



**Universidad
Zaragoza**

TRABAJO FIN DE GRADO

El delito de ciberacoso en el Código penal español

Autor

Carlos Javier Álvarez de Eulate Mariscal

Director

Dr. Jorge Vizueta Fernández

Facultad de Derecho

Curso 2014/2015

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. INCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 183 BIS EN NUESTRO DERECHO PENAL.....	2
III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	4
IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO.....	7
V. TIPO BÁSICO DEL ART. 183 BIS.....	9
1. ELEMENTOS OBJETIVOS.....	10
2. ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	14
VI. TIPO CUALIFICADO.....	16
VII. GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO.....	17
VIII. REGLAS CONCURSALES.....	18
IX. RESPUESTA PENAL.....	22
X. ALUSIÓN AL ART. 183 TER.....	24
XI. CONCLUSIÓN.....	27
XII. BIBLIOGRAFÍA.....	30

LISTADO DE ABREVIATURAS

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

CP: Código Penal.

LO: Ley Orgánica.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio del art. 183 bis, incorporado al Código Penal a través de la LO 5/2010. Recientemente, la LO 1/2015 de reforma del CP ha trasladado el contenido de este precepto al art. 183 ter, además de introducir modificaciones importantes a las que nos referiremos en el epígrafe X.

Una de las razones por las que escogí este tema es que es uno de los más novedosos del Código Penal, que ha conllevado muchas discusiones por parte de la doctrina. Además, es interesante ya que es un artículo que contiene un acto preparatorio que reviste de tal especialidad que es necesario elevarlo a delito, para la mayor protección de los menores en un ámbito tan extenso como son los medios telemáticos, algo que en España es impune menos en el caso de que se llegue a tipificar, que es lo que ha pasado.

Para la realización del trabajo comencé investigando las diferentes posiciones que había en relación con este artículo y la aplicación del mismo por parte de los jueces. No ha sido visto en muchos casos, ya que muchas de las sentencias que podían contener los elementos típicos del mismo habían sido dictadas con anterioridad al 2010, siendo imposible la aplicación del mismo por la irretroactividad de las normas.

El primer paso fue recopilar información, para ello busqué opiniones y artículos doctrinales, y también jurisprudencia. La doctrina la pude encontrar en Dialnet, la mayoría de ella, y la jurisprudencia en el CENDOJ. No hay que olvidarse de los manuales, que sirven como base para saber después qué se debe de buscar.

Cuando se ha obtenido suficiente información, esta se lee y se resume, para poder saber más sobre lo que va a ser objeto del trabajo, y crear una opinión propia y personal sobre ello.

Lo siguiente consistió en hacer un esquema con los puntos claves del trabajo, que al final suele ser el índice del mismo. Cuando llegó ese punto, era el momento de empezar a redactar lo que iba a ser el análisis del art. 183 bis. Al terminar, se revisó varias veces, ya que solo una no es suficiente para que el trabajo quede completamente corregido. Tras ello, solo quedaba entregarlo al director para que este lo revisara y modificarlo para que esté preparado para ser entregado.

II. INCLUSIÓN DEL ARTÍCULO 183 BIS EN NUESTRO DERECHO PENAL

El artículo 183 bis tiene su origen en nuestro ordenamiento jurídico en el momento en el que se reforma el Código Penal en 2010 introduciéndose por la Ley Orgánica (LO) 5/2010¹. Este se inserta en un nuevo capítulo del Código Penal (Capítulo II bis del Título VIII), referido a los abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de trece años, que solo consta de dos artículos (el 183 y el que va a ser objeto de análisis).

Se tipifican así una serie de conductas que atentan contra la indemnidad sexual de una persona menor de 13 años que en su mayor parte no son novedosas, ya que a partir de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 11/1999 ya se incluía este bien jurídico protegido (del que se hablará más adelante).

En la propuesta inicial de esta reforma, el Partido Popular² se justificaba en que estos delitos eran necesarios por el incremento de actuaciones cometidas por Internet para interactuar con menores en la que los adultos se aseguraban de ser personas anónimas y podían presentarse ante ellos como la persona que quisieran. Eso daba pie a que se hacía necesario intervenir en un momento anterior al que se produce un atentado contra la libertad del menor de un mayor grado de gravedad.

La redacción que proponía la enmienda recién nombrada se distancia sustancialmente del tipo finalmente aprobado, donde en un principio era un tipo básico y, en la redacción final, se introdujo también uno cualificado.

En la Exposición de Motivos de la iniciativa original de modificación del Código Penal³ se cita 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 fue la única Decisión Marco anterior a la LO 5/2010. Con esta Ley Orgánica se hacía realidad la necesidad de transposición de la misma, ya que después de

¹Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 152, de 23 de junio de 2010.

²Enmienda 351. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9 de 18 de marzo de 2010, pp. 156-157.

³Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie A, núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009.

esta se aprobaría otra Directiva⁴, además de otra norma que sería recordada como la primera que habla de este tipo de delitos refiriéndose a ellos con el término *grooming* (donde aquí en España lo llamaríamos “ciberacoso” a menores), que no es otra que un Convenio de Europa de 2007 ratificado por España en 2010⁵, resultando más tardío que la LO 5/2010.

Este término de *grooming* (que es como me voy a referir a partir de ahora al hablar de este delito) ha sido aceptado por la doctrina, y se centra en la idea de un proceso que empieza con la adquisición de la confianza de un menor (que será la víctima) a través de Internet. En tal sentido, SALTER define el *grooming* como “seducción emocional”⁶, pero también puede definirse como un proceso, tal y como lo hace GILLESPIE, describiéndolo como «el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas»⁷.

Hasta cambiando de fuente de información y acudiendo a artículos de prensa, nos podemos encontrar también alguna que otra referencia a este delito, como la encontrada en el periódico nacional La Vanguardia, donde se hacía alusión a una persona mayor de edad que pedía fotos a menores a través de la red social de Facebook⁸. En este caso no se hace mención del delito como el *grooming*, pero sí que existen otros artículos españoles que sí que lo nombran como tal.

⁴Hago referencia a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Directiva marco 2004/68/JAI.

⁵Convenio 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. Ratificado por España. Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

⁶ SALTER, A., *Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse*, Sage, Newbury Park, California, 1995, p. 274.

⁷ GILLESPIE, A., «Child Protection on the Internet: Challenger for Criminal Law», en *Child and Family Law Quarterly*, nº 14, 2002, p. 441.

⁸ «Detenido en Sabadell un pedófilo que pedía fotos a niños sin ropa en Facebook. Se hacía pasar por una chica para conseguir fotos de menores entre 10 y 13 años desnudos y pedirles que se masturbaran», en La Vanguardia, a 17 de septiembre de 2013.

Volviendo al art. 183 bis, se podría decir que es una novedad, ya que se integra como tipo el delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC (el hablado *supra* como *grooming*), con la intención del legislador de anticipar la intervención penal a actos preparatorios de otros delitos que, por el medio utilizado, revisten de una gran peligrosidad.

En mi opinión, es un tanto complejo, ya que era necesaria su transposición porque nuestro Código Penal no regulaba estas conductas como delitos expresos, sino como actos preparatorios (impunes en muchos de los casos). Así, el legislador elevó la conducta a delito, tal y como se había comprometido España con la Directiva.

Por todo lo anteriormente dicho, doy pie al análisis del delito contenido en el artículo 183 bis del Código Penal.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El artículo objeto de análisis está situado en un Capítulo y en un Título que nos lleva a concluir que el bien jurídico protegido no es otro que la indemnidad sexual. Aun así, no es tan fácil encontrar una solución a los problemas que plantea por sus especiales características.

