

EL NUEVO DELITO DE *GROOMING* DEL ARTÍCULO 183 BIS DEL CÓDIGO PENAL

CUENCA PADILLA, ADRIÁN
TRABAJO DE FINAL DE GRADO
GRADO EN DERECHO, CUARTO CURSO
TUTORA: DRA. MARÍA JESÚS GUARDIOLA LAGO
16/05/2014

Índice

Resumen/abstract.....	1
1.-Introducción.....	2
2.-Datos sobre la utilización de las TIC en menores de edad y adultos.....	3
3.-Las TIC y el Derecho penal: grooming y otras formas de abuso.....	6
3.1.-El ciberbullying.....	7
3.2.-El happy slapping.....	9
3.3.-El sexting.....	9
3.4.-Pornografía infantil.....	10
3.5.-El grooming.....	11
4.-El delito de grooming (art. 183 bis del Código Penal).....	16
4.1.-Origen del precepto y ratio legis del artículo 183 bis del Código Penal español.....	18
4.2.-El bien jurídico protegido en los delitos sexuales. En concreto, el bien jurídico protegido por el delito de grooming.....	25
4.3.-Requisitos típicos del delito de grooming.....	36
5.-Conclusiones.....	41
6.-Bibliografía.....	43
Anexos.....	46

RESUMEN

Las llamadas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han supuesto una verdadera revolución. Las TIC permiten un posible uso inadecuado, lo que ha llevado al legislador penal a incluir nuevos tipos que hagan frente a estos usos. Entre estos posibles usos indebidos encontramos el llamado “*grooming*” o ciberacoso sexual infantil, cuyo análisis es el objeto central de este trabajo. El legislador penal ha previsto el *grooming* como figura delictiva en el artículo 183 bis del Código Penal, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, integrado en la órbita de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Así pues, el presente trabajo pretende analizar el *grooming* como fenómeno, es decir, como realidad que ha impulsado a actuar al legislador, las razones que le llevan a hacerlo y, entrando en la configuración del delito, el bien jurídico que se pretende proteger. Por último, se analiza la (compleja) estructura típica del delito, integrado por diversas conductas que es necesario realizar para entender consumado el delito.

ABSTRACT

The so called information and communication technologies -ICT's- have changed our understanding of the world. ICT's can be misused, so the Legislator has reacted by including new criminal offences to prevent said misuses. One of these misuses is the known as grooming, the study of which is the main purpose of the following article. Article 183 bis of the Criminal Code provides the criminal offence of grooming, according to Organic Law 5/2010, among offences against sexual freedom and sexual integrity. Therefore, the aim of the present article is to analyse grooming as a phenomenon, meaning the reality that made Legislator's performance necessary, the reasons Legislator stated so as to include this new offence and, specifically studying the criminal act, the legal interest protected by the article. Finally, the -complex- structure of the offence, which includes several acts that shall be carried out in order to complete the offence, is analysed.

1.-Introducción

En las últimas décadas, el panorama social se ha visto fuertemente afectado por la irrupción de una nueva forma de comunicación: las nuevas tecnologías, conocidas como “tecnologías de la información y la comunicación”. Estas nuevas tecnologías han permitido una comunicación sencilla con personas de nuestro entorno e, incluso, con personas que se encuentran a miles de kilómetros, conocidas o desconocidas.

Estas nuevas formas de comunicación tienen, a causa de sus características, un potencial uso no tan positivo, como es el uso para obtener contacto con menores de edad, en general, y con menores de trece años, en particular, para lograr eventualmente un encuentro sexual. Este uso ha recibido diversas denominaciones entre las que se encuentra el término “grooming”, que es el término utilizado en este trabajo. El *grooming* se tipificó en nuestro Código Penal como delito a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el artículo 183 bis del Código Penal.

Por tanto, el presente trabajo tiene por objetivo el estudio del delito *grooming* introducido en nuestro ordenamiento en el 2010. Para ello, el primer paso necesario es un estudio de la relevancia de las nuevas tecnologías. En concreto, y a través de datos empíricos, se estudiará en qué medida menores y adultos hacen uso de ella. Posteriormente, se explicará el *grooming* como fenómeno. En otras palabras, como conducta social presente en la sociedad, comparándolo con otros posibles usos inadecuados de las nuevas tecnologías.

Este fenómeno debe ser, precisamente, el que pretende evitarse mediante la inclusión en el Código Penal español del nuevo delito de *grooming*. Así pues, se analizará también el razonamiento que el legislador ha llevado a cabo para incluir un nuevo tipo penal, como es el del artículo 183 bis del Código Penal, esto es, las razones que el legislador adujo para fundamentar la creación de un nuevo delito.

Posteriormente, se analizará el interés social que el delito pretende proteger. En otras palabras, el bien jurídico que se ha pretendido proteger con la creación del nuevo tipo penal, con especial atención a la relevancia de la posible lesión al mismo que se puede producir en el caso de la comisión del delito.

Por último, se estudiará la concreta configuración típica del artículo 183 bis del Código Penal, *id est*, la conducta que el Código Penal exige para considerar consumado el delito.

Para analizar tanto el bien jurídico protegido como, especialmente, la estructura del tipo del delito de *grooming* se ha tenido en cuenta no sólo el planteamiento teórico de la doctrina, sino también el planteamiento práctico que aporta la jurisprudencia. En este sentido, es necesario llamar la atención en cuanto a la escasísima relevancia que ha tenido el delito de *grooming* entre los delitos sexuales, hecho que se demuestra de forma clara en un punto: algunas bases de datos jurídicas no incluyen aún la entrada del artículo 183 bis de Código Penal y, las que sí lo hacen, no llevan de momento a ningún resultado. En cualquier caso, sí es posible hallar algunas sentencias en las que se plantea la acusación del delito de *grooming*, aunque en un número muy reducido (cuatro sentencias, dos de ellas condenatorias -una de las cuales se limita a aceptar la conformidad del acusado-).

2.-Datos sobre la utilización de las TIC en menores de edad y adultos

Las nuevas tecnologías, internet especialmente, pero no exclusivamente, han supuesto un verdadero cambio social. Como es evidente, las nuevas tecnologías (las llamadas tecnologías de la información y la comunicación o TIC -ICT, por sus siglas en inglés-) han supuesto un gran avance en la comunicación de nuestros días. En efecto, permiten el contacto con todas las personas de nuestro entorno y con personas que están muy lejos de este entorno, y ello sean o no personas conocidas. Las TIC suponen también una fuente amplísima e inagotable de información, y a todos los niveles -desde lo más local, hasta información de interés mundial-. No obstante, a causa de lo poderosa que es esta herramienta, las TIC tienen un posible uso no tan deseable. De estos posibles usos inadecuados, los menores pueden resultar las personas más vulnerables. Sobre este punto volveremos más adelante.

Por ahora, lo primero que cabe plantearse es el alcance que tienen las TIC entre los menores. Concretar este alcance es determinante para concebir si verdaderamente pueden suponer un riesgo para los menores que es necesario prevenir o no. De acuerdo con el Instituto nacional de Estadística (INE, en lo sucesivo), en 2013 prácticamente la totalidad de menores españoles de entre 10 y 15 años tenían acceso a un ordenador¹. En concreto, el 95'2% del total de esta franja de menores habían

¹ Datos de 2013. Consultados en la página web del INE: <http://www.ine.es>.

hecho uso de un ordenador en los tres meses anteriores a ser encuestados, y siendo algo más habitual entre mujeres que entre hombres (96'2% de mujeres frente al 94'1% de hombres) y más habitual en función del aumento de edad (salvo una pequeña disminución porcentual entre los 14 y los 15 años)².

Estos porcentajes disminuyen si la variable que se analiza es el acceso a internet. En concreto, según el INE, el 91'8% de menores de entre 10 y 15 años tenían acceso a internet en 2013. De nuevo, el porcentaje es más alto entre mujeres que entre hombres y aumenta según aumenta la edad -entre el 86'6% en los menores de 10 años y el 95'6% en los menores de 14 años-. Nuevamente, se produce un pequeño decrecimiento entre los 14 y los 15 años³.

En resumen, nos encontramos ante unos datos que concluyen que prácticamente la totalidad de los menores de entre 13 y 15 años son usuarios de ordenador y que el porcentaje de usuarios de internet, aunque ligeramente menor al de usuarios de ordenador, es también altísimo, en niveles siempre por encima del 80%.

En lo tocante a la disposición de teléfono móvil, hay un notable descenso de los usuarios de entre 10 y 15 años respecto del uso de las tecnologías informáticas -ordenador e internet-. El porcentaje concreto de menores que, en estas edades, disponen de teléfono móvil es del 63%⁴. Las tóricas más arriba reflejadas se repiten (el número de menores que disponen de teléfono móvil es mayor entre el género femenino, y aumenta el porcentaje según la edad). En este caso, el aumento se mantiene entre los 14 y los 15 años (no hay un descenso como sucede con los ordenadores e internet) y es remarcable el hecho que, según avanza la edad de los menores, la diferencia entre el porcentaje de menores que tiene acceso a internet y el de menores que dispone de teléfono móvil se reduce mucho (desde unos 60 puntos porcentuales en los menores de 10 años hasta los menos de 4 puntos en menores de 15 años). En otras palabras, entre los menores de menos edad lo más habitual es tener acceso a internet, pero no disponer de un teléfono móvil, conforme se aumenta la edad, el porcentaje de menores que disponen de teléfono móvil se acerca cada vez más al de menores que tienen acceso a internet.

2 Vid. Anexo 1.

3 Vid. Anexo 2.

4 Vid. Anexo 3.

Por lo tanto, parece ser que si, en realidad, las TIC son un instrumento que permite la comisión de delitos, los menores tienen la posibilidad de ser las víctimas, pues se aprecia un uso altísimo tanto de internet como del teléfono móvil, pues si bien el porcentaje es mucho más bajo, no deja de representar más de la mitad de los menores de entre 10 y 15 años.

Teniendo presente el número de menores que hacen uso de internet, el siguiente punto a cuestionarse es si el uso de internet es igual de amplio entre personas de más edad o si, por el contrario, el uso disminuye con la edad. Como hemos apuntado, en lo relativo al ordenador e internet se aprecia una pequeña bajada en el porcentaje a partir de los 14 años. Esta bajada se mantiene después. En este punto, la única excepción es la franja entre 16 y 24 años de usuarios de internet, en los que se produce un aumento respecto al porcentaje de internautas entre los menores de 15 años, en las franjas de edad posteriores, se mantiene la tónica del uso de ordenador, es decir, cuanto mayor es la edad, menor el porcentaje de usuarios de internet⁵.

En cuanto al uso de teléfonos móviles, el 94'2% de las personas de entre 16 y 74 años encuestadas afirmaban haber utilizado uno en los tres meses anteriores a la encuesta, un porcentaje muy similar al que recogía el INE para 2012.

En definitiva, parece ser que internet tiene la capacidad de ser un punto de encuentro entre mayores y menores, viendo que el rango de edades abarcado es de entre 10 y 74 años. En este sentido, hay que tener en cuenta que aunque el porcentaje disminuye mucho en el segundo tramo estudiado, no puede obviarse que es de una amplitud considerable, cosa que evita hacer un análisis exhaustivo de todos los datos, pero hay que tener en cuenta que el descenso verdaderamente significativo se produce a partir de los 55 años (tanto en el uso de ordenadores como de internet). Por lo tanto, el porcentaje disminuye mucho si se tiene en cuenta este tramo de edad, pero lo cierto es que hasta esa edad el uso de ordenadores e internet es mayoritario con creces.

En otras palabras, las TIC son tecnologías de uso masivo, prácticamente total, entre menores. En función del aumento de edad también son muy habituales, aunque algo menos que entre los menores. Por lo tanto, siempre existe la posibilidad de que un menor y un adulto se encuentren por internet.

⁵ Vid. Anexo 2.

3.-Las TIC y el Derecho penal: *grooming* y otras formas de abuso

Como se decía anteriormente, las TIC suponen la posibilidad de comunicarse e informarse prácticamente sin límites, pero no se trata de tecnologías inocuas. Es bastante evidente que la cantidad de información disponible en internet hace bien posible el ataque a derechos fundamentales. En este sentido, algunos autores estudian la utilización de las nuevas tecnologías incluyéndolas en la teoría político-criminal de la “*sociedad del riesgo*”⁶, término que hace referencia a la posibilidad que ofrece internet para comunicar a las personas, a la vez que permite la publicación de un gran número de datos personales que no necesariamente van a ser utilizados por terceros de una forma adecuada.

Este fenómeno se hace especialmente patente en las redes sociales, en el que las personas publican constantemente datos muy sensibles, sin dar la importancia que se daría en otros ámbitos. Así, aunque la mayoría de las personas pueden mostrarse muy preocupadas por su intimidad en la vida real (o, podríamos decir, el mundo *físico*, por contraposición al *mundo virtual*), lo cierto es que esta preocupación parece diluirse mucho en el contexto de las redes sociales.

Este aspecto es especialmente preocupante en cuanto a los menores, pues han nacido y crecido en un mundo en el que siempre han existido las TIC, por lo que se les conoce como “*nativos digitales*”⁷. Aun así, no dejan de ser menores y, en consecuencia, personalidades todavía por formar que no tienen todavía conciencia de la relevancia que adquiere el hecho de hacer públicos datos de carácter muy personal.

Es más, en el caso de estos *nativos digitales* sucede que se da más importancia a la vida virtual que a la vida física. La importancia social se adquiere por el número de amigos en las redes y no en la realidad. De tal forma que se crean nuevas comunidades sociales, pues las redes permiten estar en contacto no sólo con el entorno de las amistades, sino también con la familia o, incluso en el ámbito laboral. Más aún, permiten establecer relaciones con amigos de amigos, amigos de éstos y sucesivamente y, todavía más, permiten establecer contactos con personas totalmente desconocidas, por lo que se posibilita que personas que no se conocen en el mundo físico tengan acceso a datos

⁶ GIL ANTÓN, Ana María; El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Número 10, 2012. P. 214. En cuanto a los rasgos de la llamada *sociedad del riesgo*, vid. MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA, 2001.

