



Universidad
Zaragoza

Trabajo de Fin de Grado

Análisis del artículo 183 ter.1 del Código Penal sobre el
embaucamiento de menores o “Child Grooming”

Autor

Diego Gómez Pueyo

Director

Jorge Vizueta Fernández

Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho

2022

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	5
	2.1. Antecedentes.....	6
	2.2. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.....	7
	2.3. 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.....	10
	2.4. 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	12
	2.5. 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
III.	ARTÍCULO 183. TER 1 CP.....	17
	3.1. El bien jurídico protegido	18
	3.2. Tipicidad.....	21
	3.2.1. Tipo objetivo.....	21
	3.2.1.1. Sujetos activo y pasivo	27
	3.2.2. Tipo subjetivo.....	31
	3.3. Concurso de delitos.....	32
IV.	CONCLUSIÓN.....	36
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	38
VI.	JURISPRUDENCIA Y NORMAS	40

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad, a lo largo de los años, siempre ha sido un ente en constante cambio, un cambio que se manifiesta de forma más o menos radical según el contexto histórico de la misma. Sin embargo, es innegable que, conforme el paso del tiempo, y más en concreto gracias a la evolución y los nuevos descubrimientos, cada vez más comunes, de la tecnología, ese cambio constante de nuestra sociedad se ha acelerado, y no parece querer detenerse nunca. Esto solo hace que nos obliguemos, como sujetos de esa sociedad, a ejercitar un proceso de adaptación para evitar quedarnos en el andén de un tren que no hace muchas paradas. Lo mismo que estamos obligados hacer nosotros, es un trabajo que las legislaciones de los países del mundo deben hacer, para adaptar las leyes a esa nueva realidad.

Una evolución rápida de la sociedad da como resultado la aparición de nuevos supuestos de hecho, por lo cual, si el ordenamiento jurídico de un país no evoluciona con la sociedad, estos supuestos quedarán sin regulación quedando el ordenamiento jurídico obsoleto. Justo es reconocer que las regulaciones legislativas suelen ser mayoritariamente posteriores a los hechos necesitados de dicha normativa.

En el momento presente, esa evolución de la sociedad lleva aparejada que las Nuevas Tecnologías (NT) y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (en adelante TIC), tomen más importancia, generando nuevas relaciones entre los distintos sujetos de derecho, tanto públicos como privados, que si no se regulan de forma correcta podrían generarse situaciones de indefensión o de injusticia, como bien desarrolla Pérez Luño¹.

Dentro de los sujetos que dan uso a las TIC encontramos a los menores de edad, y es que la facilidad que tienen estos para acceder, principalmente, a internet, y con ello a las *Redes Sociales*, provoca en la sociedad una gran preocupación motivada por la sencillez con la que este colectivo accede y hace uso del contenido de la red en contraste con las dificultades que encuentran la mayoría del resto de la población, incluidos sus propios progenitores y educadores, quienes, generalmente no han crecido en el uso de herramientas informáticas.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E. “Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información”, Fundesco, Madrid, 1987, pág. 154

Sylvia Kierkegaard² menciona, en uno de sus trabajos, que existe un grave problema en la facilidad de cometer algún delito gracias al anonimato que permite la red, concretamente en los Delitos contra la Indemnidad Sexual, y es que la accesibilidad libre sin supervisión técnica o personal de los menores les sitúa en una situación de desprotección ante su propia vulnerabilidad tanto como sujetos activos o pasivos, dado que carecen de herramientas suficientes para el control de lo que sucede dentro de las redes sociales.

El “child grooming”, objeto de este trabajo, es una de las nuevas relaciones entre sujetos del ordenamiento jurídico cuyo nacimiento esta en las TIC, que, pese a no tener una definición consolidada, puede describirse como *“las conductas que lleva a cabo el potencial abusador / agresor sexual de menores a fin de contactar y ganarse la confianza de éstos, sea personalmente, sea, precisamente, a través de internet”*³. Dicho término es el más generalizado para referirse a este tipo de supuestos, sin embargo no es el único, como nos expone Villacampa Estiarte⁴.

La Unión Europea se refirió a este fenómeno en el Convenio de Lanzarote⁵ como “solicitation of children for sexual purposes”, repitiendo terminología en su Directiva 2011/93/UE⁶, mientras que en la transposición de dicha directiva en España se prefirió usar el término anglosajón, por lo que durante el desarrollo de este mismo trabajo utilizaré este último.

En el presente estudio analizaré el desarrollo y la aplicación normativa de las TIC en nuestra sociedad contemporánea, analizando el delito del art.183 ter. En este precepto se recogen varios delitos.

² KIERKEGAARD, S : “Online child protection Cybering, online grooming and ageplay” en *Computer law & security report*, 24 (2008),pág. 41 – 55.

³ RAMOS VÁZQUEZ, J.R: “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal”, pág 6.

⁴VILLACAMPA ESTIARTE, C: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia : Tirant lo blanch, 2015. págs. 10-19.

⁵ 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.

⁶ Directiva 2011/93/UE 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.

La protección de los menores y, en concreto, de su ámbito sexual es algo esencial en un Estado de Derecho, no hay duda de ello, sin embargo la aparición de las TIC ha dificultado esta misión. Los menores, desinformados, navegan por internet vulnerables a engaños, siendo víctimas de nuevas tipologías de delitos. Desde este punto de vista desarrollare el presente trabajo, deteniendome en la importancia del ordenamiento jurídico para regular dichos actos y sancionar penalmente a aquel que quebrante la indemnidad sexual; pero, más importante, para que esto no lleguen a ocurrir, utilizando su vertiente preventiva, protegiendo a los menores de actos que no sean capaces de enfrentar debido a su falta de madurez, en el presente caso, sexual.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El delito objeto de este estudio es una intromisión en la intimidad sexual de un menor. Lo más importante es evitar que ocurra, pues puede causar un daño irreparable en la vida de la víctima, dejando huella para siempre. Para el cumplimiento de este objetivo, los distintos ordenamientos jurídicos se han servido de diferentes estudios para entender cómo llegan a la comisión del delito.

La Universidad de Birmingham, Reino Unido, publicó un artículo, dirigido por Juliane A.Kloess⁷, que ilustra la actuación de varios delincuentes para establecer un patrón de conducta que nos ayuda a la hora de entender el trabajo de los legisladores al redactar las distintas normas.

El mencionado artículo pone de manifiesto que aquellos que cometen dicho delito buscan principalmente ganarse el afecto de sus víctimas. Si bien el tiempo que mantienen el contacto en línea con los menores varía según el autor, los métodos utilizados son similares, buscando siempre hacer sentir especial al menor normalmente mediante elogios. Una vez se ganan esa confianza y afecto, indagan en la vida sexual del menor, en concreto su experiencia en este ámbito, con el fin de analizar sus posibilidades con el menor. Utilizan distintas formas de cumplir sus propios objetivos, ya sea para quedar presencialmente con el menor o para realizar conductas comunmente conocidas como “cyber sexo”. Sin embargo, lo que se me hace más destacable del estudio, es la intención que tiene el autor de normalizar la situación con el objetivo de minimizar la divulgación, dificultando así la detección del abuso. El menor no es consciente de la gravedad al no comprender la ilegalidad de los hechos porque el autor, alguien en quien ya confía, le pone de manifiesto que lo que hacen es algo normal.

Este estudio, como tantos otros, ayudan a marcar el objetivo del legislador, dentro del marco de su actuación. Personalmente considero que este no debe de ser otro que el de considerar delito aquellas actuaciones dirigidas a la comisión de actos sexuales, de cualquier tipo, contra menores, por medio de las TIC.

⁷A.KLOESS, J: “Offense Processes of Online Sexual Grooming and Abuse of Children Via Internet Communication Platforms” Volumen: 31 número: 1; publicado: 1 de febrero de 2019, págs 73-96.

Esto se valorará más adelante, cuando se analicen los artículos del Código Penal. En los siguientes epígrafes se expondrán las normativas que dieron origen al delito de “Child Grooming” de nuestro ordenamiento jurídico, y su evolución. Es necesario recalcar que al tratarse de un delito relativamente nuevo, ya que su nacimiento está en la evolución de la informática, no existen excesivos antecedentes normativos.

2.1. Antecedentes

Los primeros impulsos normativos que tuvieron como fin la protección de los menores en la Red se dieron en el ámbito internacional. Concretamente, este trabajo se centrará en aquellos de ámbito Europeo.

Cabe nombrar en un primer lugar la Decisión Marco 2000/375/JAI relativo a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, un acto normativo demasiado general cuya funcionalidad es discutible, pues trata de manera sucinta el problema en sí, centrándose en la obligación que tienen los Estados de prevenir y combatir la pornografía infantil. Se trata de una medida inicial a un problema claramente creciente debido a la poca regulación en el ámbito de las TIC en esa época.

