad que dan estos medios de entablar un contacto previo

³¹ A las mismas se refiere el artículo 25 CP.

³² ORTS BERENGUER, E., “Ciber acoso”, en AAVV, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 271.

con el menor, esto favorece la generación de una situación de dependencia de la víctima con su agresor ya que estos facilitan tanto la captación y almacenamiento de los datos e imágenes intercambiados entre ambos, como la difusión de los mismos, siendo ello un medio de chantaje hacia el menor. No obstante, siguiendo a la doctrina mayoritaria, cabe destacar el hecho de la necesidad de respuesta por parte del menor, no entendiéndose por contacto el envío de mensajes, correos, etc., sin que estos obtengan contestación por parte de la víctima.³³

Con ésta exigencia se descarta la inserción en este tipo delictivo de los supuestos en los que, aunque el contacto se apoye en las TIC, éste se desarrolle mediante el contacto físico entre el autor y la víctima. Tal exclusión deriva de una de las principales finalidades de la inclusión de dicho precepto como es la preocupación por el auge del empleo de las TIC por parte de los menores, cuestión reflejada en la sentencia del Tribunal Constitucional 104/2006, de 3 de abril, que alude a *“la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos (...) deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito”*.

Resulta cuestión interesante la interpretación llevada a cabo por GONZÁLEZ TASCÓN³⁴, la cual, considera que en el caso de que sea el propio menor el que llevase a cabo la iniciativa de iniciar ese contacto con el sujeto activo, siempre y cuando éste estuviera esperando tal actuación, estaríamos también ante dicho contacto típico ya que una interpretación distinta nos llevaría a dejar exentos de responsabilidad penal a aquellos sujetos que *“acechan”* a sus víctimas con una finalidad sexual aprovechándose de que, tras una serie de artimañas, consigan que sean éstas los que tomen la iniciativa.

B) El sujeto activo debe además proponer un encuentro con el menor a través de cualquiera de los medios mencionados con anterioridad. En este punto resulta relevante el hecho de la mera proposición, sin necesidad de que dicha propuesta sea aceptada por el menor o la misma llegue a realizarse, es decir, se está castigando la acción de *“proponer”* –no siendo suficiente la mera insinuación-. En

³³ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pág. 172.

³⁴ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, ob.cit., págs. 246.

este sentido, la precitada STS 97/2015, de 24 de febrero recoge que, “en cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años -16 años tras la reforma. Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años -16 años- puede entenderse típica la conducta”.

Sobre este particular, ha sido objeto de debate entre la doctrina lo relativo a si ese encuentro que se propone al menor debe llevarse a cabo en un espacio físico o también puede ser virtual. A este respecto, autores como GONZÁLEZ TASCÓN consideran que dado las posibilidades que ofrecen hoy en día las TIC, las personas también nos encontramos con otras dentro del espacio virtual y es la comisión de determinados delitos cuya realización persigue el sujeto activo, los que son aptos para cometerse virtualmente a través de las TIC –véase la elaboración de material pornográfico o en la utilización del menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos-. No obstante, de estar aceptando esa propuesta de encuentro en el espacio virtual se estaría llevando a cabo una mera relación cibernética y no personal, vaciando de contenido la tercera de las exigencias que constituyen este delito ya que dicha propuesta debe ir acompañada de una serie de “*actos materiales encaminados al acercamiento*”, no pudiendo quedar reducidos éstos a repetidos contactos a través de la Red – que es en lo que consiste el “acercamiento” dentro del espacio virtual- (en este sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, FERNÁNDEZ TERUELO, VILLACAMPA ESTIARTE).