El bien jurídico de la indemnidad sexual es entendido como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual y el derecho al normal desarrollo y formación de la vida sexual. Tal y como se ha insertado este delito se podría hablar de un tipo delictivo de peligro abstracto ya que se adelanta la protección penal incluso antes de que se realice una conducta que de verdad atente sobre el objeto jurídico protegido⁹.

Así, desde este punto de vista de la doctrina, el único bien jurídico protegido sería la indemnidad sexual, cosa que no queda nada clara si atendemos a que este bien jurídico no es dañado por la conducta penada, ya que aunque no se llegue a producir un hecho dañoso que pueda lesionar este objeto, el delito se habrá consumado.

⁹PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)», en *La Ley*, 2012-3, p. 1780.

Este es uno de los problemas que encontramos para dilucidar el bien jurídico protegido (aunque como ya he dicho, el legislador haya querido incorporar la protección de la indemnidad sexual en el artículo objeto de análisis), simplemente porque nos encontramos ante un acto que es preparatorio tipificado como delito, que por la especialidad que contiene la conducta (la cual es la utilización de medios telemáticos para conseguir un contacto previo e íntimo con un menor de 13 años, y de esa forma tener mayor facilidad para obtener un fin sexual que dañe la indemnidad sexual de la víctima), es considerado más peligroso que otros medios preparatorios, achacándole un peligro abstracto de daño a un bien jurídico que puede o no ser lesionado, si se llega a dar el fin perseguido con el mismo.

Por lo dicho, no toda la doctrina apoya esta teoría (aunque sea la que el Código Penal sostiene), ya que para poder considerarlo como un delito autónomo muchos han considerado que además de la indemnidad sexual de un menor también protege la seguridad de la infancia en la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, tutelando el ejercicio de los derechos fundamentales a la información y a la comunicación¹⁰, encontrándonos con un delito pluriofensivo.

Este bien jurídico colectivo lo explica muy bien DOLZ LAGO para quien el bien jurídico protegido tiene un doble carácter: el individual, en relación con ese menor, y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas¹¹.

A mi parecer, esta postura se centra en la necesidad de garantizar la protección de un menor en un campo tan amplio como son las redes de comunicación y la facilidad con la que el agresor puede contactar con un menor y seducirle para poder llevar a cabo el daño en el bien jurídico individual que es la indemnidad sexual, después de dañar el bien jurídico colectivo. Además puede servir para fundamentar la regla concursal, donde se jugaría con la posible tentativa de otro delito y consumación del analizado,

¹⁰ GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *Estudios Penales y Criminológicos*, col. XXXI, 2011.

¹¹ DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *La Ley*, 2011-1, p. 1740.

junto a si se establece el concurso real que marca el propio artículo o sería ideal (se estudiará más adelante).

Pero aunque dé soluciones a algunos de los problemas planteados por el artículo, también conlleva trabas en sí mismo. Es un bien jurídico colectivo, es decir, que pone en peligro a una colectividad, pero cuando se consuma, hay una parte de la doctrina que piensa que solo se ha podido poner en peligro a un concreto menor. Este grupo de la doctrina piensa que para considerarlo lesivo para una multitud tendría que afectar simultáneamente y de modo masivo a diferentes menores, pero de la configuración del tipo se describe una situación en la que una persona intenta seducir a un menor, y no a varios.

Por eso, consideran que no es necesario describirlo como un delito pluriofensivo, sino que se puede concretar que se trata de un delito uniofensivo de peligro abstracto o hipotético que protege la indemnidad sexual de los menores, ya que estos no llegan a tener libertad sexual que pueda ser protegida (no tienen consentimiento válido).

También hay que decir que en determinados casos se ha considerado que el legislador no necesitaba de este tipo penal, ya que la protección puede llegar a ser excesiva, en cuanto a que esta es contra conductas que puedan llegar a ser lesivas, no que sean lesivas en sí mismo.

Por esa razón, por un lado el legislador ha obrado correctamente eligiendo el bien jurídico protegido ya que no es posible que sea supraindividual cuando cada acción es contra un solo menor y, por ende, cada delito cometido se considera autónomo (aunque junto con otros delitos que protegen la libertad sexual puede llevar a confusión), creando un concurso real junto con otros delitos, aunque en sí haya sido un acto preparatorio y sea un delito mutilado de dos actos; y por otro lado quizá se ha sobrepasado en la protección de un medio (las TIC) que, aunque peligroso, no se distancia tanto de, por ejemplo, la utilización de la situación de parentesco o amistad familiar para acercarse a un menor, que no está contenido como delito sino como acto preparatorio y siendo así no punible.

En palabras de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, solo cabe concluir que nos encontramos con un delito uniofensivo en el que el único bien jurídico que se pretende proteger es la indemnidad sexual de los menores de trece años¹².

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO

Si atendemos a la redacción del artículo, podemos delimitar a los sujetos del hecho típico, pero encontrándonos por el camino con grandes problemas. De este modo, empezaré por analizar al agresor y terminaré con la víctima.

El artículo 183 bis del CP comienza con las palabras «El que...», por lo que podemos concluir que el legislador no fue muy acertado con sus verdaderas intenciones. Si acudimos a las Decisiones de la UE y al Convenio de Lanzarote citados en el punto II de este trabajo, nos damos cuenta que este delito está orientado a proteger a los menores de los adultos.

Cruzando nuestras fronteras, además de las decisiones y el Convenio de Lanzarote que hablan de adultos, podemos acudir al derecho anglosajón, que en Reino Unido o Canadá, sí que hacen referencia al adulto que comete este tipo de delitos.

Esa era, en un principio, la idea del legislador al tipificar ese hecho delictivo, en el que un adulto comete las conductas descritas con el fin de conseguir realizar alguno de los delitos nombrados en el mismo artículo contra un menor. Pero como he señalado, la idea de nuestro legislador dista mucho de lo que en realidad plasmó en el Código Penal.

Desde mi punto de vista, compartiendo parte de las opiniones de la doctrina, al usar las palabras «El que» no te refieres a un adulto solamente, sino a cualquier persona que no esté catalogada como víctima en el delito que estamos analizando, es decir, un menor de 13 años. Por esa razón, todos los menores mayores de 14 años, y los adultos, podrían ser condenados por este delito.

¹² RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, p. 9.

Indagando en la jurisprudencia de nuestro ordenamiento, he encontrado una Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense (que fue recurrida, sin éxito, por el culpable del delito, ante la Audiencia Provincial)¹³, en la que es condenado un menor de 17 años de edad como autor del delito recogido en el artículo 183 bis del CP, ya que había contactado por la red social *Tuenti* con una menor de edad (la cual tenía 12 años), y, sabiendo perfectamente la edad de la chica, se aprovechó de su labia para conseguir su número de teléfono e intentar quedar con la chica para realizar actos sexuales.

Este es uno de los casos en los que el delito, al no aclarar expresamente que está dirigido a un adulto, puede ser aplicado por el tribunal para castigar a un menor de edad. Es totalmente correcto, ya que un chico de 17 años puede tener la madurez necesaria para saber qué es lo que quiere hacer y conseguir con esas conductas, pudiendo ser perfectamente punible su actuación. Incluso, en la situación en la que el agresor fuese una persona de 15 años, habría que castigarlo si realizara el tipo del delito ya que tiene responsabilidad penal.

