



Universidad Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

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

Autor

D. Alejandro Gambarte Sebastián

Directora

Dra. Ana Belén Mayo Calderón

Titulación: Grado en Derecho

Facultad de Derecho en la Universidad de Zaragoza

2021-2022

ÍNDICE

Introducción	3
I. Modalidad del TFG escogido y razón de elección del tema	3
El fenómeno del ciberacoso	5
I. Las TIC	5
II. Las Redes Sociales	6
III. El ciberacoso	8
La introducción del delito de <i>child grooming</i> en el CP español.....	12
Análisis de los elementos del tipo	14
I. Bien jurídico protegido	14
II. Tipo objetivo	15
III. Tipo subjetivo	16
IV. Tipo cualificado	17
V. Cláusula concursal	18
VI. La cláusula del art. 183 quater.....	19
VII. Pena	20
El ciberacoso en el derecho comparado	21
Conclusiones	27
Bibliografía	31

SIGLAS Y ABREVIATURAS

CP: Código Penal

LO: Ley Orgánica

ONG: Organización no gubernamental

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TIC: Tecnología de la Información y la Comunicación

UE: Unión Europea

N.º: Número

Art.: Artículo

AP: Audiencia Provincial

BOE: Boletín Oficial del Estado

Coord.: Coordinador

INTECO: Instituto Nacional de Tecnologías de la comunicación

LORPM: Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

p./pp.: Página/páginas

RAE: Real Academia Española

Sec.: Sección

Vol.: Volumen

SMS: *Short Message Sistem* (Servicio de mensajes cortos)

INTRODUCCIÓN

I. Modalidad del TFG escogido y razón de elección del tema.

Después de unas semanas buscando temas me decanté por el delito del *child grooming* del artículo 183 ter 1 CP, pensando que esta temática podía ser muy interesante y de especial atención en la actualidad y en un futuro, debido a los avances tecnológicos.

Teniendo en cuenta la globalización y el posible futuro que nos espera, la elección del ciberacoso a menores es muy interesante. Cada vez vemos más, desde los más pequeños hasta los mayores, interactúan con las tecnologías, viendo videos en YouTube, o creándose perfiles en Instagram, Facebook o Twitter, para interactuar con la demás población.

Señala Díaz-Aguado¹ que en la última década se ha ido incrementando la toma de consciencia sobre el nuevo tipo delictivo, destacando una serie de factores en las relaciones familiares como razón explicativa de la conducta acosadora, como puede ser la baja tolerancia a la frustración, bajo rendimiento, situación social negativa, escasas habilidades sociales, etc.

La llegada de internet supuso un cambio en la sociedad y en la forma de relacionarse de las personas. El uso y expansión de las redes sociales ha supuesto un punto de inflexión histórico a la ahora de entender las relaciones humanas. En la actualidad, por medio de un ordenador, Tablet, Smartphone, o cualquier dispositivo electrónico, es posible llegar a comunicarse con todo tipo de personas, de todas las partes del mundo, tanto conocidas como desconocidas, donde existe la posibilidad de nunca llegarse a conocer personalmente.

En España, en los últimos tres años han subido los casos de acoso sexual a menores por internet, *child grooming*, un 175% y la cifra continúa aumentando. Según el informe presentado por la fiscal general Dolores Delgado², según la Memoria de la Fiscalía

¹ Díaz-Aguado, catedrática de Psicología de la Educación de la Universidad Complutense de Madrid, ha explicado en los cursos avanzados de la UIMP un estudio presentando al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre la convivencia escolar y la prevención de la violencia.

² BALÍN, Mateo, “El acoso sexual ‘online’ a menores aumentó un 55% pese a la pandemia. La fiscalía general muestra su «preocupación» por una actividad delincuencia que crece a pasos agigantados cada año y oculta su cifra real”, Madrid, 6 de septiembre de 2021.

General del Estado, en el 2020 se experimentó una subida del 55% en comparación con la del año anterior.

El Comité de Europa para la Convención sobre Cibercriminalidad se ha ocupado de los temas más relevantes contra la violencia de los niños por medios de las nuevas tecnologías. En el artículo 9 de dicha Convención, donde se establece los asuntos relativos a la pornografía infantil, muchos países han introducido el delito en sus legislaciones.

EL FENÓMENO DEL CIBERACOSO

I. LAS TIC

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación, también conocidas como TIC, han sufrido una transformación a lo largo de los últimos años.

El origen de las TIC se puede situar en 1833, con el desarrollo de las comunicaciones y el invento del telégrafo. Se destaca como fecha relevante 1876, año en el que Thomas Watson inventa el primer aparato y, a su vez, Graham Bell inventa el teléfono. A nivel nacional, las TIC tuvieron un gran auge gracias a la geografía, que fue capaz de desplegar las redes telegráficas que se desarrollaron en España entre 1850 y 1900.

A lo largo de la historia, por diversos inventos, como los que se citan anteriormente, y gracias a la globalización, las TIC han ido evolucionando en cuanto a su variedad y complejidad, ajustándose en cada época a las necesidades de las personas.

Los beneficios de la evolución de las comunicaciones han sido de diversa índole. Por un lado, han supuesto un gran avance a nivel global debido a que en cada época se han ido superando nuevas barreras, creando nuevos avances tecnológicos, que han ayudado a avanzar a la sociedad. Por otro lado, han permitido mejorar la comunicación entre personas de diferentes nacionalidades, facilitando así la relación con diferentes culturas, idiomas, etc.

A partir de 2004 comienza el surgimiento de aplicaciones como Facebook y YouTube, importantes redes sociales que han cambiado la forma de comunicarse y relacionarse de millones de personas en el mundo. Los dispositivos móviles, con la mayoría de aplicaciones disponibles integradas en ellos, se han convertido en un elemento indispensable para las personas. El ser humano mediante su aparato electrónico es capaz de transmitir y distribuir sus pensamientos sobre servicios y noticias por todo el mundo.

El uso de móvil y de otros aparatos electrónicos en niños y niñas menores se ha ido incrementando en las últimas décadas. De acuerdo con el Informe publicado por UNICEF en 2021 relacionado con el Impacto de la Tecnología en la Adolescencia, el uso del móvil y las Tecnologías para la Relación, la Información y la Comunicación (TRIC) está generalizado desde edades tempranas entre los adolescentes españoles. Se añade que en la mayoría de casos este uso se da de manera intensiva y sin supervisión, lo que genera problemas de convivencia.

De este informe se extraen otros datos relevantes para el tema que ocupa como la edad media a la que los y las adolescentes españoles adquieren su primer móvil, siendo esta los 10,96 años; o datos relacionados con la conectividad: el 94,8% tienen móvil con conexión a Internet y el 90,8% se conectan todos/casi todos los días.