C) Como ya adelantamos, la última acción que compone el tipo es la relativa a la realización de “*actos materiales encaminados al acercamiento*”. En este sentido, y siguiendo a DOLZ LAGO³⁵, éstos solo aparecen acotados legislativamente a través de dos parámetros: su naturaleza y la finalidad que les guía. No obstante, con carácter

³⁵ DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia.”, ob.cit., pág. 1741.

general y teniendo en cuenta tanto la naturaleza del delito de *online child grooming* como la más estricta literalidad de los términos “*encaminados al acercamiento*”, dichos actos deben trascender al mero contacto en el mundo virtual y estar encaminados a lograr la relación en el mundo presencial o físico.³⁶ En cuanto al contenido de los mismos, si bien deben conducir al encuentro físico con el menor, éstos podrían ser tales como la selección del lugar para llevar a cabo el encuentro, merodear por los lugares que frecuenta el menor, la compra de billetes con destino al lugar donde se encuentre el mismo, mandarle al menor un billete para que éste pueda acudir al lugar pactado, etc.³⁷ ; es decir, debe tratarse de actos aparejados al inicio de la ejecución del delito contra la indemnidad sexual de que se trate. En este sentido, tal y como recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 373/2013, de 4 de octubre, “*el propósito normativo a que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar la punición de proposiciones poco serias.*”

Es de destacar el hecho de que si bien el contenido de los mismos ha sido objeto de diversas controversias entre la doctrina, cabe plantearse el motivo de por qué el legislador no ha ofrecido con la reforma del Código Penal unas pautas que favorezcan la interpretación de éstos.

4.2.3. TIPO SUBJETIVO

En sede de culpabilidad, para que el delito de *online child grooming* sea punible es necesaria su comisión dolosa, es decir, el sujeto activo debe ser plenamente consciente y estar dispuesto a llevar a cabo las acciones típicas anteriormente mencionadas, empleando para ello los medios previstos y teniendo pleno conocimiento de la edad de la víctima. Concretamente, nos encontramos ante un dolo

³⁶ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183bis)”, ob.cit., pág.172; MENDOZA CALDERÓN, S., “El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág.160; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de online child grooming (art.183bis CP)”, ob.cit., págs.196-197; VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, ob.cit., pág.685-686.

³⁷ MENDOZA CALDERÓN, S., “El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting”, ob.cit., pág. 160.

directo ya que el autor actúa motivado por una finalidad última como es la comisión de determinados delitos descritos en los artículos 183 y 189 del Código Penal.

En cuanto a la edad del sujeto pasivo –menor de dieciséis años-, el hecho de que ésta sea un elemento integrante del plano subjetivo nos lleva a hacer alusión al posible error cometido por el autor sobre la edad de la víctima. En este contexto y siguiendo el planteamiento de GONZÁLEZ TASCÓN podemos encontrarnos ante varias situaciones;

- En el caso de que el sujeto activo crea desacertadamente que la persona con la que contacta no es menor de dieciséis, nos encontramos ante un error de tipo que tanto si es vencible o invencible excluiría la responsabilidad penal al no ser objeto de castigo esa conducta a título de imprudencia (art. 14.1 CP).

- En la otra vertiente, si el autor contacta con un mayor de dieciséis años en la creencia de que éste aún no ha alcanzado ese límite de edad, nos encontraríamos ante un error al revés que supondría la aparición de una problemática como es la de la tentativa inidónea, no encontrándose en este caso solución alguna por no admitirse el castigo de la tentativa en este delito.

4.2.4. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Como ya se adelantaba anteriormente a la hora de hablar del sujeto activo de este delito, el artículo 183 quáter recoge una cláusula de exención de la responsabilidad penal con el fin de evitar la incriminación de tales conductas cuando éstas son libremente aceptadas por la víctima y concurre entre ella y su ofensor una relación próxima tanto por edad como por grado de desarrollo y madurez.³⁸

No obstante, dicha cláusula es lo suficientemente imprecisa como para que una interpretación demasiado restrictiva de la misma provoque el hecho de continuar castigando conductas de menores de edad, o entre estos y sujetos que acaban de pasar el umbral de los dieciocho años, que son meramente de “tonteo” y no propias

³⁸ Ésta cláusula de exención de la responsabilidad penal no estaba prevista en la primera versión del Anteproyecto, apareciendo en su segunda versión como consecuencia de su demanda contenida tanto en el Informe del Consejo Fiscal (p.145) como en el dictamen del Consejo de Estado (p.116).

del delito objeto de estudio. Por otra parte, el hecho de que su aplicabilidad sea fruto de emisión de un consentimiento libre, no deja de ser un punto débil de tal precepto ya que en muchas ocasiones, el consentimiento viciado de un menor de edad en este tipo de supuestos es un hecho muy frecuente y muy difícil de demostrar dada la situación de superioridad en la que se encuentra el autor.

