

EL NUEVO DELITO DE «CHILD GROOMING» DEL ARTÍCULO 183 TER.1 DEL CÓDIGO PENAL

Rocío Gutiérrez Gallardo

Licenciada en Derecho. Máster en Derecho Penal del ICAB

EXTRACTO

Las redes sociales y las nuevas tecnologías en general han supuesto una revolución para nuestra sociedad. Bien usadas, suponen herramientas básicas y casi imprescindibles ya en nuestro día a día, tanto laboral, como social, pero usadas sin una mínima precaución, pueden darnos más de un disgusto.

Instagram, Twitter y Facebook son solo unos ejemplos de los numerosos chats y grupos sociales de los que hoy disponemos para contactar con personas en cualquier parte del mundo. Personas que, en ocasiones, conocemos ya de antes pero que, en otras ocasiones, son totalmente desconocidas y sobre todo, anónimas, y es aquí cuando el peligro empieza, pues el anonimato que otorga internet ha servido de caldo de cultivo para los depredadores sexuales.

Figuras delictivas como el ciberacoso y el *child grooming* eran impensables hace veinte años y, por ello, no quedaban recogidas de forma expresa en el antiguo Código Penal. Pero la reforma operada con la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto un gran avance en la lucha contra los depredadores sexuales vía internet, como veremos en este artículo, y queda patente el esfuerzo y el interés del legislador por defender a nuestros menores de los peligros de la red.

- I. Introducción
- II. ¿En qué consiste el fenómeno denominado *child grooming*?
- III. Orígenes de su regulación
- IV. Tratamiento del delito de *child grooming* en el Código Penal español
 - IV.1. Naturaleza
 - IV.2. El bien jurídico protegido
 - IV.3. La conducta típica: elementos objetivos y subjetivos
 - IV.4. Penalidad y conflictos concursales
- IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El *child grooming* es un tecnicismo anglosajón usado para describir la conducta de aquel adulto que, ya sea ganándose la confianza de un menor, ya sea coaccionándolo, prepara, arregla o «acicala» (traducción al español de *grooming*) el terreno, para que el menor acceda a la voluntad última del adulto, que es cometer cualquiera de los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal.

La tipificación penal del denominado *child grooming* fue introducida en nuestro ordenamiento con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 que, con esta regulación, implementaba en nuestro ordenamiento jurídico las previsiones del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los menores y contra la explotación y el abuso sexual –más conocido como Convenio de Lanzarote–, de 25 de octubre de 2007 (ratificado por España el 12 de marzo de 2009)¹.

El evidente incremento del uso de las nuevas tecnologías por parte de la sociedad y, en mayor medida, por los jóvenes y menores de edad, especialmente en lo que respecta a internet y uso de redes sociales tales como Facebook o Twitter, así como la participación de estos mediante foros, chats o programas *webcams* que permiten incluso el contacto inmediato con conversaciones e imágenes en tiempo real², facilitan y mucho a los depredadores sexuales la obtención de sus objetivos.

En 2010, las fuerzas y cuerpos de seguridad alertaron del incremento de casos de ciberacoso sexual sobre jóvenes y menores de edad que se venían produciendo en los últimos años. Ello supuso la introducción del artículo 183 bis del Código Penal, mediante la Ley Orgánica 5/2010, por el que por primera vez se tipificaban en España conductas antes jamás reguladas, como el ciberacoso sexual a través de internet, teléfono o cualquier otra tecnología.

Una vez más, el desarrollo social y su trepidante evolución, había superado a la legislación penal vigente. Hasta la fecha, el legislador no se había planteado que una menor pudiera hacerse una foto en bikini en el cuarto de baño de su casa con su móvil y colgarla en Facebook, en cuestión de segundos, para regocijo de cualquier depredador sexual. O que un adulto de 50 años pudiera hacerse servir del anonimato de internet, para contactar vía chat con una menor de 12 años y proponerle un encuentro en el parque.

