

## **EL NUEVO DELITO DE ACCESO A NIÑOS CON FINES SEXUALES A TRAVÉS DE LAS TIC**

**María Marta González Tascón<sup>1</sup>**

Profa. Titular Interina de Derecho Penal  
Universidad de Oviedo

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo principal el análisis del delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, una nueva figura delictiva fruto de la reforma del Código penal por LO 5/2010. A estos efectos se aborda el fenómeno de la preparación de menores para fines sexuales mediante la utilización de las TIC y su contemplación en el plano internacional como paso previo para un estudio más detenido del nuevo tipo penal en aras de ofrecer algunos criterios que ayuden a la interpretación de la nueva norma.

**Palabras claves:** Preparación de niños con fines sexuales, ciberacoso sexual infantil, delitos sexuales, Derecho penal español, TIC, protección de menores

---

Recibido: junio 2011. Aceptado: octubre 2011

1 El presente trabajo se enmarca dentro de la actividad investigadora desarrollada con motivo del proyecto de investigación “Determinación y fórmulas de control de la conducta antisocial y delictiva relacionada con la infancia y adolescencia como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación” (DER 2008-05588/JURI), dirigido por el Prof. Dr. Javier Gustavo Fernández Teruelo.

**Abstract:** The present article has as main objective the analysis of a new offence that was introduced in the Spanish Criminal Code by 5/2010 Act: solicitation of children for sexual purposes through information and communication technologies (ICTs). For these purposes it focus on the phenomenon of online child grooming and its treatment at the international level as a first step to further study of the new offence in order to provide some criteria that help the interpretation of the new standard.

**Keywords:** Solicitation of children for sexual purposes, online child grooming, sexual offences, Spanish criminal law, ICTs, protection of children

**Sumario:** I. Introducción. II. El fenómeno del *online child grooming* y su enfoque internacional. III. El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC: 1. La LO 5/2010, de 22 de junio, y su incidencia en la protección de los menores de trece años en la esfera sexual. 2. Análisis del delito. 2.1. Elementos comunes: a) Bien jurídico protegido. b) Sujetos del delito. 2.2. Tipo básico 2.3. Tipo cualificado. 2.4. Formas especiales de aparición. 2.5. Respuesta penal.

## I. Introducción

En los últimos años la generalización del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante TIC) entre los ciudadanos, especialmente muchas de ellas entre las generaciones más jóvenes<sup>2</sup>, ha dado origen al desarrollo por

---

2 En el estudio de Livingstone, S./ Haddon, L., (coord.): *EU Kids online: Final report*, 2009, en <http://www2.lse.ac.uk/media@lse/research/EUKidsOnline/EU%20Kids%20I/Reports/EUKidsOnlineFinalReport.pdf> (consulta 29-04-2011), p. 5, se indica que el 75% de los niños europeos utilizaban Internet en 2008 (el 70% en 2005); de 6 a 10 años un 60%, de 11 a 14 años un 84% y de 15 a 17 años un 86%. El porcentaje es diferente en función del concreto país, pudiéndose hablar de una horquilla del 45% en Italia hasta el 94% en Finlandia. En España era un 70% (el 52% en 2005), que se desglosaba de la siguiente forma: niños de edad de 6 a 10 años el 52%, de 11 a 14 años el 86% y niños de 15 a 17 años el 79%. Además se destaca que en 2008 Internet se utilizaba más en la propia casa (65%) que en otro lugar (57% en la escuela) y que el 34% se conectaban a Internet desde su propio ordenador. En un estudio posterior de Livingstone

parte de éstos de nuevas formas de relacionarse o comunicarse socialmente (desde la elaboración de un nuevo lenguaje, acortando las palabras o simplemente dotando de completo significado a actos como un simple *ring*, ligado a la telefonía móvil, hasta la creación o exposición de la personalidad en un espacio virtual, sin fronteras, a través de la utilización de los proveedores de servicios de redes sociales<sup>3</sup> como *Facebook*, *Twitter*, *Tuenty*, *Myspace*, o de *blogs*<sup>4</sup>, etc.) al tiempo que ha abierto nuevos cauces de transmisión de la información contribuyendo con ello de forma notable al desarrollo del derecho fundamental a la libertad de expresión e información (art. 19 de la Declaración de los Derechos Humanos, art. 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 13 del Convenio sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup>). Unas libertades que, por otra parte, y de acuerdo con nuestra Constitución, están limitadas de forma

---

(2010), citado por Davidson, J./ Grove-Hills, J/ y otros: *Online abuse: literature review and policy context*, 2011, en <http://www.europeanonlinegroomingproject.com/wp-content/file-uploads/EOGP-Literature-Review.pdf> (consulta 23-05-2011), p. 6, se señala, en relación con los niños de 9 a 16 años de 23 estados de la Unión Europea, que el 85% usa Internet en casa y algo menos de la mitad tiene acceso a Internet en sus habitaciones (el 39% de los niños de 9 y 10 años y el 67% de los niños de 15 y 16 años).

Volviendo a los datos del primer estudio mencionado es de interés resaltar que en 2008 el uso de Internet por parte de los padres ya es comparable al de los hijos, salvo en los países de nueva penetración de Internet, a diferencia de lo que ocurría en 2005, que en términos generales era más bajo.

- 3 Las redes sociales se definen en la Wikipedia como estructuras sociales compuestas de grupos de personas, las cuales están conectadas por uno o varios tipos de relaciones, tales como amistad, parentesco, intereses comunes o que comparten conocimientos.
- 4 Según la Wikipedia un *blog* es un sitio *web* periódicamente actualizado que recopila cronológicamente textos o artículos de uno o varios autores, apareciendo primero el más reciente, donde el autor conserva siempre la libertad de dejar publicado lo que crea pertinente.
- 5 Art. 13: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.  
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

especial, entre otros, por el derecho a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20.4).

El nuevo escenario que las TIC brindan a la comunicación y a la información del ser humano y muy especialmente el que ha hecho posible la red de redes no es inmune<sup>6</sup>, sin embargo, a la ejecución de comportamientos dañinos para los mismos; siendo especialmente preocupante la situación de los menores, quienes, por su mayor vulnerabilidad, corren el riesgo de convertirse además en las víctimas de delitos especialmente deleznable.

Entre los peligros que acechan a los menores en el ciberespacio, capaces de afectar negativamente a su bienestar psíquico, emocional y psicológico, se han venido identificando, entre otros, la presencia de contenidos violentos, degradantes, pornográficos, discriminatorios, racistas, de estereotipos de la representación de la mujer, de incitación a la propia causación de daños o la realización de comportamientos de acoso como el *grooming*, el *bullying*, el *harassment* y el *stalking*, o de reclutamiento de niños para el tráfico de seres humanos, o de explotación de los menores para la prostitución y la pornografía<sup>7</sup>.

---

a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

6 La rápida extensión de las TIC, especialmente de Internet, como consecuencia del surgimiento de los navegadores de la Web (*Netscape navigator, Internet Explorer, mozilla firefox, Google Chrome, Safari, Opera ..*) arranca a principios de los años 90. En la actualidad los teléfonos móviles ya ofrecen la posibilidad de conectarse a Internet.

7 Livingstone, S./ Haddon, L., (coord.): *EU Kids online: Final report*, cit., p. 10, han clasificado los riesgos de los menores en Internet en cuatro grupos: de naturaleza comercial, agresiva, sexual y relacionados con valores. En conexión con ellos identifican una serie de contenidos, contactos y conductas perjudiciales realizadas por el menor. Cifrándonos a los aspectos más interesantes para este trabajo, se menciona como contenido de riesgo la pornografía y contenidos sexuales perjudiciales, como contactos de riesgo el encontrarse con extraños y ser preparado para relaciones sexuales y como conductas de riesgo la creación y subida a la red de material pornográfico.

A nivel europeo el principal riesgo que se observa es la facilitación por los menores de datos de naturaleza personal, seguido del visionado de pornogra-

Ante esta situación es manifiesta la necesidad de que las políticas de promoción del desarrollo, difusión y uso entre los ciudadanos de estas tecnologías aborden la cuestión de la utilización segura de las mismas. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Europa, quien, con la mirada especialmente puesta en los menores, ha aprobado diversas recomendaciones -Recomendación (2001) 18 relativa a la autorregulación de los contenidos cibernéticos (autorregulación y protección de usuarios contra los contenidos ilegales o dañinos de los nuevos servicios de comunicación e información), Recomendación (2006) 12 sobre capacitación de los niños en el nuevo escenario de la información y de la comunicación, Recomendación CM/Rec (2007) 16 sobre medidas para promover el valor de servicio público de Internet, Recomendación CM/Rec (2008) 6 sobre medidas para promover el respeto a la libertad de expresión e información en atención a los filtros de Internet o la Recomendación CM/Rec (2009) 5 sobre medidas para proteger a los niños de contenidos y comportamientos dañinos y para promover su participación activa en el nuevo escenario de la información y las comunicaciones-, que se están materializando en la adopción de iniciativas varias de naturaleza preventiva. En la misma línea se ha manifestado la Unión Europea, así en el Libro Verde de la Comisión sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información de 1996<sup>8</sup>, en la Resolución del Consejo de 17 de febrero de 1997, sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet, en la Recomendación del Consejo

---

fía, de la visualización de contenidos violentos o aborrecibles, del acoso junto a la recepción no quería de comentarios sexuales y del encuentro fuera de Internet con extraños (sólo un 9% de los adolescentes van a esos encuentros y a menudo son con personas de edad similar).

La variable sexo denota, por otra parte, algunas diferencias en cuanto a los riesgos. Así los chicos serían más proclives a las conductas de riesgo mientras que las chicas estarían más afectadas por los contenidos y los contactos (conversaciones con extraños en el *chat*, recepción de comentarios de naturaleza sexual no pretendidos, solicitudes de información personal), si bien son más cautelosas con los extraños.

8 COM (96) 483 final.

relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana, de 24 de septiembre de 1998, o en la Decisión del Parlamento y del Consejo n.º. 1151/2003/CE, de 16 de junio de 2003, por la que se modifica la Decisión del n.º. 276/1999/CE, por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y *las nuevas tecnología en línea* mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos, *principalmente en el ámbito de la protección de los niños y menores*)<sup>9 10</sup>.