En su artículo 6, es importante destacar la mención a la Acción Común de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Es un punto de partida, la Unión Europea crea un punto de conexión entre esos nuevos delitos surgidos por la evolución normativa, con delitos existentes como los que trata dicha Acción Común, facilitando así el progreso legislativo. Pese a esto, estas normas no tuvieron un gran impacto.

El problema de la Decisión Marco fue principalmente el no establecer unos mínimos comunes, la simple obligación de lucha y cooperación entre Países contra estos delitos produjo una divergencia normativa entre los Estados miembros. Se trataba de nuevos tipos delictivos, ya que, aunque se relacionan con tipos delictivos ya existentes, se tenían que crear desde cero.

Este problema se intentó solucionar con la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que tenía como finalidad la Armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y así nos lo deja claro el legislador cuando nos dice que ambas normas mencionadas con anterioridad *“deben ir acompañadas de medidas legislativas complementarias, por las que se reduzcan las disparidades entre los planteamientos jurídicos de los Estados miembros”*⁸.

A tal efecto se establecen unas definiciones terminológicas comunes, se describen las infracciones que se han de penar, se introduce la obligación para con los Estados de penar la inducción, complicidad y tentativa de esas infracciones, y, por primera vez se establece una protección y asistencia a las víctimas siendo lo más destacable, su artículo 5º, donde se establece por fin el marco en el que los Estados deben establecer las sanciones, incluyendo incluso a las personas Jurídicas, como posibles sujetos activos.

Este fue el primer instrumento verdaderamente efectivo para la defensa de la vida sexual de los menores, sin embargo, claramente mejorable. De hecho, fue sustituido por la Directiva 2011/93/UE la cual analizaré posteriormente.

2.2. Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, redactado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, es la norma a estudiar.

El Convenio supone una gran evolución normativa para una mayor protección de los menores, así nos lo explica en su libro⁹ la autora ya mencionada, Villacampa Estiarte. La finalidad del Convenio es obviamente la protección del menor, en concreto en el ámbito sexual, no supondría gran cambio si no fuese por la toma de consciencia que aparece respecto

⁸ Considerando 2º de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia : Tirant lo blanch, 2015. pág, 110-113.

de distintas situaciones en las que se atenta contra la libertad sexual de los menores, y que hasta entonces no se tuvo mucho en cuenta. Como hemos visto, las normas predecesoras se centraban en la persecución de la explotación sexual y la pornografía infantil¹⁰, sin embargo en el Convenio a esta finalidad, que sigue siendo la principal, se suma las distintas formas de abuso sexual, aumentando ampliamente la protección de la libertad sexual del menor.

En su artículo 18 aparece la tipificación penal de lo que se entiende abuso sexual, considerando este delito como la realización de actividades sexuales con un niño que no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades. El delito pues comprende así toda actividad sexual, creando una protección notoriamente aumentada con respecto a las normas anteriores. Pero no se queda ahí, el artículo nos dice que también se va a penalizar, con la finalidad de establecer circunstancias agravantes, la realización de actividades sexuales con un niño *“recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; o abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia”*. Se trata pues de una gran ampliación de supuestos de hechos penalizados, pues la libertad sexual de los menores se estaba viendo vulnerada en muchos ámbitos, incluyendo por desgracia el ámbito familiar. Todo ello con la intención de penalizar las actividades sexuales que realiza un sujeto mayor de edad en contra de la libertad sexual de un sujeto menor, y así se desprende del apartado 3º, indicando que el objeto del presente artículo no es regular las actividades consentidas entre menores.

En este mismo artículo es de destacar que no se fija ninguna edad mínima para la realización de actividades sexuales, sino que directamente se remite a los ordenamientos de los Estados parte del Convenio. Es por ello que se utiliza la palabra *“niño”* y no *“menor”*, pues se abre la posibilidad de que un ordenamiento jurídico regule la posibilidad de que, aun siendo menor de edad según su normativa, llegada cierta edad de madurez, se considere que tiene capacidad legal para la realización de actividades sexuales. Un ejemplo claro es nuestro ordenamiento jurídico Español, el cual fija la edad mínima legal para el consentimiento de relaciones sexuales, actualmente, en 16 años, mientras que la mayoría de edad se alcanza con 18 años.

¹⁰ Considerando 9º de la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

En la dirección de aumentar esa protección del ámbito sexual de los menores, se prevé por primera vez la tipificación de lo que se conoce como “child grooming” en el artículo 23 del Convenio, bajo el nombre de “*proposiciones a niños con fines sexuales*”. A través de este artículo se buscó penar el supuesto de hecho por el cual un adulto proponga encuentro con un sujeto que no haya alcanzado la edad legal mínima para realizar actividades sexuales, en relación con lo expuesto sobre el art.18, con intención de cometer delitos de producción de pornografía infantil o de los tipificados en el mismo artículo 18. Requisito importante para la comisión de este delito es el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para realizar la propuesta. Se trata de una muestra de toma de conciencia de la realidad social que se estaba viviendo en el momento, donde los niños cada vez tenían más fácil acceso a esas TIC, entrando en un ámbito social en el que se encontraban desprotegidos.

Se ve claramente una intención preventiva del legislador al buscar tipificar esta conducta, evitando así que se llegue a producir un daño importante en el menor. Sin embargo, tal y como los propios pensamientos no pueden considerarse delitos, el legislador entiende que la simple propuesta no es punible, y es necesario que a tal proposición le acompañen actos por los que se entienda que el autor ha buscado concluir ese encuentro. Sin excederse de su marco de actuación, el legislador toma en cuenta la realidad del menor con el fin de evitar que se produzca el daño, adelantando la barrera de protección, teniendo en cuenta que las víctimas que se busca proteger son “niños”, sujetos muy vulnerables y cuyo desarrollo mental y social no debe ser perjudicado de tal manera, pues se trata del futuro de la sociedad.

El legislador deja claro que en todo momento lo que se busca es lo mejor para el interés del menor. Así pues establece, en el artículo 30, una serie de principios que deben seguir los Estados parte, todos ellos alrededor de evitar que se agrave el daño que ha sufrido el menor, estableciendo un proceso prioritario que tenga una actitud protectora hacia la víctima. Se redacta también una serie de medidas de protección que deja entrever esa intención del legislador, y de la que se destaca el apartado e) del artículo 31:

“protegiendo su intimidad, su identidad y su imagen, y adoptando medidas, de conformidad con el derecho interno, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación”.

Esta medida es muy importante, pues para no generar un perjuicio aún mayor a la víctima, dadas las características del delito, es esencial que pase por todo el proceso con la menor repercusión social posible.

Para finalizar, vuelve a remarcar su intención el legislador, indicando que, en relación con otros instrumentos internacionales¹¹, su intención “*es reforzar la protección proporcionada por dichos instrumentos y desarrollar y completar los principios en ellos contenidos*”.

2.3. 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

España firmará el Convenio de Lanzarote el año 2009, sin embargo no se dio la ratificación de este hasta un año más tarde, entrando en vigencia desde el 1 de diciembre del año 2010. De forma paralela a la ratificación del Convenio, en España se trabajaba en la reforma del Código Penal tanto para dar cumplimiento a las obligaciones legislativas que se habían contraído por el mencionado Convenio o por otras relaciones internacionales, como para adaptar a la nueva realidad social nuestras normas penales. La Ley Orgánica 5/2010 sería la encargada de adaptar 150 artículos del Código Penal, y entraría en vigor 6 meses después de su publicación, es decir el 23 de diciembre de 2010.

En lo que nos concierne, respecto de los delitos sexuales contra menores, cabe destacar la importancia de la aparición del Capítulo II bis, Título VIII del Libro II, del Código penal, bajo el nombre de “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*”. Quedando así una regulación autónoma de los delitos sexuales contra menores de trece años.

Esta modificación trae por primera vez la redacción a España del delito de “child grooming” encontrándose regulado en este nuevo Capítulo. Siguiendo las líneas del Convenio, el nuevo artículo 183 bis tuvo la siguiente redacción:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos

¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”

Se establece de forma consolidada ya en la primera frase, que el presente delito se comete mediante la utilización de las nuevas TIC, pues es una de las bases del delito. Junto a esto hay que destacar, que en aquel momento, la edad mínima legal para el consentimiento de relaciones sexuales era 13 años. (Como ya se ha hecho constar que el Convenio no fijaba una edad común para todos los Estados partes, sino que establecía una libertad para que el legislador de cada parte lo estableciera).

La redacción del resto del artículo era muy similar a la del Convenio, debiendo tratarse de una proposición con intencionalidad de cometer los delitos de los artículos 178 a 183 y 189, que se corresponden con los delitos de ámbito sexual que se recogían en el Código Penal Español en aquel momento. Para su consumación era necesario también el acompañamiento a la propuesta de actos materiales con el fin de llevar a cabo ese acercamiento.