Los depredadores sexuales acceden fácilmente a sus víctimas mediante internet, pues el anonimato que este medio les proporciona y el «enganche» al uso de las nuevas tecnologías que los jóvenes de hoy en día tienen, les facilita enormemente la tarea, pudiendo crear perfiles falsos en las diversas redes sociales para contactar con menores haciéndose pasar por menores, a su vez. Por ello, junto a

¹ ROMA VALDÉS, A.: *Código Penal comentado*. Editorial Bosch, 2015, pág. 346.

² <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-prottegido/>

las ventajas que la red ofrece, existen peligros inherentes a la misma que hacen aflorar la necesidad de reaccionar normativamente contra esta realidad y que se magnifican en el caso de los adolescentes, que tienen más dificultades que los adultos para identificar las conductas arriesgadas.

El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en el estudio realizado en fecha 2 de noviembre de 2002, *Seguridad infantil y costumbres de los menores en internet*, ya alertaba de este fenómeno en la Comunidad de Madrid, conocido también como ciberacoso sexual infantil, indicando que un 44 % de los menores que navega con regularidad, se ha sentido acosado/a sexualmente en internet en alguna ocasión. De entre ellos, un 11 % reconoce haber sido víctima de esta situación en diversas ocasiones. En el referido estudio se pedían medidas penales contra la pornografía infantil en internet, comprendiendo esta materia³.

A través de las redes sociales, los pedófilos –adultos con inclinación sexual hacia púberes y jóvenes– escogen a través de miles de perfiles a su próxima víctima; especialmente del sector más vulnerable, entre 10 y 15 años. Un espacio ideal para estos acosadores, que generalmente cumplen con un perfil de entre 30 y 50 años, y aunque aparentan ser normales, son inseguros, inmaduros, con un alto grado de dificultad para establecer comunicaciones y relaciones sociales, además de un grave desajuste de personalidad⁴.

II. ¿EN QUÉ CONSISTE EL FENÓMENO DENOMINADO *CHILD GROOMING*?

El término *child grooming* se refiere a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de 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.

Entre las técnicas del pedófilo para realizar las conductas conocidas como *child grooming* se han detectado las siguientes:

- Ingresa a salones de chat públicos con *nicks* (nombres de usuario) llamativos para el niño o la niña. Ejemplo: matías14, gatita16, etc.
- Con el fin de elegir a su potencial víctima que tiene un *nick* similar al suyo, luego de establecer la conversación por chat, le pide a la víctima que le dé su dirección de Messenger.
- Cuando logra estar en el Messenger del menor, le pregunta si tiene *webcam* para conocerlo mejor, luego de eso comienza a tratar de seducirlo diciéndole lo bella o bello que lo encuentra, que le deje ver si tiene bonita boca, bonito cuerpo, le hace adoptar frente a la *webcam* poses insinuantes que va capturando como imágenes en formato .jpg en

³ Estudio realizado para el Defensor del Menor por las organizaciones de protección de la infancia ACPI (Acción contra la pornografía infantil) y Protégeles. Puede encontrarse en el link: http://www.defensordelmenor.org/upload/documentacion/estudios/2002seguridad_infantil.pdf

⁴ DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*», *Diario La Ley* (7575/2011), pág. 1.740.

su computador. A renglón seguido, si logra hacer que el/la menor le muestren sus pechos o genitales, revela su verdadera identidad, diciéndoles que les enviará esas fotos a sus padres o las publicará en algún *fotolog* si no acceden a lo que él les va pidiendo y ahí comienza el verdadero acoso, que puede terminar en un encuentro personal y una consiguiente violación o abuso sexual⁵.

III. ORÍGENES DE SU REGULACIÓN

En los últimos años, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, en especial internet y la creación de espacios virtuales de encuentro, han evolucionado la humanidad. Pero, si bien estas nuevas formas de comunicación suponen un enorme avance para nuestra sociedad, ofrecen la posibilidad de perpetrar acciones delictivas a miles de kilómetros, pudiendo utilizar identidades supuestas y anónimas, lo que dificulta, enormemente la persecución e investigación de estos tipos delictivos por parte de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado.