4.2.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD, INHABILITACIONES ESPECIALES Y PENAS ACCESORIAS.

El artículo 183 ter.1 CP castiga al sujeto activo del delito de *online child grooming* con “*la pena de prisión de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos.*”

Antes de comenzar con el análisis de lo aquí regulado, cabe destacar el hecho de que, si bien el legislador justifica las modificaciones aparejadas a la reforma con la adecuación de nuestra legislación penal a los compromisos internacionales asumidos por España, el artículo 6.1 de la Directiva 2011/93/UE exige que la pena privativa de libertad que castigue las conductas tipificadas en el delito objeto de estudio tenga una duración máxima de al menos un año, exigencia cuyo cumplimiento no se contempla al preverse la alternativa pena pecuniaria.

Ahora bien, haciendo una lectura detenida del precepto, cabe hacer alusión a la regla concursal contenida en el mismo, según la cual, las penas se aplicarían “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. De este modo, el legislador ha excluido la aplicación de un concurso de normas, inclinándose por la consideración de un concurso de delitos con los descritos en los artículos 183 y 189 CP. Es decir, de llegar a consumarse alguno de los delitos previstos en los citados preceptos se aplicarían tanto éstos, como el recogido en el precepto que nos ocupa – art.183 ter.1 CP-, a través de la figura del concurso medial. No obstante, desde mi punto de vista y considerando como único bien tutelado en el delito de *online child grooming* la indemnidad sexual, esta cláusula concursal carecería de sentido alguno al ser incongruente y errónea, ya que teóricamente avalaría la aparición de un nuevo

bien jurídico protegido.³⁹ De este modo, de superarse el umbral de la preparación delictiva para iniciarse los actos ejecutivos del delito sexual posteriormente perseguido, o de consumarse el mismo, la solución más ortodoxa, sería apreciar la existencia de un concurso de leyes a resolver con arreglo al principio de consunción (art. 8.3 CP).⁴⁰ A raíz de lo anterior y en consonancia con la postura defendida, cabe hacer alusión una vez más a la STS 97/2015, de 24 de febrero, la cual, resulta altamente ilustrativa al recoger que si bien *“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.”* A tal respecto, recuerda que *“en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado”*.

Además de lo hasta ahora expuesto, en materia de penalidad, si bien el legislador prevé para el delito de *online child grooming* la pena de prisión o alternativa pecuniaria ya citada, los delitos del título VIII del Libro II del CP – entre los que se encuentran los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años– ven ampliado dicho catálogo punitivo en el capítulo VI, el cual, bajo la rúbrica *“Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”* vincula dichos delitos a una serie de medidas de seguridad e inhabilitaciones especiales que a continuación desarrollaremos.

A tal respecto, el artículo 192.2 CP en su apartado segundo establece que en el caso de que la condena de los responsables penales por este delito lleve aparejada

³⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, J., *“Derecho Penal e Internet”*, ob.cit., pág. 156; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *“Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”*, ob.cit., p.687 y siguientes.

⁴⁰ A tal respecto, FERRANDIS CIPRIÁN, D., *“El delito de online child grooming (art.183bis CP)”*, ob.cit., pág. 198; TAMARIT SUMALLA, J.M., *“Comentario al artículo 183 bis CP”*, ob.cit., pág.1186.

pena de prisión, “se les impondrá además la medida de libertad vigilada⁴¹, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad.” La duración de la misma irá en consonancia con la gravedad del delito, por ello, “será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves” – es decir, al tratarse en este supuesto de un delito menos grave, la medida oscilará entre uno y cinco años, no obstante, en el caso de que este delito esté en concurso con un delito de naturaleza sexual grave como son los descritos en los artículos 183 y 189 CP, la duración de la medida será de entre cinco y diez años-. Cabe destacar el hecho de que en el caso de que nos encontremos con un delincuente primario que comete un solo delito de naturaleza sexual menos grave – como es el caso del *online child grooming* cuando no se encuentra en concurso con otros delitos-, “el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