Básicamente la estrategia que se propone en el conjunto de estos textos para garantizar la seguridad de los menores en la utilización de las *TIC*, de la que son protagonistas tanto el usuario del servicio como los proveedores de éste o de los contenidos y la sociedad civil, estaría basada en la enseñanza de herramientas de alfabetización digital a los menores, a sus padres y a los docentes y en la educación de los menores en los valores de los derechos humanos de manera que sean capaces de participar activamente en la vida pública y social de forma responsable y respetando los derechos de otros; en la creación de sistemas de etiquetamiento de los contenidos y de calidad de los mismos; en el desarrollo de sistemas de filtrado; en el establecimiento de sistemas de quejas o de denuncia de contenidos (*hotlines*); o en la promoción de los códigos de autorregulación entre sus principales actores<sup>11</sup>.

---

9 Las palabras en cursiva se incorporan a la denominación del plan de acción precisamente con la Decisión del Parlamento y del Consejo n.º. 1151/2003/CE.

10 Nótese que la Comisión Europea es la principal fuente de financiación de las actividades de la *International Association of Internet Hotlines* (INHOPE) dedicada a prestar apoyo y a ampliar a nivel mundial los puntos de Internet en los que anónimamente se puede denunciar los contenidos ilegales, incluido el material de abuso sexual a menores, que existen en la red, activando así un procedimiento de investigación sobre los hechos que si efectivamente fuesen ilegales se pondrían en conocimiento de las autoridades competentes y, en muchos casos, directamente del proveedor del servicio de Internet donde se alberga el contenido.

11 Véase algunas iniciativas en Davidson, J./ Grove-Hills, J/ y otros: *Online abuse: literature review and policy context*, cit., pp. 23-37.

Además de las medidas preventivas y protectoras que se recogen en los citados textos, se requiere de la adaptación de las legislaciones para hacer frente a conductas merecedoras del reproche penal cuya ejecución se ha visto favorecida y su perseguibilidad especialmente dificultada por las propiedades del medio del que se sirven, el ciberespacio: amorfo, global, en constante desarrollo y susceptible al anonimato. La universalidad de este medio, sin un gobierno centralizado, condiciona, asimismo, que la eficacia de cualquier planteamiento para combatir tales conductas se haga depender de la cooperación entre los estados, y, consiguientemente, que nos movamos en un terreno en el que ha de procurarse cierta aproximación entre las legislaciones nacionales por lo que se refiere a la tipificación y punición de las conductas a la vez que impulsar la cooperación (policial y judicial) entre los estados para acabar con la impunidad de los delincuentes.

En el caso concreto de la protección de los menores frente a la utilización de las TIC para la realización de conductas de naturaleza sexual perjudiciales para los mismos, el hecho de que desde la década de los noventa la lucha a nivel mundial contra el abuso y la explotación sexual de los niños se haya generalizado entre los estados, como se puso de manifiesto en el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto 1996<sup>12</sup> y en los posteriores de Yokohama (2001) y Río de Janeiro (2008), ha hecho posible que en el momento presente ya existan importantes instrumentos jurídicos internacionales que obligan a los estados a aproximar sus legislaciones contra el abuso y la explotación de menores y a la cooperación internacional en el plano de la persecución y

---

12 Este congreso fue organizado por el Gobierno de Suecia en cooperación con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *End Child Prostitution in Asian Tourism* y el Grupo de las organizaciones no gubernamentales encargado de la Convención sobre los Derechos del Niño. En él participaron 122 países, representantes de organizaciones no gubernamentales, la campaña *End Child Prostitution in Asian Tourism*, UNICEF y otras agencias de las Naciones Unidas, así como otras organizaciones e individuos de todo el mundo.

castigo del hecho. Así, a nivel mundial, destacaría sobre todo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, de Naciones Unidas, de 25 de mayo de 2000<sup>13</sup>; aunque también es de interés su Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 15 de noviembre de 2000<sup>14</sup>. En Europa, contamos con el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001<sup>15</sup> y el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n.º. 201), de 25 de octubre de 2007<sup>16</sup>; y también pero circunscrito a los Estados miembros de la Unión Europea

---

13 El instrumento español de ratificación de este protocolo se dio el 5 de diciembre de 2001, apareciendo publicado en el BOE de 31 de enero de 2002. El Protocolo entró en vigor de forma general y para España el 18 de enero de 2002. Como bien ha observado Roca Agapito, L.: «Algunas consideraciones sobre la prostitución y la pornografía infantiles», en *RJL*, 2002, n.º. 3, p. 1780, en virtud de lo dispuesto en el Protocolo (art. 14.2), nos encontraríamos con que el Protocolo habría adquirido vigencia para España en la fecha citada y, sin embargo, con arreglo al derecho interno español su entrada en vigor no se habría podido producir hasta el 31 de enero de 2002 (art. 96.1 CE y art. 1.5 CC). Sobre las repercusiones de este protocolo para la legislación española véase el trabajo citado, pp. 1780-1782.

14 El Instrumento de ratificación de este protocolo por parte de España se publicó en el BOE de 11 de diciembre de 2003. Según se señala en el mismo, la entrada en vigor del protocolo se produjo, de forma general y para España el 25 de noviembre de 2003.

15 Este convenio internacional entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2004 y para España el 1 de octubre de 2010 (Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, dado el 20 de mayo de 2010 y publicado en el BOE, n.º. 226, de 17 de septiembre de 2010).

Este convenio (ETS n.º. 185) presenta un Protocolo Adicional relativo a la criminalización de los actos racistas y de xenofobia cometidos a través de Internet (ETS n.º. 189).

16 El Instrumento de ratificación por España de este convenio se publicó en el BOE, n.º. 274, de 12 de noviembre de 2010, y en él se disponía que entraría en vigor en España el 1 de diciembre de 2010, habiendo adquirido vigencia con carácter general el 1 de julio de 2010.



con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil<sup>17</sup>. No obstante, de entre todos los textos citados, sólo uno, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, aborda la exigencia de tipificar como delito las proposiciones sexuales a niños o preparación de éstos con fines sexuales a través de las TIC; acercándose así al fenómeno denominado *online child grooming*. Un fenómeno que ha adquirido relevancia penal en nuestro derecho a raíz de la entrada en vigor, el 23 de diciembre de 2010, de la reforma del Código penal aprobada por LO 5/2010, de 22 de junio<sup>18</sup>, pero del que todavía no se conoce mucho<sup>19</sup>. Precisamente, por ello, hemos considerado la conveniencia de erigirlo en el objeto de este trabajo. A estos efectos, expondremos en primer lugar qué es el *online child grooming* o preparación de menores para fines sexuales a través de las TIC para posteriormente abordar su tratamiento desde el plano legislativo, brevemente desde una perspectiva internacional y con mayor amplitud a la luz de nuestro Código penal. En este marco intentaremos ofrecer algunos parámetros o criterios que ayuden a la interpretación de la nueva norma.

---

17 DO n.º. L 013 de 20/01/2004, pp. 0044-0048. Esta decisión marco entró en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 13), debiendo ser cumplida por los Estados miembros como más tardar el 20 de enero de 2006 (art. 12.1). A través de la misma se derogaba la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (art. 11).

18 Esta ley, publicada en el BOE n.º. 162, de 23 de junio de 2010, fue modificada por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE n.º. 25, de 29 de enero de 2011).

19 De momento han sido pocas las publicaciones centradas en este delito: Magro Servet, V.: «El *grooming* o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 *bis* del Código Penal», en *RJL*, 2010, n.º 7492, pp. 10 a 14; o Dolz Lago, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *RJL*, 2010, n.º. 7575 (se prescinde del número de página por haber sido el trabajo consultado en la versión electrónica de la revista).

## II. El fenómeno del online child grooming y su enfoque internacional

La expresión inglesa *child grooming*, que se traducirían en nuestra lengua como seducción o preparación de niños con fines sexuales, designa principalmente el acercamiento por parte de un adulto a menores con una finalidad sexual a base de la realización por aquel de ciertos comportamientos dirigidos precisamente a prepararle (*groom*) para que ceda ante sus pretensiones sexuales, siendo parte fundamental de ese proceso el hecho de ganarse la confianza del menor<sup>20</sup>. Este fenómeno ha cobrado en los últimos años una nueva forma de manifestarse como consecuencia de los instrumentos de los que se sirve el sujeto para llevarlo a cabo, esto es, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, particularmente Internet (*online child grooming*)<sup>21</sup>; que, como es sabido, representan para muchos niños y jóvenes un componente significativo de su vida social. El carácter novedoso de este fenómeno hace que en el momento presente, no exista aún una definición unánimemente aceptada del mismo, y, como veremos, ésta va a estar condicionada por el tratamiento legislativo que se le dé.

Si antes del desarrollo y generalización en la sociedad de las TIC esas personas buscaban a los menores en los lugares físicos frecuentados por éstos (escuelas, parques, patios, polideportivos, etc.), el surgimiento del ciberespacio les ha abierto nuevas posibilidades de contacto con menores, beneficiándose además de

---

20 En la wikipedia el *grooming* de niños por Internet (o simplemente *grooming*) se define como un nuevo tipo de problema relativo a la seguridad de los menores en Internet, consistente en acciones deliberadas por parte de un/a adulto/a de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos contra los niños.

21 No se trata, sin embargo, de una denominación generalizada; también se utilizan expresiones como *Internet luring of children*, *online enticement of children*, *internet seduction of children*, *solicitation of children for sexual purposes*.

las ventajas que propicia el propio entorno virtual (anonimato<sup>22</sup>, gran disponibilidad de información personal sensible, posibilidad de enmascarar fácilmente la personalidad, facilidad de contacto, comunicaciones en tiempo real, etc.). Éste contribuye a que sus acciones pasen a ser mucho menos arriesgadas para ellos a la par que más peligrosas para los menores y permite que el sujeto de una forma rápida pueda lograr comunicaciones íntimas con la víctima.