⁷ GIL ANTÓN, Ana María; *Ibid.* p. 211.

privados o personales entre sí.

Hasta este momento, los derechos cuyo riesgo puede apreciarse con mayor facilidad son la intimidad y la propia imagen (en este sentido, no puede olvidarse la posibilidad de subir fotografías y vídeos en los que aparecen personas que no necesariamente han consentido la publicación de la imagen o que se mencione su nombre), por lo que es esencial que en las redes sociales se dé cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En todo caso, en los últimos tiempos han aparecido un conjunto de anglicismos que hacen referencia a diferentes fenómenos de abuso en los que están implicados menores y a los que es necesario hacer referencia, se trata en concreto del *ciberbullying*, el *happy slapping*, el *sexting* y el *grooming*. En concreto, y puesto que el objeto central de este trabajo es el *grooming*, será éste el que se analice con más profundidad, empezando, eso sí, por definir el resto para establecer una diferenciación entre ellos.

La primera diferenciación que, a mi juicio, es clave, separaría el *ciberbullying* y el *happy slapping* del *sexting* y el *grooming*, pues ninguno de los dos primeros incluye un elemento de carácter sexual, mientras que sí lo hacen los dos últimos. Con ellos dos va unido, precisamente por su carácter sexual, otro tipo de abuso que puede cometerse contra menores y en el que pueden intervenir las TIC: la pornografía infantil.

3.1.-El *ciberbullying*

El Innocenti Research Centre, un órgano creado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante, UNICEF) definió el *ciberbullying* como “*a child being the target of behaviour that is harmful or intended to cause harm, occurs repeatedly, and involves an imbalance of power that prevents the victim from challenging or ending the behaviour*”⁸. En el ámbito nacional, el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) define el *ciberbullying* como “*el uso y difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, la mensajería de texto a través de teléfonos o dispositivos móviles o la publicación de*

⁸ “*Un menor que es el objetivo de un comportamiento hiriente o que intenta dañarle, que es recurrente y que implica un desequilibrio de poder que evita que la víctima pueda oponerse o acabar con el comportamiento*”. Innocenti Research Centre; Child safety online. Global challenges and strategies, December, 2011. P. 3.

vídeos y fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos”⁹.

En todo caso, usemos la definición que utilicemos, se aprecia que se trata de un comportamiento esencialmente dañino (“*harmful*” en un caso, “*lesiva o difamatoria*” en otro), y usando un medio tecnológico para ello (no lo incluye explícitamente la definición de UNICEF, pero es evidente desde que se utiliza el prefijo “ciber”).

En todo caso, hay que tener en cuenta que el *ciberbullying* es un acto reiterado en el tiempo, es decir, un único ataque a través de una TIC no se considerará, *per se*, como *ciberbullying*. En este sentido, BARTRINA ANDRÉS¹⁰ destaca que el criterio de la reiteración queda, en la realidad, muy diluido, pues por la propia naturaleza de los medios que se da puede entenderse reiterativo (así, cada vez que se relea un *e-mail* se repetirá la agresión).

En cualquier caso, no puede olvidarse que, como ya se ha dicho más arriba, el *ciberbullying* no implica un componente sexual. Si se le añade este componente, nos encontraríamos ante otro tipo de abuso.

Otro aspecto característico del *ciberbullying* es que se produce entre iguales, en el sentido que se da en todo caso entre menores de edades similares y que se conocen en realidad, pero entre ellos existe una situación de desequilibrio, pues la víctima se ve en una imposibilidad de actuar, bien por el temor a las represalias, bien porque no es capaz de identificar al agresor. En este contexto hay que recordar que las TIC favorecen el anonimato, por lo que el autor de *ciberbullying* puede tener sensación de impunidad, ya que la víctima difícilmente llega a denunciarlo. Así, el *bully* (el agresor) puede atreverse a realizar comportamientos que no sería capaz en persona. Se trata de ataques, por lo demás, que pueden producirse en la proporción conocida como “24/7”¹¹, esto es, pueden darse cualquier día en cualquier momento del día.

9 Observatorio de la seguridad de la información. Área Jurídica de la Seguridad y las TIC; *Guía Legal sobre Ciberbullying y Grooming*. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). P. 8.

10 BARTRINA ANDRÉS, María José; Anàlisi i abordatge de l'assetjament entre iguals mitjançant l'ús de les noves tecnologies. Justícia juvenil i adolescents en l'era digital. *Ajuts a la investigació* (2011). P. 44.

11 BARTRINA ANDRÉS, María José; *Ibid.* p. 44.

3.2.-El *happy slapping*

Su nombre puede traducirse, en traducción libre, como “cachete feliz”. Se trata de un fenómeno bastante nuevo e implica una agresión rápida, de forma que el agresor se acerca a la víctima y la agrede sin motivo alguno. Todo este proceso se graba y se publica en internet para darle difusión. Se trataría del uso violento de la tecnología con fines lúdicos.

En este caso, es característico, además del elemento violento, la falta de un componente sexual y la agresión por parte de un grupo -no necesariamente, pero es lo más habitual- contra una única víctima y realizada en un entorno urbano.

En definitiva, esta conducta consiste en una agresión única (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el *ciberbullying*), y que sucede entre desconocidos. Consiste en golpear al desconocido y huir (como agresión rápida que es). Se trata, por tanto, de un ataque sorpresivo, todo ello grabado y colgado posteriormente en internet con finalidad lúdica -es decir, se trata de una agresión por diversión¹²-.

3.3.-El *sexting*

El *Sexting* es un abuso mediante TIC que incluye un elemento sexual, cosa que se hace ya evidente en el nombre que proviene de una unión entre *sex* (sexo) y *texting* (comunicación mediante mensajes de texto o SMS).

Se trata de una conducta definida por BARTRINA ANDRÉS como “*difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el mismo remitente utilizando su móvil u otro dispositivo tecnológico*”¹³.

Implica por lo tanto una conducta que deriva de un primer comportamiento inicial de la persona que posteriormente se convierte en víctima. La fotografía es tomada o el vídeo es registrado por la propia víctima, que es quien hace una primera difusión, que posteriormente acaba por desbordarse. En todo caso, el elemento sexual se encuentra en el contenido de la imagen o vídeo, que muestra a

12 Un ejemplo de *happy slapping* (en el que la persona agredida se defiende): <http://www.youtube.com/watch?v=tUNhNj9Ehf8>.

13 BARTRINA ANDRÉS, María José; *Ibid.* p. 50. Traducción del original en catalán.

la víctima en posiciones insinuantes o claramente sexuales.

Puede darse entre adultos o entre menores, y siempre implica una gran confianza en la privacidad y un desconocimiento de los riesgos asociados a una primera difusión. Una conducta que se inicie como *sexting* puede llegar a implicar otro abuso (esencialmente *grooming* o *ciberbullying*).

3.4.-Pornografía infantil

La pornografía infantil se ha definido como “*toda aquella representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas; esto es, en donde aparezca contacto sexual (incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal entre menores o un adulto y un menor), brutalidad, masturbación, desarrollo de conductas sádicas o masoquistas o exhibición lasciva de los genitales o el área pública de un infante*”¹⁴. Se trata éste de un concepto de corte criminológico, cuyo reflejo jurídico se encuentra en el artículo 189 del Código Penal.

En definitiva, la pornografía infantil podría definirse como aquel material de contenido sexual (es decir, pornográfico) en el que aparezcan menores.

En lo tocante a la relevancia que las nuevas tecnologías han tenido en la pornografía infantil, si bien es cierto que no puede aseverarse que antes de internet no existiese tal, no es menos cierto que internet es una herramienta de lo más propicia para favorecerlo. En concreto, internet genera una triple perspectiva colectiva/individual/tecnológica.

Una perspectiva colectiva desde el momento en que internet proporciona un ambiente en el que los consumidores de este tipo de material han creado sus propias comunidades. Individual puesto que el genuino uso de internet es el personal. Mediante internet, la persona puede comunicarse con otros consumidores de pornografía infantil, enviar y recibir archivos. Aporta también una perspectiva tecnológica una gran facilidad para encontrar y descargar este tipo de material, hasta el punto que empiezan a surgir auténticos “*obsessive collectors*”¹⁵.

14 MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Madrid: Dykinson, 2006. P. 240.

15 “*Coleccionistas obsesivos*”. KRONE, Tony; A Tipology of Online Child Pornography Offending. *Trends & Issues in crime and criminal justice*. July 2004, number 279. P. 3.

En otras palabras, internet ha creado el ambiente perfecto para obtener e intercambiar pornografía infantil. Se trata de un medio que, por lo demás, asegura el anonimato, pues lo máximo que permite es la identificación del equipo desde el que se realiza una conexión (mediante el número identificador o IP).

Desde otro punto de vista, no puede dejarse de lado el acceso a internet por parte de menores al que más arriba se ha hecho referencia. En este caso, el Innocenti Research Centre de UNICEF ha destacado la facilidad que ofrece internet para obtener material pornográfico¹⁶. Siendo así, existe una gran probabilidad que el menor, haciendo uso de internet, acceda a materiales pornográficos, incluso a materiales muy extremos. De hecho, el texto destaca el aumento de la adicción a la pornografía entre jóvenes. Efectivamente, el desarrollo sexual de los menores no puede ser positivo ni correcto si se basa en modelos tan distorsionados como los que ofrece la pornografía.

Así pues, uno de los problemas que pueden tener los menores respecto de las nuevas tecnologías es la pornografía. Se trata de un doble problema: lo es cuando el menor es quién aparece realizando un acto de naturaleza sexual y lo es cuando el menor no lo realiza pero es público del mismo, actuando como consumidor de pornografía no necesariamente por su voluntad- a causa de la proliferación de la pornografía en internet cabe la posibilidad que acceda a contenidos pornográficos por casualidad-.

3.5.-El *grooming*

Se trata de otro de los posibles usos inadecuados que surgen en relación a los menores y las nuevas tecnologías y el objeto central de este trabajo.

El término *grooming* proviene del término inglés *groom*. Este verbo hace referencia a los animales y podría traducirse -entre otros significados que también podrían relacionarse con el *grooming*- como “acicalar” o “engalanar”. En todo caso, la tercera acepción de “acicalar” en la Real Academia Española es la que mejor ilustra el *grooming*: “*pulir, adornar, aderezar a alguien, poniéndole afeites, peinándolo, etc.*”.

16 Innocenti Research Centre; Op. cit. p. 2.

RAYMOND CHOO ha definido el *grooming* como “*a premeditated behaviour intended to secure the trust and cooperation of children prior to engaging in sexual conduct*”¹⁷.

Otra definición nos la da el INTECO que lo define como “*las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor*”¹⁸.

Otros autores ponen en relación el *grooming* con otras figuras. En concreto, GIL ANTÓN la relaciona con aquella “*situación de extorsión, que se produce on line entre un individuo a un niño, para que bajo amenazas o coacciones, éste acceda a sus peticiones de connotación sexual principalmente, y que usualmente tienen lugar mediante la utilización de una webcam o, a través del programa de chat del ordenador, llegando incluso a concertar acuerdos para materializar el abuso*”¹⁹.

Este último punto es el que, a mi parecer, es más criticable, puesto que vincula las situaciones de *grooming* a una extorsión que no necesariamente se da y que, de hecho, inicialmente no se dará, puesto que el primer contacto con el menor se orienta, precisamente, a ganarse su confianza para lograr una relación con, eventualmente, algún elemento sexual, lo que difícilmente logrará si ya desde el principio intenta extorsionar al menor.

De nuevo, es necesario hacer mención al gran papel que han jugado las redes sociales en este punto. Como se ha venido diciendo, la red social puede servir a la persona que realiza el *grooming* como medio de contacto con el menor, pero además le otorgará una información personal del menor que de ningún otro modo podría conseguir.

Pero no sólo las redes sociales han tenido un importante papel en el *grooming*. Todas las TIC pueden favorecer que un adulto acose a un menor. Internet, así como los dispositivos móviles, recogen innumerables formas de contactos, tanto contacto instantáneo (por ejemplo, WhatsApp, chats IRC, etc.) como contacto distanciado en el tiempo, sin necesidad de que los interlocutores estén conectados al mismo tiempo (el propio WhatsApp lo permite, y también la mensajería por

17 “*Un comportamiento premeditado que pretende asegurar la confianza y cooperación de un menor, previo a llevar a cabo una conducta sexual*”. RAYMOND CHOO, Kim-Kwang; Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences. *AIC Reports. Research and Public Policy Series*. Number 103, July 2009. P. 7.

18 Observatorio de la seguridad de la información. Área Jurídica dela Seguridad y las TIC; Op cit. p. 4.

19 GIL ANTÓN, Ana María; Op Cit. p. 243.

correo electrónico. No puede dejar de tenerse en cuenta que un medio como este no incluye (salvo, quizás, una conversación por *webcam*) ningún tipo de elemento indicativo de la identidad de su interlocutor que le permita hacerse una idea de la confianza que puede mantener con él. Esto es, el menor no dispone de la imagen de su interlocutor, ni de su voz, ni de nada que no sea el texto que éste le envía. A lo que hay que añadir que no está todavía totalmente formado, por lo que su percepción puede no ser del todo bien fundamentada.

En todo caso, sea cual sea el medio por el que se lleve a cabo el *grooming*, el proceso se inicia con el autor situando el lugar en el que pueden encontrarse menores (chats, red social o, como sucedía anteriormente, un parque). Entre todos los menores posibles, el agresor elige a uno- por el motivo que sea: falta de autoestima, inadaptación social, etc.- e inicia el proceso de toma de contacto con él para ganarse su confianza.

Este proceso de confianza puede incluir muy diversos comportamientos: mostrar su comprensión al menor, hacerle regalos, hacer que se sienta especial o, si el *grooming* se lleva a cabo a través de una TIC, hacerse pasar por otro menor. Lograda una primera confianza con el menor, el abusador no tiene más que introducir paulatinamente el elemento sexual en la relación, de forma que no resulte violenta o incómoda para el menor o que, más aún, tenga la sensación que es iniciativa propia.