Si hemos encontrado problemas para delimitar quién puede ser el que comete la acción punible, también los habrá al identificar a los sujetos pasivos.

Los que sí son sujetos pasivos son los menores de 13 años, según se desprende del texto literal del artículo. Tenemos, si nos fijamos bien, un marco muy restringido de actuación por parte de estas conductas, ya que no solo hay que ir al ámbito de los menores de edad, sino que además tienen que serlo aquellos que tengan menos de 13 años.

Lo que el legislador pretende es tomar como referencia esta edad equiparándola a aquella en la que se entiende que el menor no puede prestar su consentimiento sexual, sujetándose a lo que estableció el Convenio de Lanzarote¹⁴.

¹³España. Juzgado de Menores de Ourense. Sentencia núm. 43/2013 de 13 de mayo. Recurrida ante la Audiencia Provincial de Ourense (sección núm. 2). Sentencia núm. 723/2013 de 4 de octubre.

¹⁴En tal sentido, este Convenio de Europa (*cit.*) hace referencia expresamente, en su artículo 23 en relación con el 18. 2 del mismo, a que la proposición se realice a un menor que no haya alcanzado la edad para dar su consentimiento en materia sexual, que en España es a la edad fijada.

Mi opinión es un tanto diferente, ya que, según datos y estudios realizados, la edad en la que el menor es más vulnerable en Internet no está por debajo de los 13 años, sino entre los 14 y los 16 años, por lo que el ámbito de actuación queda un tanto reducido o escaso. Si nos movemos a otros derechos, simplemente para hacer una pequeña comparación, nos encontramos que no todos tienen una legislación homogénea en cuanto a la edad de la víctima, pero es más razonable que la española. Por ejemplo, el derecho francés pone la edad límite en los 15 años, y en Reino Unido en 16. Si nos vamos más lejos, en Canadá o en Australia también está puesto el límite en 16 años.

Esto nos lleva a pensar que el legislador habría hecho lo correcto si hubiese incluido a la franja de edad de entre 14 a 16 años en el delito, cosa que 5 años después (aproximadamente) ha hecho. Me refiero al artículo 183 ter de la nueva LO 1/2015, de 30 de marzo¹⁵ que abordaré al final de este análisis y que modifica, en cierto modo, la conducta del delito que estoy desmenuzando, aumentando la edad de la víctima a los 16 años.

Para terminar este epígrafe, quiero hacer referencia a los incapaces. Perfectamente podían haber sido incluidos como víctimas en este artículo, ya que tampoco tienen la capacidad necesaria para prestar el consentimiento sexual, y que en otras ramas del derecho son equiparados a los menores de 13 años (derecho civil, por ejemplo). También es verdad que a lo mejor muchos de ellos no sean capaces de utilizar Internet, pero éste no es el único método que contempla el artículo, ya que todo el mundo sabe usar un teléfono. Aun así, entiendo que lo mejor hubiese sido incluirlos, algo que tampoco se ha hecho en la nueva redacción del artículo 183 ter CP.

V. TIPO BÁSICO DEL ART. 183 BIS

El tipo básico del artículo 183 bis del Código Penal está redactado de la siguiente manera:

«El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el

¹⁵Artículo único en su apartado noventa y nueve. 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. Publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sec. I, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, p. 60.

mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 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».

Encontramos aquí una estructura compleja, en la que concurren diferentes actos para la realización completa del delito. La doctrina aquí está separada en, al menos, dos grupos. Unos autores piensan que es un tipo mixto acumulativo¹⁶, idea desacertada porque las conductas típicas que contiene no constituyen, por separado, delitos autónomos; por otro lado, hay otros que consideran que simplemente se trata de un tipo compuesto, porque existen diferentes actos, que, realizados por separado, no pueden constituir ningún tipo de delito.

Decantándonos por la segunda posición, es necesario que se den diferentes conductas para que se llegue a consumir el delito. En concreto son tres acciones en el plano objetivo, acompañadas por sus respectivos dolos y, además un elemento subjetivo de lo injusto, llegando a ser considerado como un tipo incongruente por exceso subjetivo¹⁷.

Llegados a este punto, toca analizar cada conducta.

1. ELEMENTOS OBJETIVOS

El primer elemento es establecer un contacto o una comunicación con un menor de 13 años, y tiene que hacerse necesariamente a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Para estudiar esta primera conducta, hay que definir el verbo utilizado.

Este es contactar. El artículo simplemente dice que tiene que contactarse con un menor de edad, pero no dice que ese contacto sea el primero o no. Por ello, se puede

¹⁶GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», *cit.*, p. 245.

¹⁷TAMARIT SUMALLA, J.M., «Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)», en: *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 171.

entender de dos formas: la primera, que el contacto, el cual se efectúa mediante tecnologías de la información y la comunicación, sea la forma elegida por el agresor de llegar al menor; y la segunda, que el agresor contacte con el menor en persona, ya sea en un parque o donde ocurra, y, posteriormente, se utilicen las tecnologías de la comunicación para acercarse y seguir manteniendo el contacto.

Al no decirse nada, una parte de la doctrina lo interpreta de forma restrictiva, es decir, quien contacta con alguien lo tiene que hacer desde un primer momento. De esta forma, es quien contacta la persona que toma la iniciativa de entablar una comunicación, y por ende, la persona tiene que entablar una comunicación a través de los medios previstos.

Los problemas que surgirían con esta interpretación serían varios, ya que puede ser que alguien que sabe que estas conductas están penadas, pueda pensar en eludirlas estableciendo un primer contacto físico y que este fuera seguido por otros medios telemáticos, no entrando en la definición de contactar como momento de inicio de una conversación.

Otro problema aparece cuando es el menor quien contacta con el mayor de edad y este se aprovecha para cometer los actos típicos de este delito. En sí, el problema concreto aparecerá si el menor es el que siempre toma la iniciativa de contactar con el agresor, aunque lo normal es que este último acabe contactando de algún modo.

Para solucionar estos problemas de aplicación, es mejor hacer una interpretación más amplia del término contactar, expresándolo como ponerse en contacto con una persona a través de los medios descritos, sin necesidad de que ese contacto sea el primero, pudiendo haber ocurrido un primer contacto leve físicamente y retomarlo por medio de las TIC. De esta manera podremos abarcar situaciones en las que, si aplicáramos la interpretación restrictiva, no podrían ser punibles.

El segundo de los elementos es que el sujeto activo, utilizando los medios descritos, tiene que proponer al menor un encuentro. Nos encontramos, otra vez, con el problema de definir el verbo que da sentido a la conducta. En este caso es proponer, y eso hay que entenderlo de la forma de que da igual que el menor acepte o no ese encuentro propuesto.

Con respecto al contacto era obligatorio, para la tipicidad del delito, que el menor siguiera teniendo un vínculo con el sujeto activo o que al menos respondiera al primero. En este caso no es así, ya que el menor no tiene por qué aceptar tal proposición, sino que solo es necesario que se realice, pero si no la acepta hay que llegar a la conclusión que no se pone en peligro (ni lo más mínimo) el bien jurídico protegido, por lo que no cabría ninguna forma de lesión. Aun así, dogmáticamente habría que castigarlo si se llegan a dar todas las acciones típicas, ya que se está realizando el tipo del delito.