La actuación de estos sujetos en el ciberespacio consistiría en esencia en adentrarse en aquellos espacios que reúnen o atraen a los menores. Así los canales de comunicación más convencionales como el correo electrónico, los grupos de noticias, la red de usuarios, los *blogs* o los tableros de anuncios, que presentan en común que la comunicación no es instantánea; y los más modernos que facilitan que la comunicación tenga lugar en tiempo real como las salas de conversación, las redes sociales o los juegos en línea con múltiples jugadores. Una vez allí observarían y/o interactuarían con alguno de los menores que les suscite interés, que puede ser o no que ya conozca en el espacio físico, con el objetivo de animarle a entablar una conversación de carácter privado, ya sea a través de la sala privada de un *chat*, ya sea sirviéndose de un sistema de mensajería instantánea, en la que pronto se las arreglará para pedir el envío de una fotografía personal o la utilización de la *webcam* para verse físicamente. Llegados a este punto, intensificarían sus esfuerzos, tratando de que su víctima se sienta especial para ganar su confianza y prepararla para que acceda a sus pretensiones sexuales, en el propio espacio virtual o arreglando un encuentro en el espacio físico con ella. A tal fin pueden tratar de ganarse su confianza de forma progresiva a base de conversaciones encaminadas a reducir sus inhibiciones en el plano sexual y a hacer creer al menor en la normalidad de actos constitutivos de abusos sexuales o desviaciones sexuales (pudiendo recurrir a tal efecto a la narración de experiencias íntimas

---

22 Adviértase que existen diversas técnicas al servicio del anonimato: la utilización de servidores de *proxy*, de anonimizadores *web*, de conexiones *WIFI* sin permiso o sin conocimiento del titular de la línea, de conexiones en cibercentros o cibercafés sin identificación de usuarios, etc.

de índole sexual e incluso a la ejecución de otras conductas que pueden ser delictivas como la exhibición de material pornográfico o la realización de actos de exhibición obscena, cuya comisión también se ha visto favorecida por el desarrollo de las TIC, y que, en definitiva, pueden reducir la resistencia del menor al sexo), de regalos o del engaño, alcanzando su finalidad última sin necesidad de emplear ningún medio de violencia física o psíquica con el menor. En otras ocasiones su estrategia se encamina a obtener del menor alguna información o fotografía que pueda comprometerle, algo que también podrían obtener sirviéndose de otros mecanismos informáticos (por ejemplo, enviando oculto en un mensaje a la víctima un programa de ordenador capaz de copiar la contraseña personal de acceso de la víctima a su cuenta); de forma que pueda ser utilizada para amenazarle o chantajearle y así obtener los pretendidos comportamientos sexuales por parte del menor<sup>23</sup>.

El fenómeno que hemos descrito, caracterizado en pocas palabras por el hecho de que una persona adulta deliberadamente inicia a través de las TIC un contacto con un menor con el propósito de ganarse la confianza de éste para establecer una relación o actividad sexual, que bien podría o no implicar un contacto físico, no ha suscitado la atención de los organismos responsables de la lucha contra el abuso y explotación sexual de menores tanto internacionales como nacionales hasta fechas muy próximas.

Ciertamente el desarrollo de las TIC, y muy especialmente de entre ellas Internet, ha contribuido a la expansión de la explo-

---

23 En relación con el perfil de las víctimas del *online grooming* los estudios realizados sugieren que los menores con mayor riesgo de sufrir estas conductas son los adolescentes, independientemente de clases sociales, áreas geográficas, culturas o etnias. Y concretamente aquellos que presentan baja autoestima o falta de confianza; los emocionalmente inseguros, necesitados o sin apoyos; los de naturaleza ingenua y los adolescentes conscientes del sexo y, quizás, con curiosidad hacia el mismo. También se pone de relieve que las chicas corren mayor riesgo de entrar en contacto con el *online groomer*. Véase Raymond Choo, K.K.: *Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences*, Ed. Australian Institute of Criminology, 2009, pp. 7, 32-33.

tación sexual de los menores planteando la aparición de nuevos problemas sobre los que la comunidad internacional ha venido llamando reiteradamente la atención<sup>24</sup>. Pero particularmente su preocupación se ha manifestado en relación con el fenómeno de la pornografía infantil<sup>25</sup>, habiéndose dado ya un gran paso en su prevención como consecuencia de la previsión en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia de un elenco de obligaciones para los estados, en orden a combatir la ciberdelincuencia, entre las que se encuentra la obligación de tipificar como infracción penal las conductas dolosas consistentes en: a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático<sup>26</sup>; b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático; y e.

---

24 Así, por ejemplo, la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 54/149, de 25 de febrero de 2000, sobre los derechos del niño; el Compromiso Mundial de Yokohama (2001) o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (2001) 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual.

25 El fenómeno de la pornografía infantil en Internet condicionó la reforma de los delitos relativos a la pornografía infantil en nuestra legislación ya en el año 1999, con la LO 11/1999. Ha seguido la evolución legislativa del tratamiento de la cuestión Fernández Teruelo, J. G.: *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de Internet -estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2007, pp. 54-85. Véase también Morillas Fernández, D. L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

26 De acuerdo con el artículo 1.a) del Convenio se entiende por *sistema informático* “todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa”. En el artículo 1. b) se definen los *datos informáticos* como “cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función”.

la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos (art. 9.1)<sup>27 28</sup>. Igualmente en el seno de la Unión Europea con la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, donde se precisa que las infracciones relacionadas con la pornografía infantil<sup>29</sup>, esto es, la producción, distribución, difusión o transmisión, ofrecimiento o suministro, adquisición o posesión de pornografía infantil (art. 3.1. a, b, c y d), pueden ser realizadas o no mediante sistemas informáticos<sup>30 31</sup>.

El interés por el fenómeno del *online child grooming* aparece, como decíamos, más recientemente y sobre todo unido

---

27 El concepto de pornografía infantil se recoge en el artículo 9.2, a cuyo tenor, ésta comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

A estos efectos el término «menor» designa cualquier persona menor de 18 años, pero las Partes podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años (art. 9.3).

El Convenio, por otra parte, permite a los Estados reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c).

28 La ciberdelincuencia estaría también representada por lo que en el convenio se denomina infracciones contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos e infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines.

29 La “pornografía infantil” es “cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)”, art. 1 b.

30 Por “sistema informático” se entiende cualquier dispositivo o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados, uno o más de los cuales realice, de acuerdo con un programa, un tratamiento automático de datos (art. 1 c).

31 Obsérvese que también la decisión marco reconoce a los Estados cierta flexibilidad en la tipificación penal, facultándoles a excluir de la responsabilidad penal a determinadas conductas de pornografía infantil.

a las recomendaciones que a propósito de la utilización segura de las TIC y especialmente Internet realiza el Consejo de Europa. Precisamente este organismo ha sido el primero en establecer la necesidad de que algunas conductas que integran ese fenómeno constituyan un delito autónomo. Y así ha dispuesto en su Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual el castigo penal del adulto que se sirve de las tecnologías de la información y de la comunicación como medio para proponer un encuentro con un niño con el propósito de cometer contra él determinados delitos de abuso y explotación sexual.

Exactamente en su artículo 23, bajo la rúbrica proposiciones a niños con fines sexuales (*Solicitation of children for sexual purposes*), se establece 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 por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con él 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. Esos otros delitos a los que se refiere el artículo 23 son el delito de abuso sexual consistente en realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar tales actividades (art. 18.1.a) y el delito de producción de pornografía infantil (art. 20.1.a)<sup>32</sup>.

---

32 Nótese en relación con los delitos relativos a la pornografía infantil que este Convenio amplía la tipificación de las conductas relacionadas con la pornografía infantil exigiendo la sanción penal del acceso a pornografía infantil, con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación (art. 20.1.f), si bien concede a los Estados la facultad de reservarse el derecho de no aplicar en todo o en parte esa disposición (art. 20.4).

Por pornografía infantil se entiende “todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o

La configuración de la proposición a menores con fines sexuales a través de las TIC como delito forma parte además de las novedades que en relación con la lucha contra el abuso y la explotación sexual de menores se propone introducir la Unión Europea. Concretamente en su Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión Marco 2004/68/JAI<sup>33</sup>, se refiere a la obligación de castigar la denominada seducción de niños con fines sexuales, esto es, la propuesta de un adulto, transmitida por medio de un sistema informático, para encontrarse con un niño que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida en las disposiciones aplicables de la legislación nacional, con el fin de cometer determinados delitos de abuso sexual<sup>34</sup>, y de producción de pornografía infantil, cuando tal propuesta haya sido seguida por actos materiales encaminados al encuentro” (art. 5). Como se habrá observado, esta propuesta reproduce lo dispuesto en el Convenio, residiendo su importancia en su carácter vinculante para los Estados miembros de la Unión.

Las legislaciones de nuestro entorno que se han acercado de forma particular al fenómeno del *child grooming* a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación son hasta el momento escasas<sup>35</sup>. Así el reciente caso de la legislación española con la configuración del delito de acceso a niños

---

simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales” (art. 20.2).

33 COM (2009) 135 final y COM (2010) 94 final. En esta última versión de la propuesta se asocia a este delito penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años.

34 En concreto la práctica de actividades sexuales con un niño que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual establecida en la legislación nacional. Obsérvese que esta previsión no está destinada a regular las actividades sexuales consentidas entre niños o en las que participen personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos —artículo 8 de la propuesta en su versión COM (2010) 94 final—.

35 No hemos observado su presencia en el Código penal de Alemania, de Italia, de Suiza o de Portugal.



con fines sexuales a través de las TIC, en el que incidiremos más adelante; o el caso francés. El Código penal francés, tras la reforma por Ley n.º. 2007-297, de 5 de marzo, relativa a la prevención de la delincuencia, castiga en su artículo 227-22-1 al mayor de edad que hace proposiciones sexuales a un menor de 15 años o a una persona que se presenta como tal mediante la utilización de un medio de comunicación electrónica<sup>36</sup>. La pena prevista para este delito, pena de prisión de dos años y de multa de 30.000 E, se elevará hasta cinco años de prisión y 75.000 euros de multa cuando las proposiciones hayan sido seguidas de un encuentro. Es interesante mencionar que unos años antes, en virtud de la Ley n.º. 98-468, de 17 de junio, relativa a la prevención y a la represión de las infracciones sexuales así como a la protección de menores, se incorporó al Código penal francés un tipo cualificado de abuso sexual a menores de 15 años por mayores de edad (art. 227-26.4º) y unos tipos cualificados de las agresiones sexuales (arts. 222-24.8º y 222-28-6º) basados en el hecho de que la víctima había entrado en contacto con el ofensor gracias a la utilización de una red de telecomunicaciones para la difusión de mensajes destinados a un público indeterminado. Esta forma de contactar también se tiene en cuenta como elemento agravatorio del hecho en el delito de favorecimiento de la corrupción de menores (art. 227-22).