Una vez que el proceso ha llegado a este punto es ya muy difícil retroceder. Se trata de un punto en el que es posible que el menor haya enviado mensajes, imágenes, etc. de contenido delicado al agresor o, incluso, que le haya facilitado sus claves. En tal caso, el agresor sólo tiene que pedir al menor aquéllo que deseé y el menor, en caso de negarse, se encontrará ante la amenaza de que se difundan sus imágenes o conversaciones o incluso que sean enviadas directamente a sus padres -en el caso que el agresor haya logrado convencerle para que le comunique sus claves-.

No es necesario, considero, que el contacto sexual se realice a través de internet y, de hecho, puede ser que entre el agresor y el menor se lleve a cabo un encuentro real. Así, creo que la definición que hace el Innocenti Research Centre (“*the process by which an individual befriends a young person for online sexual contact*”²⁰) contiene algunas limitaciones inadecuadas.

20 “*Proceso por el cual un individuo contrae amistad con un joven para un contacto sexual en línea*”. Innocenti Research Centre; Op. cit. p. 2.

Por último, hay que mencionar que esta conducta (y alguna de las otras explicadas) se ha visto muy favorecida por el uso de las TIC, pero no sucede exclusivamente por ellas. Así pues, salvo el *sexting* y el *happy slapping*, que se trata de fenómenos que se basan, precisamente, en la difusión (que las TIC aseguran), el resto de fenómenos no son más que una extensión de la realidad física al mundo virtual. En otras palabras, el *grooming*, como tal, ya podía realizarse sin las TIC, mediante un acercamiento al menor, por ejemplo, en un parque o en un centro comercial.

Pero también es cierto que las nuevas tecnologías hacen mucho más fácil el proceso de *grooming*. En primer lugar, porque las TIC otorgan una sensación de falsa seguridad que facilita, por un lado, que el agresor haga el intento de llevarla a cabo y, por otro, que el menor acceda a sus proposiciones. Es lógico que, desde la comodidad del hogar no se perciban este tipo de peligros- de ser descubierto, para el agresor; de ser acosado para la víctima-.

Además, las nuevas tecnologías facilitan la mentira- internet es el paradigma de ello-. Es bastante obvio que, en la mayoría de casos al menos, es imposible para un adulto hacerse pasar por un menor o hacerse pasar por otra persona, en general, mientras que las TIC llegan a otorgar un manto de protección perfecto para ello. No es menos importante que los *nativos digitales*, como ya se ha dicho, basan su vida en la vida digital, porque, de hecho, es lo que conocen.

Más todavía, debo reconocer que me sorprendió descubrir que se ha creado todo un nuevo lenguaje, totalmente encriptado, que permite comunicarse a los menores, entre ellos o con cualquiera que lo conozca, y normalmente quien realiza *grooming* lo conoce, pero totalmente indescifrable para quien no lo conoce (permite expresar edad y sexo, que los progenitores están cerca, etc.).

Desde la perspectiva del agresor, y sin olvidar lo que se ha dicho hasta ahora e igual que sucede con la pornografía infantil, permite a los agresores crear una comunidad, intercambiar información de sus maneras de proceder y de sus víctimas. Las TIC, además, han facilitado mucho la actuación de los agresores, pues no hay, todavía, canales de actuación del todo adecuados para proteger a las víctimas o posibles víctimas. Siendo así, es previsible que las conductas se cometan más, pues existen los medios más adecuados para realizarlas.

Para finalizar, y en consonancia con lo anterior, hay que tener en cuenta que hay diversas formas de actuar posibles para prevenir y evitar el *grooming*. Hay, por un lado, respuestas legislativas: en el caso de España, la inclusión del delito de *grooming* (o, mejor dicho, de un delito que se basa en el

grooming). Pero también puede responderse con medidas no legislativas.

En cuanto a estas medidas no legislativas, y sin ánimo de exhaustividad, es necesario mencionar que las propias estructuras que favorecen el *grooming* incluyen algunas medidas (aplicadas o no) contra el *grooming* (los términos de uso de Facebook o MySpace, por ejemplo). En estos casos, lo más común es que se prohíban en los términos de uso las conductas abusivas y que, en caso de detectarse, se bloquee al usuario que las lleva a cabo y se dé de baja la cuenta mediante la que se ha producido el abuso-.

A ello hay que añadir las iniciativas de algunas asociaciones (el botón de “*report abuse*” es una de ellas), que permiten la protección de los menores del abuso -no solamente del *grooming*, sino de todos los comportamientos que puedan considerarse abusivos-. En el caso concreto del botón “*report abuse*” se permite que el menor que se considere víctima, aunque también cualquier otra persona que acceda a contenidos que considere abusivos, denuncie el contenido abusivo de forma anónima. Con ello, aunque no se retira inmediatamente el contenido, se permite que el proveedor analice el contenido y si, efectivamente, puede considerarse abusivo para, en su caso, retirarlo del acceso público.

Por último, no puede restarse importancia a la educación que debe darse a los menores: para que no lleguen a convertirse en agresores y, sobre todo, para que tomen las precauciones para no convertirse en víctimas. En este contexto, hay que llamar la atención sobre la importancia de llevar a cabo iniciativas de prevención para evitar el uso incorrecto de las nuevas tecnologías, así como para evitar que los menores se conviertan en víctimas. Este punto, la prevención, es especialmente importante, a mi juicio, por la especial relevancia que adquiere la víctima en los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, especialmente internet, en general, y la relevancia que adquiere en el caso del *grooming*, en particular.

Efectivamente, para poder ser víctima de *grooming*, es necesario *ponerse a disposición* del agresor. Dicho de otro modo, un menor no puede ser víctima de *grooming* si toma unas precauciones determinadas y es aquí donde la prevención cobra toda su importancia. Siendo así, es posible que la respuesta punitiva del derecho penal no sea la más adecuada para hacer frente al fenómeno de *grooming*²¹.

21 En cuanto a las respuestas frente al *grooming*, tanto legislativas como no legislativas Cfr. Innocenti Research Centre, Op. cit.; BARTRINA ANDRÉS, Op. cit.; RAYMOND CHOO, Op. cit.

4.-El delito de *grooming* (art. 183 bis del Código Penal)

El artículo 183 bis es, en concreto, el artículo que se encarga de criminalizar la conducta de *grooming* en el Código Penal español (CP):

Artículo 183 bis.

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 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

El primer punto a tener en cuenta es que la conducta descrita en el artículo no es, exactamente, la conducta que se ha definido *supra* como *grooming*. En este sentido, algunos autores llaman la atención sobre la dificultad de nombrar a la conducta típica²². Siendo así, los términos más utilizados para nombrar la conducta son: ciberacoso, ciberacoso sexual, embaucamiento o *grooming* (este último es el utilizado por el legislador para nombrar la conducta, pues el único momento en el que nombra el delito es en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 y se refiere, precisamente, a *grooming*).

En todo caso, es evidente que nada tiene que ver, como mínimo a nivel penal, con el acoso sexual del artículo 184 CP, ya que éste circunscribe la comisión del delito al ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, cosa que no sucede con el artículo 183 bis CP.

En cuanto al término “ciberacoso” tampoco puede considerarse adecuado. En este punto, RAMOS VÁZQUEZ destaca el hecho que, a diferencia de lo que sucede con el acoso, la conducta, tal y como está descrita en el artículo 183 bis CP, no requiere reiteración en la conducta, sino que es suficiente un único contacto. Esta última afirmación, de todos modos, no es del todo pacífica (*vid. Infra*), pero, en todo caso, coincido en que el término “ciberacoso” no es acertado porque prescinde de un elemento esencial de la conducta tipificada *ex* artículo 183 bis CP cual es la presencia del elemento sexual en el contacto. Es más, las conductas penalmente previstas en el Código Penal como “acoso” (artículo 173.1 CP) lo limitan a las relaciones laborales y funcionariales o al uso de la vivienda (párrafos segundo y tercero), cosa que no tiene por qué suceder -nunca va a suceder, de hecho, en una relación laboral o funcional- o requieren un menoscabo de la integridad moral (párrafo

²² Véase RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio; El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado. *Diario La Ley* 29 de noviembre 2011, Nº 7746, Sección Doctrina. P. 8.

primero), que tampoco se tiene por qué darse en la conducta tipificada en el artículo 183 bis CP. Más todavía, como consecuencia de la redacción del artículo 183 bis CP, los medios por los que puede cometerse el delito se han definido de forma amplia, por lo que ni siquiera es necesario que se trate de una acoso “cibernético”.

Otro término que se utiliza y que, incluso, puede llegar a tener relevancia a nivel legislativo es el de “embaucamiento”. En efecto, el reciente proyecto de reforma del Código Penal²³ plantea introducir un artículo 183 ter cuyo apartado segundo introduciría una nueva modalidad de *grooming* con un elemento tal como los “*actos dirigidos a embaucarle [al menor de dieciséis años]*”.

En cuanto al término *grooming*, tal y como ya se ha definido previamente, la conducta prevista en el artículo 183 bis CP tampoco es del todo coincidente. En efecto, *grooming* hace referencia a una conducta mucho más amplia que la definida por el CP. De hecho, *grooming* tal y como se ha definido hace referencia a un *proceso*, una serie de acciones mediante las que el adulto se gana la confianza del menor. En este contexto, el artículo 183 bis CP no tiene sentido si este proceso no se ha realizado ya, pues difícilmente el adulto va a proponer un encuentro antes de haber logrado hacerse con la confianza del menor y, en todo caso, el propósito de proponer el encuentro no es el de ganarse la confianza del menor.

Pese a lo anterior, no es menos cierto que la conducta prevista en el artículo 183 bis CP es una de las fases del *grooming* y, precisamente, es la finalidad última del *grooming*²⁴. En tal caso, el *grooming* en el sentido más fenomenológico implicaría una conducta más amplia (todos los contactos con el menor para ganarse su confianza) y el delito de *grooming* conllevaría un sentido más restringido (los contactos en los que se propone el encuentro con el menor).

Así pues, a mi juicio, el delito del artículo 183 bis CP contempla, esencialmente, las fases finales del establecimiento de una relación con el menor, teniendo en cuenta que el tipo penal requiere una

23 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG). Congreso de los Diputados, X Legislatura, núm A-66-1, de 4 de octubre de 2013. En el apartado 121º del artículo único del Proyecto, que introduce el artículo 183 ter CP. El término “embaucamiento” se utiliza también en 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 que sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del consejo en el Considerando 19 y en el artículo 6.

24 En contra de esta afirmación: RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio; *Ibid*, p. 4. Considera que es posible que el adulto, en el proceso de *grooming* pueda realizar “*conductas de atenciones [...] sinceras respecto de menores*”.

proposición de encuentro acompañada, además, de actos materiales de acercamiento. Por tanto, me parece correcto hablar de la conducta del artículo 183 bis CP como *grooming*, siempre y cuando se distinga el *delito de grooming* del fenómeno social o criminológico de *grooming*.

4.1.-Origen del precepto y *ratio legis* del artículo 183 bis del Código Penal español

A continuación, expondremos el proceso que dio lugar a la inclusión del artículo 183 bis en el Código Penal, así como las razones aducidas por el legislador para fundamentar su inclusión en el Código.

El delito de *grooming* no se había incluido en el Código hasta el 2010 y, en concreto, hasta la reforma que en él introduce la Ley Orgánica (LO) 5/2010²⁵. Se trata por lo tanto de una incorporación muy reciente. No obstante, se trata de un delito que no se preveía en la iniciativa original de la reforma del Código Penal.

Así, en la Exposición de Motivos (EM) de la iniciativa original de modificación del Código Penal²⁶ se hacía referencia a la especial trascendencia que adquiere el bien jurídico protegido cuando el delito sexual se comete contra un menor. En tal caso, consideraba que debía proteger no sólo el derecho de los menores a no sufrir coacciones para llevar a cabo actos de contenido sexual, sino además su correcto desarrollo para que puedan alcanzar, en el futuro, una libertad sexual plena. Por ello, justifica el tratamiento diferenciado de los delitos sexuales cuando se cometan contra menores, ya que éstos no sólo son más vulnerables como víctimas sino que además tiene más dificultades para comunicar su situación o su condición de víctima. Siendo así, se vulnera tanto la indemnidad sexual del menor como su desarrollo, por lo que para dar un trato más adecuado, se separan los delitos sexuales cometidos contra adultos de los cometidos contra menores de 13 años en relación a los abusos y agresiones sexuales.

Se cita también 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 (cuyo contenido veremos *infra*) y, en concreto, la necesidad de trasponerla para dar cumplimiento a los compromisos asumidos por España. Aun así, no se regula todavía el delito de *grooming*.

25 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. Publicada en BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

26 Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. A-52-1, de 27 de noviembre de 2009.

La LO definitivamente aprobada sí incluye el delito de *grooming*, entre los delitos cuya víctima es menor de trece años, y, en cuanto a los delitos sexuales, mantiene la estructura y parte de los razonamientos. En tal caso, el apartado XIII de la EM de la LO 5/2010 afirma que se ha aumentado el nivel de protección de las víctimas en el seno de los delitos sexuales y “*especialmente de aquellas más desvalidas*”, a lo que añade la remisión a la Decisión Marco antes mencionada, lo que justifica una mayor protección de las víctimas de estos delitos cuando sean menores de edad. Se mantiene lo dicho en la iniciativa original, en el sentido que se afirma que “*en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas*”.

Mantiene también que, cuando la víctima del delito sexual es un menor de edad, no se vulnera solamente su indemnidad sexual “*entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado*”, sino que se afecta también a su-futura- libertad sexual, pues se vulnera, a la vez, “*la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*”.

Es por esta misma razón (que ya estaba prevista en la iniciativa original) por la que justifica que haya delitos sexuales tratados específicamente cuando víctima sea menor de 13 años.

Además, en el caso específico del *grooming*, se afirma que “*la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*”. Esta es la razón por la que se introduce el tipo del “*internacionalmente denominado «child grooming»*”²⁷.