Según una encuesta en 2019 del Instituto Nacional de Estadística (INE) para el estudio *Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares*, el 66% de los menores entre 10-15 años españoles tienen teléfono móvil y nueve de cada diez utilizan ordenador. En concreto, las niñas suelen utilizar las nuevas tecnologías más que los varones. Hoy en día, la gran evolución de las TICS en el mundo global y sobre todo familiar, ha provocado la caída del teléfono fijo en las casas.

II. LAS REDES SOCIALES

Existe una confusión terminológica en torno al concepto de *redes sociales* ya que cada autor aporta una definición diferente. Sin embargo, todas ellas presentan elementos comunes.

Se señalan las más relevantes para el desarrollo de estas líneas.

Boyd y Ellison³ se referían a las redes sociales como un servicio donde se permite a los seres humanos crear un perfil público o semipúblico, crear una serie de contactos en los que mantiene una serie de similitudes y ver su lista de las conexiones.

Por su parte, Christakis y Fowler⁴ aseguran que una red social es un conjunto organizado de personas formado por dos tipos de elementos: seres humanos y conexiones entre ellos.

Según Bartolomé⁵, las redes sociales reflejan lo que antes se mostraba mediante una serie de puntos representado individuos.

En relación con los hábitos de uso del móvil e Internet entre adolescentes se señala que un 49,6% usan Internet más de 5 horas al día durante los fines de semana y un 31,5%

³ Boyd y Ellison (2007), Social network sites: Definition, history, and scholarship. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 13 (1), article 11.

⁴ CHRISTAKIS, Nicholas A. y FOWLER, James H. (2010). Conectados. El sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan.

⁵ Bartolomé, A. (2008): Posibilidades de la Web 2.0 en la Educación Superior. Recuperado el 29 de enero de 2008.

lo usan entre semana; el 58,4% duermen con el móvil o la Tablet en la habitación y el 21,6% se conectan a partir de las 12 de la noche; el 57,5% llevan el móvil a clase y el 6,7% lo utilizan durante la jornada escolar para fines no docentes. De ello se deduce que los contextos de relación en línea son inherentes a los de los y las adolescentes y que estos se relacionan e interactúan a través de sus distintos perfiles.

Al ser las redes sociales un medio de utilización de forma simultánea, los menores navegan por internet mientras hacen la tarea o ven la TV o escuchan música. Muchas veces internet hace de profesor particular para ellos, ya que, en ocasiones, para entender lecciones, utilizan YouTube de forma didáctica.

El 98,5% de las y los adolescentes están registrados en por lo menos una red social, por lo que resulta un hecho excepcional no estar presente en redes. De este 98 por ciento, el 61,5% tiene más de un perfil en la misma red social. Esto ocurre para utilizar selectivamente el perfil para la familia y conocidos o para el grupo de iguales. Se traduce este hecho en una equivocada sensación de control y seguridad por parte de los progenitores.

Las redes sociales, al ser un medio de comunicación y de información personal, a veces pueden jugar un papel en contra de los menores, ya sea por desconocimiento de los peligros y de las medidas preventivas para evitarlos o por no darle importancia. Los adolescentes se conectan buscando relaciones positivas y divertirse, pero obvian en muchos casos los riesgos a los que se exponen: comparten información personal en su perfil social, ya que ellos tienen una sensación de inmunidad y no miden verdaderamente el alcance que conlleva dicha información. Piensan que sus amigos son los únicos que ven su perfil y, con la finalidad de ganar popularidad suben fotos de su domicilio, escuela y otras fotos personales.

Se concluye que los adolescentes indican que usan internet y las redes sociales para relacionarse, hacer amigos (58,1%) y no sentirse solos (44,3%). Estos también indican que perciben como riesgos derivados del uso de las redes el ciberacoso, el contacto con extraños, sentirse discriminados, el *grooming* y la *sextorsión*.

III. EL CIBERACOSO

El ciberacoso o *ciberbullying* es el acoso o intimidación por medio de las tecnologías digitales, como puede ser por mensajería a través de SMS en teléfonos móviles, redes sociales, plataformas de juegos, etc.

Górriz Royo⁶, describe el ciberbullying como un acoso moral entre compañeros o jóvenes que tiene lugar mediante el uso de las TIC. Por otro lado, se deduce de la definición de Cuerda Arnau⁷ que estos hechos no solamente atentan con la integridad moral, sino que también atentan contra la imagen o la intimidad (artículo 197 del Código Penal).

Hay diferentes formas de ciberacoso, pero durante los últimos años se han visto especialmente tres formas:

- *Happy slapping*, es una grabación de una agresión verbal, sexual o física a un menor, en la que se difunde a través de internet. Esta difusión puede ser mediante grupos de WhatsApp o a través de publicaciones en páginas web o publicaciones en redes sociales.
- *Sexting* consiste en enviar conversaciones con menores o fotografías de los mismos con material erótico a una tercera persona sin el consentimiento de la primera.
- *Grooming*, se basa en el engaño o acoso sexual *online* de una persona adulta hacia un menor a través de un medio digital.

Este delito de *grooming* es un tipo de conducta por la que una persona adulta encamina a ganarse la confianza de un menor, para *a posteriori* cometer otro delito, normalmente de carácter sexual.

*Save the Children*⁸ realizó una encuesta en 2019 a unos 350-400 jóvenes de toda España, en la cual resultó que tres cuartas partes de las personas encuestadas habían

⁶ Górriz Royo en: Cuerda Arnau (dir.)/ Fernández Hernández (coord.), *Menores y Redes Sociales: Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, Sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 2016, 320.

⁷ CUERDA ARNAU, María Luisa, "Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red", 2016.

⁸ Save the Children es una organización no gubernamental internacional que tiene como finalidad trabajar por los derechos de la niñez, https://www.savethechildren.es/ong/ayuda_niños

padecido violencia *online* durante su infancia. Además, casi el 50% de los casos habían sufrido más de un tipo de ciberacoso.

Según los datos del informe de UNICEF el 42% de adolescentes reconoce que alguien le ha enviado mensajes de contenido erótico/sexual y el 8% reconoce haber sido el sujeto activo, es decir, haberlas enviado ellos/as mismos/as. La cifra de presiones para el envío de este tipo de material es del 11,4%.

Es frecuente entre los adolescentes crearse un avatar o un perfil donde se muestran tal y como son, en otras situaciones los usuarios de redes sociales proyectan al resto del mundo una idealizada e irreal imagen de ellos mismos. Ambas circunstancias son utilizadas por los delincuentes para crear un acercamiento con los menores.

Por otro lado, el anonimato que garantizan las redes sociales es utilizada por los sujetos activos para esconder su identidad tras perfiles falsos, obteniendo una imagen que les permite acceder más fácilmente a tener conversaciones con menores. Si este acercamiento tiene una finalidad sexual se conoce como *child grooming*.