Las primeras sanciones penales que se establecen, que se corresponden con las mismas que hay establecidas hoy en día, son la pena de uno a tres años de prisión o la multa de doce a veinticuatro meses. Lo más importante, es que es un tipo delictivo independiente, por lo que se podrá condenar a un sujeto por el presente delito, y por los delitos que menciona el mismo artículo si se hubiesen llegado a cometer. Mediante esta fórmula lo que se busca es evitar una conculcación del principio de *Non bis in idem*, el cual prohíbe a las autoridades de un mismo ordenamiento imponer dos penas respecto a un mismo sujeto y un mismo supuesto. La intención del legislador fue establecer que se trata de otro supuesto de hecho que conforma un tipo delictivo en sí mismo. Finalmente se establece la pena en su mitad superior en los casos en los que para conseguir ese acercamiento se haya utilizado engaño, coacción o intimidación.

Se puede observar claramente que el artículo no fue muy novedoso y el legislador se dedicó a transcribir el artículo del convenio adaptando este al ordenamiento jurídico español. La gran propuesta es sin duda la independencia de este supuesto de hecho, aunque la finalidad

del convenio ya era el tratarlo como un delito independiente, la transposición del legislador fue de la manera más correcta posible.

2.4. 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

La Unión Europea, el 13 de diciembre del año 2011, publicó la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, en el Diario Oficial de la Unión Europea. Su finalidad es crear un nuevo marco jurídico que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. Esta Directiva amplía y modifica el contenido de la Decisión marco 2004/68/JAI desde su misma raíz, por lo que se consideró necesario que fuese sustituida.

La Directiva tiene como eje normativo el interés superior del menor y mantiene la importancia de combatir principalmente la pornografía infantil y la explotación sexual de menores, aunque se le da cobertura a más supuestos de hecho donde existe intromisión en el ámbito sexual de menores. Así también, busca la coherencia de las normas entre los Estados, finalidad que podría resumir las actuaciones de la Unión Europea en general, sin embargo se centra más en la coherencia entre las penas¹² que se imponen en los distintos Estados, precisando de una diferenciación mayor de estas.

Así, resalta la importancia que adquieren de manera definitiva las TIC. El Considerando 19º de la directiva, deja claro la importancia de este ámbito en los nuevos delitos, tomando en consideración el nivel de “*anonimato sin precedentes*” que tienen los usuarios. Se suma la Directiva a incentivar a los Estados a tipificar conductas de embaucamiento del menor y para atraerle, con fines sexuales, sin recurrir a internet, de forma que se trate como un delito preparatorio, en tentativa o incluso una forma especial de abuso sexual, protegiendo así al menor en todo ámbito.

¹²Considerando 11º 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.

La Directiva sigue manteniendo la diferencia entre lo que se entiende por menor, como aquellas personas que no han alcanzado los 18 años, y todo aquel que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, que se sigue rigiendo por el derecho nacional, tal y como lo plasma en el artículo 2 de la misma, que fija las definiciones.

Como se puede observar, la terminología cambia, y es que se pasa de utilizar el término “propuesta” a utilizar el término “embaucamiento”, como yo mismo ya he utilizado en esta exposición. Se trata de un término más adaptado a la realidad del delito, de forma que no consiste solo en una propuesta, sino en ese engaño hacia el menor para conseguir el fin, en estos supuestos, sexual. El artículo 6 nos lo deja así claro en su título, Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos.

El primer apartado de dicho artículo no fue muy novedoso, pues se trata del mismo que ya trajo el Convenio del Consejo de Europa de Lanzarote el 25 de octubre de 2007; pena la propuesta por medio de las TIC a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual de un encuentro, con el fin de cometer algún delito sexual, siempre que a dicha propuesta se le acompañen actos encaminados a ese encuentro.

En contraste con esto, visto anteriormente, en su apartado dos sí que es preciso detenerse, pues aquí no se pena esa propuesta, sino el hecho de embaucar a un menor que no ha alcanzado esa edad mínima de consentimiento sexual, por medio de las TIC, para que este le proporcione pornografía infantil “en la que se represente a dicho menor”. Dicha práctica, comúnmente conocida como “sexting”, consistente en el envío de fotografías o vídeos de contenido sexual por medio de la red, apareció debido a la evolución rápida de los ordenadores y los móviles principalmente. Los menores cada vez utilizan más estas tecnologías y, de la mano del “grooming”, esta práctica se ha hecho cada vez más común.

El anonimato de las redes volvió hacer mella, pues los adultos ya no buscaban sólo el hecho de quedar con el menor, sino que lo tenían más fácil, solo tenían que ganarse la confianza de este y pedirle que le enviaran imágenes sexuales. Así pues en la Directiva 2011/93/UE aparece regulado por primera vez en la Unión Europea.

Aparecen también regulados los actos de carácter sexual consentidos para determinados supuestos en el artículo 8. El legislador deja a la discrecionalidad de cada Estado la posible

regulación de esta causa de atipicidad para los casos en los que se hace presenciar o realizar actos de carácter sexuales a menores, siempre que se trate de *“personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica siempre que los actos no impliquen abusos”*. Más adelante veremos la regulación de nuestro ordenamiento jurídico respecto a este supuesto.

Otra gran novedad es el artículo 11 de la Directiva, regulando una inhabilitación especial, que será complementaria a la pena. Para aquellos casos en los que una persona física comete uno de los delitos que se recoge en la Directiva, cabrá la posibilidad de inhabilitarla para ejercer actividades, profesionales o no, que impliquen un contacto regular con menores.

Para terminar me gustaría tratar el artículo 23, que versa sobre la prevención. En este se obliga a los Estados miembros a adoptar medidas en el ámbito educativo, como campañas de información, programas de investigación y cualquier otra medida con el fin de concienciar y sobre todo evitar que se produzcan los supuestos de hechos regulados. El legislador así reafirma la importancia que ya se le daba a la prevención mediante un artículo que si bien no será todo lo efectivo que se quiere ser, es lo máximo a lo que se puede aspirar en el ámbito legislativo, sin excederse de su marco de actuación.

La Directiva es mucha más amplia en la protección de menores, abarcando incluso la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas de protección de los menores víctimas, medidas contra sitios web, entre otras, pero el objeto de este análisis está concretado en la protección del ámbito de los menores en relación al uso de las redes sociales.

2.5. 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.

El 30 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica por la que se reforma el Código Penal. Es la reforma a mayor escala que se ha hecho desde que se aprobase en 1995, modificando 252 artículos y suprimiendo 32. Fue una reforma innegablemente importante para nuestro ordenamiento jurídico, lo que trajo consigo disparidad de opiniones en distintos ámbitos. Vista en general, de la reforma se destaca cambios como la supresión de las faltas y la aparición de los delitos leves o las penas más elevadas para delitos de asesinato u homicidio. Sin embargo, me centraré en el artículo

183.ter con sus novedades respecto a la reforma anterior, y todos los cambios importantes que surgen en los delitos contra la libertad e intimidad sexual del menor.

Las modificaciones de la Ley Orgánica, en relación con los delitos contra la libertad sexual, vienen precedidas por la Directiva 2011/98/UE que acabamos de ver, la cual el legislador tiene como finalidad su transposición. Para ello, tomó lo esencial de esta y concretó aquellos ámbitos en los que se le dejó discrecionalidad a los Estados miembros. Así pues busca endurecer las sanciones penales en los delitos sexuales contra menores.

El preámbulo XII nos introduce en las diversas modificaciones, dejando claro que el principal cambio es la fijación de la edad para el consentimiento sexual en dieciséis años, fijada antes en trece. Explica el legislador que, con este cambio, se pretendió una mayor igualdad entre nuestro ordenamiento y el del resto de países europeos, pues debido a diferencia que existía anteriormente, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, recomendó modificarla. Esta también permite aumentar la protección de los menores, ya que se protege a un rango mayor de menores.

Manteniendo la regulación autónoma de los delitos sexuales contra menores, el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal, queda bajo el nuevo nombre de “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*”. Dicho Capítulo abarca del artículo 183 al artículo 183 quater.

En relación con el artículo 183, no cabe ninguna modificación sustancial más que la indicada sobre el cambio de la edad para el consentimiento para relaciones sexuales a dieciséis años, sin embargo, el anterior artículo 183 bis, pasa ahora a contener otro delito sobre el reproche penal ante la posibilidad de que un menor presencie o participe de forma activa en comportamientos sexuales.

El contenido del anterior 183 bis, pasó a ser el actual 183 ter, cuyo contenido es sustancialmente el mismo en su apartado primero, con la única singularidad de que el fin del encuentro con el menor solo se refiere ahora con los delitos contenidos en el 183 y 189. Consecuencia de la Directiva 2011/98/UE, se añade un segundo apartado que recoge el delito de embaucamiento del menor. Como hemos visto antes se trata de la práctica conocida como

“sexting”, y se recoge por primera vez como delito con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Finalmente, el nuevo artículo 183 quater, recoge la causa de atipicidad que ya, la mencionada directiva, dejaba a la discrecionalidad del legislador de cada Estado Miembro. De manera que nuestro ordenamiento acoge la idea por la que no existe reproche penal cuando existe el consentimiento de un menor de dieciséis años siempre y cuando se acredite que el sujeto activo del delito sea una persona próxima en edad a dicho menor o presente un grado de desarrollo o madurez cercano al mismo.