En resumidas cuentas, hay dos razones esenciales por las que el legislador justifica la introducción de este nuevo tipo: por un lado la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de trece años y el doble daño que reciben cuando son víctimas de un delito sexual. Por otro, el aumento en el uso de internet para realizar conductas sexuales contra menores y, en concreto, *grooming* en sentido amplio.

27 Es el único lugar del texto en el que se hace referencia al *grooming* o a cualquier otro posible nombre para la conducta.

Pero en todo caso, no hay que dejar de lado el hecho, señalado más arriba, que no se trata de un delito previsto desde el inicio. Y, además, no se trata, tampoco, de la redacción original que se dio al tipo cuando se propuso su inclusión en la modificación del Código Penal. La propuesta de inclusión del delito de *grooming* se llevó a cabo por enmienda presentada por el Grupo Popular²⁸.

La justificación que la enmienda propone para incluirlo es muy similar a la justificación finalmente expuesta por el legislador para incluir definitivamente el delito de *grooming*. En concreto, se justifica la inclusión de este nuevo artículo por las dificultades que imponen las nuevas tecnologías a los padres para controlar con qué adultos se relacionan sus hijos, pues pueden relacionarse, en cualquier momento, con personas en cualquier lugar del mundo. En este nuevo contexto, consideraba el Grupo Parlamentario Popular, “[c]ada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas”.

Así pues, una vez seleccionada la víctima, se lograría su confianza y, eventualmente se conseguiría “el contacto personal con ellos [los menores] y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red”. En ese caso, el *grooming* consistiría en las acciones encaminadas a lograr la confianza del menor para lograr su desinhibición y poder abusar sexualmente del mismo (en este sentido, la enmienda no hace más que recoger la definición de *grooming*).

De este modo, la redacción que proponía la enmienda para el artículo 183 bis CP era la siguiente:

El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con él mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento.

Sin embargo, la propuesta de tipo realizada por el Partido Popular difiere sustancialmente del tipo finalmente aprobado.

28 En concreto, la Enmienda 351. Publicada en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-52-9 de 18 de marzo de 2010. P. 156.

Se trata de diferencias, bajo mi punto de vista, esenciales, empezando porque el texto de la enmienda no hace referencia a las TIC sin más, sino que se refiere a cualquier técnica que facilite el anonimato. Más aún, se exige que el acercamiento se realice con algún “ardid”. Viendo esto, parece que lo más preocupante para el Grupo Parlamentario Popular era el hecho que las nuevas tecnologías facilitan el anonimato y el engaño, por lo que lo convertían en un elemento del tipo básico y no en una agravación como sucede con el actual artículo 183 bis CP (vid. *Infra*). Por tanto, la propuesta inicial incide en que los pederastas actúan amparados bajo el anonimato que favorecen las nuevas tecnologías. En consecuencia, se contempla el anonimato, y algunos medios comisivos, como elementos integrantes del tipo básico.

Otra diferencia notable es que el concurso de delitos previsto *in fine* no hace referencia a la comisión de otros delitos (como hace el artículo en su redacción definitiva), sino que lo hace sólo en relación con los medios utilizados para lograr el acercamiento. Es decir, aunque la propuesta inicial de redacción del artículo hace referencia a la imposición de las penas en concurso con otros delitos cometidos para lograr el acercamiento, la redacción definitiva separa la cláusula concursal de los actos materiales de acercamiento (este punto se tratará con más profundidad en apartados posteriores).

Pese a ello, se propuso una enmienda transaccional, que acabó por aprobarse, y la redacción final del texto resultó ser la transcrita al inicio de este apartado.

Hasta ahora se ha explicado la justificación de la inclusión del delito de *grooming* desde la perspectiva de la normativa interna, pero ya se ha hecho referencia a una Decisión marco²⁹, invocada en la iniciativa de la LO 5/2010, en la EM. Además de ella, es necesario hacer referencia a un Convenio del Consejo de Europa³⁰ citado como primer texto que hace referencia al *grooming* como delito (y lo mismo en cuanto al turismo sexual) citado por la Enmienda más arriba analizada. Se trata de un Convenio de 2007, pero ratificado en 2010 y, en consecuencia, con posterioridad a la aprobación de la LO 5/2010. Hay que hacer mención, por otro lado a una Directiva, también posterior a la LO 5/2010, que afecta también al *grooming*³¹ y que, de hecho, sustituye a la Decisión

29 Se trata 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 lo sucesivo, “la Decisión marco”.

30 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. Ha sido ratificado por España, y publicado en el BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010.

31 Se trata de 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

marco.

En lo tocante al Convenio, empieza por constatar que el abuso sexual de menores llega a niveles que preocupan, tanto a nivel interno como internacional, en relación con las nuevas tecnologías que permiten poner en contacto a agresores y víctimas por lo que, fundamenta, es necesaria una acción global de los estados -considerando 4-. Se hace referencia también a la Decisión marco (así como a otras iniciativas internacionales y se destaca el papel de “*elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños*”. De hecho, son estos tres puntos (prevención, protección y cooperación) los que se erigen como objetivos del Convenio (art. 1).

A efectos del delito de *grooming*, hay que tener en cuenta que el Convenio define niño de forma muy amplia, e iguala “niño” a “menor de edad”, así que cualquier menor de 18 años puede ser víctima de un abuso sexual a efectos del Convenio. No obstante, el artículo 18.2 permite, en relación con la conducta de abuso sexual, que sea cada Estado el que fije la edad a partir de la cual se permite realizar actividades sexuales con una persona considerada “niño” por el Convenio.

Me parece destacable el papel que el Convenio da a la prevención y, más aún, que se dedique todo un capítulo (el capítulo II) a promover medidas de prevención en muy diversos ámbitos -entre los cuales, los propios menores-.

El *grooming*, por su parte, está previsto en el artículo 23, rubricado “Proposiciones a niños con fines sexuales”. El artículo exige tipificar como delito las conductas de proposición de un encuentro con un niño -menor de la edad en la que se puede realizar una actividad sexual con él-, mediante TIC, para realizar una de las conductas descritas como abuso sexual y la pornografía infantil. Se exige, además, que a la proposición la acompañen actos materiales de acercamiento³². Por tanto, la redacción propuesta en este Convenio es muy similar a la adoptada finalmente en España como tipo básico. No obstante, no incluye elementos agravatorios ni hace referencia al anonimato o a otros

Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

32 En concreto, establece el artículo 23 que “*Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro*”.

medios comisivos.

Otro punto muy sorprendente, a mi modo de ver, es lo previsto en los artículos 28.g y 29 del Convenio. En ellos se determina una agravación para el caso que el autor haya sido condenado ya por un delito de la misma naturaleza (art. 28.g) y exige la adopción de medidas para que la condena en sentencia firme por otro Estado Parte se tenga en cuenta para la determinación de la pena en la comisión de estos delitos (artículo 29). Este punto será abordado más adelante, en cuanto a la intencionalidad del autor al realizar el contacto con el menor, pero puede adelantarse ya que en todo lo relativo no sólo al delito de *grooming* sino también al resto de delitos sexuales cometidos contra menores hay cierto acercamiento al derecho penal de autor.

Pasando ya a la Decisión marco anteriormente citada, hay que tener en cuenta que parte de la consideración de la explotación sexual de menores y la pornografía infantil como una “grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos” (considerando 4).

La definición de “niño” prevista en la Decisión marco es idéntica a la del Convenio, *id est*, es equivalente a “menor de 18 años”.

Esta Decisión marco pretende la criminalización de diversas conductas cuando se lleven a cabo contra menores. En cualquier caso, considero muy dudosa la remisión de la EM LO 5/2010 a esta Decisión marco, pues de todas esas conductas, en ningún caso se previó en ella la conducta de *grooming*. La remisión sólo puede entenderse desde la perspectiva de que el legislador ya conocía la preparación de la Directiva que debía sustituir a la Decisión marco que más arriba se ha citado.

Esta Directiva parte, una vez más, de que el abuso sexual y la explotación sexual de los menores es un atentado contra sus derechos fundamentales (considerando 1), y que en las medidas, públicas o privadas, en relación con la infancia debe considerarse siempre prevalente el interés superior del menor (considerando 2).

Se determina también que los abusos sexuales contra menores, su explotación sexual y la pornografía infantil están proliferando a causa de las nuevas tecnologías e Internet -considerando 3-. Se entiende, también, que deben ser objeto de pena “[l]as formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores” entre las que hay que incluir “*las diversas formas de abusos*

sexuales [...] de los menores que se sirven de las tecnologías de la información y la comunicación, como el embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de chat en línea” (considerando 12).

El último punto demuestra que hay una verdadera implicación de la UE en referencia al *grooming*, pues a diferencia de lo que sucedía en la Decisión marco se recoge explícitamente la figura del *grooming*, y no sólo en el considerando 12 citado, sino también el considerando 19 y en artículo 6. Este último Considerando hace referencia al *grooming* en exclusiva (al que se refiere como “embaucamiento”) y llama la atención que no sólo propone su criminalización cuando se utilice una TIC, sino también cuando el embaucamiento se haga sin recurrir a ellas, cuando se realiza en presencia o cerca del menor. Es más, también llama la atención en este considerando que, cuando hace referencia a la persecución del embaucamiento a través de Internet lo hace por la razón que asegura el anonimato del agresor y le permite ocultar sus datos personales “*como la edad*”.

Esta directiva hace referencia también, en el considerando 25, a la posible incriminación de menores, ya que de acuerdo con el mismo, la proposición de penas que en ella se hace no debe afectar a las políticas de los Estados en relación a menores delincuentes. En este sentido, se permite explícitamente que se considere sujeto activo no sólo a un adulto, sino también a un menor de edad.

Por lo demás, la Directiva plantea una diferencia remarcable respecto de la Decisión marco, y es que no hace referencia ya a “niños”, sino a “menores”, y establece una diferencia en la definición entre la edad de éstos (18 años) y la edad de consentimiento sexual (“*edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor*”, definición prevista en el artículo 2.b de la Directiva).

La Directiva prevé las conductas de *grooming* (embaucamiento) en el artículo 6, en el que pretende la criminalización de la propuesta de encuentro con un menor, por parte del adulto, con la intención de cometer determinadas conductas previstas en artículos anteriores (realizar actos sexuales con un menor que no tenga la edad de consentimiento y la producción de pornografía), siempre que la propuesta se acompañe de actos materiales de acercamiento³³.

33 En concreto, el artículo 6.1 prevé que los Estados deben garantizar la punibilidad de la conducta dolosa consistente en “[I]a propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

Propone el mismo artículo en su segundo apartado que se adopten las medidas legislativas necesarias para castigar la tentativa de obtención de material pornográfico, embaucando al menor a través de las TIC (que no tiene la edad de consentimiento sexual) para que le envíe material pornográfico en el que aparezca el propio menor.

Una vez más, se prevé como circunstancia agravante el hecho que el sujeto activo haya sido condenado anteriormente por “*infracciones de la misma naturaleza*” (artículo 9.e) e incluye, aunque de forma mucho más escueta, la necesidad de programas de prevención (artículo 23).

Recapitulando, nos encontramos ante un delito difícil de nombrar, pero que, en definitiva, puede conocerse como *grooming*, por ser el término más cercano a la conducta que pretende castigar y más cómodo. Su inclusión se justifica por la preocupación del legislador (no sólo el interno, también a nivel internacional) en cuanto al uso de las nuevas tecnologías. En concreto, el hecho que preocupa es que puedan utilizarse como medios para vulnerar derechos fundamentales de los menores. En este sentido, la gran preocupación es que se utilicen las TIC como medio para concertar encuentros entre menor y adulto, de forma que el adulto realice un acto sexual con un menor cuya edad no le permite consentir en el terreno sexual.

En este sentido, llama poderosamente la atención que, aunque a todos los niveles, desde la propuesta inicial de redacción del artículo 183 bis CP hasta toda la normativa internacional, el aspecto más preocupante en el *grooming* que se lleva a cabo mediante TIC es que permiten el anonimato, se ha prescindido de que el anonimato o el engaño que las TIC permiten se integren en el tipo básico y se ha optado por considerarlas como elementos agravantes del tipo.

4.2.-El bien jurídico protegido en los delitos sexuales. En concreto, el bien jurídico protegido por el delito de *grooming*

Partiendo de que la preocupación del legislador en el momento de tipificar este delito es la protección de los menores frente a los potenciales usos abusivos de las nuevas tecnologías, hay que situar cuál es, en concreto, el valor que el tipo pretende proteger, esto es, el bien jurídico protegido por el delito de *grooming*. Para ello, hay que empezar por distinguir entre dos marcos en los que se puede situar el bien jurídico: uno más amplio -cual sería el bien jurídico protegido en el caso de los delitos sexuales- y uno más restringido, como sería el bien jurídico protegido, específicamente, por el artículo 183 bis CP-.

Siendo así, el artículo 183 bis CP se encuentra inserto dentro del Título VIII del Código, título rubricado “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Se trata, por lo tanto, de un primer apunte del que pretende ser el bien jurídico protegido (la libertad y la indemnidad sexuales), pero no se trata de un hecho absolutamente determinante, pues para dilucidar cuál es el verdadero bien jurídico tutelado hay que acudir a la concreta regulación que los artículos dan.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la tónica del Derecho Penal sexual en España desde las últimas décadas del siglo XX se ha caracterizado por un cambio de enfoque que, efectivamente, ha derivado en establecer como bien jurídico central de los delitos sexuales la *libertad sexual*.

Este cambio de enfoque es más legislativo que doctrinal, pues la doctrina ya analizaba estos delitos desde la lógica de la libertad sexual antes de que, formalmente, se incluyese en el Código como bien jurídico protegido. Así, aunque el Código Penal anterior al vigente no vio alterada la rúbrica del Título (Título IX, por entonces) que comprendía los delitos sexuales hasta 1989³⁴, lo cierto es que la doctrina ya había apuntado con anterioridad que “la honestidad”, término que aparecía como rúbrica al Título IX³⁵ hasta ese momento no era el verdadero bien jurídico amparado bajo amparado bajo tal rúbrica.