Ésta disposición legislativa no ha quedado vacía de polémica, ya que autores como GONZÁLEZ TASCÓN ven que con ella “*subyace un pronóstico negativo de reinserción social del condenado tras el cumplimiento de la pena de prisión, que originaría la necesidad de mantener bajo control a esta persona durante más tiempo*”.⁴² No obstante, desde mi punto de vista, la idea del legislador de que la pena de prisión respectiva lleve también acarreada una de estas medidas de seguridad, es totalmente acertada y no debe llevar su justificación en un pronóstico negativo de reinserción social sino en la naturaleza del delito que trata de castigar –como es la

⁴¹ Art. 106.1 CP: “ La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h) La prohibición de residir en determinados lugares.
- i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.”

⁴² GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, ob.cit., págs. 256-257.

naturaleza sexual-. Estos tipos de delitos merecen un tratamiento diferenciado ya que en la mayoría de los supuestos, la patología que mueve al autor del delito a llevar a cabo dichas conductas va aparejada a trastornos psicológicos o psicosociales, los cuales, no tiene porque desaparecer al cumplir la pena de prisión, y habrá que estar “alerta” durante un periodo posterior -y prudencial- con el fin de velar por el bien jurídico protegido en este tipo de delitos como es la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años.

Otra pena contenida en el artículo 192 y vinculada a estos delitos es la pena de inhabilitación especial. En este sentido, el apartado tercero establece que a los responsables de la comisión de alguno de los delitos del Capítulo II bis –como es el caso del delito de *online child grooming*-, ” se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

Además, el mismo apartado recoge que con carácter facultativo, *el juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.*”

Finalmente, la comisión del delito de *online child grooming* también puede llevar aparejada la imposición de penas accesorias, a tal respecto, el artículo 57 CP establece que el Juez o Tribunal podrá imponerle al responsable de delito; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximación y la prohibición de comunicación con la víctima, con aquellos de sus familiares, u otras personas señaladas por éstos. En todo caso, la imposición de una o varias de estas prohibiciones no excederá de diez años en caso de delitos graves o de cinco si es menos grave – en relación al delito que nos ocupa, tener en cuenta la regla concursal-. No obstante, en el caso de que el condenado lo fuera a pena de prisión, de

acordarse la imposición de tales prohibiciones, se hará por un tiempo superior de entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión si el delito fuera grave y entre uno y cinco en el supuesto de menos grave –en este supuesto tanto la pena de prisión como las prohibiciones se cumplirán de forma simultánea-.

En el caso de que el responsable del delito fuese ascendiente, tutor, curador, guardador o cualquier otra persona encargada de hecho del menor, se le aplicará la prohibición de aproximación a la víctima, a familiares, u otras personas señaladas por el Juez, no excediendo la misma de diez años si el delito fuera grave y de 5 en el caso de menos grave (art.57.2 CP).

Por otro lado, si el sujeto responsable ha sido condenado a pena de prisión, el artículo 56 CP recoge la posibilidad de imponer, como pena accesoria alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si éstos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido.

4.3. TIPOS AGRAVADOS

Si bien el delito de *online child grooming* se encuentra castigado en modalidad básica con la pena de prisión de uno a tres años en alternativa pecuniaria de doce a veinticuatro meses, el artículo 183 ter.1 CP prevé también un tipo agravado según el cual *“las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”*

En atención a dichos instrumentos, debe existir un nexo causal entre los mismos y el “acercamiento” al menor, es decir, los mismos deben ser el medio por el que se obtenga tal acercamiento, siendo el hecho de su empleo por parte del sujeto activo de este delito por lo que su víctima acceda al mismo. No obstante, antes de llevar a cabo un análisis individualizado de estos tres instrumentos, cabe destacar que, coincidiendo plenamente con TAMARIT SUMALLA, *“la interpretación de estos tres*