Además, se discute si el encuentro debe hacerse en un espacio físico o vale simplemente en un espacio virtual. Gracias a las nuevas tecnologías (y este delito es uno de los que intenta prevenir parte de estas conductas) ha habido una gran aparición de nuevas vías de comunicación por las que dos o más personas pueden encontrarse virtualmente y entablar conversaciones, incluso desnudarse (mediante juegos *on-line* o la simple web cam de un ordenador) o hablar por vídeo chat.

Esto nos lleva a reflexionar sobre si es necesario que se concrete un lugar físico y exacto en la proposición del encuentro o simplemente basta con un encuentro virtual¹⁸. No se vería ningún problema en que se pueda llevar a cabo también en el ciberespacio, pero si nos sujetamos a la necesidad de acercamiento material del tercer elemento, tiene que existir un encuentro real y que el menor acepte, ya que de otro modo no se atentaría contra ningún bien, ni se pondría en peligro, llevándonos al ámbito de aplicación de la tentativa, que sí que habría, ya que se dan todos los requisitos para ello (se ha comenzado la ejecución del delito pero no se ha consumado), pero que por razones de política criminal y porque este delito era un acto preparatorio, no veo correcto aplicarla. Por ello, solo entraría en juego un encuentro físico, desde mi punto de vista.

El tercer y último de los actos o elementos objetivos del tipo básico de este delito es realizar actos materiales encaminados al acercamiento. Este, desde mi punto de vista, es el elemento más complejo, por su naturaleza y por el fin.

¹⁸En este sentido, establece que debe ser físico en todo momento GIL BARBERÁ, M., «El nou article 183 bis del Codi Penal», *Lo Canyeret*, núm. 75, 2012, p. 24.

Como los casos pueden ser tan variopintos, no se pueden globalizar todos. Los que interpretan que este delito es un acto preparatorio punible anterior a otro delito más grave, aplican de forma restrictiva esta conducta, y acotan el acercamiento a medios físicos, y no virtuales (tal y como establece la naturaleza del acto, que es material)¹⁹.

Nos encontramos otra vez con el problema del espacio físico versus espacio virtual. Al proteger conductas que están siendo cometidas en un espacio virtual, y habiendo delitos que están protegiendo bienes jurídicos que pueden ser lesionados por una acción en el ciberespacio, otros autores también defienden que este acercamiento pueda llevarse a cabo mediante uno de los medios telemáticos que hay hoy en día, siempre que el sujeto activo tenga intención de llegar a realizar uno de los delitos previstos en el art. 183 bis contra la indemnidad sexual del menor.

Esto habría necesitado, como en muchos otros puntos del artículo, una mejor redacción del mismo y una determinación de lo que de verdad se quiere proteger con el mismo.

Aparte de lo dicho sobre el espacio virtual, abogo por la postura en la que se obliga a que el acercamiento sea físico porque tiene naturaleza material, por lo que no cabe entender así un acercamiento que no sea presencial. En consecuencia, aunque acotemos la acción a un espacio físico, hay tantas posibilidades que no están taxativamente reguladas, sería imposible, porque van desde comprar un billete de bus para ir a la casa del menor, o que sea el sujeto activo quien le compre al menor un billete para que viaje él, o puede darse el caso de que se diga de quedar en un sitio concreto o simplemente merodear por los lugares en que la víctima se desplaza, o un simple desplazamiento de cualquier tipo puede bastar para realizar esta acción.

También me sujeto a esta postura por otra razón, por el significado de acercamiento que el legislador parece que quiso dar. En el Código penal utilizan esa palabra, pero podríamos ir al Convenio de Lanzarote o a la Directiva 2011/93/UE que utilizan la palabra «encuentro», que nos puede aclarar un poco a qué se refiere con esta conducta, ya que plantea menos dudas.

¹⁹En tal sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., *cit.*, p. 172.

Así, el Convenio de Lanzarote indicó, por ejemplo, una explicación sobre esta conducta donde se decía expresamente que si son actos preparatorios para un delito que se va a cometer físicamente (dependerá del delito fin) también requerirá acciones físicas y concretas, por lo que solo cabría realizarlas en un espacio físico²⁰, como llegar a donde han quedado o, como ya he señalado, que se origine un simple desplazamiento (físico).

Por lo anterior, no nos queda ninguna duda que tiene que realizarse en un espacio físico, y no virtual, aunque eso nos lleve a que descartaríamos que fueran punibles aquellas conductas que gracias a las ciencias de la comunicación y a las tecnologías tienen ahora más fuerza en cuanto a la obtención de pornografía infantil.

2. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Primero, decir que es un delito doloso, donde el sujeto activo tiene que tener la voluntad de realizar las acciones objetivas del tipo, utilizando los medios informáticos o telemáticos descritos en el artículo. Además, el tipo subjetivo va más allá que querer realizar estas conductas, ya que tienen que estar motivadas a realizar una conducta posterior que originará la comisión de uno de los delitos descritos (los contenidos en los arts.178 a 183 y el 189 CP), encontrando un elemento subjetivo de lo injusto adicional al dolo.

De esta manera, esta necesidad hace que sea un delito de tendencia interna trascendente mutilado en dos actos, con actos encaminados a delitos posteriores que van desde la agresión y abuso sexuales a la pornografía infantil (cosa que no hace el Convenio de Lanzarote). Se podría preguntar por qué no abarcó los delitos contenidos en los arts. 187 y 188 relacionados con la prostitución de menores, ya que no perdía nada y son más graves que algunos de los contenidos en los delitos sí contemplados, además del delito contenido en el art. 185, que también podría llegar a darse.

Aun así, sí que se llegan a abarcar demasiados (cosa que cambia con el art. 183 ter de la nueva regulación, que disminuyen) pero reseñando en que para alguno de estos delitos-fin es indiferente que estemos ante un menor de edad o no, ya que no establecen

²⁰COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, article 23. Puede encontrarse en la siguiente página web: <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/201.htm>.

como requisito la edad. En este contexto, la edad del menor de trece años no sería relevante en el momento de tipificar, por ejemplo, el delito contenido en el art. 189, ya que no nos exige que sea un menor de 13 años el sujeto pasivo, solo tendría relevancia esa apreciación para aplicar el art. 183 bis.

El tema de la edad hay que matizarlo, ya que para la comisión del delito objeto de análisis puede ser interesante si se aprecia o no un error del autor sobre la edad de la víctima porque es un elemento esencial del tipo penal. Esto lleva a plantear dos situaciones diferentes.

La primera se conformaría por una persona (que es la autora del delito) que cree que el menor de trece años en realidad es más mayor, caso en el que se apreciaría un error de tipo, independientemente de que este pudiera ser vencible o invencible, determinando la exoneración de responsabilidad penal, porque en este delito no tiene cabida la imprudencia (establecido en el art. 14.1 del Código Penal). Este aspecto es el que alega el autor del delito en una Sentencia²¹ en la que intenta recurrir otra condenatoria por este delito, y en el que dice que no sabía que tenía doce años y pensaba que tenía más ya que en el Tuenti ponía que era más mayor (esto se debe a que esta página tiene una edad mínima como tope para crearse un perfil) y en la foto del *Whatsapp* lo parecía. Al final acaba desestimándose porque se encuentran pruebas en conversaciones donde en varias ocasiones se comprueba cómo la víctima le dice que tiene doce años.

La segunda estaría sujeta al error en el que cae el sujeto activo al creer que el menor con quien contacta no ha cumplido aún los trece años, siendo que sí que los supera. Este error es el opuesto al anterior, y también plantea problemas, pero no por imprudencia, sino porque se daría una tentativa y, aun siendo punible, como no la admito por razones de política criminal, volvería a quedar impune.