En consecuencia, el primer posible bien jurídico que hay que mencionar en relación con los delitos sexuales, si bien para descartarlo, es la honestidad. Como ya se ha mencionado, incluso durante la vigencia de “la honestidad” como rúbrica, la doctrina negaba que pudiera ser éste el bien jurídico protegido. La razón para negar *la honestidad* como bien jurídico recaía en la indefinición del término y la inseguridad jurídica que ello provocaba. De este modo, algunos autores, como explicación a la referencia a la honestidad, señalaban que un elemento común en todas las conductas descritas era la falta de honestidad en *la comisión* del delito o, dicho de otro modo, que la comisión de estos delitos implicaba un comportamiento inmoral, negando así la honestidad como bien jurídico tutelado por los delitos sexuales.

34 En efecto, la EM de la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, publicada en el BOE núm. 148, de 22 de junio, expresaba que era necesario “[r]espetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”.

35 El Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, publicado en el BOE núm. 297, de 12 de diciembre, rubricaba el Título IX como “De los delitos contra la honestidad”.

Otra de las críticas que se había venido haciendo es el carácter extremadamente restrictivo que la honestidad como bien jurídico a proteger acarrea. Efectivamente, un delito sexual que protege la honestidad conllevaría la atipicidad de aquellos delitos cometidos contra personas socialmente reputadas “deshonestas” o que, por sus características, careciesen de ella (por ejemplo, los menores de muy corta edad), así como la violación cometida contra la mujer casada por parte del marido³⁶.

La honestidad como bien jurídico también se topa con otro importante obstáculo: su inclusión implica un carácter machista en la visión de la sexualidad. En consecuencia, relega a la mujer a un papel secundario y sumiso en la relación sexual como sujeto totalmente pasivo en la misma. Así las cosas, cuando se ha reconocido la honestidad como bien jurídico se ha considerado que la mujer debería llevar a cabo un comportamiento casto (honesto) y que su deshonestidad afectaba a toda su familia y especialmente a los hombres que de ella formasen parte.

Negando, por tanto, la honestidad como bien jurídico protegible en el seno del Derecho Penal sexual, parte de la doctrina, durante la vigencia del anterior Código Penal había apuntado a la *moral sexual* como bien jurídico tutelado³⁷. Se trataba, en principio, de una moral social o secular, *id est*, que debía estar separada de concretas valoraciones personales. Se definía, en ese caso, como el apartado de la moral social que canalizaba dentro de ciertos límites el impulso sexual.

En consecuencia, no se protegería un moral concreta, sino la auténtica moral social vigente en la sociedad. No obstante, actualmente, la doctrina mayoritaria se sitúa en contra de reconocer la moral sexual como bien jurídico protegido, por razones diversas.

Así, se propone que la moral sexual como bien jurídico conlleva, como ya sucedía con la honestidad, a una gran indeterminación y a una inseguridad jurídica notable³⁸. También se ha venido considerando que la protección de la moral sexual en cuanto bien jurídico conlleva una apreciación

36 En este sentido, vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona: Librería Bosch, S.L., 2011. P. 49, y GALLEGOSOLER, José Ignacio; Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. P. 427.

37 En cuanto a las relaciones entre moral y Derecho Penal vid. ORTS BERENGUER, Enrique, Algunas consideraciones sobre Moral y Derecho penal, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminología I Ciències Penals de la UV*, de 13-07-2009.

38 Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Ibid.* p. 51. No obstante, afirma que la moral sexual es trascendente en los delitos contra la libertad sexual, pues para determinar este concepto es necesario “acudir a ciertas pautas valorativas o culturales” (p. 57). Propone, por lo tanto, que la moral sexual se utilice para interpretar el contenido de la libertad sexual, sin llegar a convertirse en el bien jurídico a proteger.

de la “corrección” moral de las conductas, perjudicando unas concepciones determinadas en favor de otras, por lo que algunos autores señalan que se puede llegar a influenciar la interpretación de las conductas delictivas en virtud de lo “*sexualmente correcto*”³⁹.

Con todo, el Derecho Penal sexual desde finales del siglo XX se ha caracterizado, como se ha dicho *supra*, por un cambio de orientación, de forma que el valor central entorno al cual se ha situado la protección en los delitos sexuales es la libertad sexual. Este cambio de orientación se ha visto no sólo en el cambio de rúbrica del antiguo Título IX (hoy Título VIII) del Código Penal, sino que ha tenido reflejo también en la regulación material⁴⁰.

Por lo tanto, hoy en día toda la regulación del Derecho Penal sexual se basa en esta libertad sexual. Este bien jurídico, aunque no está exento de críticas, merece una visión positiva para la mayoría de la doctrina. Al proteger la *libertad sexual* se protege un aspecto muy concreto dentro del ámbito de autodeterminación de las personas. La protección de la libertad sexual por parte del Derecho Penal manifiesta una concepción de la sexualidad y de la especial trascendencia que se le da en relación con el desarrollo personal, pero además sirve como forma de delimitar el espacio de actuación del Derecho Penal⁴¹.

En definitiva, la sexualidad se erige como uno de los aspectos fundamentales para la realización personal. Por lo tanto, la libre determinación de la persona constituye el punto de partida en el Derecho penal, por lo que se protege el libre desarrollo de la personalidad -en sentido amplio y en el supuesto concreto de la sexualidad-, incluyendo por lo tanto ataques contra la libertad personal, en general, y contra la libertad sexual, en particular.

39 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. P. 224. En todo caso, no descarta que se utilicen estas concepciones para interpretar las figuras delictivas, siempre y cuando se mantenga dentro de límites aceptables. En contra de la moralización del Derecho penal sexual se pronuncia TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual: Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2000. p. 65, entendiendo que “[l]a extensión del ámbito de conductas prohibidas frente a menores no obedece al hecho de que en realidad ahí aflore una valoración negativa de la sexualidad [...] como algo de lo que la sociedad quiere preservar a los niños y adolescentes” por lo que, cuando se castigan los contactos sexuales entre adultos y menores no se hace como confirmación de prejuicios respecto de la sexualidad infantil, sino que debe entenderse “como una prohibición de la intromisión de los adultos en el mundo de los menores en condiciones que quiera reputar lesivas para el desarrollo de la personalidad del menor”.

40 Por ejemplo, en la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento.

41 En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, op. cit. p. 218.

La libertad sexual se encuentra, en consecuencia, vinculada con otros delitos que afectan también a la libertad, pero implica un ámbito especial que se justifica por la importancia que tiene en la autorrealización personal, lo que les otorga un injusto específico que quedaría diluido de incluirse los delitos sexuales junto con los delitos genéricos contra la libertad personal. Por ello, la libertad sexual no supone una contradicción con la libertad personal, sino una concreción en un ámbito determinado: el sexual⁴².

Como supuesto de libertad, implica la expresión espontánea de la voluntad⁴³, y se manifiesta en dos vertientes, una positiva y otra negativa. (también llamadas activa o dinámica y pasiva o estática respectivamente). En virtud de ellas, se protege a las personas de verse incluidas en comportamientos sexuales no consentidos (libertad sexual negativa) pero no se protege el hecho que se impida a la misma persona llevar a cabo comportamientos sexuales con otras personas que lo consentan o en solitario (libertad sexual positiva), que quedarían protegidos, en su caso, por los delitos genéricos contra la libertad, pues los ataques a la libertad sexual en su vertiente positiva en nada difieren, a nivel de comisión, de los ataques a la libertad genérica⁴⁴.

La libertad sexual, así considerada, no carece de problemas y de críticas. En primer lugar, porque se han tipificado conductas en las que muy difícilmente puede entenderse que sea la libertad sexual el valor que se ha visto atacada por ellas y, en segundo lugar, porque es necesario hacer referencia a qué sucede cuando los ataques se llevan a cabo contra menores e incapaces. En este sentido, algunos autores afirman que los menores no tienen capacidad para autodeterminarse libremente, por lo que no tendrían libertad sexual que proteger, ya que ésta requiere ser ejercida con capacidad de voluntad y conocimiento para ello⁴⁵.

Por ello, muchos autores consideran que el verdadero bien jurídico protegido no sería la libertad sexual (que los menores no tendrían), sino la *indemnidad sexual*. Esta indemnidad sexual haría referencia a la necesidad de mantener a determinadas personas protegidas de los daños que una relación sexual les podría provocar por su especial vulnerabilidad, por lo que sería necesario

42 En este sentido vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Ibíd. p. 219.

43 Véase ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, Ibíd. Página 17.

44 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Op. Cit. p. 221.

45 En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Op. Cit. p. 58 y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° 65 (2013). P. 211.

dejarlas al margen de los contextos sexuales⁴⁶.

Otros autores, en cambio, se muestran favorables a la inclusión de la *indemnidad sexual* como bien jurídico protegido, al entender que menores e incapaces no tienen libertad sexual que proteger por lo que, pese a estar estrechamente relacionada con la libertad sexual, el verdadero bien jurídico protegido sería la indemnidad sexual⁴⁷. No obstante, la indemnidad sexual no tendría tanto que ver con unos genéricos daños a los menores e incapaces por una relación sexual, sino con los daños a su formación sexual. Por tanto, la indemnidad sexual protegería la correcta formación del menor en el terreno sexual.

Por ello, los autores consideran que las referencias que hace el legislador al consentimiento en la EM de la LO 5/2010 son desacertadas, pues menores e incapaces carecen de capacidad para consentir o no hacerlo⁴⁸.

No obstante, muchos autores critican la inclusión de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido. Así, se ha afirmado que el término *indemnidad sexual* no define el contenido de protección y que, además, quedaría desvirtuada porque en determinados casos se permite a personas enajenadas mantener relaciones sexuales⁴⁹, afirmando que sí tendrían libertad sexual pero que, por su especial situación, se protegería de manera específica⁵⁰.

46 Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Op. Cit. p. 233. ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, Op. Cit. p. 19, por su parte critican la indemnidad sexual porque no “*delimita el objeto ni el contenido de esa protección*” y afirman que menores e incapaces tienen “*tanto «derecho» a no ser molestados sexualmente como el resto de ciudadanos, no más*”.

47 Así se posicionan MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Op. Cit. p. 63. y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, Nº 7575, sección doctrina (2011). P. 1.

48 DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, Ibíd. p. 1.

49 En este sentido, ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, op. cit. p. 19. Afirman que así era al exigirse, para la configuración del delito, que “*el sujeto activo abusase del estado de aquéllos*”. En consecuencia, afirman que menores e incapaces sí tienen libertad sexual, pero que no se les reconoce por su especial situación, por lo que su consentimiento no tiene la misma relevancia que el de otras personas.

50 De nuevo, así lo entienden ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, Ibíd. p. 20. Afirman que esta protección “*no supone pronunciamiento alguno sobre su libertad sexual*”, a lo que añaden que, “[d]e hecho, no se les prohíbe la masturbación, ni mantener relaciones con otros menores o incapaces”. En virtud de esta protección, se establece una presunción de que si la relación del menor o incapaz se establece con un adulto, éste puede manipularlos, por lo que se “*presume «iuris et de iure» que no tienen capacidad para relacionarse con mayores*”.

Otros autores han negado la virtualidad de la indemnidad sexual para tener contenido propio, sino que entienden que se trata de un cambio de enfoque para explicar la distinta naturaleza de los delitos sexuales cometidos contra menores e incapaces⁵¹. Se afirma, en tal caso, que el punto en común en los delitos sexuales es que se cometen en contra de la voluntad de la víctima (bien porque se vence su oposición, porque no se le ha dado la oportunidad de expresarla o porque no tiene capacidad para hacerlo -como es el caso de menores e incapaces-)⁵².

No puede olvidarse, en todo caso, el papel esencial que ha jugado la jurisprudencia en el sentido de definir y delimitar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos sexuales. En todo caso, el Tribunal Supremo (TS en lo sucesivo) ha tenido oportunidad de recordar que “*la libertad sexual como bien jurídico protegido, se concreta en dos aspectos: uno dinámico y positivo, que se refiere al libre ejercicio de la libertad sexual, sin más limitaciones que las que se deriven del respeto hacia la libertad ajena, y otro, estático y negativo, que se integra por el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas de contenido sexual y, especialmente, por el derecho a repeler las agresiones sexuales a terceros*”⁵³.

No obstante, y al comprobar que se producían abusos sexuales de menores sin mediar violencia ni intimidación, la LO 11/2009 amplió la órbita de bienes jurídicos que “*no se reduce a la expresada libertad sexual ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta [sic] los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en definitiva a la integridad e indemnidad sexual de los menores o incapaces, bien jurídico [...] que quedaría cifrado en el derecho de los menores o incapaces a estar libres de cualquier daño de orden sexual, en la preocupación o interés porque éstos tengan un desarrollo de la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y un bienestar psíquico, en definitiva el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad*”⁵⁴.

51 Así lo entiende TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, Op. cit p. 68.

52 Por tanto, habría que considerar que la Ley no prohíbe “*de modo absoluto la sexualidad de los menores*”, sino que simplemente reprime “*ciertos comportamientos de intrusión de un adulto en la sexualidad de un menor con la exigencia implícita de una cierta asimetría de edad o una asimetría de poder legalmente prefijada*” (Ambas citas de TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, Ibíd. p. 68).

53 STS (Sala de lo Penal) núm. 476/2006, de 2 de mayo. FJ segundo.

54 STS (Sala de lo Penal) núm. 476/2006, de 2 de mayo. FJ segundo.

En cuanto al consentimiento, también tuvo ocasión de pronunciarse el TS. Y en cuanto a ella afirmó que “[a]unque las condiciones del consentimiento eficaz no están establecidas en la Ley, la doctrina y la jurisprudencia las han derivado de la noción de libertad del sujeto pasivo”, la cuestión de a partir de qué momento “el consentimiento adquiere eficacia, [...] es una cuestión normativa que debe ser establecida según los criterios sociales que ríjan al respecto”⁵⁵.