En mayor medida este fenómeno ha sido tratado en los sistemas de derecho anglosajón. En este marco podemos mencionar primeramente a la legislación Australiana. Así el Código penal australiano de la Commonwealth (1995)<sup>37</sup>, dentro de su capítulo 8º, referido a los delitos contra la humanidad y delitos relacionados, presenta, en la parte dedicada a los servicios de telecomunicaciones, una sección relativa a los delitos conectados con el uso de los servicios de comunicación que implican una actividad sexual con persona menor de 16 años (subdivisión F), entre los que se

---

36 Este artículo está ubicado sistemáticamente dentro del capítulo dedicado a los atentados contra los menores y la familia (capítulo VII del Título II, de los atentados contra la persona humana).

37 Éste también se utiliza en algunas jurisdicciones de Australia donde no hay una legislación específica sobre el *child grooming*.

encuentra el delito de utilización de un sistema de comunicación para facilitar la consecución de la involucración de un menor de 16 años en actividades sexuales (*using a carriage service to “groom” persons under 16 years of age*). Este delito, tipificado en el artículo 474.27, presenta diversas modalidades comisivas en atención a la intención que persigue el ofensor que se sirve del servicio de comunicación. En el primer apartado del citado artículo se contempla la conducta de quien teniendo al menos 18 años utiliza un servicio de comunicación para transmitir una comunicación a otra persona, menor de 16 años o que el ofensor crea que así es, con el propósito de hacer más fácil la obtención de su implicación en una actividad sexual con el remitente de la comunicación. En su número segundo se recoge la conducta de quien se sirve de un servicio de comunicación para transmitir a un menor de la edad mencionada anteriormente una comunicación con el propósito de hacer más fácil que éste se involucre en una actividad sexual con otra persona de 18 años o más, o que el ofensor cree que tiene esa edad. Ambas conductas se castigan con la pena de prisión de 12 años; pero si en el último caso mencionado se da la circunstancia de que el sujeto activo intenta que la actividad sexual se realice en su presencia o en presencia de otra persona de 18 años o que aquél cree que así sea la pena es de prisión de 15 años<sup>38</sup>.

También en la legislación de Queensland la utilización de las TIC es un elemento constitutivo del delito de *grooming*; no así, por ejemplo, en Nueva Gales del Sur<sup>39</sup>.

---

38 Inicialmente este delito requería que el sujeto activo incluyese en la comunicación material indecente; aspecto que ha adquirido con posterioridad autonomía dando lugar al delito de *using a carriage service to transmit indecent communication to person under 16 years of age*, castigado con la pena de prisión de 7 años (art. 474.27A).

Obsérvese, por otra parte, que existe una figura delictiva muy próxima al delito del artículo 474.27, *using a carriage service to procure persons under 16 years of age* (art. 474.26).

En el artículo 474.28 se recogen unas previsiones sobre la prueba del conocimiento por parte del ofensor de la edad real o ficticia del resto de sujetos.

39 Raymond Choo, K.K.: *Online child grooming: a literature review on the misuse of social networking sites for grooming children for sexual offences*,

El Código penal de Queensland de 1899 contempla, dentro de su capítulo 22 dedicado a los delitos contra la moralidad incorporado a su parte 4 referida a los actos injuriosos para el público en general, el delito de utilización de Internet, etc., para conseguir a niños menores de 16 años (*Using internet etc. to procure*<sup>40</sup> *children under 16*). Concretamente su artículo 218A dispone que comete un delito el adulto que usa la comunicación electrónica (*email*, Internet, *chat rooms*, SMS mensajes, audio/video en tiempo real u otras comunicaciones similares) con el propósito de conseguir que una persona menor de 16 años, o que él cree que así es, se involucre en un acto sexual, en Queensland o en cualquier otro lugar<sup>41 42</sup>; o de exponer a esa persona, sin razón que lo justifique, a materiales indecentes<sup>43</sup> en Queensland o en cualquier otro lugar. Es indiferente que la víctima sea realmente un menor de 16 años o sea una persona que se hace pasar por tal. La pena prevista para este delito es de prisión de cinco años máximo, salvo que la víctima sea menor de doce años o el delincuente crea que tiene menos de doce años, en cuyo caso se prevé una pena de prisión de diez años.

---

cit, p. 51, recoge una tabla sobre los delitos de *grooming* en las diversas legislaciones de Australia.

- 40 *Procure* significa atraer o reclutar deliberadamente para propósitos de explotación sexual (art. 218A. 10).
- 41 Se entiende, a estos efectos, por involucración en un acto sexual la realización de actos sexuales con el ofensor, uno mismo o un tercero; o la participación de cualquier otra forma en un acto de naturaleza indecente. No se limita al coito ni al contacto corporal.
- 42 Por lo que concierne a la acción de involucrar en un acto sexual a la víctima se precisa que no es necesario demostrar que el adulto había resuelto obtener de la persona un acto sexual en concreto y además no importa que, por razones desconocidas para el adulto, fuese imposible lograr el objetivo.  
Por otra parte, se trata en esa norma alguna cuestión de naturaleza probatoria. Así se dice en el art. 218A. 8. que la prueba de que la persona se presentó al adulto con una determinada edad demuestra que el sujeto creía que la persona estaba por debajo de esa edad, salvo prueba en contrario; consiguientemente el acusado tiene que demostrar razonablemente que la persona tenía al menos 16 ó 12 años dependiendo del caso.
- 43 Esta expresión, según la sección 1 del capítulo 1 de la primera parte del Código penal, incluye películas, cintas de vídeo, cintas de audio, dibujos, fotografías, materiales impresos o escritos.

En Nueva Gales del Sur la *Crimes Act* de 1990, en su artículo 66EB (*Procuring or grooming child under 16 for unlawful sexual activity*), castiga como delito diversas conductas relacionadas llevadas a cabo por adultos en perjuicio de menores de 16 años<sup>44</sup>. En primer lugar, se menciona la acción consistente en tratar deliberadamente de conseguir de un menor de 16 años la realización de una actividad sexual contraria a la ley con él o con cualquier otra persona (*procuring children*). Ésta se castiga como máximo con la pena de prisión de 12 años; 15 años si la víctima es menor de 14 años (art. 66EB 2). En segundo lugar, se describe la acción de quien con la intención de implicar al menor en una actividad sexual ilegal, se reúne deliberadamente con él, o viaja con la intención de reunirse con éste, cuando el menor previamente ha sido en una o más ocasiones sometido por parte del adulto a conductas de exposición de material indecente (*meeting child following grooming*). Esta conducta se encuentra castigada con la pena de prisión de hasta doce años, excepto si la víctima es un menor de 14 años, situación en la que la pena se eleva hasta 15 años (art. 66EB 2A). Y en tercer lugar, se penaliza la conducta de un adulto que con intención de llevar a cabo la conducta descrita en el mencionado apartado 2, realiza una comunicación en persona o por teléfono, Internet u otros medios, o facilita una imagen de ordenador, video o publicación mediante la que expone al menor a material indecente o le proporciona alguna sustancia intoxicadora (*grooming child*). La pena prevista para este delito es la de prisión de un máximo de diez años, o de doce, si se trata de un menor de 14 años, (art. 66EB 3)<sup>45</sup>.

El Código penal canadiense de 1985 contempla en su artículo 172.1 el delito de *luring a child*<sup>46</sup>. A su tenor se castiga

---

44 No es necesario que efectivamente la persona sea menor de esa edad, basta con que el ofensor así lo crea.

45 Se exige al acusado que demuestre de forma razonable que creía que la persona no era menor de la edad marcada.

46 Pertenece a la Parte V del Código penal que lleva por enunciado legal: “delitos sexuales, moral pública y conductas desordenadas”.

a aquel que por medio de un sistema informático<sup>47</sup> se comunica: 1. con una persona menor de 18 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de explotación sexual (art. 153.1), de incesto (art. 155) o de corrupción moral (art.163.1), de proxenetismo (art. 212.1) o de prostitución de menores de 18 años (art. 212.4) o de agresiones sexuales (arts. 271, 272 ó 273) en daño de aquel; 2. con una persona menor de 16 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de contacto sexual (art. 151), de incitación al contacto sexual (art. 152), de bestialismo en presencia de un menor de 16 años (art. 160.3) o de exhibicionismo (art. 173.2) o de secuestro o rapto de menores de 16 años (art. 280) en perjuicio de aquel; 3. con una persona menor de 14 años, o que él crea que es menor de esa edad, con el propósito de facilitar la comisión de un delito de secuestro o rapto de menores de 14 años (art. 281). Este delito se castiga con una pena de prisión de hasta 10 años (*indictable offence*) o de hasta 18 meses (*summary conviction*)<sup>48</sup>.

Desde un enfoque más amplio, que no exige que el contacto se produzca mediante las TIC ni que de ser así esto repercuta en un incremento de la pena, el fenómeno del *child grooming* comenzó a abordarse legislativamente en el Reino Unido. En Inglaterra y Gales la Ley de delitos sexuales de 2003 (Sexual Offences Act 2003), en su artículo 15<sup>49</sup>, establece como delito sexual el denominado *meeting a child following sexual grooming*, esto es, el encuentro de un menor tras la preparación del mismo para fines

---

47 El concepto de sistema informático a estos efectos se establece en el artículo 343.1. (2) del Código penal.

48 Se recoge en el Código penal una presunción relativa a la edad de la víctima en virtud de la cual la prueba de que la víctima se ha presentado al acusado como un menor de 18, 16 ó 14 años, según el caso, prueba que el acusado creía que la persona estaba por debajo de esa edad, salvo que se demuestre lo contrario (art. 172.1.3). A este fin, se exige al acusado que hubiese adoptado las medidas razonables para asegurarse la edad de la persona (art. 172.1.4).