Por todo ello concluyo que es un delito doloso que podríamos dividirlo en dos actos: el dolo directo que lleva al autor a cometer el delito del art. 183 bis mediante la realización de todas sus conductas típicas, las cuales tendrán su propio dolo; y el elemento subjetivo de lo injusto de querer realizarlas para perseguir un fin, que no es

²¹ Sentencia núm. 723/2013, de 4 de octubre, ante la Audiencia Provincial de Ourense, *cit.*

otro que la comisión de uno de los delitos tipificados en los artículos contenidos en la misma redacción. Es, a mi parecer, y como he dicho anteriormente, un tipo incongruente por exceso subjetivo²².

VI. TIPO CUALIFICADO

El artículo está redactado de la manera en la que parece que solo es un tipo, ya que si atendemos a su forma, solo nos fijamos que existe un párrafo, pero si prestamos más atención, encontramos que nos dice:

«Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño».

Este es catalogado como un tipo cualificado, ya que intenta cubrir acciones que pueden ser más perjudiciales (aun sin dañar un bien jurídico, solo ponerlo más en peligro) si son utilizadas al realizar las acciones típicas del delito. Pero también crea problemas, porque se ha previsto que este tipo cualificado puede conseguir que el tipo básico quede vaciado de contenido. En un principio, en la propuesta del Partido Popular²³, se incluía esta cualificación en el tipo básico del delito, cosa que al final, como podemos comprobar, no fue así.

Si volvemos a la redacción, se puede llegar a valorar que si para obtener ese acercamiento se necesitan de esas acciones, el tipo básico se llegaría a aplicar en muy pocos casos, puesto que internet y el mundo on-line proporcionan una facilidad inmensa para actuar mediante el anonimato que te puede ofrecer, por ejemplo, un perfil falso. De esta forma, el engaño puede estar implícito en las acciones del tipo básico en sí mismo, ya que en algún momento tendrá que ser utilizado para embaucar al menor.

La coacción es más plausible que no se dé de normal, pero ahí puede hablarse de un delito de coacción en sí, cosa que se tendrá que analizar en lo que se refiere a los concursos. Lo mismo ocurre con la intimidación, que encontramos un delito de amenazas (un anuncio de un mal).

²² MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edic., Reppertor, Barcelona, 2010, p. 226.

²³ Enmienda 351. Publicada en el BOCG, *cit.*

Considerando el delito y cómo puede ser utilizada la red para atrapar con facilidad a un menor mediante un engaño, simplemente otorgado por el anonimato internauta, me decanto por una interpretación restrictiva, entendiéndolo como aquel engaño utilizado para ocultar las verdaderas intenciones de acercamiento del sujeto activo en su camino para poder llegar a realizar una de las conductas de agresión sexual o de pornografía infantil, y no dándose este engaño en otras ocasiones, ya que si no, no podríamos aplicar casi nunca el inciso primero.

Es necesario añadir que en la nueva LO 1/2015, de 30 de marzo, donde este delito (como ya he señalado anteriormente) es descrito en el artículo 183 ter, no es modificado para nada este tipo cualificado, que, aun siendo criticado por la doctrina por ser innecesario en cuanto a que se podría incluir en el tipo básico, el legislador lo ha seguido manteniendo en la nueva redacción.

Para zanjar este apartado, no cabe decir otra cosa que si no existiera este tipo cualificado, y tampoco existiera en el tipo básico como se preveía en primer lugar, en cuanto al engaño no cambiaría mucho, porque ya con las conductas del tipo básico es usado, por lo que hay que entenderlo de una forma restrictiva. En cuanto al uso de coacción o intimidación, los actos serían castigados con una mayor pena si aplicáramos los artículos correspondientes a esos delitos.

VII. GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Al hablar de grados de ejecución del delito se va a hacer referencia a la posible tentativa y la consumación.

Este delito, si nos vamos a sus orígenes, era un acto preparatorio que fue elevado a delito por su peligrosidad (de ahí que sea un delito de peligro abstracto, ya que no se llega a dañar la indemnidad sexual), pero que no era punible, ya que la fase externa del iter que lleva a realizar esos medios para un determinado delito otorga la impunidad de los mismos si no está previsto su castigo en el Código Penal. De este modo, solo cabe una consumación total al darse todos los requisitos para que el sujeto activo sea penado, es decir, que realice todas las conductas descritas en el cuerpo legal.

Si no las realizara, estaríamos ante la duda de si es punible la tentativa, ya que sería castigar la tentativa de un acto preparatorio elevado a la categoría de delito, castigando así algo que incluso no se sabe si pondrá en peligro un bien jurídico, y

mucho más lejos dañarlo de alguna manera. Sería castigar el peligro de poner en peligro un bien jurídico. Por eso, si castigáramos una tentativa de este delito estaríamos castigando unos actos que, al no haberlos realizado en su totalidad, por separado no tienen punibilidad alguna, son totalmente inofensivos, y solo se podría hablar de consumación en el momento en el que se dan todos, ya que aunque el sujeto no consiga el fin propuesto, el delito ya se habría consumado al haber realizado las conductas que están redactadas.

Aun así, la tentativa, dogmáticamente hablando es perfectamente posible, ya que en el momento de cometer una de las acciones (contactar con un menor por medios telemáticos), ya se ha empezado la ejecución del delito, por lo que ya estamos en el campo de la tentativa. Pero desde mi punto de vista, tal y como he expuesto en el párrafo anterior, por política criminal y la falta de proporcionalidad que encontraríamos en esta tentativa, resulta mejor no castigarla.

Por todo lo anterior, concluyo que en este delito solo cabe la consumación, ya que si el bien jurídico protegido solo es la indemnidad sexual (y no hay ningún bien jurídico colectivo) con la tentativa se castigarían actos que no pondrían, ni de lejos, en peligro, al menor. Solo, en el caso de tentativa por error en el sujeto pasivo (caso en el que el sujeto activo piensa que el sujeto pasivo es menor de 13 años y, en realidad, es mayor de esa edad) podría dar lugar esa tentativa, pero en ese caso tampoco pone en peligro ni daña a nadie, y si apoyamos el no castigo de la tentativa, tampoco podríamos contemplarla aquí.

VIII. REGLAS CONCURSALES

Al tener tantos puntos de vista y poder abarcar este apartado por diferentes partes, hay que partir desde lo que establece el propio artículo. Este, después de la imposición de las penas, nos dice:

«Sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos».

El legislador, mediante esta cláusula concursal, ya expresa su intención de aplicar un concurso real contenido en el art. 75 del propio Código (en relación con el 76 para el límite de años por condena), problema tan grave como es la vulneración del principio *non bis in ídem*, ya que se atenta contra la indemnidad sexual en dos

ocasiones, al ser un tipo subjetivo excesivo, atentando primero con un peligro abstracto del bien jurídico indemnidad sexual, y luego con intenciones de realizar un daño real al mismo cometiendo los delitos fines que, si se llegan a cometer, ya estaríamos ante un daño real al mismo bien jurídico protegido²⁴.

Por esa razón, el concurso real no es muy aceptado por la doctrina, que prefiere sacar sus propias conclusiones respecto a los diferentes delitos que pueden ser cometidos en el marco del tipo del artículo analizado. Esto es así porque al estar ante un delito que tipifica unos actos preparatorios de otros delitos, se podría entender que puede entrar en algún principio de los contenidos en el artículo 8 del Código penal.