*términos no puede efectuarse a partir del sentido que se les da cuando son legalmente previstos como medios de comisión de los delitos de agresión o abuso sexual”.*⁴³

En lo que respecta a la *coacción*, la referencia a la misma ha sido criticada por un gran sector de la doctrina entre los que destaca FERRANDIS CIPRIÁN, señalando que la alusión a ésta resulta confusa en tanto que para que haya una muestra de violencia, el acercamiento al menor ya debe haberse producido y no sería por tanto un medio para conseguir el mismo, *“salvo que se asuma la espiritualización del concepto de violencia que preside la interpretación jurisprudencial usual del delito de coacciones incluyendo también los supuestos de intimidación, fuerza en las cosas o fuerza física compulsiva”*⁴⁴.

En cuanto a la *intimidación*, ésta debe ser entendida como el instrumento cuya finalidad no es otra que lograr que el menor no desista a la hora de llevar a cabo dicho acercamiento o informe a sus progenitores del mismo, es decir, intimidarlo advirtiéndole con avisar a sus padres y contarles aspectos de su intimidad que el autor del delito haya logrado tener acceso, provocando hacer a su víctima menos resistente al buscado acercamiento.

Por último, respecto al *engaño*, si bien éste es la base del delito objeto de este estudio por valerse el sujeto activo en todo momento de la mentira como medio para conseguir ganarse la confianza del menor, éste deber tener cierta entidad, es decir, estaríamos hablando de un engaño de índole suficientemente relevante como para que de no ser por el motivo alegado por el autor, su víctima nunca aceptaría tal acercamiento. Es necesaria esta restricción ya que de no ser así, *“la agravante devendría automática en la inmensa mayoría de los supuestos, desvirtuándose el sentido agravatorio de ese último inciso del artículo 183 bis –183 ter. tras la reforma”*⁴⁵.

Cabe destacar el hecho de que de producirse el acercamiento mediante alguna de las formas ahora citadas -es decir *coacción, intimidación o engaño-*, y ante la posibilidad de un concurso de delitos con los delitos de coacciones y amenazas, según lo dispuesto en el artículo 183ter.1 CP y debido a la regulación del subtipo agravado, éstas quedarían absorbidas por éste –aunque ello favoreciese al sujeto activo de este

⁴³ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183bis)”, ob.cit., pág.172.

⁴⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de online child grooming (art.183bis CP)”, ob.cit., pág. 198.

⁴⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal”, ob.cit., pág.15.

delito-. En este sentido, y coincidiendo, una vez más, con GONZÁLEZ TASCÓN, “*el legislador debería haber introducido una disposición para excluir la apreciación del tipo cualificado cuando el medio empleado para el acercamiento da lugar por sí mismo a un delito más grave. Esto permitiría que pudiésemos en estos casos hablar de un concurso de delitos entre el tipo básico del artículo 183 bis –183 ter. tras la reforma- y el correspondiente delito de coacciones y amenazas*”⁴⁶.

Por otro lado, y como ya quedó reflejado en el apartado anterior, si bien el delito de *online child grooming* –tanto en su tipo básico como agravado - ve ampliado su catálogo punitivo a través del capítulo VI de nuestro Código Penal, no debe pasar desapercibido el agravante que el artículo 192.2 CP vincula a dicho delito. A este respecto, el citado precepto establece que en el caso de que a la hora de la perpetración del delito que nos ocupa, “*los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o derecho del menor*” intervengan como autores o cómplices, estos serán castigados con aplicación de sus respectivas penas en su mitad superior. En el caso de darse este presupuesto en el tipo agravado, será la mitad superior de la mitad superior del tipo básico.

5. APLICACIÓN PRÁCTICA A TRAVÉS DEL EJERCICIO PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA

El presente estudio, en el cual se ha hecho hincapié en las más recientes reformas legislativas operadas, valga la redundancia, en nuestra legislación penal, pretende dar una visión global de las distintas cuestiones que suscitan los presupuestos del delito de *online child grooming*. Todo ello en aras a lograr una eficaz

⁴⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, ob.cit., pág.251.

aplicación práctica del mismo a través del ejercicio profesional de la abogacía, la cual, permita afrontar con soltura un asunto de este calibre.