49 Inspirándose en este artículo el Código penal de Singapur introdujo en 2007 el delito denominado *sexual grooming of minor under 16* (art. 376E), del que puede ser sujeto activo la persona de 21 años o más.

sexuales, con arreglo al cual se castiga al adulto (persona de 18 años o más) que habiéndose encontrado, en cualquier parte del mundo, o comunicado, por cualquier medio y en cualquier parte del mundo, con otra persona menor de 16 años al menos en dos ocasiones anteriores, y siempre que razonablemente no crea que esa persona tenga 16 años o más, se encuentra intencionalmente con él o viaja a cualquier parte del mundo con la intención de encontrarse con él; y en aquel momento, piensa cometer contra él, durante o después del encuentro y en cualquier parte del mundo, determinadas conductas de naturaleza sexual constitutivas de delito (los delitos sexuales previstos en la parte primera de la ley, los mencionados en los párrafos 61 a 92 del anexo 3 referido a Irlanda del Norte y cualquier conducta que realizada fuera de Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte no sea susceptible de ser calificada con arreglo a esos delitos, pero que si se cometiesen en Inglaterra y Gales sería delito sexual y si se cometiese en Irlanda del Norte sería un delito de los mencionados en el citado anexo tercero (*relevant offence*)<sup>50</sup>. Este delito se castiga, dependiendo de la gravedad del hecho, con la pena de prisión de hasta seis meses o la pena de multa que no exceda del máximo previsto o ambas penas (*summary conviction*) o con pena de prisión de hasta diez años (*conviction on indictment*). Esta figura delictiva se conoce también en Escocia; concretamente se recoge en la Ley de protección de los niños y prevención de los delitos sexuales de 2005 (*Protection of children and prevention of sexual offences (Scotland) Act 2005*), donde se denomina *meeting a child following certain preliminary contacts* (art.1). La descripción de la conducta delictiva no es plenamente coincidente con su cuasi homónima inglesa. La ley escocesa en su artículo 1 castiga a la persona que habiéndose encontrado o comunicado con otra persona menor de 16 años, siempre que razonablemente no crea que esa persona tenga 16 o más años, o con un agente de policía, en al menos una

---

50 En el caso de Irlanda del Norte la víctima tiene que ser menor de 17 años en lugar de menor de 16.

ocasión anterior, se reúne intencionalmente con ésta o viaja con la intención de encontrarse con ella, o prepara un encuentro para que esa persona viaje con la intención de encontrarse con él; y en aquel momento tiene la intención de involucrarle en una actividad sexual ilegal o que presencie ésta durante o después del encuentro y en cualquier parte del mundo<sup>51 52</sup>. Es necesario además que al menos se dé alguna de las siguientes circunstancias: que alguno de los actos que integran el delito (el encuentro o comunicación previa, y si han sido varios al menos uno; la reunión posterior, el viaje o la preparación del viaje de la víctima) tenga una relevante conexión con Escocia<sup>53</sup>; o que el ofensor sea ciudadano británico o residente en el Reino Unido. La pena asociada a este delito puede ser una pena de prisión de hasta seis meses o una multa que no exceda del máximo posible o ambas penas (*summary conviction*) o una pena de prisión de hasta diez años o una pena de multa o ambas (*conviction on indictment*)<sup>54</sup>.

Esta incursión en otras legislaciones evidencia que no existe una posición común entre los estados sobre cómo abordar el fenómeno del *grooming*, si debe o no criminalizarse, y, en su caso, cómo proceder a su tipificación. Principalmente parece desprenderse que a nivel legislativo más que un acercamiento al fenómeno en sí mismo considerado se ha procedido a otorgar relevancia penal a una serie de actos preparatorios de algún delito de naturaleza sexual.

---

51 El viaje y el encuentro pueden producirse en cualquier parte del mundo, lo mismo que la comunicación que puede realizarse por cualquier medio.

52 No es necesario alegar o probar que el ofensor pensaba involucrarle en una específica actividad sexual.

53 Se entiende que la acción tendente al encuentro tiene conexión con Escocia cuando completamente o una parte de la misma tiene lugar en Escocia; en el caso de la comunicación la conexión existe si es hecha en, desde o a Escocia.

54 En esta dirección también la legislación irlandesa —art. 6 *Criminal Law (sexual offences) (amendment) Act 2007*—; o la legislación noruega desde 2007 (*General Civil Penal Code, art. 201a*).

### III. El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC

1. La LO 5/2010, de 22 de junio, y su incidencia en la protección de los menores de trece años en la esfera sexual

La LO 5/2010, de 22 de junio, por la que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha comportado una nueva reforma del tratamiento legal de los delitos de naturaleza sexual, la cuarta hasta el momento<sup>55</sup>, cuyo aspecto más visible ha sido la introducción de un nuevo capítulo dentro del Título VIII “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales” del Libro II del Código penal: el capítulo II *bis*, “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”<sup>56</sup>. A este capítulo

---

55 La LO 11/1999, de 30 de abril, había tratado, según reza la Exposición de motivos de la misma, de “garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces”, mediante la reintroducción en el Código penal del delito de corrupción de menores o incapaces, la tipificación de nuevas figuras delictivas en materia de pornografía infantil (la utilización de menores o incapaces para la elaboración del material pornográfico, la financiación de las actividades de utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y de elaboración de material pornográfico utilizando a menores; la producción, venta, distribución, exhibición de ese material o la facilitación de esos actos y la posesión de ese material para la realización de tales conductas; la agravación de la pena por pertenencia a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a tales actividades), la ampliación del delito de acoso sexual y la introducción del tráfico de personas para su explotación sexual, y la revisión de las penas. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificó el artículo 188 para castigar a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona y reconducir a un nuevo artículo 318 *bis* la conducta del tráfico de personas para su explotación sexual. La LO 15/2003 incidió posteriormente sobre la regulación de estos delitos y, concretamente, en esta ocasión, en las agresiones y abusos sexuales cualificados, con el objetivo de impedir interpretaciones de las normas que obstaculizasen castigar conductas de especial gravedad, y en la explotación sexual de menores e incapaces, que comportaba una reforma importante del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica de tipificación e introduciendo nuevos tipos penales como el delito de posesión para el uso propio de material pornográfico en el que se hayan utilizados menores o incapaces o el tipo de pornografía virtual infantil.

56 Nótese que este capítulo se incorpora al proyecto inicial por vía de enmiendas aceptadas por la Comisión de Justicia en su informe de 14 de abril de 2010.



han sido reconducidos los abusos y agresiones sexuales que tienen como víctima a un menor de trece años, lo cual lógicamente ha llevado aparejada la reformulación de los tipos penales (art. 183), la reorganización del capítulo II, dedicado a los abusos sexuales (arts. 181 y 182), y una puntual reforma del artículo 180.1.3ª para omitir la referencia que en el mismo se hacía a los menores de 13 años, además de la elevación de las penas en los artículos 178 y 180. En él también se tipifica la novedosa figura delictiva del acceso a menores de 13 años con fines sexuales a través de las TIC (art. 183 *bis*).

La explicación de este novedoso capítulo, según palabras del legislador expresadas en la Exposición de motivos de la ley, se encontraría en el mayor contenido de injusto de los delitos sexuales de los que son víctimas los menores; concretamente, aunque el legislador no lo diga expresamente en esa ocasión, se estaría refiriendo a los menores de 13 años, dado que es en relación con ellos que predica la indemnidad sexual y que el capítulo II *bis* está en exclusividad dedicado a los mismos (aspectos ambos que se mencionan a continuación en la Exposición de motivos). Efectivamente el mayor desvalor de acción y de resultado que entrañan los delitos sexuales en perjuicio de los menores debido a la merma e incluso ausencia de defensa posible por parte del menor y la afectación que esas conductas tienen en el bienestar y desarrollo de su personalidad sexual aconsejaban un tratamiento diferenciado de estos delitos<sup>57</sup>.

---

Por otra parte, la existencia de un capítulo específicamente dedicado a la protección de los menores de 13 años ha roto la unidad de tratamiento del abuso sexual de los que eran víctimas menores e incapaces. Esto podría suscitar cierta incertidumbre sobre el derecho aplicable en aquellos casos de abusos y agresiones sexuales a víctimas incapaces menores de 13 años; que a nuestro juicio, hallaría respuesta por vía del artículo 8.4º del Código penal y, consiguientemente, daría lugar a la aplicación de las figuras del artículo 183.

57 Una vez que el legislador adopta esta decisión, creemos que hubiese sido más adecuada la creación de un capítulo específico relativo a la protección de los menores frente a comportamientos de índole sexual dañinos para ellos, que tomase en cuenta los conocimientos existentes sobre las víctimas del abuso y la explotación sexual de menores. Nótese además que desde una perspectiva

El mencionado capítulo II *bis* consta únicamente de dos artículos. En el artículo 183 del Código penal se tipifican una serie de conductas que atentan contra la indemnidad sexual de la persona menor de 13 años, que en su mayor parte no revisten carácter novedoso alguno, más que el que les da el hecho de individualizarse por la edad de la víctima, motivadora de un *plus* de pena, y, en algunos casos, la asociación a las mismas de un elenco de circunstancias cualificadoras específicas.

Obsérvese que el legislador insiste en describir la conducta típica por referencia al bien jurídico protegido a pesar de la indeterminación que ello supone; más en este caso dada la inexistencia de un concepto unánimemente aceptado de indemnidad sexual. Este bien jurídico, individualizado legislativamente como tal a partir de la reforma del Código penal por LO 11/1999<sup>58</sup>, evocaría la necesidad de proteger a determinadas personas (se piensa en determinados menores de edad y en los incapaces) frente al riesgo de sufrir un daño en su desarrollo y/o bienestar como consecuencia de actos de contenido sexual perjudiciales para el libre desarrollo de su personalidad en la esfera sexual en aras de que llegado el momento sean realmente libres de decidir al respecto. A este fin

---

internacional no se distingue a los efectos de la protección de los menores exclusivamente en base a su edad, que, no obstante, sí aparece como factor determinante de la invalidez del consentimiento en la esfera sexual.

58 En la exposición de motivos de esta ley se dice: "... se ha de tener muy especialmente en cuenta ... y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente libre, no puede ser determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos".

Sobre la injustificada incorporación de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido véase, por todos, Díez Ripollés, J.L.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Díez Ripollés, J.L./Romeo Casabona, C. M.: *Comentarios al Código penal. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004, pp. 233-242. Por su parte, Boix Reig, J./Orts Berenguer, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999», en Quintero Olivares, G./Morales Prats, F., (coord.): *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, 2001, p. 1016, entendían que el añadido en el rótulo no aportaba nada.

se tutelaría a los niños a lo largo de su proceso de formación y desarrollo sexual, tratando de impedir que presencien o participen en actividades sexuales o accedan a contenidos sexuales que pudieran afectarles negativamente en el desarrollo de su sexualidad<sup>59</sup>.