Pese a que la LO 5/2010 introdujo novedades en el ámbito de los delitos sexuales -especialmente por la incriminación autónoma de los abusos y agresiones sexuales contra menores de 13 años- lo cierto es que esta diferencia, con gran carga simbólica, no se ha trasladado a los tribunales. Siendo así, las sentencias posteriores han venido recogiendo la jurisprudencia más arriba transcrita⁵⁶, sin perjuicio de que se hayan recordado las características del bien jurídico. Así, por ejemplo, se ha determinado que “[l]a libertad o voluntad de elección es el principio que debe regir en las relaciones sexuales o en los contactos de naturaleza sexual”, por lo que el CP “considera delictivas todas aquellas conductas en las que el contacto sexual no es consentido o se impone por la fuerza, siendo el bien jurídicoprotegido [sic] la posibilidad del sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitación que el obligado respeto a la libertad ajena”⁵⁷, recordando, por tanto, que la *indemnidad sexual* es muy cercana a la libertad sexual, junto a la que se sitúa.

La misma sentencia recuerda la presunción *iuris et de iure* de falta de capacidad para consentir libremente, “porque en estas edades o los estímulos sexuales son todavía ignorados o confusos o, en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la inmadurez psíquico-física del menor contra estímulos suficientemente fuertes y adecuados, lo que implica que dicho menor [sic] es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídicoprotegido [sic]”, por ello, en los casos de “menores de trece años, nos encontramos ante una incapacidad del sujeto pasivo para prestar un consentimiento válido y resulta irrelevante el consentimiento de aquél en mantener relaciones, toda vez que, por debajo de ese límite legalmente previsto, se considera al menor con

55 Ambas citas de la STS (Sala de lo Penal) núm. 411/2006, de 18 de abril. FJ tercero.

56 Así pues, vid. por ejemplo, SAP de Madrid (sección 5^a) 147/2012, de 27 de diciembre, FJ segundo y SAP de Valencia (sección 3^a) 723/2013, de 25 de octubre, FJ segundo.

57 SAP de Madrid (sección 5^a) 147/2012 de 28 de diciembre. FJ segundo.

*una voluntad carente de la necesaria formación para poder ser considerada libre y, aunque acceda o sea condescendiente con el acto sexual, no determina, en forma alguna, la licitud de éste*⁵⁸.

La SAP de Barcelona (sección 22^a) 273/2012, de 4 de junio, definió la indemnidad sexual, en su FJ primero como el “*bienestar psíquico [de los menores], en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad, estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con libertad y puede condicionar el resto de su vida*”.

Todo lo anterior hace referencia al bien jurídico protegido predicable del Título VIII CP. Personalmente, considero que la introducción de un nuevo bien jurídico, cual es la *indemnidad sexual*, conlleva una complejidad muy notable, como se ha explicado hasta aquí. En mi opinión, la libertad sexual tal y como se ha definido en diversas ocasiones (como libre determinación del propio comportamiento en el ámbito sexual) puede perfectamente explicar cuál es el bien jurídico protegido en el Título VIII.

En efecto, si la libertad sexual tutela que las relaciones sexuales se lleven a cabo en ejercicio de autodeterminación, puede decirse, *sensu contrario*, que castiga las relaciones sexuales que se desarrollan en ausencia de esta libertad o, dicho de otro modo, sin el consentimiento de la otra persona.

Ello explicaría, por ejemplo, que se considere abuso sexual no consentido el que se realice “*sobre personas que se hallen privadas de sentido*”. En este caso, esas personas tampoco pueden ejercer su libertad sexual, en el sentido de oponerse a la relación (vertiente negativa) y, precisamente por ello, se considera delito el contacto sexual con ellas.

No obstante lo anterior, también considero que una referencia a la indemnidad sexual puede dotar de mayor flexibilidad a los delitos sexuales cometidos contra menores. En este sentido, puede mencionarse la SAP de Valladolid (sección 4^a) núm. 222/2013, de 21 de mayo. En ella, se define como bien jurídico protegido la indemnidad sexual y, no obstante, se condena al acusado por abuso sexual por la introducción de un termómetro en el ano de una menor, pese a que los padres de la menor y el propio Tribunal reconocen la escasa trascendencia que los hechos habían tenido sobre la

58 Ambas citas de SAP de Madrid (sección 5^a) 147/2012 de 28 de diciembre. FJ segundo.

menor.

En este caso, la solución más adecuada sería, a mi juicio, absolver al acusado en este punto, pues no se habría producido daño alguno a la indemnidad (es decir, a la formación sexual) de la menor. En tal caso, la única condena posible sería en virtud de un atentado contra la libertad sexual -pues la menor no pudo consentir-. Es por ello que, en definitiva, me parece más adecuada la tesis de la *indemnidad sexual* para el supuesto de los delitos sexuales cometidos contra menores porque, como se avanzaba anteriormente, permite mayor flexibilidad para imponer penas a las conductas verdaderamente dañosas para los menores y no implica una pena indiscriminada a cualquier conducta que pueda ser mínimamente sexualizada -en la perspectiva del posible agresor- realizada sobre cualquier menor, lo cual puede ser moralmente muy reprobable, pero no necesariamente supondrá un ataque lo suficientemente grave como para merecer tutela penal.

Así, una protección a través del Derecho Penal sexual de los menores que responda a la lógica de la libertad sexual, implicaría afirmar que cualquier contacto de contenido sexual -para el adulto- llevada a cabo con un menor sería merecedora de reproche penal, toda vez que el menor no tiene capacidad para consentir y, por tanto, se realizaría en contra de su libertad sexual. En cambio, en el caso de analizarse el mismo hecho bajo el prisma de la indemnidad sexual, el hecho podría no ser constitutivo de delito si, una vez analizado, se entiende que no ha tenido capacidad para afectar a la formación sexual del menor.

En cuanto al bien jurídico concretamente protegido por el artículo 183 bis CP, algunos autores consideran que el bien jurídico protegido responde a la lógica general del Título VIII, es decir, que se protege la indemnidad sexual⁵⁹.

Por otra parte, algunos autores han afirmado que la indemnidad tiene una doble vertiente, la individual -en relación con el concreto menor atacado- y la supraindividual⁶⁰. Este extremo es, bajo mi punto de vista, del todo inadecuado. Ciertamente, en el caso de aceptar que el delito *grooming* protege “la infancia”, ello conllevaría que cualquier conducta llevada a cabo por un mayor de edad

59 En este caso, vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, op. cit. p. 81.

60 Así, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3. En el mismo sentido, considera la infancia como bien jurídico a proteger GONZÁLEZ TASÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011). P. 244, afirman que las conductas no pueden entenderse cometidas contra un menor aislado, sino contra la infancia en general.

y respecto de un menor a través de las TIC sería susceptible de ser penada, cuando existe la posibilidad que no se ponga en peligro al menor ni siquiera remotamente.

En este sentido, algunos autores han señalado un fenómeno de *moral panic*, es decir, un fenómeno de fobia irracional a comportamientos considerados inmorales. En tal caso, se pretendería proteger no de una conducta ofensiva, sino de personas que se consideran peligrosas o potencialmente peligrosas⁶¹. Por ello, se ha señalado que el delito de *grooming* puede no llegar a poner en peligro de ninguna forma ni la libertad ni la indemnidad sexual de los menores y que incluso podría limitar el derecho de los menores de 13 años a compartir su intimidad sexual a través de las TIC⁶².

Por ello, en determinados casos se ha considerado que la intervención del legislador puede resultar negativa y que el tipo penal es inadecuado para resolver un problema que posiblemente ni exista. Con ello, el legislador habría incurrido en un Derecho penal simbólico al crear un nuevo tipo penal no para otorgar una protección efectiva (el tipo es tan complejo que muy difícilmente podrá ser aplicado) sino para dar la imagen de preocupación por un problema que socialmente se percibe como grave⁶³.

Personalmente, coincido plenamente con esta opinión, parece que el legislador se ha preocupado más por la imagen externa de resolución de un problema que ni siquiera se ha preocupado en demostrar que existe y que es posible que no sea tal. La protección que pretende otorgar es, en mi opinión, totalmente inadecuada, en definitiva, porque otorga una protección no contra conductas

61 En concreto, buscaría protección frente a los *sexual predators*. Sobre ellos, Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, *Revista de derecho penal y criminología*, N° 8 (2012), páginas 195-227.

62 Así se pronuncia NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 212, aseverando que “puede terminar por limitar de forma ilegítima el derecho de los menores de 13 años y de los menores adolescentes a compartir su intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías, lo que en definitiva forma parte de ese espontáneo desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual”. Con ello, a juicio de NÚÑEZ FERNÁNDEZ, se obvia que, en la actualidad, los adolescentes comparten su intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías, que se han convertido en una nueva forma de desarrollo de la personalidad. Considera, además, que en el entorno en el que nos encontramos, con un entorno mediático muy sexualizado y en el que el sexo se ha convertido en un sinónimo de éxito, es lógico que se produzca de forma cada vez más adelantada el despertar sexual de los menores y adolescentes. En este sentido, considera que hay una gran hipocresía social reflejada en la actuación del legislador ya que, por un lado, “permitimos la sexualización del entorno mediático que rodea a los menores pero al tiempo demonizamos su sexualidad”.

63 Cfr. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, Ibíd. p. 213. Afirma que “puede resultar especialmente dañina para la víctima a la que supuestamente queremos proteger; esa víctima que sufre las consecuencias de nuestra esquizofrenia cuando se ve envuelta en un proceso penal por participar en un intercambio virtual de contenido sexual que concibe como normal”. Opina que el tipo penal pretende “dar respuesta a las voces de alarma que se alzan desde determinados sectores como los medios de información. Todo ello se lleva a cabo con precipitación y sin tener en cuenta los estudios empíricos que existen sobre la realidad de la cuestión a tratar”. Por ello, entiende que son más adecuadas otras actuaciones que conllevan una implicación social mucho mayor.

lesivas, sino contra personas que se considera pueden ser peligrosas. En ese caso, puede considerarse que el delito de *grooming* conlleva una protección demasiado anticipada -previo a la comisión de un delito-, pese a que lo más correcto sería, a mi juicio, una protección incluso anterior y, en todo caso, ajena al Derecho Penal, esto es, mediante la prevención de la que se ha hablado más arriba.

4.3.-Requisitos típicos del delito de *grooming*

En el presente apartado se analizará la estructura del delito de *grooming*, es decir, la concreta configuración que el legislador ha dado al delito en el artículo 183 bis CP.

Se trata de un delito con una estructura ciertamente compleja, y que algunos autores han considerado como tipo mixto acumulativo⁶⁴, mientras otros consideran esta afirmación desacertada, pues se trata de un tipo compuesto, que requiere la realización de diversas conductas sin que ninguna de ellas, por sí misma, constituya un delito (a diferencia del tipo mixto acumulativo que implicaría el ataque a diversos bienes jurídicos y, por tanto, la realización de diferentes delitos)⁶⁵. Lo que queda claro, en cualquier caso, es que el tipo requiere la realización de diversos actos para poder ser calificado como delito de *grooming*.

En primer lugar, se requiere un contacto con un menor de trece años a través de una TIC. Parte de la doctrina se inclina por entender que no es suficiente con que haya un intento de contacto, sino que además es necesario que el menor conteste a esta petición de contacto⁶⁶, aunque también hay autores que entienden que es suficiente con que haya conocimiento por parte del menor⁶⁷.

64 Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011). P. 245 y PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *Diario La Ley*, sección doctrina, N°7915 (2012). P. 5 y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3.

65 En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 192.

66 Así, Cfr NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, Ibíd, p. 192, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, Artículo 183 bis en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) et al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9ª Edición. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S. A., 2011.

67 Así lo entiende MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N°2 (2012). P. 5.

Se ha considerado, además, que no es necesario que el contacto sea un primer contacto, por lo que el tipo permitiría que los sujetos activo y pasivo se hubieran conocido previamente y que, después, se produzca el contacto a través de la TIC⁶⁸. En ese caso, si el menor ha conocido al sujeto activo físicamente antes del contacto mediante la TIC, puede ser problemático, entiendo, pues la fundamentación para castigar un contacto por vías tecnológicas radica en que son medios que permiten el engaño y el anonimato, peligro que no se corre en el caso que el menor ya conozca a quien le contacta. No obstante, es cierto que, como ya se ha expuesto, el legislador en la LO 5/2010, ha eliminado el anonimato del fundamento del delito de *grooming* y, como acertadamente explican los autores citados, el artículo 183 bis CP no exige que se trate de un *primer* contacto. Se permitiría, incluso, que el contacto original no lo lleve a cabo el agresor, sino la propia víctima, es decir, que sea el menor quien realice el primer contacto y, a partir de ese momento, se continúe el proceso de *grooming* hasta un contacto en el que el agresor propondría el encuentro⁶⁹.

El contacto debe llevarse a cabo a través de una TIC, definida en sentido amplio, ya que el literal del artículo 183 bis CP incluye expresamente una referencia a internet y teléfono a lo que añade “*cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación*”. Pese a su amplitud, BOIX REIG ha entendido que se trata de una limitación innecesaria de los medios comisivos⁷⁰.

En cualquier caso, se ha considerado que es necesario que el adulto “capte” al menor a través de la TIC⁷¹. Además, el contacto debe dirigirse a un menor de trece años, cuestión plenamente coherente con el contexto de la regulación en materia sexual, pues es este el límite a partir del cual los menores adquieren la capacidad para prestar su consentimiento en materia sexual, aunque algunos autores han considerado que sería más conveniente ampliar la protección a otros menores⁷².

68 Véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 243 y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3.

69 En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 193.

70 En BOIX REIG, Javier (dir.) et al., *Derecho Penal. Parte especial*. 1^a Edición. Madrid: Iustel, 2010. P. 357. Considera que con ello puden delimitarse los medios comisivos y que habría sido más acertado hacer referencia a “*cualquier medio*”.