III. ARTÍCULO 183 TER 1 CP

Tras el largo recorrido normativo se llega al artículo 183 ter que actualmente tenemos recogido en nuestro Código Penal:

“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 concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.”

Se trata así de un artículo relativamente nuevo, como hemos visto, cuya introducción ha sido impulsada principalmente por instituciones internacionales. En su apartado primero recoge como delito el supuesto de hecho que se conoce con el anglicismo “child grooming”¹³. Distinto supuesto de hecho se recoge en su apartado segundo, comúnmente conocido como “sexting”¹⁴. Los elementos comunes para que ambos se encuentren bajo el mismo artículo son dos principalmente, que afecte al ámbito sexual de sujetos pasivos menores de dieciséis años y que se haga uso de las TIC para la comisión de los hechos.

En este epígrafe vamos a analizar estas modalidades delictivas a fondo en aspectos como el bien jurídico protegido, el tipo objetivo, el tipo subjetivo, y el posible concurso de delitos.

¹³ Término que utilizan las SSTS 199/2017, de 27 de marzo o 671/2019, de 15 de enero; también se utilizan otros términos para referirse a este delito como corrupción de menores o ciberacoso.

¹⁴ Término anglosajón al que se refieren también en la STS 4403/2021, de 24 de noviembre.

3.1. Bien Jurídico Protegido

Es importante al analizar un artículo del Código Penal tener claro cuál es su bien jurídico protegido. Viene bien recordar entonces que bien jurídico es “*todo bien vital y fundamental del individuo y de la comunidad que son protegidos por el Derecho*”¹⁵, y su objetivo es limitar el marco del *ius puniendi* del Estado. Junto con ello, es bueno recordar que en el Derecho Penal Español rige el principio de mínima intervención, por lo que la protección del bien jurídico sólo se produce contra los ataques de mayor gravedad a este.

Al determinar cuál es el bien jurídico protegido de un artículo lo que estamos creando es la base de este, la cual nos servirá para subsumir los supuestos de hecho a la norma. Es el elemento más importante, y así lo explica Muñoz Conde¹⁶ al indicar que “*una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente*”. Queda así expuesto que no se cometerá delito cuando la conducta realizada por el sujeto no produzca un daño suficiente al bien jurídico protegido.

Antes de entrar en la determinación del bien jurídico protegido por el artículo 183 ter, tenemos que entender la evolución de la Doctrina, y así, retrocediendo hasta 1989, momento en el cual se modifica el Título del Código Penal en el ámbito de delitos sexuales a “Delitos contra la libertad sexual”, según parte de la doctrina, el bien jurídico protegido no podía ser la libertad sexual, pues si esta se entiende como la facultad que tiene un individuo para elegir su desarrollo sexual y consentir las actividades de la misma índole, no se podía aplicar a los menores, en los delitos sexuales, ya que carecían de esa facultad.

Dada la divergencia doctrinal y que la mayoría entendía que era un problema, en 1999 se cambió el Título a “Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexuales”, nomenclatura actual, añadiendo el término *Indemnidad Sexual*, entendida en rasgos generales como la protección de la formación y/o educación del niño en el ámbito sexual para diferenciarla de la primera¹⁷.

¹⁵ROMEO CASABONA, C.M: “Derecho Penal Parte General Introducción y Teoría Jurídica del Delito” Editorial Comares, S.L, Granada, 2016, Capítulo 2, págs 21-22.

¹⁶MUÑOZ CONDE, F: “Teoría General del Delito” Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág 103.

¹⁷ACALE SÁNCHEZ, M: “Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores,” en Géneros extremos/Extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico (Vélez, R., Ed.), Universidad de Cádiz, 2006, págs 41-80.

La jurisprudencia así lo defiende en diferentes sentencias¹⁸, quedando ya establecido el significado de la indemnidad sexual del menor.

Llegada la reforma de la LO 5/2010 y posteriormente la LO 1/2015, se establece el nuevo artículo 183 ter y la doctrina vuelve a ser dispar en lo referido al bien jurídico protegido. Un sector entiende que se trata de un delito que defiende una pluralidad de bienes jurídicos, así pues defendiendo que se trata de un delito pluriofensivo, mientras que otro sector defiende que el bien jurídico protegido es uno solo, siendo un delito uniofensivo.

En el segmento de la doctrina que defiende que se trata de varios bienes jurídicos protegidos, se encuentran autores como Gudín Rodríguez-Magariños¹⁹, que nos señalan que, en el caso del artículo 183 ter, se ampara la indemnidad sexual del menor junto con la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad de las personas de edad inferior a la establecida para otorgar consentimiento en materia sexual. Esta postura doctrinal puede ser objeto de crítica desde un punto de vista objetivo, pues esos dos supuestos bienes jurídicos podrían considerarse uno mismo, ya que como he explicado anteriormente, la indemnidad sexual se entiende como la protección a ese desarrollo del menor en el ámbito sexual.

Existe otra línea doctrinal para la que al bien jurídico protegido de la indemnidad sexual, le suman la protección del menor en el ámbito de las TIC. Postura que sería más defendible, pues diferencia claramente ambos campos de protección. Sin embargo, en mi opinión, en el propio artículo el elemento referente al uso de las TIC, es un elemento de tipicidad, no el bien jurídico protegido del propio delito, aunque se le dé una gran importancia debido a la posible peligrosidad de la red para los menores, siendo el fin último la protección de la indemnidad sexual, incluido el desarrollo y la formación del menor.

Así pues, la parte de la doctrina que defiende que solo hay un único bien jurídico protegido por el artículo 183 ter, a la que me adhiero, entiende que este es la indemnidad sexual y así lo reconoció el Tribunal Supremo “...con su ubicación dentro del nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II CP ‘De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13

¹⁸Sentencia del Tribunal Supremo 51/2008, de 6 de febrero.

¹⁹GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F: “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012, pág 2.

*años'...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.*²⁰.

Se trata de una sentencia anterior a la LO 1/2015, pese a lo cual no afecta en la argumentación, pues como hemos visto, la diferencia entre el anterior artículo y el vigente en la actualidad sólo reside en la suma a este de la actividad de “sexting”, para lo que considero igual de válida toda la argumentación, ya que el fin último de protección sigue siendo el mismo.

Esta línea doctrinal cuenta con autores como Ortega Balanza²¹ o Rodríguez Vázquez²² entre otros. Al igual que el Tribunal Supremo, nombran como argumento la localización del delito dentro del Título VIII, destacando que, las víctimas de estos delitos presentan diferentes trastornos mentales que afectan a la vida social del menor y a su desarrollo²³, y es por ello que opinan que la indemnidad sexual del menor es el bien jurídico que protege el artículo 183 ter, descartando otras posiciones doctrinales, que como ya he expuesto, no son más que confusiones terminológicas.

El hecho descrito en el apartado primero del artículo 183 ter se corresponde con un delito de peligro, lo que ayuda a determinar el momento de la consumación del delito²⁴. Así, este tipo de delitos se entienden consumados cuando se pone en peligro el bien jurídico que se busca proteger, concordando con la finalidad del legislador de evitar la producción de un daño mayor a un menor de edad, alterando su desarrollo normal, adelantando así la barrera de protección a la simple puesta en peligro de la indemnidad sexual, sin perjuicio del resultado efectivo que pueda llegar a producirse, como pudieran ser un delito de lesiones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se reafirma en esta idea al hacer constar que “... La

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 97/2015 de 24 de febrero.

²¹ORTEGA BALANZA, M: “Amistades peligrosas: el delito de child grooming” Iuris: Actualidad y práctica del derecho. 2014 (217-218).

²² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V: “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnología 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”, 2014.

²³ SAÑUDO UGARTE, M.I: “El grooming (art.183 ter 1 y 2 CP): análisis típico y propuesta interpretativa”, tesis doctoral, Leioa (Bizkaia), 2016, págs 167-168.

²⁴ FLORES MENDOZA, F; “Derecho Penal Parte General Introducción y Teoría Jurídica del Delito” Editorial Comares, S.L, Granada, 2016, Capítulo 7, págs 108-111.

*naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien...*²⁵.

Existe disparidad doctrinal sobre la calificación de este delito como un delito de peligro concreto o abstracto, pues si bien se exige que se produzca una efectiva situación de peligro, es decir un acercamiento a la lesión del bien jurídico protegido, como nos dice Muñoz Conde *“no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese acercamiento se hace realmente para cometer algún delito”*²⁶. Sin embargo el Tribunal Supremo entiende que se trata de un peligro concreto, puesto que la exigencia del tipo es *“la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento”*, circunstancias que considera suficientemente concretas para delimitar ese peligro.