El *child grooming* es un concepto que puede prestar a confusión al estar relacionado con el de *ciberbullying*, por ello se hace necesaria su clarificación para poder seguir avanzando con el tema. El primer término se basa en la acción de un adulto en la que este se presenta con un perfil falso en una red social, intentando ganarse la confianza poco a poco del menor con una finalidad sexual. En cambio, el segundo concepto supone el uso de difusión perjudicial y dañosa de información contra una persona, normalmente un menor de edad, mediante correo electrónico, redes sociales, mensajería a través de dispositivos móviles o la publicación de fotografías o videos en plataformas electrónicas.

Esta conducta se distingue también del *cyber-stalking*, que es una modalidad de acoso *online* entre mayores de edad con la finalidad de hacer ver la superioridad de dominio sobre la víctima. Este tipo de acoso se lleva a cabo mediante amenazas, robo de perfiles digitales, acusaciones falsas o manipulando datos, dañando así la reputación de la víctima. La mayoría de este acoso se realiza por medio de programas espías u otros tipos de programas con los que pueden supervisar tanto el ordenador como los dispositivos móviles de la víctima, teniendo así todo el control sobre la otra persona.

La jurisprudencia designa a los agresores como *groomers*⁹, creadores de perfiles falsos en redes sociales inventándose una vida, entablando conversaciones con menores con el propósito de establecer una confianza y pedirle contenido sexual.

En la Guía de actuación contra el ciberacoso, se define el *grooming*¹⁰ como, “*el acoso o acercamiento a un menor ejercido por un adulto con fines sexuales. Concretamente, se refiere a acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor, incluyéndose en este desde el contacto físico hasta las relaciones virtuales y la obtención de pornografía infantil*”.

En el Código Penal el *child grooming* se tipificó como delito en 2010. La LO 5/2010, de 22 de junio, lo introdujo en el art. 183 bis del CP pasando luego al 183 ter 1 del CP mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. En el caso de que el autor sea un menor será de aplicación la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM).

En cuanto a una solución para la protección en los menores, el Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (Incibe), dependiente del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, ha puesto un número de contacto (017), como una línea gratuita telefónica, para la ayuda en ciberseguridad tanto para empresas como para padres. En este sentido los padres podrían poner unas medidas de seguridad hacia sus hijos, para prevenir de un posible ciberacoso, haciendo así que su hijo tenga privacidad al mismo tiempo que uso seguro y responsable de internet y de las tecnologías. Dicho teléfono tiene un equipo de psicólogos y educadores totalmente especializado para consultas de todo tipo de ciberacosos.

Existe una página web, para evitar que se lleven a cabo este tipo de conductas. Dicha página web se llama el blog de Jokin, donde intenta crear una educación familiar por medio de artículos. La Federación de Enseñanza de la UGT intenta concienciar mediante diferentes herramientas tanto a los menores como a los padres.

En cuanto a estrategias en el ámbito educativo, son muchas las propuestas que emanan de las aulas y de los centros escolares. Se destaca de entre ellas el *Proyecto Ciberayudantes*, que surge en 2014 en un instituto de Zaragoza con el objetivo de

⁹ STS 1055/2017, 21 de marzo de 2017, en el recurso de casación.

¹⁰ Definición del *grooming* según la Guía de actuación contra el ciberacoso (Avilés et al., 2012).

disminuir el uso inadecuado de los dispositivos móviles y de las redes sociales, las amenazas a la privacidad que se derivan de lo anterior, etc.

Muchos autores consideran que la educación en valores a través del aprendizaje cooperativo puede impedir el desarrollo de conductas de acoso. Díaz-Aguado¹¹ es un ejemplo de defensora del aprendizaje cooperativo como factor de protección frente al acoso.

¹¹ Díaz-Aguado, “Currículum de la no-violencia”, 14 de abril 2014.

LA MODIFICACIÓN DEL DELITO DE *CHILD GROOMING* POR LA LEY ORGÁNICA 1/2015

Como ya hemos señalado, el delito de *Child Grooming* fue introducido por primera vez en nuestro Código penal por la Ley Orgánica 5/2010¹² de 22 de junio, en el art. 183 bis y, posteriormente, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015¹³, de 22 de junio, pasó a tipificarse en el art. 183 ter 1.

Con ello, el legislador trata de dar respuesta a determinadas conductas que no podían reconducirse a ninguno de los tipos penales que existían hasta ese momento. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se encontraban con que personas adultas se hacían pasar por menores en redes sociales para poder acceder más fácilmente a los menores, para más adelante concretar un lugar de encuentro para realizar abusos sexuales o agresiones.

La reforma de Ley Orgánica 5/2010, donde se recogía por primera vez el delito del *child grooming* en su artículo 183 bis del Código Penal, Dolz Lago¹⁴ entendía “no se protege la libertad sexual en el sentido de prestar consentimiento en una relación sexual sino que va encaminada a proteger la indemnidad sexual del menor”.

Por otra parte, en la reforma que llevó a cabo la Ley Orgánica 1/2015, de 22 de junio, se modificó la edad del sujeto pasivo. Inicialmente debía tratarse de un menor de 13 y, posteriormente, debía ser un menor de 16 años.

El actual art. 183 ter 1 señala:

“1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, contacte con un menor de dieciséis años y proponga concretar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión

¹² Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁴ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El nuevo delito de *child grooming*. Perspectiva doctrinal y problemas interpretativos”, en el Centro de Estudios Jurídicos, en www.cejmjusticia.es, 2012.

o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Tras la lectura de la regulación del precepto anteriormente mencionado, cabe destacar según Boldova Pasamar¹⁵ que para la existencia del delito del artículo 183 ter 1 CP es necesario que concurren los siguientes elementos:

- Que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación se establezca un contacto con un determinado sujeto.
- La minoría de 16 años de la víctima.
- La propuesta de concretar un encuentro, orientado a la comisión de los artículos 183 y 189 que comprenden ataques a la indemnidad sexual de menores de dieciséis años.
- La realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

La finalidad de la reforma tiene como objetivo la protección penal de los menores. La reforma viene dada por la necesidad de reforzar la protección especial que dispensa el Código Penal a todo este tipo de víctimas, y, sobre todo, a adaptar la legislación española al contenido de la Directiva 2011/93/UE¹⁶ y por la Decisión marco 2004/68/JAI¹⁷.

Boldova Pasamar también resalta que el tipo del artículo 183 ter 1 del Código Penal no abarca de forma alguna la esfera de los actos ejecutivos de los tipos de los artículos 183 y 189 del Código Penal, sino que se castiga de manera autónoma e independiente, con posibilidad de concurso de delitos con aquellas figuras, los actos preparatorios de las mismas, en una singular modalidad (a través de las vías telemáticas) y con la exigencia específica como el elemento subjetivo del tipo de un ánimo libidinoso, al tratarse de una conducta sexual de carácter dudoso en su patentización”.

¹⁵ BOLDOVA PASAMAR, M. Ángel (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 191-210). Granada: Comares.

¹⁶ 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.