Si se analiza desde ese punto de vista, podría caber el principio de consunción²⁵, y no se podría castigar por este delito si el juez establece que el otro delito absorbe este, pudiendo decir todo lo contrario si no aprecia esta consunción. Indagando en la jurisprudencia, he encontrado varias sentencias²⁶ que nos muestran que la jurisprudencia está muy dividida.

En la que no se aplica el artículo 8 directamente entienden que prima la cláusula contenida en el propio artículo 183 bis, pero la que sí que aplica el principio de consunción lo hacen porque entienden que existe un desvalor que es absorbido por la consumación del posterior delito, y por ello al castigar por el delito cometido (el cual era el fin del sujeto activo) esos actos preparatorios deberían de ser impunes. La Audiencia lo entiende así para el caso concreto analizado, y no para los que puedan surgir con otras circunstancias, dejando aún abierto el debate de si se debe aplicar la consunción como medio para solucionar la controversia.

²⁴ Así opina NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 65, 2013, p. 205.

²⁵Recogido en el artículo 8.3º del Código Penal, que establece que el delito complejo absorbe al delito consumado por el mismo, absorbiéndose así la tentativa y los actos preparatorios. Así piensa NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *cit.*, p. 205; y encontramos opiniones contrarias, como la de DOLZ LAGO, M.J., *cit.*, p. 3.

²⁶No aplica el artículo 8.3º CP la Sentencia núm. 676/2013, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de julio. Aplica el artículo la Sentencia núm. 3018/2013, de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 3 de octubre.

Desde mi valoración, sí que atentaría al principio *non bis in ídem*, por lo que no se deberían aplicar los dos delitos en concurso real sino que si es de aplicación el principio de consunción habrá que aplicarlo, de otra forma entraríamos ante una vulneración de los derechos del sujeto activo al entrar a penarle dos veces por el mismo hecho. Aun así, es necesario analizar cada delito que puede ser consumado después de realizar el contenido del artículo 183 bis.

Empecemos con aquellos delitos que no se establecen como delito-fin pero que pueden aparecer en el tipo analizado, más concretamente en el cualificado. Son las amenazas y las coacciones. El legislador, al describir este tipo cualificado, consiguió que las amenazas (condicionales, del artículo 169.1º) estuvieran dentro del mismo, siendo imposible su penalización, aunque tuviese una pena superior al art. 183 bis, y, aun con un concurso medial, se acabarían aplicando también las amenazas por ser mayor su pena. Pero al estar contenida en el tipo cualificado, se da a entender que son un medio para que se pueda dar el tipo. Con este planteamiento, no son punibles (como las amenazas en un robo, que también se entienden implícitas). Al no ser tan clara esta idea como puede ser en otros delitos (el robo mismo), encontramos otros autores, como es GÓMEZ TOMILLO, que piensan que lo mejor sería aplicar el principio de alternatividad contenido en el artículo 8.4º CP²⁷, pudiendo elegir entre aplicar la amenaza o aplicar el *grooming*.

Llegados a este punto, cada delito incluido como fin en el artículo objeto de análisis conlleva sus propios problemas. Empezando por los delitos de los arts. 178 a 181, considero que es un error su inclusión (parece ser que el legislador se ha dado cuenta y en el art. 183 ter de la LO 1/2015 ya no son nombrados ni incluidos) ya que si nos fijamos en su redacción, están tipificando conductas que se realizan sobre un mayor de edad (conductas que están tipificadas de igual forma para los menores de 13 años en el art. 183 CP) y por ello no cabe hacer alusión a ellos, ya que cuando se dé el artículo 183 bis no cabrán los demás por la diferencia de edad, y no serán aplicables. Como curiosidad y por polémica, la única forma de pensar que pudieran ser incluidos es cuando el autor del delito quiere agredir sexualmente a una persona y prepara el camino por medio de las técnicas abarcadas por el tipo del delito del *grooming* cuando esta aún

²⁷GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010 p. 732.

tiene menos de 13 años. Así, realiza el contacto y la propuesta cuando tiene 12 años, y la propuesta dice que queden en dos meses, pero en ese momento ya tiene los 13. Esta teoría sería muy difícil de demostrar ya que está solamente justificada en el dolo del sujeto activo, y resultaría muy complicado apreciarla²⁸.

Por otro lado, la inclusión del art. 183 CP sí que tiene algo más de sentido ya que el artículo que se está analizando es el acto preparatorio del primero, que se realiza mediante unos actos concretos, pero el problema radica en el principio de proporcionalidad de la pena, donde vemos que el que era un acto preparatorio llega a tener más pena que la tentativa del artículo que se intenta incluir (que son, en el art. 183, 2 años y seis meses a 5 años si se bajara un grado, pero si se bajan dos llega a tener una pena de un año y tres meses a dos años y medio menos un día), e incluso, si se da el tipo cualificado del artículo 183 bis, esa falta de proporcionalidad sería aún más grande. Por todo ello, aunque no arregla el problema, se podría aplicar el principio de subsidiariedad o consunción, ya que el desvalor del delito del *grooming* es absorbido por el de la tentativa (o consumación). Si se aplicara el concurso real del artículo, habría una acumulación de penas y se penaría injustamente por el mismo acto. Por otro lado, también puede ser aplicado el principio de alternatividad para no caer en error y así saber que sí o sí estás castigando por una conducta que tiene dos salidas al mismo problema.

Para finalizar, hay que analizar la inclusión del artículo 189 CP en su totalidad, donde se describen diferentes formas de realización de delitos, por lo que hay que delimitar esa referencia. Una parte de la doctrina piensa que hay que aplicar esta inclusión restrictivamente ya que según el Convenio de Lanzarote (recordemos que fue firmado con posterioridad a la salida de este artículo) solo hace referencia al artículo 189 en su apartado primero letra a, por lo que algunos piensan que solo ha de hacerse una referencia cuando se tenga como fin «la captación o utilización de menores para fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para la elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte» (artículo 189.1.a) CP).

²⁸Así opinan DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», *cit.*, pp. 1-7, 3; y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., «El embaucamiento de menores...», *cit.*, p. 10.

La primera conducta es captar a alguien, es decir, conseguir atraer a un menor, y que esa captación sea efectiva, que sea real. Aquí la conducta del 183 bis no es igual, pero parecida, ya que en este tiene que ser por medio de las TIC y en el 189 da igual el medio utilizado, y además en este último ha de ser efectiva, y en el otro simplemente tiene que ser una propuesta de encuentro, sin la necesidad de que se materialice. Por ello, la relación entre los dos es como una escalera, si subes los primeros peldaños llegas al artículo 183 bis, pero si sigues subiendo los actos de proposición de encuentro se llegan a materializar en la captación del artículo 189 y si tienen como fin espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se daría en su totalidad el artículo 189.1.a) CP. Desde mi punto de vista, el artículo 183 bis quedaría absorbido porque la conducta del 189 ya lo abarca como acto preparatorio. Si se diera solo la tentativa, nos encontraríamos con el mismo problema que el artículo 183 CP. Claro está que si se aplica la cláusula concursal, el concurso real acabaría con el problema, pero se estaría penando injustamente y desproporcionalmente.

Concluyendo, este delito consigue, con la cláusula concursal que establece el concurso real, una gran falta de proporcionalidad y una vulneración del principio *non bis in idem*, ya que muchos de los delitos que son incluidos en el propio artículo como fines, contienen, de una forma u otra, el delito objeto de estudio, ya sea porque son actos preparatorios o porque son directamente delitos abarcados en otros artículos. Aun así, lo legalmente correcto es aplicar ese concurso real de delitos, aunque moral y justamente lo correcto sería aplicar el artículo 8 CP cuando hiciese falta.