3.2. Tipicidad

La tipicidad, entendida como *“la correspondencia de un hecho a un tipo de lo injusto”*²⁷, está compuesta por elementos objetivos y subjetivos, que expresan lo injusto de la conducta y su prohibición penal. Así pues, en este epígrafe se explicará cada uno de sus elementos.

3.2.1. Tipo Objetivo

Conviene recordar que el tipo objetivo es un elemento del tipo de lo injusto del delito que está formado a su vez por los distintos elementos externos que describen el comportamiento típico. Entendemos que el tipo objetivo que se describe en la norma lo es con el fin de proteger un bien jurídico, en el presente la indemnidad sexual.

Considerando este delito de peligro concreto, procede el análisis de lo que requiere su tipo objetivo. En primer lugar, es necesario un contacto con el menor de dieciséis años mediante las TIC; en segundo lugar, tras el contacto, se ha de proponer un encuentro con el menor encaminado a la comisión de los artículos 183 y 189; y en tercer lugar, por último, se

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, número 97/2015 de 24 de febrero.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F: “Teoría General del Delito” Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág 228.

²⁷ FLORES MENDOZA, F; “Derecho Penal Parte General Introducción y Teoría Jurídica del Delito” Editorial Comares, S.L, Granada, 2016, Capítulo 7, págs 101-106.

exige, la realización de actos encaminados a tal encuentro. Podemos concluir entonces que se trata de un delito de tipo compuesto, es decir, se trata de un delito integrado por varias conductas que no siempre son delictivas de por sí. Por otro lado, el Tribunal Supremo lo define en una de sus sentencias, como un tipo mixto acumulado al entender que “con respecto a los elementos objetivos del tipo penal la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos”²⁸, afirmación que también es acogida por una parte de la doctrina²⁹. Esta clasificación define la conducta como aquella en la que hay tantos delitos como conductas por interpretarse que la adición de la otra modalidad añade mayor desvalor al hecho. En general, no existe unanimidad, aunque a mi parecer, considero más correcta la calificación como delito compuesto, ya que las conductas que se describen en el artículo, por separado, no son delictivas, sino que es la suma de estas, las que consuman el delito.

En lo que respecta al primer elemento del tipo objetivo, queda claro que el contacto con el sujeto pasivo se ha de dar por medio de “*internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación*”. Se trata de una lista abierta de medios tecnológicos que puedan quedar subsumidos dentro de este delito, y así lo establece el Tribunal Supremo, metiendo en este grupo incluso las tecnologías que no precisen conexión a Internet o aplicaciones basadas en la tecnología Bluetooth, y añade cualquier otro sistema que se desarrolle posteriormente³⁰, en un claro intento de adelantarse a la revolución tecnológica de años futuros.

Es necesario analizar qué se entiende por contacto con el menor según la doctrina. El autor Tamarit Sumalla, afirma que se debe considerar que existe contacto cuando se ha obtenido una respuesta por parte del menor, excluyendo así del supuesto de hecho el mero

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, número 109/2017 de 22 de febrero.

²⁹ DE LA MATA BARRANCO, N. J.: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2017, núm. 19-10, pág 9.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 97/2015 de 24 de febrero, fundamento de derecho primero, y Sentencia del Tribunal Supremo número 109/2017 de 22 de febrero, fundamento de derecho segundo.

envío de mensajes sin respuesta a menores³¹, a lo cual se adhieren distintos trabajos de autores como Villacampa Estiarte³².

Cierto es que nada se indica en el artículo si debe ser un contacto continuado o puntual, si bien la doctrina, mayoritariamente, se postula a favor de considerar el mero contacto, alejándose entonces del término “ciberacoso”, que consideran mal empleado, para referirse a este tipo de supuestos.

Problema diferente es el que puede surgir cuando es el menor quien inicia el contacto con un mayor de edad. Hay autores que entienden que “*quien pretenda un “contacto” asimismo lo ha de iniciar*”³³, quedando excluido de punibilidad aquellos casos en los que el menor sea quien inicie el contacto. Si bien, por otro lado, quienes entienden que es irrelevante quien inicie el contacto, opinión que comparto, y que así lo expone el Tribunal Supremo cuando dijo que “*el tipo no exige que el autor sea quien inicia el contacto, sino que basta que contacte...*”³⁴.

La doctrina y la jurisprudencia dejan claro que el supuesto de hecho que se subsume en el artículo, es aquel mero contacto con el que se obtenga respuesta por parte del sujeto pasivo a través de cualquier medio tecnológico. Ello deja fuera del llamado “grooming” supuestos en los que el contacto se produce de manera presencial, lo que choca con la finalidad protectora de las normas de los delitos cometidos contra la indemnidad sexual y en especial de los menores.

La realidad es que los menores pueden convertirse en víctimas de este tipo de conductas no solo en el mundo virtual, sino también de forma presencial. Los denominados “groomers”, suelen encontrarse, según distintos análisis criminológicos, presentes en el círculo personal del menor, lo que facilita el contacto con sus víctimas, quedando aquellos impunes en

³¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Acoso sexual cibernético a menores de trece años” en Quintero Olivares, G. (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág 172.

³² VILLACAMPA ESTIARTE, C: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia : Tirant lo blanch, 2015. pág 162.

³³ GÓRRIZ ROYO, Elena: “On-line child grooming” en Derecho penal español en Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pág 23.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, número 199/2017, de 27 de marzo.

relación con este tipo delictivo, a no ser que continúen el contacto por medio de las TIC, como indica la jurisprudencia: *“Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos”*³⁵. En estos supuestos, habrá que valorar la aplicación de los preceptos generales de los delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual.

El segundo elemento del tipo objetivo consiste en que el sujeto activo *“proponga concertar un encuentro con el mismo (menor) a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189”*. Primeramente se considera que ese encuentro habrá de ser cara a cara, lo cual no es objeto de discusión, si bien cada vez es mayor el número de autores que valoran la posibilidad de incluir dentro de este tipo delictivo los llamados encuentro sexuales virtuales. Si bien es cierto que podría entenderse que el art.183 ter 2, podría abarcar los supuestos de relaciones sexuales virtuales, no es menos cierto que este artículo, describe actos dirigidos a la pornografía infantil y una interpretación estricta excluirá una acción en la que un mayor indujera a un menor, por ejemplo, a masturbarse.

Sobre la necesidad o no de que haya una respuesta por parte del sujeto pasivo a la propuesta del encuentro sexual, el Tribunal Supremo entiende que *“la consumación en caso de concurrir los restantes elementos del tipo se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación”*³⁶, aunque aclara que esta postura no es unánime en la doctrina.

Así pues autores como Villacampa Estiarte, entienden que es necesario la aceptación del encuentro por parte del menor, en relación con la exigencia típica de *“realizar actos materiales encaminados al acercamiento”*, pues por la simple propuesta por sí sola *“no puede afirmarse que pudiese llegar a representar un peligro potencial para el bien jurídico*

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, número 97/2015, de 24 de febrero.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, número 97/2015, de 24 de febrero.

*protegido*³⁷”. Esta postura permite, según Martín Lorenzo³⁸, excluir la relevancia penal de proposiciones poco serias. En definitiva, este sector de la doctrina defiende que, si no hay una aceptación por parte del menor, el sujeto activo no realizará actos encaminados al acercamiento, pues si no existe recepción o si esta es negativa, no ocurrirá ese encuentro.

Considero personalmente que esta postura no es del todo correcta, pues si bien podría ser que se llegue a una excesiva penalización de las conductas, el simple hecho de que no conteste el menor, o que su respuesta sea negativa a la propuesta, no significa que no se haya podido producir ya una situación de peligro. Así pues, el sujeto activo podría acudir, aun sin respuesta o siendo negativa, a algún lugar que frecuente el menor, o que este no haya contestado ante el temor que causa la situación. En estos supuestos, la situación de la indemnidad sexual del menor quedaría desprotegida, porque para este sector de la doctrina no ocurrirían todos los elementos del tipo objetivo.

La Audiencia Provincial de Barcelona resolvió un caso similar, calificando jurídicamente como un delito previsto en el art.183 ter 1 del CP, la conducta de un sujeto que, tras contactar con una menor a través de la red social Facebook, y sabiendo donde se hallaba, acudió al lugar para encontrarse con ella, a pesar de que ella, no había respondido a sus mensajes.³⁹

En todo caso la propuesta se tiene que entender dirigida a la realización de los hechos descritos en los art.183 y 189⁴⁰, con independencia de si se obtiene o no una respuesta concreta, en todo caso dirigidos a la práctica de actos de contenido sexual.

El último elemento a estudiar sería la exigencia de que a la propuesta “*se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*”. Se extrae de la redacción por parte del legislador, que estos actos han de ser actos materiales, es decir actos de exteriorización de la voluntad del sujeto activo dirigidos a favorecer un encuentro real en un lugar concreto, es

³⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia : Tirant lo blanch, 2015. pág 164.

³⁸ MARTÍN LORENZO, M: «Delito de ciberacoso sexual», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), Memento experto: reforma penal 2010, Francis Lefebvre, Madrid. pág 104.