¹⁷ Decisión marco 2004, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO

I. Bien jurídico protegido

En relación con el bien jurídico protegido, existen dos posiciones doctrinales. Una parte de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor, mientras que la otra parte mantiene que se trata de un delito pluriofensivo.

Autores como Rodríguez Vázquez¹⁸ o Valverde Megías¹⁹, consideran que se protege un único bien jurídico protegido: la indemnidad sexual del menor. Al respecto, la doctrina señala que no se protege la libertad sexual porque no se puede proteger algo de lo cual se carece. Por su parte, el Tribunal Supremo hace referencia al bien jurídico protegido en la STS 1943/2000.

Esta posición doctrinal que considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual la ha mantenido también la jurisprudencia (así, por ejemplo, la SAP Barcelona de 22 de diciembre de 2014 o la STS 97/2015, de 24 de febrero).

Según Boldova Pasamar, no se lesiona únicamente la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor²⁰. En definitiva, se protege “el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad”²¹.

El otro sector doctrinal²² considera que el bien jurídico protegido tiene dos aspectos: la protección de la infancia y la indemnidad sexual del menor.

Si entendemos la libertad sexual como el derecho de cada uno a autodeterminarse libremente, en condiciones de libertad en el ámbito de la sexualidad²³ no podemos considerar que este sea el bien jurídico protegido en este delito. En el *child grooming* el

¹⁸ Rodríguez Vázquez, Virgilio, *El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal*, en Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 16.

¹⁹ Valverde Megías, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, en SEPIN Práctica Penal, nº 66, 2012, pág. 17.

²⁰ BOLDOVA PASAMAR, M. Ángel (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 191-210). Granada: Comares.

²¹ STS 476/2006, 2 de mayo

²² MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos*, pág. 76 - 84

²³ BOLDOVA PASAMAR, M Ángel, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, pág. 192-193.

sujeto pasivo es un menor y este no tiene la libre disposición de su cuerpo, no goza de autonomía para poder decidir sobre su comportamiento sexual y, por lo tanto, no puede autodeterminarse libremente en el ámbito sexual.

Según Muñoz Conde “no se puede hablar de libertad sexual como bien jurídico protegido, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien forma provisional (menores), bien de forma definitiva (personas con discapacidad necesitadas de especial protección)”²⁴.

Cabe mencionar que algunos autores hablan indistintamente de la tutela de dos bienes jurídicos diferentes, la libertad sexual y la indemnidad sexual, conociéndose este bien jurídico como la intangibilidad sexual.²⁵

El Tribunal Supremo no acepta a día de hoy que el bien jurídico protegido sea también la seguridad de la infancia, pues, como señala la STS 692/2017, 22 de febrero, la atribución de la seguridad de la infancia como bien jurídico protegido se contradice con la descripción fáctica que contiene el precepto.

II. Tipo objetivo

En relación con el sujeto activo del delito hay que señalar que el delito de *child grooming* es un delito común, ya que puede ser cometido por cualquier persona, es decir, no se ha establecido ninguna cualidad o circunstancia para delimitar los sujetos que pueden cometer el hecho.

Como señala Uriarte Quesada²⁶, el autor del delito puede ser tanto un adulto como un menor y, además, el sujeto activo y pasivo no tienen por qué conocerse.

A raíz de lo expuesto, Villacampa Estiarte²⁷ diferencia la conducta del *grooming* en función de si la conducta es entre iguales o la comete un adulto.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (versión online). - Derecho Penal. Parte Especial, 21ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (versión en papel y versión online).

²⁵ MONGE FERNÁNDEZ, en: Anuario de Justicia de Menores nº 10, 2010, 55; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, 1ª, 2016, 249.

²⁶ URIARTE QUESADA, *El grooming como manifestación del derecho penal del enemigo: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal*, 2016, 226.

²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE en: TAMARIT SUMALLA (coord.), *La victimización sexual de menores de edad y la respuesta del sistema de justicia penal*, 2017, 62.

González Tascón²⁸, también aboga como Villacampa Estiarte por la exclusión del círculo de los sujetos activos de este delito a los menores, con el fin de evitar que en base a una interpretación literal del precepto resultaran punibles conductas “de acercamiento entre menores que por la proximidad de sus edades no revestirían entidad suficiente para merecer reproche penal”.

En lo referente al sujeto pasivo, ha de ser un menor de 16 años.

Respecto a la conducta típica, se requiere, en primer término, el contacto del agresor con un menor de 16 años de edad por medio de cualquier tecnología de la información y comunicación. Además de este contacto, tiene que darse la propuesta para concretar un encuentro, orientado a la comisión de los tipos de los art. 183 (agresiones sexuales y abusos sexuales a menores de dieciséis años) y 189 (pornografía de menores). Por último, se exige que se practiquen actos materiales encaminados al acercamiento²⁹.

La SAP Mérida 1109/2020, 1 de octubre, señala que el tipo exige una pluralidad de actos: se requiere un contacto con un menor de 16 años, por otra proponer un encuentro, y, por último, la realización de actos materiales.

- El contacto con un menor de 16 años tiene que realizarse por medio tecnológico. El tipo no exige que el autor sea quien inicia el contacto (STS 199/2017, 27 de marzo).
- La proposición al encuentro: la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el sujeto activo fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma.
- Actos materiales encaminados al acercamiento: la naturaleza del acto tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento.

²⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, pp. 207-258.

²⁹ BOLDOVA PASAMAR, M. Ángel (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 191-210). Granada: Comares.

III. Tipo subjetivo

Los delitos contemplados en el artículo 183 ter 1 del Código Penal (delitos tipificados en los arts. 183 y 189), según Rodríguez Vázquez³⁰ son denominados delitos fin, ya que deben estar incluidos en la voluntad del autor.

En la primera redacción del precepto (tras su introducción por la LO 5/2010) el TS señalaba lo siguiente en relación al tipo subjetivo: *“Por lo que respecta a los elementos subjetivos de este delito se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189. Se objeta que no se entiende bien la referencia a los art. 178 a 182, relativos a las agresiones y abusos sexuales a mayores de 13 años, al haber bastado referirse solo al art. 183, que comprende estos ataques a la indemnidad sexual de menores de 13 años agrupados en el nuevo Capítulo II bis.*

No obstante si se contempla la posibilidad de comenzar un ciberacoso sexual con un menor de 13 años, y consumir la agresión sexual cuando aquel ya sea mayor de 13 años, la remisión normativa de los arts. 178 a 182 parecería correcta”³¹.

En la actualidad, la finalidad sigue siendo efectuar alguno de los delitos contra la libertad sexual pero con la reforma 1/2015, se eliminó la referencia a los delitos de los artículos 178 a 182 CP contemplando únicamente los artículos 183 y 189 CP.