Además de las cuestiones meramente formales y sustantivas, desde mi punto de vista, este estudio cuenta con una vertiente práctica de gran trascendencia a la hora de establecer una adecuada relación entre abogado y cliente. En este sentido, y como se deja entrever a lo largo del mismo, la alarma social que suscita el delito objeto de análisis y la condición de menor de edad que debe ostentar el sujeto pasivo del mismo, son aspectos condicionantes a la hora de entablar una relación entre el profesional y el cliente.

6. CONCLUSIONES

Como queda reflejado en las líneas que anteceden, las estadísticas hablan por sí solas, y no es sorprendente que a día de hoy una de las más fundamentadas preocupaciones de los poderes públicos gire en torno a la protección de los menores en el espacio virtual. El uso generalizado de las TIC por parte de los mismos ha desencadenado una oleada de esfuerzos por trazar e implantar medidas de orientación político-criminal con el fin de proteger a los menores de edad de los peligros derivados del uso de las éstas.

Una de las notas más características en la regulación de los delitos de naturaleza sexual es su componente social, ya que debido a la gran alarma social que producen, su “construcción” está fuertemente vinculada a cómo son percibidos por la opinión pública. En algunas ocasiones, siendo ésta -desde mi punto de vista- una de las más ejemplificativas, la respuesta penal dada por el legislador está fundada en el pavor moral que estas conductas originan en la sociedad actual, una sociedad en la que la figura del “depredador sexual” ha calado más hondo que ninguna otra. Todo ello ha desembocado en la “obligación” de incriminación de las mismas por parte de instrumentos internacionales entre los que, en este caso, España es parte.

Partiendo de dichos compromisos, el legislador español en un gran esfuerzo por lograr una ajustada tipificación de estos comportamientos de índole sexual, ha introducido el delito de *online child grooming* en nuestra legislación penal, regulación que no ha estado exenta de polémica. Bien es cierto que en un intento de afinar la misma, con la modificación operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, se han llevado a cabo una serie de cambios -previsibles- como son la elevación de la edad del sujeto pasivo y la limitación de los delitos-fin cuya comisión es la finalidad última del sujeto activo del delito objeto de estudio –a pesar de la ilógica exclusión del art. 183 bis-, o, la desacertada inclusión de una nueva conducta como es el “embaucamiento” de un menor de 16 años a través de las TIC para que éste le proporcione imágenes o material pornográfico donde aparezca dicho menor. No obstante, en mi opinión, realmente el foco principal de la suscitada controversia gira en torno a un aspecto que poco tiene que ver con dichas modificaciones: la cuestionada efectiva necesidad de incriminación de este tipo de conductas.

Si bien la necesidad de incriminación de estas conductas es más que evidente, resulta cuestión controvertida la relación entre este novedoso tipo delictivo con los ya preexistentes. A mi modo de ver, el legislador, amparándose en una imposición internacional y en la mediatización que rodea a los conductas de naturaleza sexual, ha obviado llevar a cabo una reflexión interna donde cuestionarse la respuesta penal dada a este tipo de conductas por los instrumentos jurídicos ya existentes. En este sentido, una clara muestra de ello es el artículo 183 ter.2, cuya inclusión resulta cuestionable habida cuenta de la existencia del artículo 189 CP, en el cual, ya se da cobertura suficiente a las exigencias de incriminación contempladas en el artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE⁴⁷. De tal forma, y debido a la precaria e imprecisa redacción empleada a la hora de regular los preceptos relativos al delito de *online child grooming*, nos encontramos ante una total situación de ambigüedad, por lo que quizás el legislador debería haber optado por incluir las TIC a través de la modificación de los preceptos ya existentes en nuestra legislación penal.