³⁹ SAP de Barcelona, 23 de junio de 2015, 6056/2015.

⁴⁰ El art.183, como el tipo básico de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, y el art.189 sobre pornografía de menores.

decir son actos por parte del sujeto activo, en la “*realidad física*”, si se excluye las relaciones virtuales. El problema real surge al determinar qué tipo de actos entran dentro de esta definición, pues el legislador no especifica cuáles son estos, estableciendo un *numerus apertus*.

El Tribunal Supremo ha interpretado que el legislador, cuando habla de los actos que deben ir encaminados al acercamiento, “*parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro"*”⁴¹. Es decir, para el Tribunal se entiende que son actos encaminados al acercamiento, aquellos que se refiere, tanto a un acercamiento real y *físico*, como aquellos que tengan como finalidad reforzar la confianza con el menor.

Estas dos interpretaciones, según Górriz Royo, son válidas, pues en su crítica al legislador indica que al usar “*el término “acercamiento” en el mismo texto en que, previamente, ya alude a “encuentro”, pudiera ser porque le quiere dar un sentido más amplio a aquel término, incluyendo actos de aproximación física para dicho encuentro y otros que previamente lo refuercen o favorezcan.*”⁴² Exponiendo diversos ejemplos que cabrían dentro de estas interpretaciones.⁴³

Podemos concluir entonces que la comisión del presente delito tiene lugar cuando el sujeto activo contacta con el sujeto pasivo, mediante el uso de las TIC, ya sea por iniciativa del sujeto pasivo o el activo, entendiendo que hay contacto cuando haya respuesta por ambos sujetos, que a ese contacto le siga la mera propuesta de encuentro presencial, la cual no tiene por qué obtener respuesta por parte del menor, y finalmente que el sujeto activo realice actos materiales encaminados a un acercamiento, ya sean actos de refuerzo de confianza o de acercamiento físico.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, número 97/2015, de 24 de febrero.

⁴² GÓRRIZ ROYO, E: “On-line child grooming” en Derecho penal español en Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pág 31.

⁴³ EJEMPLOS: Entregar regalos al menor, como un teléfono móvil con el que estar en contacto (STS 97/2015 de 24 de Febrero); Acudir al lugar y hora de una cita por parte de quien previamente ha propuesto el encuentro a un menor de 16 años (SAP de Albacete, 776/2015 , de 22 de septiembre de 2015).

3.2.1.1. Sujetos activo y pasivo

El artículo 183 ter 1 CP, no especifica ninguna cualidad especial sobre el sujeto activo, entendiendo entonces que se trata de un delito común, es decir que puede ser cometido por cualquier sujeto responsable criminalmente por el Código penal. Atenderemos más adelante a la causa de atipicidad recogida en el art.183 quater, respecto al delito de embaucamiento del menor.

En cuanto al sujeto pasivo, se entiende por tal, aquel que es el titular del bien jurídico protegido, en este caso centrado en la indemnidad sexual del menor. Pero esta afirmación sin delimitar el marco de este no sirve de nada. Así pues, es necesario analizar a fondo esta figura para entender contra quién estos hechos son punibles.

Como hemos visto anteriormente, la LO 1/2015 trajo consigo muchos cambios, y en concreto, el que nos interesa ahora, es el cambio de la edad mínima para el consentimiento sexual, pasando de los trece años a los actuales dieciséis. Así se plasma en la nomenclatura del Título VIII del Código Penal, como ya hemos visto al delimitar el bien jurídico protegido. También ha sido expuesta la argumentación del cambio por parte del legislador⁴⁴, siendo esta fundamentada en sus obligaciones internacionales, armonizando la regulación con la mayoría de ordenamientos de los países europeos, además de atender a la sugerencia de cambio por parte del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Así pues se fijó que el sujeto pasivo sería aquel menor de dieciséis años, pues se entiende que no tiene capacidad para prestar el consentimiento sexual.

Existe un supuesto especial en el ordenamiento jurídico aragonés, en el que se reconoce capacidad legal a un menor, mayor de catorce años, para realizar diversos actos jurídicos entre los cuales, contraer matrimonio, momento en el que se le equipara al mayor de edad. El aragonés casado adquiere la mayoría de edad y por lo tanto es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley⁴⁵. Por tanto, al no encontrarse en una de esas excepciones, se entiende que el menor, mayor de catorce años

⁴⁴ Preámbulo XII de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁵ Artículo 4 del Código Foral Aragonés.

casado, tiene la capacidad para consentir sexualmente, pues, si se entiende que tiene la suficiente madurez para casarse, tendrá la suficiente para prestar su consentimiento al momento de mantener relaciones sexuales.

Pero fuera de esos supuestos especiales, está claro que el incremento de la accesibilidad a la red por parte de los menores, fue otro gran factor que impulsó este cambio, pues la actual realidad social es el acceso de niños cada vez más pequeños en el mundo “*online*”. De hecho ya en el año 2002, ante la relativa novedad que suponían las TIC, en la Comunidad de Madrid se realizó un estudio⁴⁶ por el cual el 14% de los menores, entre once y diecisiete años, había concertado una cita “a ciegas” en la red. Respondiendo a otra de las preguntas, el 44% de los menores indicaron haberse sentido acosados sexualmente.

Cada vez con más frecuencia, los menores acceden a la red, y sobre todo a las redes sociales, siendo susceptibles de ser víctimas de conductas sexuales de las que tienen que ser protegidos. El cambio de edad de los trece a los dieciséis años, tiene relación con esto último, pues, los menores que se encuentran en esta franja de edad, casi al completo, ya disponen de un dispositivo en su bolsillo que le permite acceso a la red, y es en esta misma franja donde, pese a no tener madurez suficiente para comprender al completo qué conlleva realizar esos actos sexuales, empiezan a desarrollar curiosidad en este ámbito, de lo cual se aprovechan los sujetos activos.

Así pues queda claro que será punible aquel supuesto de hecho descrito en el art.183.ter, cuando el sujeto pasivo sea menor de dieciséis años.

Es conveniente analizar junto a los sujetos, el supuesto que el Código Penal recoge en su artículo 183 quater, como una causa de atipicidad. Ya me he referido a ello en relación con la Directiva 2011/93/UE, donde se introduce por primera vez y a la cual nuestro legislador se ha sumado, pese a su carácter discrecional.

Dispone el artículo 183 quater: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años, excepto en los casos del artículo 183.2 del Código Penal, excluirá la responsabilidad penal*

⁴⁶ Estudio: “Seguridad Infantil y costumbres de los menores en internet”, Acción contra la Pornografía Infantil (ACPI), 2002.

por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”

La finalidad de la introducción de dicho artículo es evitar una excesiva criminalización que se podría producir al considerar como infracción penal todo acto sexual realizado con un menor, sin tener en cuenta las circunstancias concretas del sujeto activo e incluso la del sujeto pasivo, al que en determinadas circunstancias se le puede considerar suficientemente maduro o incluso provocar error invencible en el sujeto activo, lo que podría chocar con el principio general de invalidar el consentimiento para la realización de actos sexuales de los menores.

La base jurídica se extrae de manera clara de la lectura del Convenio de Lanzarote⁴⁷, en el que ya se hacía constar que *“la tipificación del abuso sexual con menores no tiene como objeto regular las actividades consentidas entre menores”*. Se entiende así que un menor tiene madurez para dar el consentimiento sexual para con otro menor.

Tomando como base a Boldova Pasamar⁴⁸, el supuesto que incluye el artículo es un supuesto de atipicidad que tiene que ver más con la moral que con la propia libertad sexual. La norma tiene en cuenta la realidad social por la cual se admiten relaciones sexuales entre menores, o incluso si se trata de alguien mayor de edad, que esté próximo a la minoría de edad. El problema surge en el límite de esa diferencia de edad de esa proximidad, pues la Directiva no impuso un marco de edad claro, además de añadir el elemento valorativo de desarrollo y madurez, difícilmente medible en la realidad y que crea una inseguridad jurídica mayor, sobre todo en aquellos casos en los que haya un mayor de edad. Nuestro legislador ignoró estos problemas, quedando así estos sin solución aparente, lo que obliga en numerosas ocasiones a tener que recurrir a la elaboración de informes psicosociales tanto del sujeto activo como del pasivo, en este tipo de delitos.

El consentimiento no será válido si está viciado, como es lógico, o si en su caso no se ajusta a los requisitos establecidos por la norma. Aunque un menor de edad consienta las relaciones sexuales, si la otra parte es mayor de edad y la diferencia de edad entre ambos es notoria, no se podría aplicar esta causa de atipicidad. Se volvería a tener ese problema al

⁴⁷ Vid, página 8

⁴⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A: “Derecho Penal Parte Especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de Marzo” Editorial Comares, S.L, Granada, 2022, Capítulo 9, págs 208-209.

determinar cuándo esa diferencia de edad es notoria o no. Se tendrá que recurrir a los informes de especialistas, en los cuales se valore la madurez de los participantes en la actividad sexual objeto de investigación penal.