Asimismo hay que resaltar el hecho de que la creación de un capítulo específico dedicado a las agresiones y abusos sexuales a menores de 13 años ha llevado aparejada consigo la supresión de la presunción legal de invalidez del consentimiento prestado por un menor de esa edad en la esfera sexual. Como se recordarán el viejo artículo 181.2 precisaba que se consideraban abusos sexuales no consentidos los que se ejecutaran sobre menores de trece años. Esta presunción fue interpretada durante mucho tiempo por nuestros tribunales como una presunción *iuris et de iure*<sup>60</sup>, aunque parte de la doctrina, incluso antes de la regulación de las presunciones legales y judiciales por parte de la vigente LEC<sup>61</sup>, se habría pronunciado a favor de considerarla una presunción *iuris tantum*<sup>62</sup>.

La nueva redacción de la norma, “el que realizara actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años...”, flexibiliza, en nuestra opinión, la cuestión de la edad

---

59 El TS, por ejemplo, ha definido la indemnidad sexual como el bienestar psíquico del menor en cuanto condición necesaria para un adecuado y normal desarrollo de la formación sexual (STS nº. 803/2010, de 30 de septiembre, F. J. 3º), o como el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de su personalidad (STS 476/2006, de 2 de mayo, F. J. 2º).

60 Así la sentencia del Tribunal Supremo nº. 411/2006, de 18 de abril (FJ. 3º). Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo nº. 476/2006, de 2 de mayo (FJ 4º), de la que fue ponente también Berdugo y Gómez de la Torre, apunta la posibilidad de dar validez al consentimiento de un menor de 13 años siempre que su edad esté muy próxima al tope legal y efectivamente se demuestre que éste tiene capacidad para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que realiza.

61 La ley 1/2000 en su artículo 385.4 dispone que toda presunción admite prueba en contrario salvo en los casos en que la ley lo prohíba expresamente.

62 Así Muñoz Clares, J.: «Estudio jurisprudencial sobre la presunción de consentimiento a efectos sexuales por menores de 13 años de edad», en *RGDP*, 2009, nº. 12, pp. 4-7.

legal de consentimiento sexual en el sentido de que si bien podemos seguir entendiendo (máxime si tenemos en cuenta que los textos internacionales hablan de la necesidad de señalar una edad legal de consentimiento sexual) que el legislador fija la misma en los trece años es posible que en atención al grado de madurez del menor su consentimiento adquiera relevancia<sup>63</sup>. Esto ocurrirá cuando el menor tenga “la capacidad para expresarse en el ámbito sexual y comprender y valorar adecuadamente y justamente el significado y el alcance del acto que realiza” (STS n°. 476/2006, de 2 de mayo, FJ. 2º). Algunos autores, sin embargo, siguen considerando que los menores de 13 años son incapaces *iuris et de iure* de otorgar un consentimiento legalmente válido en el plano sexual<sup>64</sup>.

En el primer número del artículo 183 se describe el denominado legislativamente abuso sexual a un menor, que consiste en la realización de actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años y se encuentra castigado con la pena de prisión de dos años a seis años<sup>65</sup>. Una descripción típica en exceso ambigua, que nos obliga a delimitar los supuestos en ella subsumibles en un sentido negativo, es decir, a partir de otras descripciones típicas; y que permitiría hablar de abuso sexual sin necesidad de que medie un contacto corporal entre la víctima y

---

63 De esta opinión Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Ed. JM Bosch, 2011, p. 120; Cugat Mauri, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Álvarez García, F. J./González Cussac, J. L., (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2010, p. 229, si bien limita esta flexibilidad a las relaciones sexuales entre adolescentes; criterio que comparte Cancio Meliá, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», en *LP*, 2011, n°. 80, p. 14.

64 Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», en Gómez Tomillo, M., (dir.), *Comentarios al Código penal*, Ed. Lex Nova, 2010, p. 728.

65 Antes de la reforma esta conducta era subsumida en el artículo 181.1, donde se preveía una pena de prisión de 1 a 3 años en alternativa a la pena de multa de 18 a 24 meses, de acuerdo con la jurisprudencia dominante que consideraba que el hecho de ser menor de trece años era una circunstancia inherente al abuso sexual y por tanto no cabía apreciar el artículo 181.4.

el sujeto activo. Podría afirmarse entonces, en contra del criterio tradicional jurisprudencial, que comete abuso sexual quien hace que el menor se desnude y lleve a cabo actos de exhibición obscena o de manipulación sexual sobre su cuerpo<sup>66</sup>.

Este ataque tiene que producirse sin violencia o intimidación, dado que de lo contrario el hecho pasaría a ser calificado como delito de agresión sexual a un menor y consiguientemente la pena sería de prisión de cinco a diez años<sup>67</sup>. La pena se eleva en ambos casos, pena de prisión de ocho a doce años para el abuso sexual a menor y pena de prisión de doce a quince años para la agresión sexual a menor<sup>68</sup>, cuando el ataque consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 183.3). Todas estas conductas son castigadas con las respectivas penas en su mitad superior si concurre alguna de las siguientes circunstancias (art. 183.4): a) cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años; b) cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; c) cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio; d) cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por

---

66 De esta opinión Carmona Salgado, C.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el título VIII, Libro II del Código penal. Agresiones y abusos sexuales», en Cobo del Rosal, M., (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 247 por remisión en p. 279; igualmente Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 711, en relación con las agresiones sexuales. Véase también la STS 1029/1996, de 18 de diciembre.

67 Con anterioridad a esta reforma del Código penal la pena era de prisión de 4 a 10 años de acuerdo con el artículo 178 en relación con el artículo 180.1.3ª.

68 El abuso sexual cualificado por el tipo de acto sexual se castigaba anteriormente con la pena de prisión de 7 a 10 años (art. 182.2) y la agresión sexual agravada por el tipo de acto sexual (violación) con la pena de prisión de 12 a 15 años (art. 189.1.3ª), luego, en este último caso, la pena no ha variado.

ser ascendente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima; e) cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor; f) cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicara a la realización de tales actividades<sup>69</sup>. En su mayor parte estas circunstancias no son otras que las que el legislador había tomado en consideración para la creación de los tipos cualificados de las agresiones sexuales del artículo 180 (así b, c, d; y a y e, con matices), dos de las cuales, la relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima y al prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco, se habían proyectado anteriormente a los abusos sexuales (antiguos artículos 181.4 -actual 181.5- 182.2 y 183.2 -actual 182.2). También hay alguna, las previstas en las letras e y f, que responde a la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil al derecho interno. Finalmente en el número 5 del artículo 183 se prevé la adición a la pena de prisión correspondiente de la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años para el culpable que se hubiese prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

En el artículo 183 *bis*, como hemos apuntado ya, se recoge el novedoso delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC<sup>70</sup>, que analizaremos más detenidamente a continuación;

---

69 Nótese que la concurrencia de dos o más de estas circunstancias no determina una ulterior concreción del marco penal a diferencia de lo dispuesto en el artículo 180.2.

70 Este delito no ha recibido aún una denominación común en español por parte de la doctrina. Dolz Lago, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», cit. se refiere a él como ciberacoso sexual infantil o acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales. La primera de las denominaciones es acogida también por Lascuraín Sánchez en su prólogo a la obra de A. Monge Fernández, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 23; o por Cugat Mauri, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 227 ó 235. Muy parecida es la que ofrece Magro Servet, V.: «El *grooming* o ciber acoso infantil, el

limitándonos a subrayar en estos momentos que a través del mismo nuestro legislador anticipa la intervención penal allí donde nos encontramos ante actos de preparación de otros delitos de naturaleza sexual que por la particularidad del medio del que se sirve el sujeto para su realización revisten particular peligrosidad al facilitar la ejecución de la acción<sup>71</sup>.

---

nuevo artículo 183 bis del Código Penal», cit., La segunda por Norberto de la Mata Barranco quien se refería a él como acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales en su conferencia titulada *Child grooming*, impartida en la Universidad de Oviedo el 18 de marzo de 2011. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 240, nos habla del contacto con el menor a través de medios telemáticos; Tamarit Sumalla, J. M.: «Comentario al artículo 183 bis CP», en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, 6ª ed. Aranzadi, 2011, p. 1185, de acoso sexual cibernético de menores de trece años; Cancio Meliá, M.: «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual», cit., p. 9 y 15, se refiere a él como acoso por medio de tecnologías de la información o comunicación. Otros autores se sirven de la expresión inglesa *child grooming*, así Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 227. Ésta es la que utiliza también el propio legislador en la exposición de motivos de la LO 5/2010. ECPAT: *La violencia contra los niños en el ciberespacio. Contribución al estudio mundial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños*, Ed. ECPAT, 2005, [http://www.ecpat.net/EI/Publications/ICT/Cyberspace\\_SPA.pdf](http://www.ecpat.net/EI/Publications/ICT/Cyberspace_SPA.pdf), (consulta 28-4-2011), pp. 50 ó 72, designa este tipo de conducta como la preparación para causar daño o preparación en línea.

En el Congreso de Diputados, el Sr. Federico Trillo-Figueroa Martínez- Conde se refiere a él como acoso o seducción a través de Internet a los menores de edad (BOCG Congreso, Pleno y Diputación Permanente, nº. 146, de 11 de marzo de 2010, p. 29).

- 71 Nótese que la forma concreta en la que se lleve a cabo ese acercamiento podría implicar la realización de otros comportamientos dañinos para los menores que imprimirían a esos actos preparatorios un mayor desvalor. Así Cugat Mauri, M.: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 235, menciona expresamente la subyugación moral de especial intensidad de la víctima al agresor, dado que el medio permite guardar y reproducir conversaciones e imágenes que pueden ser utilizadas para el chantaje al menor. Opinión compartida por Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 233.