En la era del ciberespacio, esta nueva realidad convertida en una herramienta fundamental para el desarrollo personal y de otro tipo de actividades, como medio de intercambio masivo de información, plantea serios retos al derecho penal. Lo cierto es que, junto a sus indudables ventajas, las nuevas tecnologías traen consigo una altísima potencialidad como medio para la comisión de delitos, por lo que desde hace algún tiempo y desde diversas instancias se había requerido una respuesta penal eficaz que la combatiese o, al menos, la minimizara⁶.

Resulta, pues, incuestionable que la causa inmediata de la introducción del actual artículo 183 ter responde a la existencia de un fenómeno que surge con la difusión del uso de las nuevas tecnologías entre menores, que no estaba previsto en el Comité del Consejo de Europa para la Convención de 23 de noviembre de 2001, conocido también como Convenio de Budapest, en su informe *Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*, aunque sí en otros convenios internacionales. En efecto, el artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, obliga a los Estados parte a criminalizar la comunicación llevada a cabo por adultos, a través de medios de comunicación o información, cuando esta consista en la proposición a un menor que no haya alcanzado la edad de consentimiento de relaciones sexuales según la normativa vigente en cada ordenamiento, para tener un encuentro; además, se exige que exista la finalidad de cometer algún acto constitutivo de agresión o abuso sexual o producción de pornografía infantil y que la propuesta haya ido seguida de actos materialmente conducentes a conseguir dicho encuentro⁷.

⁵ DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*», *Diario La Ley* (7575/2011), pág. 1.741.

⁶ PÉREZ FERRER, F.: «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español», *Diario La Ley* (7915/2012), pág. 2.

⁷ Véase nota anterior.

IV. TRATAMIENTO DEL DELITO DE *CHILD GROOMING* EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, además de la reorganización sistemática de los artículos que lleva a cabo, introduce tres importantes novedades. La primera de ellas, la elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, en consonancia con la nueva regulación contenida en el capítulo II bis del título VIII del libro II del Código Penal. La segunda, el cambio de la referencia a los delitos que constituyen el propósito del sujeto activo del delito de *grooming* cuando entabla el contacto con el menor; más acorde con la nueva regulación del código. La tercera novedad es que finalmente se añade ahora un apartado segundo al precepto que tipifica otras modalidades de *grooming* que con la regulación anterior resultaban impunes, acomodando de esta manera el código a la realidad social⁸, y así, el punto 2 del artículo 183 ter del Código Penal castiga con pena de prisión de seis meses a dos años al que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor.

Así mismo, la referencia a los delitos para los cuales se concierta el encuentro se reduce, eliminando las menciones que antes se hacían a los artículos 178 a 182 del Código Penal. Entendemos que la reducción viene motivada porque un sector de la doctrina, como Muñoz Cuesta, venía considerando que era innecesaria esa referencia a los preceptos 178 a 182 del Código Penal desde el momento en que la víctima tenía que ser inferior a 13 años de edad, cuyos delitos como víctima están concentrados en el artículo 183 del texto legal. Sin embargo, otra parte de la doctrina como Dolz Lago entendía que era correcta la redacción, porque de ese modo se castigaban aquellos actos de acoso sexual realizados con un menor de 13 años de edad, cuyo acto contra la libertad sexual se cometiera una vez superada esa barrera de edad. Con lo cual, al haberse suprimido esa referencia a los artículos 178 a 182 del Código Penal con la reforma legal, en el caso de que el ciberacosador intente concertar un encuentro con el menor de 16 años realizando actos materiales para la consecución de un delito sexual, pero para perpetrar ese delito sexual cuando el menor ya se halle en la horquilla de edad de los 16 a los 18 años, todos los actos preparatorios de ciberacoso para conseguir la comisión del delito contra la libertad sexual serían impunes, castigándose únicamente el delito sexual que finalmente se pudiera cometer⁹.