De hecho a raíz de los problemas de aplicación de dicho artículo, la Fiscalía General del Estado, elabora la Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal. En la misma se indica la existencia de la presunción por la que el menor no tiene capacidad de consentimiento sexual, por lo que, para enervar esta, es necesario acreditar la madurez del menor, la proximidad en grado de madurez y edad del adulto interviniente.

Así pues, siendo la circular herramienta interna dirigida a la unificación de criterios dentro del Ministerio Público y de marcado carácter orientativo, en ella se recoge la distinción por grupos en relación a la adolescencia que efectúa la OMS⁴⁹, y expone que la norma debe abarcar hasta los jóvenes de 20 años y excepcionalmente hasta 24 años *“atendiendo al grado de desarrollo o madurez tanto del menor como del joven que mantienen el contacto sexual”*. Para el estudio de la madurez, se indica lo que se entiende por esta según el Comité de los Derechos del Niño⁵⁰. Expone así un rango de edad para la aplicación de esta norma, aunque sin dejar de lado que habrá que atender al caso concreto, y añade aquí que la madurez que se ha de tomar en cuenta, es la de ambos individuos. Para la franja de mayor edad nos dice que *“las exigencias de comprobación de la similitud de desarrollo y madurez habrán de ser evidentemente mayores”* teniendo carácter excepcional la aplicación para estos de la norma.

Así baste como ejemplo la resolución de la Sala de lo Penal, Sección 1, del Tribunal Supremo resolviendo el recurso 469/2020 de 10 de Septiembre de 2020, en un caso de abuso por parte de un adulto de 20 sobre una menor de 16, en el que la sala indica que *“los informes periciales y su propia percepción directa e inmediata de las declaraciones del acusado, ... , demostraron que presentaba un grado de desarrollo y madurez similar a la de la menor”* Con lo cual se aplicó la excepcionalidad del artículo.

⁴⁹ Adolescencia inicial (10 a 14 años), la adolescencia media (14 a 17 años), la adolescencia final (17 a 20 años), la juventud encaminada a la edad adulta (20 a 24 años).

⁵⁰ Madurez: *“la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”*.

Por todo ello se puede concluir que, atendiendo a los supuestos en los que el menor que consienta relaciones sexuales con alguien mayor que él, excepcionalmente hasta los 24 años, les será de aplicación la causa de atipicidad del artículo 183 quater, siempre y cuando, tras las pruebas pertinentes, no exista gran diferencia de edad y madurez de ambos intervinientes.

3.2.2. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo está compuesto por el dolo, que se define como “*la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo*”⁵¹. Podemos distinguir dos elementos del dolo, el intelectual, entendido como el conocimiento de que se realizan los elementos del tipo objetivo, y el elemento volitivo, es decir la voluntad de cometer el delito.

Es claro que el delito recogido en el art.183 ter 1 CP tiene una naturaleza dolosa, es decir, el sujeto activo debe conocer de los elementos típicos. Debe contactar con un menor de 16 años, proponerle un encuentro y llevar a cabo actos materiales para realizar dicho encuentro. Por ello cuando el sujeto activo incurre en un error, vencible o invencible, puede desvirtuarse la fuerza del dolo, quedando la conducta impune.

Respecto a la posible concurrencia de un error en el sujeto activo, es destacable en este delito el error sobre la persona hacia la que se dirige la acción, es decir, que el sujeto activo no supiese que el sujeto pasivo fuese menor de dieciséis años. El dolo del delito debe abarcar la edad del menor, por lo que si el autor lo desconocía, no se podrá aplicar el artículo en cuestión⁵². Así pues la invencibilidad o vencibilidad del error, en nuestro caso es irrelevante, ya que no es castigable el delito por imprudencia del art.183 ter 1. “*dada la ausencia de castigo expreso de la imprudencia para el delito*”.⁵³ El hecho de que el ámbito de este artículo son las redes sociales, en las cuales para proceder a registrarse en ellas es necesario ser mayor de dieciséis años, puede conllevar que el sujeto activo asuma que habla con alguien mayor de dieciséis años. Por eso es importante tener en cuenta, si ha existido algún tipo de comunicación visual entre las partes, que haya podido inducir al error.

⁵¹ SOLA RECHE, E: “Derecho Penal Parte General Introducción y Teoría Jurídica del Delito” Editorial Comares, S.L, Granada, 2016, Capítulo 8, págs 125-130.

⁵² Sentencia AP Valencia número 722/2013, de 24 de octubre de 2013.

⁵³ GÓRRIZ ROYO, E: “On-line child grooming” en Derecho penal español en Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pág 27.

Además de conocer de los elementos típicos, el sujeto debe tener la intención de cometer delitos de carácter sexual, en concreto se indican en el artículo los delitos recogidos en el art.183 y 189, sobre el abuso o agresión sexual a menor de 16 años o pornografía infantil.

3.3. Concurso de delitos

Por último es importante analizar la expresión recogida *in fine* del art.183 ter 1 que establece la consumación del delito “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. Esto nos ayuda a entender este delito previo e independiente de la comisión de cualquier otro tipo delictivo.

Hay una disparidad en la doctrina e incluso en la jurisprudencia en lo que respecta a esta cláusula, por un lado nos encontramos aquellos que defienden la literalidad del precepto, penando tanto la conducta descrita en el propio artículo como cualquier otro delito consumado, defendiendo el concurso de delitos, y en contraposición están aquellos que entienden que el precepto infringe el principio *non bis in idem*, por lo que entienden que se resolverá mediante el concurso de normas.

Aquellos que defienden esta última postura, entienden que el delito de “Child grooming” deberá quedar absorbido por el posterior delito de abuso y agresión sexual o creación de pornografía infantil, porque entienden que “*de consumarse uno de aquellos delitos-fin previstos en el art. 183 ter .1º CP, se produciría una progresión delictiva, de suerte que aquellos otros delitos más graves absorberán el desvalor propio del online child grooming*”⁵⁴. La interpretación de la comisión de un delito contra la indemnidad sexual, en relación con el delito de “*child grooming*”, como una progresión delictiva tiene como finalidad evitar infringir el principio *non bis in idem*, entendiendo que entonces se trataría de dos supuestos de hecho con identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Este sector doctrinal, sin embargo, entiende que sí que existen supuestos en los que se debería aplicar un concurso de delitos, aquellos en los que hay múltiples víctimas, a las cuales

⁵⁴ GÓRRIZ ROYO, E: “On-line child grooming” en Derecho penal español en Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016, pág 35.

se les ha contactado y se les ha propuesto un encuentro pero solo una parte de las víctimas han sido objeto de abusos, entendiendo que *“queda peligro subsistente que debe conducir a la aplicación conjunta de los correspondientes delitos de peligro con el delito de abuso”*⁵⁵. También para aquellos supuestos en los que *“el hecho delictivo concreto atente contra bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual, y cuando el sujeto cometa un delito contra la indemnidad sexual distinto a los delitos fin, es decir, a las conductas contempladas en los artículos 183 y 189 del Código penal”*⁵⁶.

A este respecto encontramos que el Tribunal Supremo se pronunció a favor diciendo que se trata de *“un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva”*⁵⁷. En una misma línea doctrinal indicó que *“los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste.”*⁵⁸

Por otro lado, entre los que defienden un concurso de delitos nos encontramos a autores como De la Mata Barranco, el cual defiende la literalidad del precepto, entendiendo que excluye el concurso de normas. Nos dice este autor que *“Hay una única indemnidad sexual, pero la misma puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos”*⁵⁹, es decir que, aunque se trate de un mismo bien jurídico defendido por diversos artículos, no excluye la posibilidad de diferenciar el daño producido, sobre todo teniendo en cuenta que el delito del art.183 ter 1 se consuma con la puesta en peligro de dicho bien jurídico.

También para estos supuestos se encuentran pronunciamientos a favor del Tribunal Supremo indicando que *“son plenamente compatibles al añadir a las conductas de agresión,*

⁵⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia : Tirant lo blanch, 2015. pág 168.

⁵⁶ MONTSERRAT SÁNCHEZ ESCRIBANO, M.I: “Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de online child grooming)” Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, Nº12, 2018, pág 147.

⁵⁷ Sentencia Tribunal Supremo número 109/2017, de 22 de febrero.

⁵⁸ Sentencia Tribunal Supremo 864/2015, de 10 de diciembre.

⁵⁹ DE LA MATA BARRANCO, N.Jr: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”. Revista Electrónica de ciencia penal y criminología, 19-10, 2017 pág 23.

abuso sexual o creación de pornografía infantil, un indudable grado de desvalor, precisamente por servirse de ese medio comisivo (child grooming)''⁶⁰ Este cambio de postura se debió a la necesidad de otorgar claridad al supuesto, unificando la jurisprudencia a través de un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 8 de noviembre de 2017 afirmando 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*”.