Esta novedosa figura delictiva, por otra parte, no estaba prevista originariamente en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. Se incorporó al mismo en el Informe de la Ponencia del Congreso a raíz de la aceptación de una transacción a la enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso<sup>72 73</sup>. Esta enmienda, la enmienda n.º. 351, proponía prevenir el fenómeno del *child grooming* (*grooming* informático, acoso a menores *online* o ciber-acoso) con la mente puesta en los adultos pederastas que emprendían deliberadamente acciones, sirviéndose de las TIC, con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad y crear con él una conexión emocional con la finalidad de disminuir las inhibiciones y abusar sexualmente de él<sup>74</sup>, a través de un tipo penal que se configuraba en los siguientes términos: “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 uno a tres 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”<sup>75</sup>.

Como se habrá observado, el nuevo capítulo no comprende todas las conductas que por implicar un comportamiento de naturaleza sexual perjudicial para los menores de 13 años se estiman merecedoras de reproche penal. Consiguientemente una

---

72 BOCG Congreso, Serie A, n.º. 52-10, de 21 de abril de 2010.

73 Con la aceptación de esa transacción se introduce el artículo 183 *bis*, cuyo contenido permanecerá ya inalterado.

74 Véase BOCG Congreso, n.º. 160, de 29 de abril de 2010, p. 21, y la justificación de la enmienda n.º. 351 en el BOCG Congreso, Serie A, n.º. 52-10, de 21 de abril de 2010, p. 156.

75 BOCG Congreso, Serie A, n.º. 52-10, de 21 de abril de 2010, p. 156. Esta enmienda se presenta también en el Senado, enmienda n.º. 136, al no estar de acuerdo con la redacción del artículo 183 *bis*.



completa aproximación a la protección penal de éstos en la esfera sexual requeriría tener presente igualmente el delito de acoso sexual (art. 184), donde existe un tipo cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima basada en la edad (art. 184.3), los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186), en los que se protege de igual forma a todo menor de edad, y los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. En estos últimos ha incidido de forma importante la reforma, de ahí que vamos a detenernos brevemente en ellos, antes de analizar el nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC.

Así por lo que se refiere en concreto al delito de prostitución de menores del artículo 187 hay que señalar, en primer lugar, que el legislador se ha pronunciado de forma clara sobre la relevancia penal de las conductas de los clientes de prostitución de menores que, como es sabido, había dado lugar a la aprobación por parte del Pleno del Tribunal Supremo de un Acuerdo no jurisdiccional de 12 de febrero de 1999, con arreglo al cual la conducta del cliente inducía o favorecía el mantenimiento del menor en la situación de prostitución dependiendo de la reiteración de los actos y la edad más o menos temprana del menor; perdiendo fuerza el primer criterio cuando la edad era claramente inferior a la mayoría de edad, esto es, 13, 14 ó 15 años. La LO 5/2010 ha introducido un segundo inciso en el artículo 187.1 para castigar con igual pena que la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores o incapaces (¿prisión? de 1 a 5 y multa de 12 a 24 meses) a quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. En segundo lugar, se introduce un tipo cualificado de las conductas mencionadas en base a la edad de la víctima, de forma que cuando ésta es menor de trece años la pena será de prisión de 4 a 6 años (art. 187.2). Y en tercer lugar, se establece una cláusula legal de naturaleza concursal cuya necesidad, al igual que ya ocurría en el artículo 188.4 (ahora 188.5), no es fácil de advertir más allá de sortear

problemas interpretativos, en la medida en que se recogen las reglas generales de los concursos<sup>76</sup>.

El delito de prostitución de menores empleando violencia, intimidación o engaño o mediante abusos diversos (de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad), castigado con la pena de prisión de 4 a 6 años, presenta ahora un tipo cualificado en atención a que la víctima es menor de 13 años (art. 188.3), que se castiga con pena de prisión de cinco a diez años<sup>77</sup>.

En el seno de los delitos relativos a la pornografía infantil y a la corrupción de menores, donde ya se contemplaba un tipo cualificado por la utilización de menores de 13 años<sup>78</sup>, se introduce la captación de menores de edad o incapaces con fines o para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, así como la conducta de lucrarse con las conductas de captación u utilización de menores para los fines expuestos (art. 189.1 a). Se añade el ofrecimiento por cualquier medio de material pornográfico en cuya utilización hayan sido utilizado menores o incapaces (art. 189.1 b). En las conductas del artículo 189.1 se eleva el límite máximo de la pena

---

76 Obsérvese el diferente tenor de la cláusula concursal del artículo 187.5 y 188.5 (libertad e indemnidad sexual, en uno, agresiones y abusos sexuales, en otro).

77 También se han ampliado los tipos cualificados de los delitos de prostitución empleando violencia, intimidación o engaño o mediante abusos diversos independientemente de que la víctima sea mayor o menor de edad. A ellos se refiere el art. 188.4, donde ha sido reconducido el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario (a) y aparece también la pertenecía del sujeto a una organización o grupo criminal que se dedicase a la realización de tales actividades (b) y el hecho de que se hubiese puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima (c). La concurrencia de alguna de estas circunstancias determina la aplicación de la pena respectiva en su mitad superior y en el caso del prevalimiento de la condición de autoridad, etc., se añade, como estaba previsto anteriormente, la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años.

78 El legislador debería haber procedido a redactar de nuevo esta circunstancia cualificadora para evitar que a partir de una interpretación gramatical de la norma no fuese subsumible en la misma la nueva conducta típica de la “captación” de menores.

de prisión, resultando una pena de prisión de 1 a 5 años. En consonancia con ello se incrementa en un año el límite mínimo de la pena de prisión prevista para los tipos cualificados y también su límite máximo; consiguientemente cuando concurren alguna de las circunstancias del artículo 189.3 la pena pasa a ser de prisión de 5 a 8 años. Se suprime el artículo 189.8 que contemplaba la posibilidad de que se aplicasen medidas accesorias cuando el culpable perteneciese a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedique a cometer tales actividades. Y se ha reconocido en relación con los delitos del capítulo V la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 189 *bis*).

## 2. Análisis del delito

### 2.1. *Elementos comunes*

#### a) Bien jurídico protegido

La ubicación sistemática de este delito dentro del capítulo II *bis*, “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, del Título VIII “Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales”, donde se contempla una primera conducta penalmente típica descrita como la realización de “actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años”, ha llevado a aquéllos que se han aventurado en el análisis de este delito a la conclusión de que el bien jurídico protegido a través del mismo es la indemnidad sexual de los menores de trece años.

Ciertamente una interpretación sistemática del artículo 183 *bis*, unida además al hecho de que este delito se ha construido sobre la base de la realización de actos que pueden presentarse como actos preparatorios de determinados delitos sexuales impunes hasta el momento, puede llevarnos a identificar efectivamente como bien jurídico tutelado penalmente a la indemnidad sexual de los menores de 13 años. No obstante, en consideración a que lo que ha dado relevancia penal a esos actos es precisamente el medio del que se sirve el sujeto activo para realizarlos, esto es, las TIC, no revistiendo en otro caso tales actos trascendencia

penal, cabría alumbrar otro bien jurídico penalmente protegido. Éste no sería otro que la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, aunque, como vemos, en su proyección en una esfera muy concreta. No en vano, como hemos apuntado, el fenómeno del *child grooming* ha atraído la atención de nuestro legislador a partir de su identificación como uno de los riesgos que acechan a los menores en el espacio virtual, particularmente peligroso por su orientación a la realización de delitos de naturaleza sexual, que exigiría la adopción de medidas tendentes a su prevención para garantizar en definitiva un uso seguro de las TIC por los menores y con ello favorecer el desarrollo de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y comunicación. En la propia ley se pueden encontrar unas palabras que indirectamente apoyarían la identificación de este segundo bien jurídico. Exactamente, la afirmación “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Si la conducta incriminada en el artículo 183 *bis* no fuese más que la punición de actos preparatorios de otros delitos, una vez que comienza la tentativa o se consuma el delito de cuya preparación formaban parte los actos descritos en el artículo 183 *bis* constituiría una vulneración del principio de *non bis in idem* castigar al sujeto por el delito en grado de tentativa o, en su caso, consumado y además por el delito del artículo 183 *bis*. Consecuentemente, la resolución adecuada de estos casos vendría de la mano de la aplicación de las reglas que resuelven los concursos aparentes de normas penales, concretamente del principio de consunción (art. 8.3<sup>a</sup>), y no de la construcción de un concurso de delito; que sí sería, en cambio, procedente si el delito del artículo 183 *bis* fuese pluriofensivo en el sentido expuesto. Desde la perspectiva de salvaguardar el uso seguro de las TIC por parte de la infancia, el nuevo tipo penal, no obstante, presenta evidentes lagunas y suscita el interrogante de la necesidad de su existencia.

#### b) Sujetos del delito

A tenor de la fórmula empleada por el legislador para designar al sujeto activo de este delito, “el que..”, el delito de acceso

a niños con fines sexuales a través de las TIC se ha perfilado en nuestro derecho como un delito común. Consiguientemente puede ser sujeto activo del mismo cualquier persona, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio europeo sobre el abuso y la explotación de menores que acota el círculo de posibles sujetos activos del delito a los adultos (art. 23), en la Propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil o en las legislaciones nacionales en las que hemos apreciado la existencia de esta figura delictiva o una muy próxima, con la salvedad del Código penal de Canadá, que también se refiere a “el que”<sup>79</sup>.

Esta opción legislativa no resulta plenamente satisfactoria, a nuestro juicio, si tenemos en cuenta que a partir de una interpretación literal de la misma adquieren relevancia penal conductas de ligoteo entre menores que por la proximidad de sus edades no revestirían entidad suficiente para merecer el reproche penal, pensemos el caso de un chico de catorce años, responsable, por tanto, penalmente (art. 1 LORPM), que contacta con una chica de doce años. No eran éstos los casos como tampoco los que pudieran protagonizar otros menores de edad los que estaban en la mente del legislador cuando elevó a la categoría de delito determinados actos preparatorios de los delitos sexuales hasta entonces impunes, sino más bien el miedo al depredador sexual, identificándose como tal a un adulto. Así lo corroboran las propias palabras del legislador expresadas en la exposición de motivos de la LO 5/2010, que justifican la incorporación de la nueva figura delictiva precisamente para “castigar penalmente las conductas que una persona adulta” desarrolla a través de las TIC para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual<sup>80</sup>. Abogamos, consiguientemente, a favor de que

---

79 Aunque en Noruega no se acote el sujeto activo del delito a la persona adulta, se dispone la posibilidad de eximir de responsabilidad penal por este delito si el sujeto activo y la víctima están próximos en edad y madurez (art. 201 a CP).