IX. RESPUESTA PENAL

El delito recogido en el artículo 183 bis recoge una pena alternativa de uno a tres años de prisión, o de una multa de doce a veinticuatro meses en su modalidad básica. Si nos vamos a la modalidad cualificada, el delito estaría castigado en su mitad superior si se utilizaran como medio el engaño, la intimidación o la coacción, esto es, una pena de prisión de dos años y un día a tres años o una multa de dieciocho meses y un día a veinticuatro meses.

Si queremos ir aún más lejos, el artículo 192 CP establece también disposiciones comunes a los delitos recogidos en el título VIII, que es en donde está recogido el artículo 183 bis, por lo que se le puede aplicar los incrementos de la pena que son recogidos en el artículo. En concreto, en el apartado segundo del artículo 192, establece

que se podrá aplicar en su mitad superior (en el caso del tipo cualificado será la mitad superior de la mitad superior del tipo básico) cuando los autores o los cómplices sean «ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz».

Además, también llevará consigo una medida de libertad vigilada ya que el mismo artículo en su apartado primero la establece siempre que sea cometido un delito comprendido en este título, y que variará dependiendo de la gravedad del delito. Atendiendo a esto último, se puede entender que el delito recogido en el artículo que está siendo analizado no puede ser grave (no sobrepasa los cinco años), por lo que se le impondrá una medida de libertad vigilada de uno a cinco años de duración, que se tendrá que cumplir después de la pena de prisión. No obstante, si después de cometer este delito consigue también cometer un delito fin de los previstos, ya tendrá el carácter de grave (a no ser que el delito cometido sea el contenido en el art. 189.1 CP, que seguirá sin serlo), por lo que la medida tendrá una duración de cinco a diez años.

Esta libertad vigilada consistiría en lo recogido en el artículo 106 del Código Penal en su apartado primero, y, aun pudiéndose aplicar varias, podemos tomar como ejemplo las contenidas en las letras j y k²⁹, aunque si fuese un delincuente primario esta medida puede no interponerse, ya que el tribunal debe de atenerse a la menor o mayor peligrosidad del autor. El problema está en la proporcionalidad de la pena y de las medidas interpuestas, al ser un acto preparatorio elevado a delito.

Aparte de todas las descritas, encontramos también otras posibles penas, tales como la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de profesión de seis meses a seis años, además de la privación de la patria potestad, que estarían relacionadas con la interposición de la mitad superior de la pena por el artículo 192.2 CP, recogida esta inhabilitación en el mismo artículo en su apartado tercero.

Por último, habría que acudir a los artículos 56 y 57 del CP para ver si pueden ser interpuestas algunas de las penas accesorias recogidas en ellos. El primero de los

²⁹Artículo 106.1: «La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas: [...] j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares; k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico».

artículos se aplicaría ya que es un delito que está penado con una pena inferior a diez años de prisión, y cabría solo la recogida en su apartado 1 2º, es decir, pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, ya que las otras dos recogidas son las contempladas en el artículo 192.3 nombradas en el párrafo anterior.

El segundo de los artículos, el 57, se aplicaría en la mayoría de los casos (es potestativo) ya que establece como requisito que se haya cometido un delito contra unos determinados bienes jurídicos, en los que está recogida la indemnidad sexual (art. 57.1 CP). Este artículo establece la aplicación de prohibiciones contempladas en el artículo 48 del propio código y hace distinción de si el delito cometido es grave o menos grave. Aquí encontraríamos la misma distinción que para la medida de libertad vigilada, con las mismas duraciones dependiendo de la gravedad de los delitos. Del artículo 48 se podrían aplicar las tres penas recogidas³⁰.

X. ALUSIÓN AL ART. 183 TER

Como la aprobación de la última reforma del Código Penal ha tenido lugar mientras trabajaba el texto todavía vigente, era obligado que hiciera una pequeña referencia a cómo va a quedar el artículo 183 bis en la nueva redacción del código. Este pasará a ser el artículo 183 ter, dejando de ser bis, donde se pueden apreciar bastantes diferencias entre ellos (muchas de ellas exigidas por la mala redacción del art. 183 bis, como se ha podido comprobar en el análisis del mismo), y al no poder realizar un análisis exhaustivo de este nuevo artículo, voy a resaltar los cambios más relevantes.

La redacción del artículo cambia, quitando referencias a algunos de los delitos que no tenían cabida por ser para mayores de edad y añadiendo un nuevo apartado al artículo:

«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

³⁰Artículo 48: «1. La privación del derecho a residir en determinados lugares [...]; 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal [...]; 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal [...].»

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 dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años».

Para no mezclarlo todo, seguiremos la propia redacción para encontrar las principales diferencias, qué más podría haber añadido o cambiado, y si de verdad resulta necesario este delito.

Empezando por el apartado primero del artículo, encontramos que las conductas del tipo básico son exactamente iguales que en el artículo 183 bis (además de que el bien jurídico protegido tampoco cambia). La primera diferencia, y es notoria, es que la víctima será todo menor de 16 años, elevándose así la edad, cosa que había sido pedido por la doctrina ya que la mayoría de los que podían ser víctimas potenciales de estos delitos eran menores de entre 14 y 16, y no tanto los menores de 13 años. Algo que ya había señalado en el momento de analizar los sujetos de los delitos, es algo que era necesario, ya sea porque así se abarcan más situaciones en las que se puede cometer el delito y porque era lo más lógico, además de que así lo habían previsto la mayoría de los estados, como señalé en su momento.

Lo que no han modificado es la coletilla con la que empieza la redacción, «El que...», que hace referencia al sujeto activo del delito. En este caso tampoco se ha puesto el adulto, aunque la cercanía de edad que puede haber entre menores puede excluir la responsabilidad penal, pero no en los casos en los que la víctima sea un menor de corta edad. Ha hecho bien en mantener abierta la posibilidad de que sea también un

menor el posible sujeto activo, ya que eso nos deja opción a castigar a menores de edad que realicen el tipo delictivo.

Además, como bien señalaba VILLACAMPA ESTIARTE³¹, el artículo 184 quáter del Capítulo II que se pretendía incluir también contenía una cláusula que denominaba Romeo y Julieta³² que permitiría excluir la responsabilidad penal de aquellos adultos que recientemente han adquirido la mayoría de edad como de aquellos que les queda poco para conseguirla y no están dentro del ámbito de víctima del delito (es decir, menores de dieciséis años). Al estar ahora ya aprobada la nueva Ley Orgánica, este artículo ha quedado relevado por el art. 183 quáter³³ que establece exactamente lo mismo.

La siguiente y última diferencia del apartado primero en relación con el artículo 183 bis es que se ha suprimido la inclusión, como delitos fin, de los artículos 178 a 182 (inclusive) del Código Penal. Esta modificación, bajo mi punto de vista, es muy acertada ya que no cabía la aplicación de estos artículos porque una de las características de los mismos era que la víctima fuera mayor de la edad que contenía el art. 183 bis, y, como ya señalé en los concursos, no cabía por ser un delito para menores de 13 años (ahora para menores de 16). Había sido este uno de los aspectos de la redacción más criticados por la doctrina y, según parece, el legislador ha obrado correctamente suprimiéndolos.