IV. Tipos agravados

Al final del propio artículo 183 ter 1 del Código Penal, se establece un tipo cualificado o agravado, que se aplica cuando el acercamiento por parte del sujeto activo se realiza mediante coacción, intimidación o embaucamiento. Esta cualificación es una innovación del ordenamiento jurídico español, debido a que no viene establecida en la Directiva 2011/92/UE ni en el Convenio de Lanzarote.

La doctrina establece que es necesaria una relación de causalidad entre la utilización de estos medios (coacción, intimidación y engaño) y el acercamiento con el menor.³² De esta manera, es necesario probar que el acercamiento del sujeto activo y del sujeto pasivo

³⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 16-06, 2014; DÍAZ CORTÉS, en: RIVAS VALLEJO (dir.)/ GARCÍA VALVERDE (dir.), *Tratamiento integral del acoso*, 1ª, 2015, 526.

³¹ STS 97/2015, 24 de febrero, 109/2017, 22 de febrero

³² FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 277.

del delito es imputable a la acción de proponer concertar un encuentro a través de las TIC y que, precisamente, porque esa propuesta es realizada con coacción, intimidación o engaño, es aceptada.

Uno de los medios comisivos de este tipo cualificado, como se ha mencionado, es la coacción, que debe ser entendida como aquella acción que “consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíba o compelerle (también con violencia, aunque la ley no lo diga expresamente) a efectuar lo que no quiere”³³.

Interpreta la doctrina mayoritaria que para que se produzca esa fuerza, el acercamiento entre el menor y el sujeto activo del delito ya se tiene que haber producido salvo en el caso de que estemos ante un concepto de violencia espiritualizado.³⁴ Si estamos ante este último concepto, en ocasiones será difícil distinguirlo del siguiente elemento. Manifiesta SAÑUDO UGARTE que si se tuviese en cuenta el significado del término coacción que contempla el art. 172.1 pfo.1 CP, sería poco probable que, dado el tipo de relación virtual que establece el delito que nos ocupa, el legislador pudiese utilizar el término de coacción en ese sentido³⁵.

En mi opinión, habría que interpretar el término “coacción” en sentido estricto, como violencia física, y también habría que considerar que este es el medio que el sujeto utiliza para el acercamiento. Sin embargo, si se parte de estas premisas hay que concluir que esta posibilidad no puede darse porque no es posible ejercer violencia *on line*. Ello obliga a interpretar el término “coacción” de un modo espiritualizado, como equivalente a intimidación, por lo que es superfluo y, por ello, *de lege ferenda*, debería desaparecer.

La intimidación según Alastuey Dobón, consiste en el anuncio de un mal para conseguir el efecto psicológico de constreñir la libre formación de la voluntad del sujeto pasivo.³⁶

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes: Derecho Penal. Parte general, 9ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (versión online). - Derecho Penal. Parte Especial, 21ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, (versión en papel y versión online).

³⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red, 1ª, 2016, 277.

³⁵ SAÑUDO UGARTE, en: El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa (tesis doctoral), 2016, 263.

³⁶ ALASTUEY DOBÓN, Carlos M. (2016). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación. En Romeo Casabona, Carlos M.

Señala la doctrina mayoritaria que este elemento no plantea demasiados problemas de prueba debido a que no es necesario ni un contacto ni un acercamiento previo entre la víctima o menor y el *groomer* u ofensor.³⁷ Un ejemplo en relación con esta conducta sería: amenazar a la víctima con advertir a sus padres de aspectos íntimos o de las relaciones que hayan llevado acabo el *groomer* y el menor a través de la red.

Si concurre intimidación se planteará un problema concursal con el delito de amenazas. Al respecto la doctrina³⁸ se inclina por adoptar un concurso de normas, absorbiendo el art. 183 ter.1 CP a las amenazas (art. 8.3 CP), ya que de lo contrario, se violaría el principio *non bis in idem*.³⁹

Otro medio comisivo al que hace referencia el tipo agravado es el engaño utilizado por el agresor para establecer contacto con el menor. Sin embargo, en mi opinión, *de lege ferenda*, este medio comisivo debería desaparecer del tipo agravado, porque forma parte de la conducta descrita en el tipo básico. Como se ve en la STS de 22 de febrero de 2017⁴⁰, el sujeto activo miente, para hacerse pasar por otra persona, valiéndose de un perfil con fotos y datos falsos para poder acercarse al menor. La sentencia establece como engaño la acción de embaucamiento al menor mediante un perfil falso, para lo cual falseó su identidad y su perfil, al afirmar que se había cambiado el nombre, la edad y sus rasgos físicos descriptivos.

Por otra parte, en el art. 192. 2 del Código Penal se contiene otro tipo agravado. Se impone la pena del 183 ter 1 en su mitad superior si los sujetos activos son los tutores, cuidadores, maestros, ascendientes o cualquier persona encargada de hecho o derecho del menor.

y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 329-357). Granada: Comares.

³⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ (coord.)/ ORTS BERENGUER (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, 2014, 198; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 278.

³⁸ GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 251; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 278.

³⁹ Así lo señalan MENDOZA CALDERÓN, en: MARTÍNEZ GONZÁLEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, 167; GONZÁLEZ TASCÓN, en: *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXI, 2011, 251; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Cyberbullying, cyberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 278.

⁴⁰ STS 109/2017, de 22 de febrero.

V. Cláusula concursal

Al final del artículo 183 ter 1 del Código Penal se provee una cláusula concursal, mediante la que se establece que se impondrán penas “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometido*”.

La doctrina discute acerca de la relación concursal que debe existir entre el *child grooming* y los delitos que se cometen con posterioridad. Un sector doctrinal considera que se trata de un concurso de delitos (real, medial o ideal) que incorpora el propio legislador, mientras que otro sector doctrinal considera que se trata de un concurso de leyes⁴¹.

Así, por ejemplo, Dolz Lago y González Tascón entienden que el *child grooming* protege la seguridad en la infancia y no la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Por lo tanto, al existir bienes jurídicos distintos, se podrían castigar de manera separada.

Por su parte, el Tribunal Supremo resolvió la cuestión mediante el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017, en el que señala que: “*El delito de ciberacoso sexual infantil previsto en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas en los artículos 183 y 189*”⁴².

VI. La cláusula del art. 183 quater

El art. 183 quater del Código Penal establece que:

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

Esta cláusula se regula también en otros países, como Noruega, donde existen exenciones de la responsabilidad penal en los casos en los que quienes mantienen relaciones tengan una edad similar.

⁴¹ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, Derecho penal: Parte general, 9ª, 2015, 473. En relación al concurso de leyes “de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el art. 8 del Código penal”.

⁴² Acuerdo del TS de 8 de noviembre de 2017.

En la Directiva 2011/93/UE se contempla una cláusula para excluir el delito de abuso sexual si el comportamiento sexual desarrollado tiene lugar en circunstancias de proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez entre los sujetos intervinientes.