71 Así lo entiende la SAP Lleida (Sección 1^a) núm. 224/2013, de 2 de julio. En el FJ segundo excluye la aplicación del delito de *grooming* por dos razones: la edad de la víctima y la circunstancia de que los hechos tienen origen en la convivencia de agresor y víctima, por lo que no se ha captado a la menor a través de las TIC.

72 Vid. GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, op. cit. p. 244. Propone ampliar la protección “*más allá de esa primera fase de la vida humana que es la infancia*” y por lo tanto a menores hasta los 16 años, ya que los abusos sexuales no se configuran sólo entorno a la capacidad de autodeterminación sexual, sino también a los vicios de consentimiento.

En segundo lugar, se exige que haya una propuesta de encuentro para cometer contra el menor un delito sexual.

En cuanto a la propuesta de encuentro, algunos autores han considerado que no es necesario que se trate de un encuentro “físico” sino que basta con un encuentro “virtual”⁷³. Personalmente, considero que esta afirmación es muy acertada ya que, efectivamente, actualmente ha proliferado mucho el uso de las tecnologías y son totalmente habituales los encuentros virtuales. Además, coincido en que algunos de los delitos que deben pretenderse (vid. *infra*) pueden realizarse a través de una TIC.

Desde la perspectiva de la víctima, se discute si es necesario o no que el menor acepte la propuesta de encuentro⁷⁴. A mi juicio, es necesario que el menor acepte la propuesta ya que, de lo contrario, el bien jurídico protegido no llegaría a ponerse en riesgo ni remotamente, de forma que aceptar lo contrario llevaría a castigar conductas sin capacidad de lesión.

Es necesario que el autor tenga la intención de cometer uno de los delitos previstos en los artículos 178 a 183 y 189 del CP. Así, se habla de un “*dolo reduplicado*” y de la exigencia de un “*ánimo tendencial*”⁷⁵. Se trata de una cuestión verdaderamente difícil de probar, como es la intención interna del autor y que, de hecho, raramente podrá ser objeto de auténtica prueba, sino de una prueba indiciaria, a lo sumo⁷⁶. En todo caso, una de las formas que podría utilizarse es el hecho que el autor haya realizado anteriormente alguno de los delitos mencionados, lo cual llevaría a un reflejo del derecho penal de autor, cuestión que se ve reforzada por la imperativa imposición de una medida de libertad vigilada *ex art. 192.1CP*⁷⁷ cuando se impone la pena de prisión (medida que es

73 De esta opinión, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, Ibíd. p. 247. Entiende que actualmente es muy común llevar a cabo encuentros a través de las redes y, además, algunos de los delitos que deben abarcar la intención del autor pueden ser cometido mediante un “encuentro virtual”. Considera que debe ser un encuentro físico en todo caso GIL BARBERÀ, Maria, “El nou article 183 bis del Codi Penal”, *Lo Canyeret*, N° 75 (2012). P. 24.

74 Considera que es necesario que el menor acepte NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 194, pese a que no lo exija el literal del artículo, ya que lo considera adecuado por interpretación teleológica. No lo consideran necesario, en cambio, MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, op. cit. p. 5 y GIL BARBERÀ, Ana María, Ibíd. p. 24.

75 Ambas citas de GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGRIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 842/2012 (2012). p. 6.

76 En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 197, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3 y GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino, Ibíd. p. 7.

77 “*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*”.

facultativa en el caso que se haya condenado por un solo delito y se trate de un delincuente primario, atendiendo, en todo caso, a su peligrosidad).

En cualquier caso, se ha criticado, por incomprendible, la mención a los artículos 178 a 182 CP, pues se trata de delitos que, por la configuración del Código, en ningún caso pueden cometerse contra menores de 13 años, ya que estos menores, como víctimas, se prevén, específicamente, en el artículo 183 CP, con un bien jurídico diferente entre unos y otro⁷⁸.

Por otro lado, es necesario concretar a cuáles de las conductas previstas en el artículo 189 CP son aludidas por el artículo 183 bis CP. En este sentido, coincido con NÚÑEZ FERNÁNDEZ en que podrían incluirse entre las conductas del artículo 189 CP a las que se refiere el artículo 183 bis CP el apartado 1.a del artículo 189⁷⁹ y que también debería incluirse el apartado 4 del mismo artículo⁸⁰, pues de una lectura del artículo 189 CP puede inferirse que son estas conductas las susceptibles de ser planeadas y propuestas a través de las TIC⁸¹.

Por último, se exige que la propuesta se acompañe de actos materiales de acercamiento. Se trata de un requisito que implica que se haga patente el riesgo para el bien jurídico, de forma que la amenaza a la que se vea sometido sea más cercana. Gran parte de la doctrina entiende que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que sólo puede concretarse caso a caso⁸². Así, no se ha querido limitar este requisito y, simplemente, se ha explicitado su naturaleza (deben ser materiales) y su finalidad (el acercamiento)⁸³.

78 En el mismo sentido se expresa MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, op. cit. p. 5. Algun autor ha señalado que esta mención puede entenderse si el contacto se realiza mientras la víctima es menor de 13 años pero el abuso o agresión sexual se lleva a cabo cuando es mayor: DOLZ LAGO, Manuel Jesús, Ibíd. p. 3.

79 “El que capture o utiligure a menores de edad (...) con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (...) o para elaborar cualquier clase de material pornográfico”.

80 Hacer participar a un menor en una comportamiento de naturaleza sexual que perjudice la evolución o el desarrollo de su personalidad.

81 NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 194.

82 Así lo expresa PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *Diario La Ley*, sección doctrina, N°7915 (2012). P. 6.

83 Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 199 y DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3.

El artículo 183 bis CP incluye una cláusula concursal (“*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”). Teniendo en cuenta que la mayoría de la doctrina considera que el delito de *grooming* conlleva la criminalización de actos preparatorios de otros delitos sexuales⁸⁴, este punto parece adaptarse mal al principio de consunción (artículo 8.3^a CP, que determina que el delito complejo absorbe al delito consumido por el mismo, de esta forma, el delito consumado absorbería la tentativa y ésta a los actos preparatorios punibles)⁸⁵ e, incluso, puede vulnerar el principio *non bis in idem*, pues castiga en dos ocasiones un único ataque al mismo bien jurídico⁸⁶. Puede entenderse que al referirse a los “delitos en su caso cometidos” no se refiere a los delitos contra la indemnidad sexual, sino a otros delitos -por ejemplo, contra la libertad-, pero así se vulneraría, igualmente, el principio *non bis in idem*, pues ya se han previsto como agravación del tipo (vid. *infra*).

Hay que tener en cuenta que esta cláusula de concurso resulta poco pacífica no sólo en la doctrina, en jurisprudencia también encontramos sentencias que resuelven en los dos sentidos⁸⁷.

El inciso final del artículo 183 bis CP incluye un tipo agravado en función de los medios comisivos. En concreto, establece la imposición de las penas⁸⁸ en su mitad superior si se utilizan, para el acercamiento, coacción, intimidación o engaño. La cuestión más problemática de este inciso final es el hecho que, si como se ha expuesto, internet facilita el anonimato y posibilita que el agresor se haga pasar por otra persona, va a ser muy habitual que lo haga -de hecho, es uno de los fundamentos para incluir este nuevo tipo penal- y que, en consecuencia, el tipo básico quede sin contenido, toda vez que lo más habitual sería la aplicación del tipo agravado⁸⁹.

84 Véase NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, Ibíd. p. 201, PÉREZ FERRER, Fátima, op. cit. p. 6, MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, op. cit. p. 2., GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, op. cit. p. 243 y BOIX REIG, Javier, op. cit. p. 359.

85 A favor de esta opinión NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, op. cit. p. 205. En contra, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, op. cit. p. 3.

86 Vid. NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, Ibíd. P 205.

87 Aplica la cláusula, para castigar como concurso los delitos de *grooming* y abusos sexuales a menor de trece años (art. 183 CP) la SAP Barcelona (Sección 6^a), núm. 676/2013, de 19 de julio, FJ segundo. Considera, en cambio, que no con punibles el *grooming* y los abusos sexuales a un menor de trece años en concurso en virtud del principio de consunción y, por ello, absuelve del delito de *grooming* la SAP Sevilla (Sección 1^a), de 3 de octubre, FJ segundo.

88 Prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

89 En este sentido, vid. PÉREZ FERRER, Fátima, op. cit. p. 8.

5.-Conclusiones

Visto todo lo anterior, puede considerarse que, efectivamente, las TIC pueden ser una fuente de riesgo en cuanto a posibles comportamientos lesivos. Es evidente que la TIC facilitan la realización de diferentes delitos por dos razones: favorecen el anonimato, por un lado, y aseguran una falsa sensación de seguridad (tanto para el quien realiza el *grooming* como para el menor), toda vez que, físicamente, su uso se realiza desde casa, por lo que el efecto psicológico es el de la seguridad propia de quien está a cubierto.

Este posible uso malintencionado favorecido por las TIC es la que ha servido al legislador para justificar su inclusión como nuevo delito, que se ha fundamentado como reacción frente al mal uso de las TIC que han llevado a victimizar a menores quienes, de acuerdo con el legislador, se encuentran en una posición de desvalimiento.

Al introducir el nuevo delito de *grooming*, se pretende proteger la llamada *independencia sexual* de los menores de trece años, entendida ésta como la adecuada formación de la personalidad del menor en materia sexual. La tipificación del delito de *grooming* se ha configurado como la criminalización de actos preparatorios que, de otro modo serían impunes (y así lo entiende gran parte de la doctrina). Por ello, considero que se ha brindado una protección muy lejana a la vulneración del bien jurídico que se pretende proteger y que, pese a la consumación del delito es posible que no llegue a afectarse la formación sexual del menor.

Por ello, parece ser que el legislador ha caído en el derecho penal simbólico. Es decir, ha criminalizado una conducta que, pese a que socialmente pueda percibirse como un problema, es muy cuestionable a nivel jurídico, con el objetivo de dar la imagen de la solución de un problema al que, por otra parte, ha dado una solución no del todo adecuada, pues, en mi opinión, es más necesario asegurar la educación de los menores para evitar que puedan ser víctimas (habida cuenta que, en las TIC, la única forma de afectar al bien jurídico, es que la propia víctima lo ponga a disposición del agresor).

La regulación del *grooming* tiene, además, visos de derecho penal de autor. Este punto se hace evidente en el momento en que uno de los (muy pocos) indicios que pueden utilizarse para hacer referencia a las intenciones del autor puede ser el hecho que haya realizado conductas similares

anteriormente y, de forma mucho más clara, en el hecho que se impone como obligatoria una medida de libertad vigilada en el caso que no se trate de un delincuente primario y que se haga referencia a la peligrosidad del autor, en el caso que lo sea.

En todo caso, el artículo es típicamente muy complejo y, de hecho, muy raramente aplicado, como se aprecia en el número de ocasiones -sólo se han encontrado dos sentencias- en las que se ha condenado por el delito de *grooming* en sus casi cuatro años de vigencia.

6.-Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.) et al. *Derecho penal español: Parte Especial (I)*. 2ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

BARTRINA ANDRÉS, María José; Anàlisi i abordatge de l'assetjament entre iguals mitjançant l'ús de les noves tecnologies. Justícia juvenil i adolescents en l'era digital. Ajuts a la investigació 2011.

BENITO OSMA, Félix; La web 2.0 y las redes sociales en la sociedad y en la empresa: riesgos, responsabilidad y seguro. *Revista Española de Seguros*. Número 153-154, 2013. Páginas 89 a 115.

BOIX REIG, Javier (dir.) et al., *Derecho Penal. Parte especial*. 1ª Edición. Madrid: Iustel, 2010.

CANCIO MELIÁ, Manuel, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, Nº 80, sección estudios (2011).

CUGAT MAURI, Miriam; Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.) et al.; *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. Páginas 225 a 247.

DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola; El denominado “child grooming” del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio. Ministerio de Justicia. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2012, número 2138. Páginas 2-24.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual”, en: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, Nº 7575, sección doctrina (2011).

GALLEGOS SOLER, José Ignacio; Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. 1ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

GAUDÍN RODRÍGUEZ-MAGRIÑOS, Faustino, “Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de Grooming”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 842/2012 (2012). Páginas 5 a 8.

GIL ANTÓN, Ana María; El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales. *Revista de Derecho UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Número 10, 2012. Páginas 209 a 255.

GIL BARBERÀ, Maria, “El nou article 183 bis del Codi Penal”, *Lo Canyeret*, Nº 75 (2012). Páginas 12 a 29.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011). Páginas 207 a 258.

Innocenti Research Centre; Child safety online. Global challenges and strategies. December, 2011.

KRONE, Tony; A Tipology of Online Child Pornography Offending. Australian Institute of Criminology. *Trends & Issues in crime and criminal justice*. July 2004, number 279.

Observatorio de la seguridad de la información. Área Jurídica de la Seguridad y las TIC; Guía Legal sobre Ciberbullying y Grooming. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO).

MAGRO SERVET, Vicente, “El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, Nº 7492 (2010).

MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA, 2001.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Barcelona: Librería Bosch, S.L., 2011.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Ánalisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Madrid: Dykinson, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 18^a Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier, “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº2 (2012).

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 65 (2013). Págs 179-224.

ORTS BERENGUER, Enrique, Algunas consideraciones sobre Moral y Derecho penal, *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia I Ciències Penals de la UV*, de 13-07-2009.

ORTS BERENGUER, Enrique; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

PÉREZ FERRER, Fátima, “El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, *Diario La Ley*, sección doctrina, Nº7915 (2012).

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep; *Derecho Penal Español. Parte especial*. 6^a Edición. Barcelona: Atelier, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) et al. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 9^a Edición. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, S. A., 2011.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio; El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado. *Diario La Ley*, sección doctrina. Nº 7746 (2011).

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio; Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores). *Revista de derecho penal y criminología*. N° 8 (2012). Páginas 195 a 227.