IV.1. NATURALEZA

Para el examen de la tipicidad del *child grooming*, forzosamente hemos de referirnos a la STS 97/2015, de 24 de febrero, primera que se dictó sobre este nuevo tipo penal en la que se describió

⁸ STS 97/2015, de 24 de febrero.

⁹ PILLADO QUINTAS, V.: *El child grooming en la reforma del Código Penal*. Ponencia de 20 de abril de 2015, págs. 17 y 18. Puede encontrarse en el link http://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/ponencias_formation_continuada/

el término *child grooming* como «acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor»¹⁰.

Es doctrina pacífica, que el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito. Existe unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de esta fase interna pues rige el principio enunciado, *las ideas no delinquen*, que ya el dígito reconoció declarando: *cogitatinis poenam Nemo patitur*.

Ahora bien, en este caso, el legislador ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual infantil son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende el mero acto preparatorio aunque también integren la naturaleza de este, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 16 años puede entenderse típica la conducta. Ello planteará serios problemas de prueba, que necesariamente habrá de constituirse mediante la prueba indiciaria, dado que un aspecto tan subjetivo como el ánimo o finalidad del sujeto activo del delito, salvo que exista confesión expresa corroborada objetivamente (cosa muy poco habitual), únicamente podrá extraerse mediante indicios probatorios.

La naturaleza de este delito hay que calificarla de peligro frente a los delitos de resultado, por cuanto el delito se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido sino a un comportamiento peligroso para este bien.

El peligro es el motivo que lleva al legislador a prohibir el comportamiento¹¹. Si estamos ante un delito de peligro abstracto o concreto puede ser materia polémica. El tipo penal exige la figura de un menor de 16 años y la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento y embaucamiento, lo que reforzaría la tesis del peligro concreto, si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor, aunque si entendemos que el bien jurídico protegido es la infancia en general, como algunos defienden y luego profundizaremos, entiendo que estaríamos más en presencia de un delito de peligro abstracto.

La fórmula usada por el adulto para seducir a su víctima y lograr su último objetivo, esto es, el abuso sexual del menor, es indiferente de cara a la tipicidad del hecho. Unos actuarán con conversaciones cariñosas ganándose poco a poco la confianza de la víctima y otros coaccionando o amenazando al menor. Pero lo que hace típica la conducta es el deseo de acceder al menor de 16 años para cometer el abuso sexual.

No es necesario, por tanto, el contacto físico entre el agresor adulto y el menor agredido, porque «la conducta típica se inicia con la realización de actos directamente encaminados a la ejecución y para ello habrá de cohonestarse el tipo penal y la conducta descrita con la conducta realizada»¹².

¹⁰ STS 4179/2015, de 22 de septiembre.

¹¹ CUELLO CONTRERAS, J.: *El derecho penal español: curso de iniciación. Parte general: nociones introductorias*, vol. I: *Teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1996, pág. 404.

¹² STS 4179/2015, de 22 de septiembre.

Se trata de un delito de peligro por cuanto el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando lo que, en realidad, es un acto preparatorio¹³ para la comisión de abusos sexuales a menores de 16 años.

«El contacto tiene que ser por medio tecnológico. La ley se refiere a internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, se trata por tanto, de un listado abierto que da cabida a cualquiera otros mecanismos o sistema de transmisión de datos que no precisen conexión a internet o a una línea telefónica, como por ejemplo, conexión en red mediante wifi o *ethernet*, aplicaciones basadas en *bluetooth* u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Además el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material, y no meramente formal, y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un *numerus apertus* de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos.

En todo caso los actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro"¹⁴.