Para la Fiscalía General del Estado⁴³, “la cláusula del art.183.quater constituye una excusa absolutoria, por lo que su apreciación excluiría la punibilidad de la acción típica, no justificada y culpable. De esta manera, aquellos hechos subsumibles en la conducta típica descrita por el art.183.ter.1º respecto de los cuales un sujeto resulta culpable, siempre y cuando quede probada la existencia del consentimiento libre prestado por el sujeto pasivo menor de dieciséis años, quedarían impunes en caso de concurrir una proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez entre ambos sujetos, en virtud de dicha cláusula”.

En la SAP Madrid, de 5 de junio de 2018⁴⁴, una menor dio su libre consentimiento, aunque el sujeto activo era mayor de edad, pero debido a lo diferentes problemas psíquicos y a una escasa formación se le consideraba en el mismo nivel de madurez que la menor.

Según Boldova Pasamar, “esta causa de atipicidad de la conducta no es un consentimiento libre o un ejercicio libre de la voluntad sexual incondicionado, sino que solo es libre y eficaz en la medida en que se cumplan los presupuestos legales para su validez, esto es, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. En suma, basada la exención en el consentimiento libre, el hecho no vulnerará su indemnidad sexual al tiempo que sería expresión de su libertad sexual positiva. Ahora bien, habrá que examinar caso por caso si dicho consentimiento ha sido literalmente emitido y si se pueden dar por concurrentes los requisitos de proximidad intersubjetiva establecidos, con la consiguiente incertidumbre e inseguridad jurídica señaladas”.

VII. Pena

El Código Penal castiga el delito de *child grooming* o ciberacoso con una pena de 1 a 3 años de prisión o una multa de 12 a 24 meses. Por otra parte, la pena prevista en el tipo

⁴³ Fiscalía General del Estado. Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

⁴⁴ SAP Madrid 449/2018, de 5 de junio.

básico se impondrá en su mitad superior (tipo agravado) cuando el acercamiento se obtenga mediante intimidación, engaño o coacción.

Para las personas que tiene la patria potestad, tutela, guarda, acogimiento o curatela del menor y ha sido el sujeto activo del delito, la autoridad judicial según el artículo 192.3 del Código Penal, les puede prohibir dicha patria potestad o pena de inhabilitación especial *“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, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.”*

Un sector doctrinal⁴⁵ hace referencia a la posibilidad de la imposición de una pena de prohibición de la utilización de las TIC

⁴⁵ SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming* (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa (tesis doctoral), 2016, 370

EL CIBERACOSO EN EL DERECHO COMPARADO

La ONU, en el Congreso sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal⁴⁶ advirtió sobre la necesidad de cooperación internacional en los casos de delitos cometidos a través de las redes sociales e Internet. Por ello resulta conveniente conocer la regulación del delito del *child grooming* en los diferentes países y analizar sus semejanzas y diferencias.

CANADÁ

El *Criminal Code*⁴⁷ decreta como delito la comunicación realizada por medio de los diferentes sistemas informáticos con menores de 18 años, con la finalidad de perpetuar un delito de contenido sexual. El derecho canadiense establece una pena para este tipo de delito, entre 18 meses y 10 años de prisión.

En dicho derecho también existen diferentes figuras delictivas conforme a la edad de la víctima, siendo menor de 18 años, menor de 16 años y menor de 14.

- a) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de 18, o que él crea menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de explotación sexual, de prostitución de menores, etc.
- b) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de 16 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de contacto sexual, de incitación al contacto sexual, de bestialismo en presencia de un menor de 16 años, de exhibicionismo o de agresión sexual.
- c) Quien por medio de un sistema informático se comunica con una persona menor de 14 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de secuestro o rapto de menores de 14 años⁴⁸.

⁴⁶ Conclusiones del décimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal celebrado en Salvador de Brasil, en abril de 2010.

⁴⁷ *Criminal Code* (RSC, 1985, c. C-46)

⁴⁸ 172. 1 (1) Every commits an offence who, by a means of telecommunication, communicates with (a) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 18 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence with respect to that person under subsection 153(1), section 155, 163.1, 170, 171 or 279.011 or subsection 279.02(2), 279.03(2), 286.1(2), 286.2(2) or 286.3(2); (b) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 16 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2) or section 271, 272, 273 or 280 with respect to that person; or (c) a person who is, or who the accused believes is, under the age of 14 years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 281 with respect to that person. Marginal note: Punishment (2) Every person who commits an offence under subsection (1) (a) is guilty of

AUSTRALIA

La legislación australiana tiene un amplio Código Penal en lo referido a artículos sobre conductas referidas al acceso a menores con fines sexuales, reguladas en el *Criminal Code Act*⁴⁹.

El artículo 474.26⁵⁰ castiga a la persona que contacte con un menor de 16 años por un medio de comunicación con la finalidad de mantener relaciones sexuales a cumplir una condena de 15 años de prisión.

El artículo 474.27 contempla diferentes modalidades comisivas en función de la intención del sujeto activo. El artículo 474.28 contempla una serie de previsiones sobre la prueba del conocimiento por parte del sujeto activo de la edad real o ficticia de sujetos.

an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or (b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months. Marginal note: Presumption re age (3) Evidence that the person referred to in paragraph (1)(a), (b) or (c) was represented to the accused as being under the age of eighteen years, sixteen years or fourteen years, as the case may be, is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the accused believed that the person was under that age. Marginal note: No defence (4) It is not a defence to a charge under paragraph (1)(a), (b) or (c) that the accused believed that the person referred to in that paragraph was at least eighteen years of age, sixteen years or fourteen years of age, as the case may be, unless the accused took reasonable steps to ascertain the age of the person"

⁴⁹ *Criminal Code Act 1995*, Federal Register of Legislation.

⁵⁰ "474.26 Using a carriage service to procure persons under 16 years of age (1) A person (the sender) commits an offence if: (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and (b) the sender does it this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with the sender; and (c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and (d) the sender is at least 18 years of age. Penalty: Imprisonment for 15 years. (2) A person (the sender) commits an offence if: (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and (b) the sender does this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with another person (the participant); and (c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and (d) the participant is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age. Penalty: Imprisonment for 15 years. (3) A person (the sender) commits an offence if: (a) the sender uses a carriage service to transmit a communication to another person (the recipient); and (b) the sender does this with the intention of procuring the recipient to engage in sexual activity with another person; and (c) the recipient is someone who is, or who the sender believes to be, under 16 years of age; and (d) the other person referred to in paragraph (b) is someone who is, or who the sender believes to be, under 18 years of age; and (d) the sender intends that the sexual activity referred to in paragraph (b) will take place in the presence of: (i) the sender; or (ii) another person (the participant) who is, or who the sender believes to be, at least 18 years of age. Penalty: Imprisonment for 15 years".

En la legislación australiana se puede observar que no forman parte los actos materiales encaminados al mismo o los elementos del tipo de encuentro, por lo que para ellos es suficiente el contacto con el objetivo de perpetrar un delito sexual.