Vistas ambas posturas doctrinales, me adhiero a la postura adoptada finalmente por el Tribunal Supremo. La tipificación de la conducta del *grooming* como delito tiene como finalidad proteger la puesta en peligro de la indemnidad sexual del menor, por la importancia de esta, en concreto en los medios informáticos, donde, debido a las facilidades existentes, existe un mayor riesgo para el menor. Por esto mismo considero que la realización de la conducta típica del art 183 ter.1 por parte del sujeto activo, supone ya en sí un delito que no puede dejar de ser penado por la sucesión de otro delito posterior.

El legislador busca la autonomía del delito, y es claro con la literalidad del mismo, y al añadir la cláusula objeto de discusión por la doctrina. Lo que se busca es la punibilidad del acercamiento con intención sexual hacia el menor, siendo este el delito. Por ello, si posteriormente a este supuesto se consuma otro delito o no, no debe de importar para tratar este delito como independiente. El contacto con el menor por medios tecnológicos puede generar una lesividad de tal entidad que permita valorarlo por separado. Sin embargo, es claro que existen supuestos en los que este delito sólo se trataría de una progresión delictiva, de un simple favorecimiento de la dinámica comisiva, por lo que se produciría una lesión del principio *non bis in idem*.

Por todo ello, y pese mi preferencia por la postura del Tribunal Supremo, es importante acudir caso por caso para interpretar si será más apropiado resolver mediante un concurso de delitos o, por el contrario, mediante un concurso de normas.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo número 777/2017, de 30 de noviembre.

IV. CONCLUSIÓN

El delito del “*child grooming*”, como se ha expuesto, tiene una incorporación muy reciente a nuestro ordenamiento jurídico, impulsado también desde ámbitos internacionales. El objetivo es la protección de la indemnidad sexual de los menores, es decir la defensa de su desarrollo normal dentro del ámbito sexual, pero ¿es el art.183 ter 1 un instrumento jurídico que consigue este fin? Considero que la respuesta es sí, pero tiene muchos matices.

Es claro que el legislador se limitó a una transposición de las normas internacionales, pero ello dio lugar a algunos problemas de interpretación en la aplicación diaria de dicho precepto. La doctrina, en un primer momento, y el Tribunal Supremo, en su función de fijar Jurisprudencia, han tenido que ir resolviendo estos problemas, realizando un examen exhaustivo de la norma, y aun así, siguen quedando ámbitos en los que no existe unanimidad.

Está claro que cualquier persona, que pueda ser responsable criminalmente, que contacte mediante alguna de las TIC, con un menor de dieciséis años, obteniendo una respuesta por parte de este, siendo que posteriormente proponga un encuentro con dicho menor, llevando actos materiales de acercamiento, podrá ser penado conforme al art.183 ter 1, excluyendo aquellos casos que quepan subsumir en el art.183 quater. Dentro de este entender, hay muchos términos interpretables, interpretaciones que han sido objeto de unificación, como hemos visto por ejemplo en lo que se entiende como acercamiento.

En definitiva, al estudiar a fondo la norma, se puede deducir que las bases del delito se han establecido de manera clara, pero no así los límites de este. Pese a que una redacción más exhaustiva del mismo habría sido contraproducente, por ser demasiado concreta, una redacción genérica puede implicar mayor inseguridad jurídica con las consecuencias que ello implica.

El problema principal, a mi parecer, surge al determinar un delito adelantando la barrera de protección a la simple puesta en peligro del bien jurídico protegido, porque se puede cometer el error de adelantarla excesivamente o no adelantarla lo suficiente. En el caso concreto, parece que el legislador no ha querido ser excesivamente delimitador de las conductas sancionables penalmente, dejando un marco abierto, quizá en atención a la rápida evolución de las nuevas tecnologías y las llamadas redes sociales.

De la mano de este problema, es evidente la dificultad de regular esta nueva realidad, creada por las TIC, que evoluciona de manera rápida y constante. El artículo se basa principalmente en un supuesto de hecho que ocurre en la red, pero se trata de algo muy abstracto, es difícil determinar con terminología de una realidad *tangible* aspectos que pertenecen a lo que ahora se conoce como otra realidad, la llamada *realidad virtual*, como por ejemplo de lo que se considera subsumible por contactar con el menor, saliendo de la literalidad de la palabra. Pese a todo esto, y aunque la norma no se ha modificado, existen pronunciamientos sobre aquellos supuestos de hecho que se entienden recogidos por el artículo, estableciendo así un marco jurídico más concreto de aplicación.

La norma cumple con su cometido, y está plenamente argumentada su introducción en nuestro ordenamiento. A nadie escapa que hoy el mundo se rige por la tecnología en todos los ámbitos, y aunque suponen avances muy positivos en la vida diaria, también se utilizan para la comisión de actos que pueden causar perjuicios a terceros. Es aquí donde los menores, que con una edad cada vez más temprana, tienen un fácil acceso a internet y a las redes sociales, son más vulnerables, y no son suficientemente capaces, por su falta de madurez, de comprender el peligro de sus propios actos como los de otros sujetos para con ellos. Esto justifica de manera clara la necesidad de adelantar la barrera protectora a los menores, a su desarrollo, a su crecimiento normal, y sobre todo en el ámbito sexual, donde el perjuicio puede generar un daño superior, y lo que es peor, que el mismo pudiera tener un carácter permanente en la vida del menor por la causación de algún tipo de trauma.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María: “Protección penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores,” en Géneros extremos/Extremos genéricos. La política cultural del discurso pornográfico (Vélez, R., Ed.), Universidad de Cádiz, 2006.
- A.KLOESS, Juliane: “Offense Processes of Online Sexual Grooming and Abuse of Children Via Internet Communication Platforms” Volumen: 31 número: 1, página(s): 73-96; publicado: 1 de febrero de 2019.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel: “Derecho Penal Parte Especial conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de Marzo” Editorial Comares, S.L, Granada, 2022.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J: “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea), 2017.
- ESTUDIO: “Seguridad Infantil y costumbres de los menores en internet”, Acción contra la Pornografía Infantil (ACPI), 2002.
- FLORES MENDOZA, Fátima; ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban “Derecho Penal Parte General Introducción y Teoría Jurídica del Delito” Editorial Comares, S.L, Granada, 2016.
- GÓRRIZ ROYO, E.: “On-line child grooming” en Derecho penal español en Revista para el Análisis del Derecho, n.º 3, 2016
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino: “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming”, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2012.
- KIERKEGAARD, Sylvia : “Online child protection Cybering, online grooming and ageplay” en Computer law & security report, 24 (2008).

- MARTÍN LORENZO, María, «Delito de ciberacoso sexual», en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), Memento experto: reforma penal 2010, Francis Lefebvre, Madrid.
- MONSERRAT SÁNCHEZ ESCRIBANO, María Isabel: “Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de online child grooming)” Revista de Derecho, Empresa y Sociedad, N°12, 2018.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: “Teoría General del Delito” Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ORTEGA BALANZA, Marta: “Amistades peligrosas: el delito de child grooming” Iuris: Actualidad y práctica del derecho. 2014.
- PÉREZ LUÑO, A. E. “Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información”, Fundesco, Madrid, 1987.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Ramón: “El llamado delito de “child grooming”: consideraciones acerca del nuevo artículo 183bis del Código Penal”.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio: “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnología 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”, 2014.
- SAÑUDO UGARTE, María Inmaculada: “El grooming (art.183 ter 1 y 2 CP): análisis típico y propuesta interpretativa”, tesis doctoral, Leioa (Bizkaia), 2016.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “Acoso sexual cibernético a menores de trece años” en Quintero Olivares, G. (dir.), La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi-Thomsom Reuters, Navarra, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: “El delito de online child-grooming o propuesta sexual telemática a menores”. Valencia, Tirant lo blanch, 2015.

VI. JURISPRUDENCIA Y NORMAS

- 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.
- Directiva 2011/93/UE 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 del Consejo Europeo de 29 de mayo de 2000 relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet (2000/375/JAI).
- Acción Común 97/154/JAI, de 22 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños.
- Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003 del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de niños/as y la pornografía infantil.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.
- 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.
- 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.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- STS 199/2017, de 27 de marzo.
- STS 671/2019, de 15 de marzo.

- STS 4403/2021, de 24 de noviembre.
- STS 51/2008, de 6 de febrero.
- STS 97/2015 de 24 de febrero.
- SAP de Barcelona, 6056/2015, de 23 de junio.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.
- Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal. La edad de consentimiento sexual.
- Resolución de la Sala de lo Penal, Sección 1, del Tribunal Supremo resolviendo el recurso 469/2020 de 10 de Septiembre de 2020.
- STS 109/2017, de 22 de febrero.
- SAP de Albacete, 776/2015 , de 22 de septiembre.
- SAP de Valencia, 722/2013, de 24 de octubre.
- STS 864/2015, de 10 de diciembre.
- STS 777/2017, de 30 de noviembre.