IV.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido en el delito del artículo 183.ter.1 del Código Penal es la indemnidad sexual del menor, esto es, las injerencias que truncan una normal formación de la personalidad y sexualidad del menor, adecuada a la edad del titular de ese interés¹⁵. Esta es una de las novedades más importantes introducidas con la última reforma, ya que, en su anterior redacción, el precepto se refería a menores de 13 años, por lo tanto, con la Ley Orgánica 1/15, se eleva la edad de consentimiento sexual.

La indemnidad sexual se debería configurar para la protección de la infancia en general y de los/as niños/as en particular, especialmente relevante en los delitos de pederastia o abuso sexual infantil. Su contenido tiende a tutelar el proceso de formación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada

¹³ STS 4179/2015, de 22 de septiembre.

¹⁴ Véase nota anterior.

¹⁵ BERENGUER ORTS, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 269.

educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de 13 años, cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que, eventualmente, pudiera tener¹⁶.

«Dado que el tipo penal se refiere a contactar con un menor de 16 años, podría concluirse que el bien jurídico protegido tiene un doble carácter: el individual, en relación con este menor; y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas»¹⁷.

El límite de edad como vemos, es determinante para poder calificar el hecho como un delito del artículo 183.ter.1 del Código Penal y no, como unos abusos sexuales del tipo básico, lo que puede plantear problemas a nivel de prueba, concretamente, pensamos en el supuesto de que el acusado base su defensa en el hecho de que el menor le mintió en cuanto a su verdadera edad, pues realmente en ocasiones, si bien no cabe duda, por el aspecto físico y ciertos rasgos, que la víctima es menor de edad, no resulta fácil concretar si el menor tiene 14, 15 o 16 años.

¿Y si el menor fue quien mintió al acusado respecto de su edad real? La cuestión no es baladí, pues si la defensa logra convencer al tribunal o, al menos, hacerle plantearse la existencia de una mínima duda razonable respecto a la posibilidad de que la víctima menor mintiera al adulto respecto de su verdadera edad, no podría imputarse al acusado el tipo especial el artículo 183.ter.1 del Código Penal y deberíamos estar ante un abuso sexual del tipo básico.

IV.3. LA CONDUCTA TÍPICA: ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS

En cuanto a los elementos objetivos, como indica la doctrina (GÓMEZ, 2010), la ley ha configurado un tipo mixto acumulativo que exige una pluralidad de actos. Por una parte, se requiere contactar con un menor de 13 años (tras la reforma, 16); por otra, proponer un encuentro; y, por último, la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.

El contacto tiene que ser por un medio tecnológico. La ley se refiere a internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Es claro que se ha querido dejar abierto el medio tecnológico. Parece descartarse el contacto directo personal. Sin embargo, entiendo que solo sería descartable este contacto si no fuera seguido de un contacto tecnológico. Me explico. Puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, ya que el tipo penal no especifica si este contacto es el inicial

¹⁶ DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*», *Diario La Ley* (7575/2011), pág. 4.

¹⁷ DOLZ LAGO, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*», *Diario La Ley* (7575/2011), pág. 7.

o derivado. Se pretende castigar especialmente estas conductas por la facilidad que supone la utilización de estos medios tecnológicos para captar al menor. Esta captación, en muchos casos, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería perfectamente aplicable el tipo penal para el que, tras unos primeros contactos iniciales personales, prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (v. gr. profesor o monitor conocido por el menor que acude al medio tecnológico para la captación de este aunque inicialmente su contacto sea directo y personal).

Además, el tipo objetivo exige actos materiales encaminados al acercamiento. Se abre una amplia fenomenología que el legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto, que tiene que ser material y no meramente formal, y su finalidad, encaminada al acercamiento.

La amplia casuística de los supuestos impide una teorización de los mismos, siendo claro que estamos ante un *numerus apertus* de actos, que el legislador no ha querido acotar taxativamente en función a las ilimitadas formas de realizar estos actos¹⁸.

Por lo que respecta a los elementos subjetivos del delito, se exige la voluntad de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 del Código Penal, que se refieren a abusos de menores y pornografía infantil.