ESTADOS UNIDOS

La regulación del delito se encuentra recogida en el § 2422 b) del Título 18 Us Code⁵¹. En este se penaliza con pena de prisión no menor de 10 años o cadena perpetua, al que persuade o coaccione a una persona menor de 18 años a cualquier actividad sexual.

En 2007, en Florida, se aprobó la Ley de Ciber-crímenes contra menores. Dicha ley sanciona a los que contacten con las víctimas menores mediante internet y, más tarde, intenten entablar encuentros con el fin de abusar sexualmente de estos.

Dependiendo del estado donde se juzgue al agresor, el juez puede interponer una pena de multa en lugar de una pena de prisión. Entre los diferentes Estados donde ocurre dicho fenómeno se encuentran Washington, Dakota del Norte y del Sur, Michigan o Minnesota.

REINO UNIDO

La regulación del delito en Reino Unido viene recogida en el artículo 15 del *Sexual Offences Act*, introducido en 2003 con vigencia para los países de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte⁵².

⁵¹ § 2422 b): "Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life".

⁵² "15. Meeting a child following sexual grooming etc. A person aged 18 or over (A) commits an offence if- (a) Having met or communicated with another person (B) on at least two earlier occasions, he- (i) intentionally meets B or, (ii) travels with the intention of meeting B in any part of the world (b) at the time, he intends to do anything to or in respect of B, during or after the meeting and in any part of the world, which if done will involve the commission by A of a relevant offence, (c) B is under 16, and (d) A does not reasonably believe that B is 16 or over".

En Irlanda del Norte, posteriormente, mediante la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, derogaron la vigencia del mencionado artículo 15, donde más tarde aplicarían el artículo 22 de la *Sexual Offences Order 2008*⁵³.

El artículo 15 del *Sexual Offences Act*, es un artículo que se asemeja mucho con el artículo español 183 ter 1 del Código Penal español. Sin embargo, existe una diferencia clara en cuanto al medio de comunicación, no exigiendo las nuevas tecnologías como único medio de comunicación con el menor.

El delito viene aparejado con una pena de prisión de hasta 10 años. pero si se tramita un procedimiento de sumario, no puede ser superior a los 6 meses o multa, alternativamente.

En Escocia se introdujo en la legislación penal en el año 2005, concretamente en su artículo 1 del *Protection of Children and prevention of sexual Offences Act*⁵⁴. En este artículo se establece una pena de prisión de entre 6 meses y 10 años y/o multa al que después de haberse comunicado con el menor de 16 años, al menos en una ocasión anterior, intente realizar gestiones con la finalidad de un encuentro para mantener relaciones sexuales con el menor.

ITALIA

En Italia se introdujo el delito 2 años más tarde que en España, no fue hasta 2012, mediante la Ley de 1 de octubre de 2012, de ratificación y transposición del Convenio de Lanzarote. En concreto, en su artículo 609 undecies del *Codice Penale*, castigando el delito con una pena de 1 a 3 años, siempre y cuando la conducta no constituya un delito más grave⁵⁵.

⁵³ *Sexual Offences Order 2008*, Orden de Delitos Sexuales (NI) de 2008.

⁵⁴ *Protection of Children and prevention of sexual Offences Act*, Ley de Protección de los niños y Prevención de Delitos de sexuales (2005), su principal objetivo de política de esta Ley es mejorar la protección que se brinda a los niños y jóvenes de aquellos que deseen causarles daño sexual o explotarlos con fines sexuales.

⁵⁵ Art. 609-undecies. Adescamento di minorenni. Chiunque, allo scopo di commettere i reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater1, 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies, adisca un minore di anni sedici, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la reclusione da uno a tre anni. Per adescamento si intende qualsiasi atto volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe o minacce posti in essere anche mediante l'utilizzo della rete Internet o di altre reti o mezzi di comunicazione”.

El artículo 609 undecies del *Codice Penale*⁵⁶, establece penalidad de embaucar a un menor de 16 años, con una conducta encaminada a robar la confianza del menor mediante amenazas puestas en práctica. La condena del agresor aumenta si el delito es cometido por varias personas reunidas; si es cometido por una persona que forma parte de una asociación delictiva y para facilitar su actividad; si el hecho, por la repetición de la conducta, causa un daño grave al menor; y si el hecho resulta de peligro de vida para el menor.

Se encuentra una gran diferencia respecto a la regulación española en cuanto en Italia no constituye un elemento necesario para penalizar la conducta el empleo de las redes sociales para mantener conversaciones con el menor.

El legislador ha transpuesto el Convenio de Lanzarote⁵⁷, tipificando en dicho artículo el delito conocido como grooming, considerado lesivo de la libertad individual del menor. Dicha disposición tiene carácter subsidiario y se perpetra cuando se realizan actos con intención de sustraer la confianza del menor, con la finalidad de cometer delitos enumerados en la ley.

CHILE

Se expone un caso especial, para los chilenos el *grooming* no se presenta como un delito autónomo. De acuerdo a la legislación de Chile, el empleo de las tecnologías tiene la consideración de agravante de determinados delitos contra la indemnidad sexual del menor, como sucede con el engaño del agresor hacia la víctima.

La regulación de dicho delito se encuentra en el artículo 366 quáter del Código Penal chileno⁵⁸. La pena si la víctima es menor de 14 años será presidio menor en su

⁵⁶ *Codice Penale*, Actualizado al Decreto Legislativo 25 de febrero de 2022, n° 13 y la Ley 9 de marzo de 2022, n° 22.

⁵⁷ Primer Informe de Aplicación de la protección de los niños contra el abuso sexual en su círculo de confianza.

⁵⁸ Artículo 366 quáter: “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo. Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera

grado máximo. Además, la pena irá en aumento si el agresor en la comisión del delito miente en cuanto a su identidad o edad.

de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores. Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado”.

CONCLUSIONES

1.-Los menores, al estar conectados y pasar la mayoría del día en las redes sociales, tienen mayor riesgo de sufrir un posible *child grooming*. Por ello, desde mi punto de vista, se tendría que hacer una nueva reforma en el Código Penal, más exhaustiva, encaminada a una mayor protección hacia el menor y en la que se incluyera también a personas incapaces. Se propone la creación de un nuevo capítulo dentro del Código Penal denominado “Delitos de acoso cibernético”.

Con el transcurso del tiempo, la evolución tecnológica va en aumento, cada vez los más pequeños utilizan con temprana edad las tecnologías. Por ello, en mi opinión, tendrían que impartir en los colegios clases o sesiones formativas en las cuales avisen y fomenten a los menores los peligros que pueden existir en las redes sociales, así como los medios para contrarrestarlos.

2.-El bien jurídico protegido por el art. 183 ter 1 CP es la indemnidad sexual, entendiendo que quedan abarcados en la misma la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, citados como objeto de protección en el Preámbulo de la LO 5/2010.