A pesar de lo anterior, no cabe duda que a pesar de sus aciertos e incoherencias, ésta figura delictiva ha sido creada para atajar un problema existente, siendo ésta constante objeto de modificaciones con el fin de matizar los aspectos más controvertidos y adecuarla a la realidad social. Aunque desde mi punto de vista aún quedan muchos aspectos que matizar- y a pesar de la cuestionable inclusión del

⁴⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, ob.cit., p.706-707.

mismo como un nuevo tipo penal-, en aras a darle un voto de confianza a lo regulado por el legislador, y teniendo presente que tanto su reciente “creación” como su posterior reforma hace que los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales al respecto sean aún muy escasos, debemos transcurrir un lapso razonado de tiempo para ver el real resultado de la misma. No obstante, y frente al análisis de la regulación jurídica de este delito llevado a cabo en este estudio, desde mi forma de ver, la mejor manera de “combatir” este problema no es otro que la prevención, es decir, estamos ante un nuevo tipo delictivo que exige el empleo de las nuevas tecnologías para su comisión, las cuales, por ser un espacio inabarcable y desconocido hace que se originen este tipo de situaciones que en la mayoría de los casos tienen su origen en la falta de información. Las TIC deben seguir teniendo un papel positivo en la sociedad y no convertirse en una fuente de conductas punibles. La educación de los sujetos pasivos es la verdadera forma de atajar este problema, debiendo inculcar a los mismos una conciencia social frente a las nuevas tecnologías cuyo papel –como ya citamos a lo largo del estudio- recae en la familia, la escuela y la propia sociedad en general. Debemos ser conscientes que educar siempre –que sea posible- debe primar frente a erradicar.⁴⁸

⁴⁸ *Ibíd*em, pág.711-712.

7. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ CORTÉS, LM., “Algunas consideraciones sobre el meeting a child following sexual grooming through TICs (contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores)”, *Cuadernos de la Cátedra de Seguridad Salmantina*, nº2, 2011.
- DI PIERO, C., “El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio.”, *InDret*, julio de 2013.
- DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia.” *Diario La Ley*, nº7575, 2011.
- FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de online child grooming (art.183bis CP)”, en AAVV, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J., “*Derecho Penal e Internet*”, Lex Nova, 2011.
- FLORES PRADO, I., “*Criminalidad informática. Aspectos sustantivos y procesales*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011.
- MAGRO SERVET, V., “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183bis del Código Penal, *Diario La Ley*, nº7492, 2010.
- MENDOZA CALDERÓN, S., “*El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MIRO LINARES, F., “Notas críticas sobre el Art. 183 ter CP en el Anteproyecto de reforma de 2012”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183bis CP, conforme a la LO 5/2010*”, Bosch editor, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ORJUELA LÓPEZ, L., “La tecnología en la preadolescencia y adolescencia: usos, riesgos y propuestas desde los y las protagonistas”, en AAVV, *Save the Children*, 2010.

- ORTS BERENGUER, E., “Ciber acoso”, en AAVV, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- OST, S., “*Child pornography and sexual grooming. Legal and society responses*”, Cambridge studies in law and society, 2009.
- PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183bis)”, *Diario La Ley*, nº7915, 2012.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº7746, 2011.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art.183 bis y del art.183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2014.
- RUEDA MARTÍN, M.A., “La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen. (Especial consideración a la disponibilidad de la propia imagen del menor de edad en el ciberespacio)”, *InDret*, octubre de 2013.
- SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2010.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentario al artículo 183 bis CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi, Pamplona, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

REFERENCIAS LEGALES

- Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual del 25 de octubre de 2007.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.
- Decisión núm. 276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundial, y posteriores 1151/2003/CE 16 de junio de 2003 por la que se modifica la anterior.
- Decisión núm. 854/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 por la que se crea un programa comunitario plurianual para el fomento de un uso más seguro de Internet y las nuevas tecnologías en línea.
- Decisión núm. 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 por la que se establece un programa comunitario plurianual sobre la protección de la infancia en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 8 de enero de 2013.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 16 de enero de 2013.
- Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 27 de junio de 2013.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2006, de 3 de abril.
- Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015, de 24 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 142/2015, de 31 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 113/2015, de 11 de mayo.
- Sentencia del Juzgado de Menores Número 1 de Ourense de 13 de mayo de 2013.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense 373/2013, de 4 de octubre.