Las exigencias subjetivas del tipo superan a las objetivas en tanto que, el sujeto activo debe tener la intención de cometer un delito de agresión, abuso o de utilización del menor para la producción de pornografía. Ello constituye un elemento subjetivo del injusto que excede con creces del contenido propio de una conducta dolosa.

El sujeto activo del delito no aparece delimitado, lo cual hace pensar que cualquier persona puede ostentar tal posición, tanto menor de edad como adulto, aunque entiendo que el legislador está pensando primordialmente en el sujeto activo mayor de edad que se dirige hacia el menor de edad con la finalidad de embaucarlo.

El sujeto pasivo del delito ha de ser necesariamente de edad inferior a 16 años, marcando claramente la barrera de edad anterior como consecuencia de fijar en 16 años el consentimiento para mantener relaciones sexuales, de acuerdo al apartado primero del artículo 183 del texto punitivo reformado conforme a la Ley Orgánica 1/2015¹⁹.

Nos encontramos ante un delito doloso, que abarca tanto el conocimiento del autor de la edad de la víctima, como la voluntad del autor de que el embaucamiento tenga un fin sexual y el deseo de ejecutarlo. En el caso en que el sujeto activo actúe bajo un error que incida en los elementos del tipo (edad) recibirá el tratamiento del error de tipo (art. 14 CP).

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, M.: «Comentario al artículo 178 del CP», *La Ley*. 3996/1995. *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 709.

¹⁹ Véase nota 9.

La redacción del tipo exige, además del dolo, la concurrencia de un elemento teleológico, evidenciado por el legislador con el uso de la locución «a fin», que constituye un especial elemento subjetivo del tipo de injusto.

La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, describe la naturaleza, requisitos y elementos objetivos de este delito, en la página 39 de su compendio del primer semestre de 2015, de la siguiente forma:

«Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ciberacoso sexual infantil: *child grooming* (art. 183 bis CP). Naturaleza, requisitos. Elementos objetivos. STS 97/2015, de 24 de febrero de 2015, RC 1774/2014. "El término *child grooming* se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. En cuanto a su naturaleza se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años. (...)

El legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta. (...)

En cuanto a los elementos objetivos, la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte, se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra, proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento". (FJ 1.º)»²⁰.

IV.4. PENALIDAD Y CONFLICTOS CONCURSALES

Artículo 183 ter.1 del Código Penal. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de 16 años y proponga concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de 12 a 24 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.

La pena es de uno a tres años de prisión o multa de 12 a 24 meses para el tipo básico. La pena se impondrá en su mitad superior, en caso de que el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Esta especialidad delictiva puede presentar conflictos concursales con los delitos de amenazas y de acoso, pues suele tener lugar cuando, después de un tiempo en el que el menor ha

²⁰ Doctrina jurisprudencial, 2015 (primer semestre). Sala de lo Penal del Tribunal Supremo-Gabinete Técnico. Sala de lo Penal.

estado proporcionando material comprometido al *groomer*, la víctima decide dejar de hacerlo. Llegados a este punto, la actitud del adulto suele ser, en un primer momento, la de intentar convencer amablemente a la víctima para que vuelva a proporcionarle fotografías o videos con contenido pornográfico y ante la negativa del menor, llegar a la amenaza y al acoso para conseguir dicho material.

Las amenazas suelen centrarse en el hecho de anunciar al menor, que distribuirá el material comprometido que consta en su poder y que vincula a la víctima, entre sus amigos vía redes sociales, o en contactar con los padres de la víctima. En este último caso, en virtud del principio *non bis in idem*, hay que descartar el castigo por delito de coacciones o amenazas, debiéndose resolver el conflicto de normas, de conformidad con el artículo 8.1 del Código Penal, y considerar precepto especial el artículo 183 bis, respecto del delitos de amenazas del artículo 169 del Código Penal o del delito de coacciones del artículo 171 del Código Penal.