Pero aunque la supresión de estos artículos es adecuada, al legislador se le ha escapado la inclusión del nuevo artículo 183 bis. Al estar el ciberacoso en el art. 183 ter primero, el artículo 183 bis se ha modificado, no teniendo nada que ver con el que estaba en la LO 5/2010. En consecuencia, hubiese sido conveniente incluirlo en la nueva redacción como delito fin.

³¹ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», en *Estudios Penales y Criminológicos*, col. XXXIV, 2014, p. 699.

³²Esta es citada por VILLACAMPA ESTIARTE, C., quien la extrae de BARRY, J.L., «The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile “Sexting”», en *Vanderbilt J. Of Ent. And Tech. Law*, 13, 2010-2011. Esta cláusula establece que no se puede penar a aquellas relaciones sexuales consentidas entre dos adolescentes o un adulto reciente y un adolescente.

³³ Artículo único en su apartado cien. 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, *cit.*

El apartado segundo del artículo es totalmente nuevo, y por lo que proyecta su redacción, es un acto preparatorio del artículo 189 CP. Nos encontraríamos con los mismos errores de sujeto activo por la coetilla «El que...», y las conductas se asemejan mucho a las de su apartado anterior, ya que se utilizan los términos contactar y embaucar, dirigiéndose pues a una fase anterior a la ejecutiva de lesión del bien jurídico, por lo que se contaría con un desvalor menor que el recogido en el primer apartado, puesto que solo es necesario que se contacte y se embauque, y eso se puede hacer incluso sin haber tenido contacto físico, y sin necesitar que se consigan, al final, esas imágenes pornográficas.

De esa forma, si se llegaran a conseguir, se daría el artículo 189 CP y no éste, ya que se aplicaría la consunción porque en el apartado no se ha establecido la cláusula concursal que sí establece el primer apartado (aquella que establece el concurso real, siendo, desde mi opinión, incorrecta su inclusión, por la falta de proporcionalidad).

Por todo lo anterior, lejos de perfeccionar el artículo 183 bis para dejarlo como 183 ter, lo han mejorado en unas pocas partes, dejando otras con los mismos errores que ya tenía, aunque hayan sido duramente criticados por la doctrina. Esto es así por la simple cuestión de que en nuestro Código Penal necesitamos transponer un delito que viene “desde arriba”, desde la Unión Europea, pero en muchas ocasiones no se tendría que dar, ya que quedará absorbido por otros delitos que se hayan consumado.

Citando a RODRÍGUEZ VÁZQUEZ³⁴, solo cabe decir que la incorporación de estos delitos responde a un uso simbólico del Derecho Penal, porque nuestro derecho ya preveía estos delitos, y aquellos actos preparatorios elevados a delito ya estaban regulados por el mismo, siendo impunes por el poco desvalor de la acción.

XI. CONCLUSIÓN

Aunque he ido dando mi punto de vista en los diferentes problemas que han ido surgiendo a lo largo del trabajo, me parece correcto terminar este análisis dando una valoración más o menos global del artículo 183 bis CP.

³⁴RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., «El embaucamiento de menores...», *cit.*, p. 21.

Como ya he comentado, este artículo proviene de una Directiva Marco de la Unión Europea que era necesario insertar en nuestro derecho ya que el delito del ciberacoso a menores no estaba protegido antes de que entrara en vigor el Código Penal de 2010, era un simple acto preparatorio.

El legislador lo introdujo de tal forma que dejó muchas lagunas en su redacción, tantas que han suscitado muchos problemas en cuanto a la delimitación de su aplicación, ya sea por separado o junto a otros delitos fin que se preveían. El bien jurídico era el correcto, ya que un menor de 13 años no tiene libertad sexual, y por ello estaba bien delimitado, pero no era dañado en la acción delictiva, sino solo puesto en peligro, dándose así una rotura de proporcionalidad que aunque tiene buenos argumentos y buenas intenciones (proteger al menor en un espacio que es incontrolable, como el de las TIC), no tenía cabida en nuestro ordenamiento por ser un acto preparatorio.

Por ello, la doctrina se empezó a dividir para discernir una solución ante este problema, que no era el único. La redacción se dejaba parte de los menores sin proteger, lo que podía haberse subsanado desde un principio aunque ahora se haya rectificado, ya que en los 5 años que han transcurrido no se ha podido aplicar este delito por el margen de edad que tenía para su aplicación. Además, se daba a entender que hasta un menor podía ser castigado si realizaba esa conducta, siendo que el delito estaba previsto, en la mente del legislador, para castigar a los adultos, pero en el artículo no se incluyó, ayudando al castigo de acciones que eran cometidas por menores que de otra forma habrían salido impunes.

Si nos paramos en la cláusula concursal, vemos que choca con dos principios del Derecho Penal: el de proporcionalidad y el *non bis in ídem*. Con el de proporcionalidad porque si aplicamos un concurso real entre delitos que en sí uno es el acto preparatorio del siguiente, conseguimos que el sujeto activo sea penado por una acción desmesuradamente, y por eso se ha intentado encajar el delito en la consunción o en la alternatividad. Con el principio *non bis in ídem* porque se estaría penando por la misma conducta dos veces, ya que al intentar sobre el bien jurídico en la misma acción, ya que el sujeto activo quiere llegar a realizar el delito fin que está descrito, no quiere realizar el delito del artículo 183 bis en sí, aunque quiera realizar las conductas que en él se materializan.

Por todo lo anterior, pienso que el planteamiento inicial era válido, ya que así se conseguía un marco de protección más amplio de lo que se tenía antes de insertar este delito, pero el desarrollo no fue tan bueno, tanto que suscitó dudas que aun después de la nueva reforma, muchas de ellas no han sido solucionadas, como la no inclusión de delitos que podrían ser fines del sujeto activo (delitos de exhibicionismo y provocación sexual, prostitución, y el nuevo art. 183 bis), o la desaparición del engaño del tipo cualificado, que habría sido más fácil no incluirlo, ya que dejará vacío el tipo básico en la mayoría de los casos.

Para concluir, creo que el delito habría que haberse redactado de la siguiente forma: «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, 183 bis y 185 a 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. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación».

XII. BIBLIOGRAFÍA

CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en *Comentario a la reforma Penal de 2010*, Álvarez García (dir.) et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225 a 247.

DÍAZ CORTÉS, L. M., «El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del código penal: una aproximación a su estudio», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2138, 2012.

DOLZ LAGO, M. J., «Los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, nº. 7534, 2010.

GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales», en *Derecho Penal español: parte especial*, Álvarez García (dir.), t. I, 2ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 624 y 625.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, 2010.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC», en *Estudios Penales y Criminológicos*, col. XXXI, 2011.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal: Parte General*, 8ª edic., Reppertor, Barcelona, 2010, p. 226.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Especial*, 19ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 229 a 231.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 65, 2013, pp. 179 a 224.

ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II)», en *Derecho penal: parte especial*, Vives Antón (et al.), 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 269 a 271.

PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)», en *La Ley*, 2012-3.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español: parte especial*, 6ª edic., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 240 y 241.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., «El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., «La regla concursal expresa en el delito de asechanza telemática», en *Estudios Penales y Criminológicos*, col. XXXII, 2012, pp. 387 a 411.

TAMARIT SUMALLA, J. M., «Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)» en: *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, QUINTERO OLIVARES (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 165-172.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Propuesta sexual telemática a menores u *online child grooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», en *Estudios Penales y Criminológicos*, col. XXXIV, 2014, pp. 639 a 712.