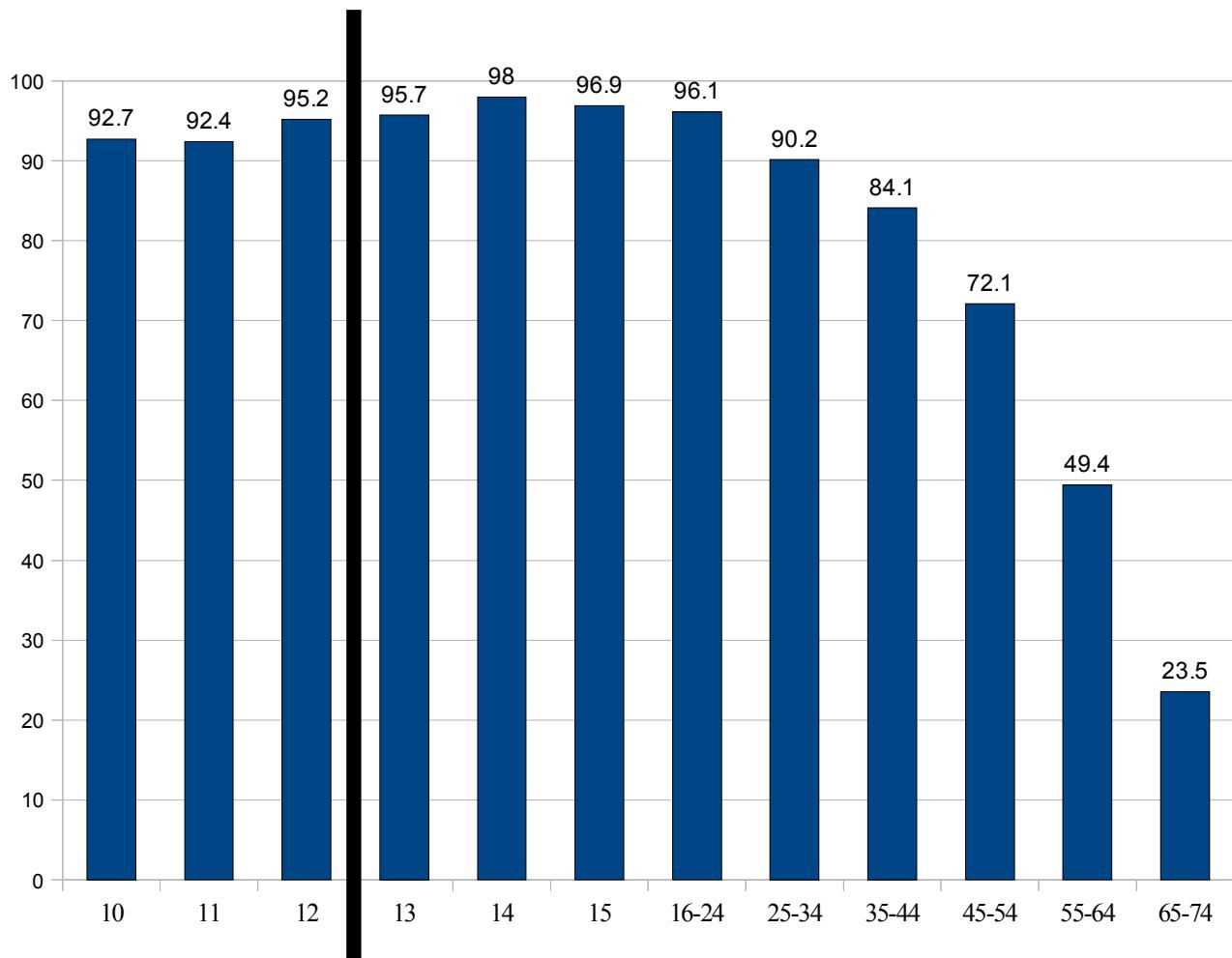
RAYMOND CHOO, Kim-Kwang; Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences. Australian Institute of Criminology. *AIC Reports. Research and Public Policy Series*. Number 103, July, 2009.

RAYMOND CHOO, Kim-Kwang; Responding to online child grooming: an industry perspective. *Trends & issues in crime and criminal justice*. Number 379, July 2009.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos et al.; *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte especial*. 6^a Edición. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SA, 2011.

TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y Explotación Sexual: Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2000.

Anexo 1. Porcentaje de uso del ordenador por edad



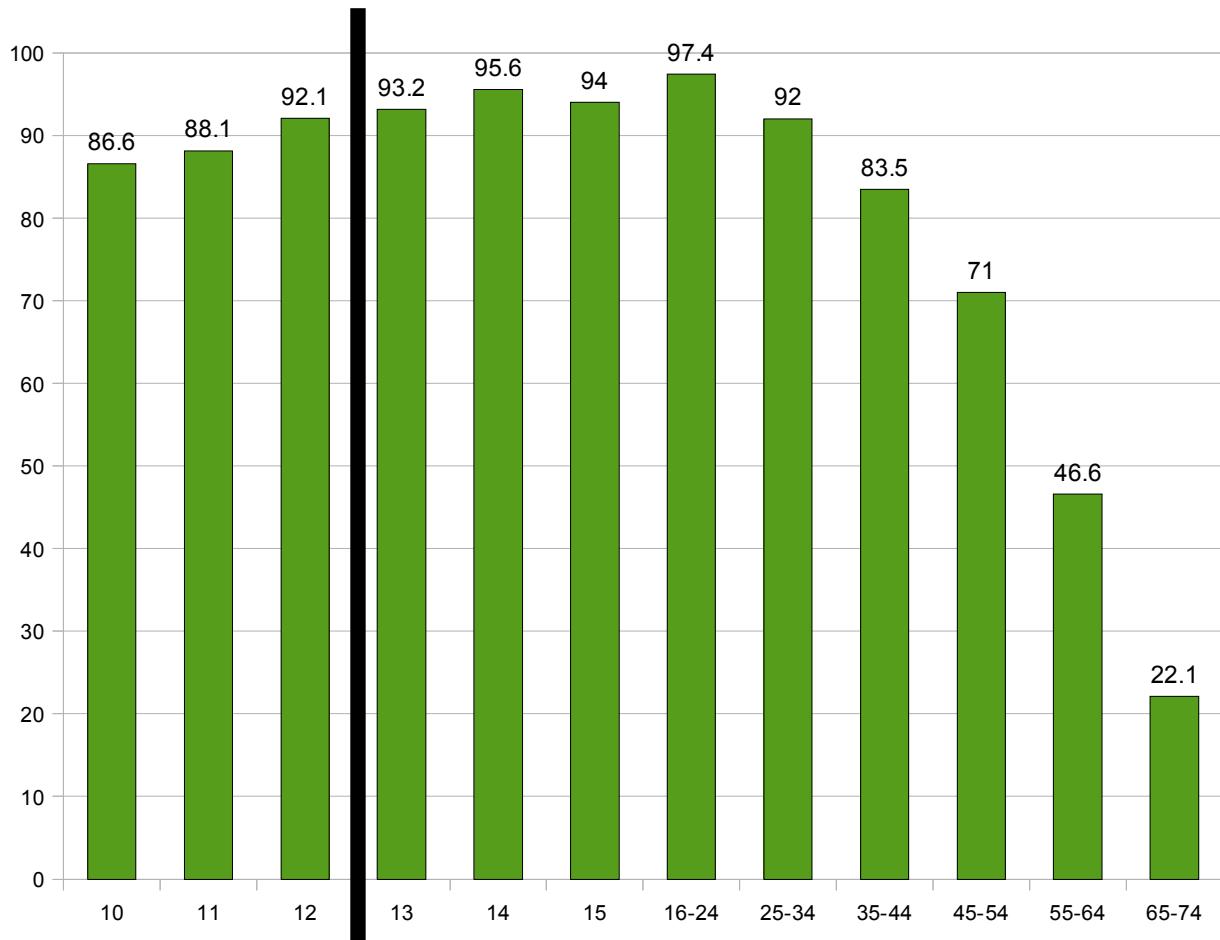
Fuente: INE.

Los datos representados corresponden al año 2013. La variable analizada corresponde al número de personas que habían hecho uso del ordenador en los tres meses anteriores a ser encuestados por el INE.

Como se ha apuntado, el uso de ordenador entre menores es mayoritario con creces y, de hecho, casi absoluto. Se ha separado los menores de 13 años del resto de personas por dos razones: en primer lugar, porque se trata de la edad a partir de la cual los menores adquieren capacidad para consentir en cuanto a las relaciones sexuales. En segundo lugar, porque el sujeto pasivo del artículo 183 bis CP es, en todo caso, menor de 13 años.

Lo más destacable es que el porcentaje de usuarios de ordenador desciende a partir de los 15 años y en adelante. Los mayores descensos se producen a partir de los 44 años y, hasta los 54 años, el uso de ordenadores es mayoritario.

Anexo 2. Porcentaje de usuarios de internet por edad.



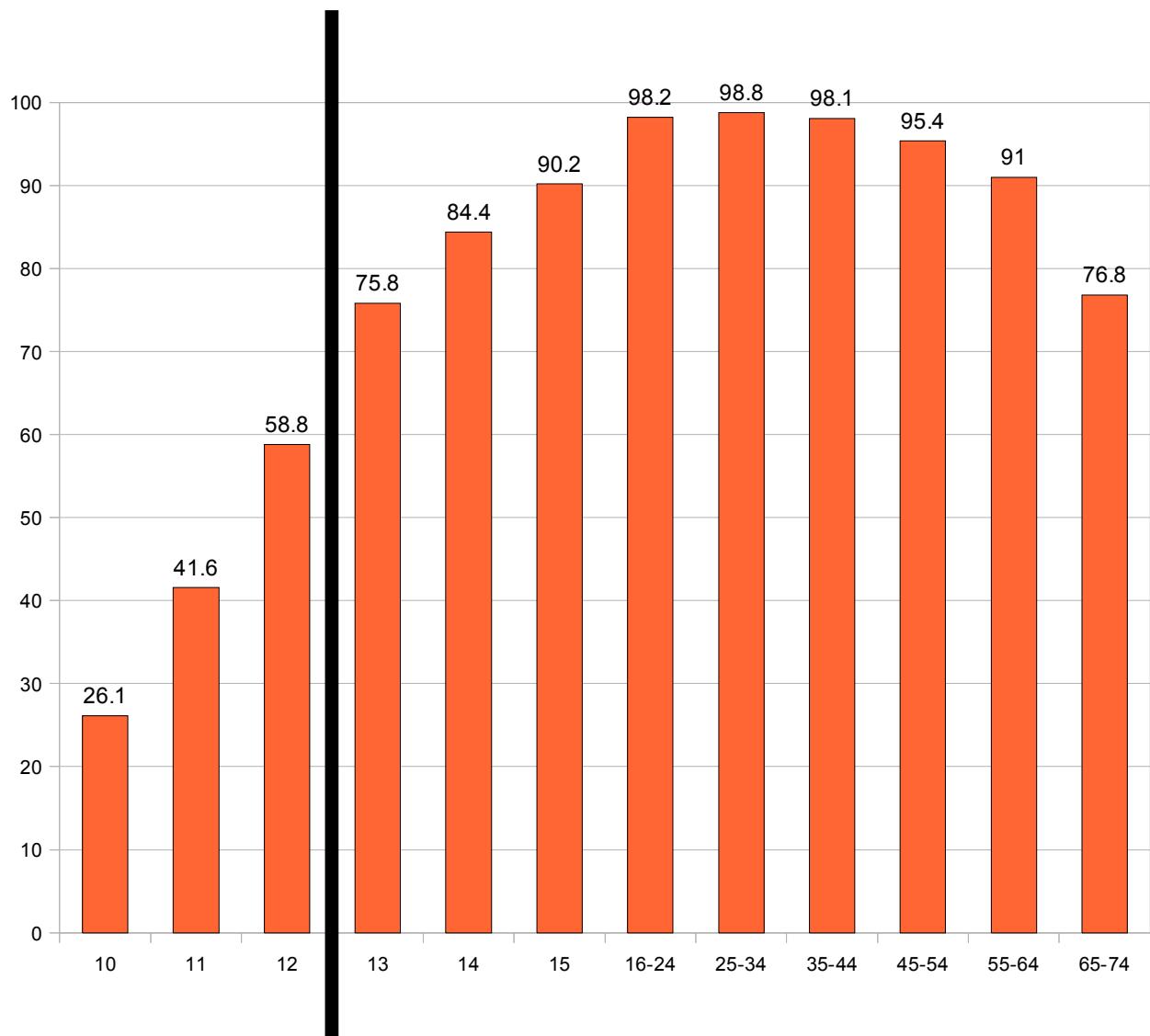
Fuente: INE.

Nuevamente, se trata de datos de 2013 y analiza el porcentaje de personas que habían utilizado internet en los tres meses anteriores a ser encuestados por el INE.

Pese a que el dato es inferior al de usuarios de ordenador, con alguna excepción, también es muy mayoritario entre los menores. En todo caso, aunque también se apunta un descenso del porcentaje de usuarios hacia los 15 años, se produciría un repunte en el segmento de 16-24 años y el descenso se inicia a partir de ahí. En este sentido, es destacable que en el segmento de 16 a 34 años (16-24 y 25-34 en la gráfica) es superior el uso de internet que el de el ordenador. Este aspecto es explicable por el auge del uso de internet en la telefonía (con los llamados *smartphones*).

La división entre los doce y los trece años responde a las mismas razones expresadas en el Anexo 1.

Anexo 3. Uso de teléfono móvil por edad



Fuente: INE.

En este caso, se analizan los datos de 2013 de menores que disponían de teléfono móvil (menores hasta los 15 años) y de personas que habían hecho uso del teléfono móvil en los tres meses anteriores a ser encuestados por el INE (de 16 años en adelante).

Lo más destacable es que el uso de teléfono móvil es mucho menos común entre menores (no llega a ser mayoritario hasta los 12 años y no llega a superar el 90% hasta los 15 años. En todo caso, el porcentaje de usuarios de teléfono móvil asciende hasta el segmento de 25 a 34 años y, a partir de ahí, se inicia el descenso -si bien, en menor medida que en el uso de ordenadores e internet-.

Una vez más, la separación entre las edades de 12 y 13 años responde a las mismas razones expuestas en el anexo 1.