La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo resuelve la problemática del concurso de normas, en la página 21 de su compendio del primer semestre de 2015, con estas palabras:

«CONCURSO DE NORMAS. Ciberacoso sexual infantil y prostitución. Artículos 183 bis y 187.1 del Código Penal. STS 97/2015, de 24 de febrero de 2015, RC 1774/2014. "En cuanto a la modalidad del artículo 187.1, introducida por la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga la conducta de quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con persona menor de edad o incapaz y en el apartado 2 la figura agravada de cuando la víctima sea menor de 13 años, y se cumple así el mandato del artículo 2 de la Decisión Marco 2004/68 JAI, de 22 de diciembre de 2013, castigándose al cliente que obtiene (o solicita) el favor sexual de una persona menor de edad, sin que sea precisa la vinculación de la conducta con la entrada o mantenimiento de la víctima en la situación de prostitución. Por tanto, cuando el sujeto pasivo es menor de edad, habrá de reputarse tal acción como delictiva con independencia de que el menor ya hubiese o no practicado la prostitución, pues el ofrecimiento de dinero puede considerarse como suficientemente influyente para determinar al menor a realizar actos sexuales. (...) Pues bien, entre los posibles concursos entre ambas figuras delictivas, artículos 183 bis y 187.1. y 2, el primer precepto establece expresamente una cláusula concursal que posibilita la aplicación del artículo 183 bis sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos (art. 178 a 183 y 189) aun cuando un sector doctrinal entienda que el legislador ha tipificado expresamente actos preparatorios de los artículos 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos, por los que debiera aplicarse la regla de alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal, en caso de que la aplicación del artículo 183 bis privilegiase la respuesta penal frente a la tentativa del artículo 183. (...)

En el caso analizado, no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas, deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.4 del Código Penal». (FJ 1.º)»²¹.

²¹ Doctrina jurisprudencial, 2015 (primer semestre). Sala de lo Penal del Tribunal Supremo-Gabinete Técnico. Sala de lo Penal.

Téngase en cuenta que también será aplicable el artículo 192 del Código Penal (La Ley 3996/1995) en cuanto a la imposición de la medida de libertad vigilada para los condenados con pena de prisión, agravación de la pena en mitad superior para ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o privación de la patria potestad.

IV. CONCLUSIONES

El nuevo delito de *child grooming* que regula el artículo 183 ter.1 del Código Penal, permite avanzar hacia la protección integral de la infancia como bien jurídico colectivo protegido. La Ley Orgánica 1/2015 modifica la anterior regulación, principalmente para poder transponer la Directiva 2011/93/UE, que establecía la necesidad de tipificar la conducta del embaucamiento de menores con fines sexuales a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 ha tenido en cuenta la constante evolución de la realidad social que nos rodea y los avances tecnológicos constantes. Una prueba de ello es la introducción en el código de nuevas conductas delictivas hasta ahora impunes, consecuencia muchas de ellas de la inclusión en nuestro quehacer diario de las altas tecnologías, las cuales si bien representan una herramienta fundamental en la mayoría de las profesiones, pueden suponer un peligro, sobre todo para nuestros menores, de usarse de forma indebida, por lo que era necesaria a nivel jurídico una reforma como la operada, que dotara de mayores armas a los tribunales para evitar la impunidad de cualquier tipo de *groomer*.

Sin embargo, es criticable la falta de rigurosidad del legislador al describir la conducta típica, sobre todo en lo que a la figura del autor se refiere, dado que, si bien creemos que debemos entender que el autor debe ser una persona adulta, tal y como se encuentra redactado el artículo 183.ter.1 del Código Penal, autor podría ser cualquier persona, incluso otro menor. Asimismo, dado el poco tiempo transcurrido desde que entró en vigor el precepto, no abunda jurisprudencia ni doctrina que concrete qué debemos entender por «actos materiales encaminados al acercamiento», por lo que todavía deberemos dejar transcurrir un tiempo prudencial para ver cómo la doctrina resuelve la cuestión.