En definitiva, no estamos ante un delito pluriofensivo, como parte de la doctrina ha venido apuntando.

3.-El tipo agravado del art. 183 ter 1, El tipo agravado del art. 183 ter 1, que establece la aplicación de la pena en su mitad superior en casos en los que el acercamiento se consiga mediante la utilización de coacción, intimidación o engaño, es también de dudosa interpretación, porque el precepto indica que estos medios han debido ser utilizados para “obtener” el acercamiento, cuando la comisión del delito en ningún caso exige que se haya producido el efectivo encuentro entre sujeto activo y víctima, siendo la interpretación alternativa del mismo como estrechamiento de lazos o afianzamiento de la relación virtual, portadora de gran inseguridad jurídica. Además de lo anterior, los propios términos empleados generan dudas interpretativas.

4- En mi opinión, habría que interpretar el término “coacción” en sentido estricto, como violencia física, y también habría que considerar que este es el medio que el sujeto utiliza para el acercamiento. Sin embargo, si se parte de estas premisas hay que concluir que esta posibilidad no puede darse porque no es posible ejercer violencia *on line*. Ello

obliga a interpretar el término “coacción” de un modo espiritualizado, como equivalente a intimidación, por lo que es superfluo y, por ello, *de lege ferenda*, debería desaparecer.

5- Asimismo, debería desaparecer del tipo agravado el engaño como medio comisivo, puesto que forma parte de la conducta del tipo básico.

6- Si el sujeto activo ejerce intimidación se planteará un concurso de leyes con el delito de amenaza, a resolver, por el principio de consunción (art. 8.3. CP), a favor del delito de *child grooming*.

7.-La cláusula concursal del número uno del art. 183 ter CP exige, según el TS y un sector doctrinal, aplicar un concurso de delitos en el caso de que el sujeto activo consiga realizar los delitos de los arts. 183 y 189.

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, Carlos M. (2016). Los grados de realización del delito. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte general introducción teoría jurídica del delito, de 30 de marzo* (pp. 185-202). Granada: Comares.

ALASTUEY DOBÓN, Carlos M. (2016). Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico I. Hurtos. Robos. Extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 329-357). Granada: Comares.

ÁLVAREZ HERNANDO, Javier, “El ciberacoso sexual infantil y su respuesta penal”, en www.icava.org/secciones/aaj/articulo3.pdf

BALÍN, Mateo, “El acoso sexual ‘online’ a menores aumentó un 55% pese a la pandemia. La fiscalía general muestra su «preocupación» por una actividad delincuencia que crece a pasos agigantados cada año y oculta su cifra real”, Madrid, 6 de septiembre de 2021.

BARTOLOMÉ, A. (2008): E-Learning 2.0 – Posibilidades de la Web 2.0 en la Educación Superior. Curso E-Learning 2.0. recuperado el 29 de enero de 2008.

BOLDOVA PASAMAR, M. Ángel (2016). Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales I. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 191-210). Granada: Comares.

CHRISTAKIS, Nicholas A. y FOWLER, James H. (2010). Conectados. El sorprendente poder de las redes sociales y cómo nos afectan.

CUERDA ARNAU, María Luisa, “Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red”, 2016.

DÍAZ CORTES, Lina Mariola, “Una nueva modalidad del denominado ‘child grooming’: análisis en el proyecto de reforma”, 2014, en www.legaltoday.com

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito child grooming”, Diario La Ley (7575/2011).

DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “El nuevo delito de child grooming. Perspectiva doctrinal y problemas interpretativos”, en el Centro de Estudios Jurídicos, en www.cejmjusticia.es, 2012.

ESTEBAN, Carmen, “Uso responsable de las pantallas”, en www.criarconsentidocomun.com

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo; *Derecho penal e internet: especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, [2011]

FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, “El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)”, en Delitos sexuales contra menores, abordaje psicológico, jurídico y policial, Lameiras.

Fiscalía General del Estado. Dictamen 2/2015, sobre criterios de aplicación del art. 10 de la LORPM, en delitos contra la libertad sexual, tras las reformas del CP por LO 5/2010, de 22 de junio y LO 1/2015, de 30 de marzo

GONZÁLEZ TASCÓN, María, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2011, pp. 207-258.

INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD DE ESPAÑA (Incibe), 2020, www.incibe.es.

INTECO, “Guía S.O.S contra el Grooming. Padres y educadores”, Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

J. DE LA MATA BARRANCO, Norberto, “El grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): análisis típico y propuesta interpretativa”, tesis doctoral Universidad del País Vasco, 2016.

Melania Palop Belloch. (2017). El *cyber-bulling* y la violencia de género. Derecom, 23, 129-138, <http://www.derecom.com/derecom/>

MONGE FERNÁNDEZ, A. (2010). De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010. *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 15, 85-103.

MONGE FERNÁNDEZ, en: *Anuario de Justicia de Menores* n° 10, 2010, 55; GÓRRIZ ROYO, en: CUERDA ARNAU (dir.)/ FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, ciber grooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, 1ª, 2016, 249.

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

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, 2012, 195

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2010 y 2013”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2012, pp. 179-224.

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

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, *El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 16, en <http://criminnet.urg.es>

SAÑUDO UGARTE, en: *El Grooming (art. 183 ter 1 y 2 CP): Análisis típico y propuesta interpretativa (tesis doctoral)*, 2016, 370.

SOLA RECHE, Esteban (2016). Delitos contra la libertad. En Romeo Casabona, Carlos M. y Boldova Pasamar, M. Ángel, *Derecho Penal parte especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo* (pp. 128 - 177). Granada: Comares.

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

VALVERDE MEGÍAS, Roberto, “El ciberacoso infantil con finalidad sexual en el nuevo art. 183 bis CP. Estudio crítico y sistemático”, en *SEPIN Práctica Penal*, nº 66, 2012, pág. 17.

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

SENTENCIAS

STS 109/2017, 22 de febrero – VLEX 671289641

STS 1055/2017, 21 de marzo – ECLI: ES: TS: 2017: 1005

STS 692/2017, 22 de febrero – ECLI: ES: TS: 2017: 692

STS 97/2015, 24 de febrero – VLEX 563109846

STS 2017/2014 – ECLI: ES: TS: 2014: 2017

STS 199/2017, 27 de marzo – VLEX 676589741

STS 476/2006, 2 de mayo – VLEX 20782112

SAP Madrid 449/2018, 5 de junio – VLEX 739598641

SAP Mérida 1109/2020, 1 de octubre – ECLI: ES: APBA: 2020: 1109

SAP Barcelona, sec. 6ª, 9 de julio de 2013 – EDJ2013/200536

SAP Barcelona, sec. 7ª, 22 de diciembre 2014 – EDJ 2014/302088

SAP Zaragoza 715/2019, 15 de febrero – ECLI: ES: APZ: 2019: 715

SAP Lleida, sec. 1ª, 2 de julio de 2013 – EDJ2013/207425