80 En conexión con lo dicho es de observar que nuestros parlamentarios expresamente en diversas ocasiones durante la tramitación parlamentaria de la ley

se realice una interpretación restrictiva de la norma en pro de excluir del círculo de sujetos activos de este delito a los menores.

Desde nuestra concepción del bien jurídico protegido, debe identificarse como sujeto pasivo de este delito tanto al concreto menor de trece años, independientemente de su sexo, como a la infancia en general<sup>81</sup>; cuyo valor como bien jurídico de naturaleza colectiva acreedor de la protección penal en determinados ámbitos ha cobrado especial impulso desde la aprobación del Convenio sobre los Derechos del Niño.

El límite de edad que se establece para concretar el sujeto pasivo de este delito, menores de 13 años, está en sintonía con la edad legal de consentimiento sexual, que, por otra parte, es la que se tiene presente también a los efectos de configurar este delito en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual. Sin embargo, a partir de una visión en conjunto de la protección penal que se dispensa a los menores en relación con conductas de contenido sexual realizadas en su perjuicio es posible advertir algunas incoherencias legislativas que aconsejan el replanteamiento de la edad del sujeto pasivo y, consiguientemente, de extender la protección de este tipo penal más allá de esa primera fase de la vida humana que es la infancia. En este sentido hay que tener presente que los tipos de abusos sexuales no se han construido únicamente sobre la negación legislativa de la capacidad de autodeterminación sexual de determinadas personas, por lo que aquí interesa, de los menores de trece años, sino también en base a la existencia de un consentimiento viciado, consecuentemente, no válido. Así el tipo de abuso sexual mediante prevalimiento, en el que la edad de la víctima no es relevante, (art. 181.3) o el tipo de abusos sexuales fraudulentos, del que sólo puede ser sujeto pasivo la persona

---

han afirmado que el *child grooming* es una conducta realizada por adultos; así en BOCG Congreso, n.º. 160, de 29 de abril de 2010, p. 21, y BOCG Senado, Pleno, n.º. 83, de 9 de junio de 2010, pp. 4448 ó 4452-4453.

81 Así Dolz Lago, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», cit.

mayor de trece años y menor de dieciséis (art. 182). Éste último es, a nuestro juicio, especialmente interesante en este punto en la medida en que las propiedades de alguna de las TIC se prestan fácilmente a que el sujeto activo del delito engañe a su víctima para encontrarse con ella con el fin de cometer determinados delitos.

## 2.2. Tipo básico

El artículo 183 *bis* castiga en su primer inciso a “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”.

Nos encontramos ante un tipo mixto acumulativo que precisa para su consumación que el sujeto activo realice tres acciones, que se suceden en el tiempo: a) contactar con el menor de trece años, b) proponer concertar un encuentro con él a fin de cometer determinados delitos de significación sexual, y c) realizar actos materiales encaminados al acercamiento. Con la particularidad de que de ésta última se hace depender la punibilidad de la conducta.

a) El establecimiento de contacto o comunicación con el menor de 13 años tiene que hacerse necesariamente a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. La acotación de los medios de contacto con el menor a aquellos relacionados con las TIC se explica, como ya hemos dicho, en base a que facilitan e incrementan la peligrosidad de la acción delictiva<sup>82</sup>. A tenor del significado del verbo “contactar”, esto es, establecer contacto o comunicación con alguien, sin precisión alguna sobre el momento del contacto,

---

82 Boix Reig, J., (dir): *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, 2010, p. 357, ha planteado sino hubiese sido más adecuado aludir simplemente a cualquier medio.

habría que concluir que es indiferente que el sujeto activo y su concreta víctima se hayan conocido con anterioridad en el espacio físico<sup>83</sup>. Lo que exige el tipo es que el sujeto activo se sirva de las TIC para comunicarse con él menor y desde luego, como veremos, que a través de las mismas le haga su propuesta de concertar un encuentro, sin ulterior precisión. En este punto, es interesante resaltar que aunque en el lenguaje usual de las palabras pudiera entenderse que quien contacta es quien toma la iniciativa de la comunicación, en atención al fenómeno sobre el que se pretende legislar habría que considerar que también se produciría ese contacto típico cuando, por ejemplo, es el propio menor quien pica en el *chat* al sujeto activo, si éste estaba a la espera de que algo así sucediera. Otra interpretación diferente posibilitaría que las personas que acechan a los menores con una finalidad sexual en Internet eludiesen la aplicación del tipo penal simplemente cuando aprovechen ese primer contacto llevado a cabo por parte del menor para realizar la propuesta de concertar un encuentro con él o sencillamente se las arreglaran para que fuese siempre el menor quien tomase la iniciativa de contacto en caso de que mantuvieran contactos sucesivos. Cuando realmente nos encontramos ante una auténtica preparación del menor para fines sexuales, entendiéndose como tal aquella en la que el sujeto activo trata de ganarse la confianza de la víctima, lo normal será que en algún momento el sujeto activo tome la iniciativa del contacto con el menor. Pero nuestro tipo penal a tenor de su dicción ampara también otras conductas que no requieren de tal preparación.

b) El sujeto activo debe además proponer, a través de los medios mencionados y no otros, concertar un encuentro con el menor. Por lo que se refiere a esta concreta acción hay que incidir en el hecho de que el tipo nos habla de la realización de la propuesta de concertar un encuentro, de lo que se desprende que, en principio, es irrelevante si efectivamente entre el sujeto activo y la víctima se llega a un acuerdo acerca del momento y

---

83 Así Dolz Lago, M. J.: «Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», cit.



del lugar de ese encuentro<sup>84</sup>. Sobre este concreto particular, se podría discutir, dadas las posibilidades que ofrecen algunas de las TIC, si el encuentro tiene que llevarse a cabo en un lugar físico<sup>85</sup> o es posible también que se lleve a cabo en el propio *ciberespacio* o a distancia (encuentro virtual). A este respecto, hay que tener presente que en la actualidad las personas también nos encontramos con otras en el espacio virtual<sup>86</sup> y que determinados delitos cuya realización persigue el sujeto activo son susceptibles de cometerse a distancia gracias precisamente a las TIC, así algunos delitos relativos a la pornografía infantil (la utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o en la elaboración de material pornográfico) e incluso, dependiendo de la interpretación de la expresión “realizar actos que atenten contra la indemnidad sexual del menor”, abusos y agresiones sexuales que no requieran de un contacto corporal entre el sujeto activo y la víctima. Consiguientemente, no vemos obstáculo alguno a que ese encuentro pueda llevarse a cabo en el ciberespacio.

c) Una última acción integrante del tipo consiste en la realización de actos materiales encaminados al acercamiento, esto es, al encuentro con la víctima, sea en el mundo físico sea en el mundo cibernético. Estos actos, como ha indicado Dolz Lago, sólo aparecen acotados legislativamente a través de dos parámetros: su naturaleza y la finalidad que les guía. Consecuentemente pueden ser muy diversos (merodear por los lugares que frecuenta la víctima para encontrársela, la adquisición de un billete de transporte con destino al lugar donde se encuentre la

---

84 De esta opinión Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 731.

85 Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 731, nos habla de un encuentro físico. Asimismo Serrano Gómez, A./ Serrano Maíllo, A.: *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed. Dykinson, 2010, p. 238, en la medida en que considera que actos materiales encaminados al acercamiento son el desplazamiento de ambas partes o de una de ellas para contactar personalmente en algún lugar.

86 Obsérvese que una conducta muy típica de quienes utilizan Internet para conocer a otras personas consiste precisamente en contactar con éstas en un *chat* público para enseguida proponer un encuentro en uno privado.

víctima, el desplazamiento a éste, etc.) y, en el caso concreto, de que el sujeto activo persiga cometer un delito en el espacio virtual los actos encaminados al acercamiento podrían sencillamente consistir en volver a contactar a través de las TIC con el menor para realizar los actos de ejecución del ulterior delito sexual. Así las cosas, hubiese sido deseable una mayor determinación de éstos en la ley<sup>87</sup>.

Como se habrá advertido ya, el encuentro en el ciberespacio origina una situación cuando menos peculiar, dado que el tipo de actos de acercamiento que han de llevarse a cabo se realizan a través de una acción de contactar, de forma que en el marco de la comisión de los delitos sexuales en el espacio virtual podría vaciarse de sentido la exigencia de que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Ciertamente esta paradoja desaparecería si considerásemos que el encuentro necesariamente tiene que ser en el espacio físico (tal y como parece ocurre en las legislaciones que han optado por hacer frente al *child grooming* sin dotar de mayor relevancia al hecho en atención al uso de las TIC), pero esta conclusión nos llevaría a descartar la punibilidad de conductas de explotación sexual de menores que han cobrado mayor fuerza con las TIC como ocurre con la pornografía infantil.

Por otra parte, y también en referencia a las conductas en el ciberespacio, nos podemos encontrar con que alguno de estos actos sean actos de ejecución de otros delitos.

En el plano subjetivo, este delito es un delito de naturaleza dolosa; el sujeto activo debe tener conocimiento y voluntad de realizar las acciones que hemos descrito anteriormente sirviéndose de los medios mencionados. Se trata además de un dolo directo en atención al hecho de que las mismas han de estar motivadas

---

87 En este sentido Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 234, ha resaltado ya la posible lesión del principio de taxatividad en atención a la vaguedad de la redacción de la norma.

por una finalidad ulterior, como es la comisión de determinados delitos sexuales.

El hecho de que la edad de la víctima, ser menor de trece años, sea un elemento esencial del tipo penal nos sitúa en la necesidad de aproximarnos al tratamiento del error del autor sobre la edad de la víctima. En este contexto hay que plantear dos situaciones. Cuando el sujeto cree erróneamente que la persona con la que contacta no es menor de trece años, habrá que apreciar en el hecho un error de tipo que, independientemente de su carácter vencible o invencible, determinará la exención de responsabilidad penal por no ser objeto de punición esta conducta a título de imprudencia (art. 14.1). En cambio cuando el sujeto crea erróneamente que el menor con quien contacta no ha cumplido aún los trece años, nos encontraríamos ante el llamado error al revés que nos conduce a una problemática completamente distinta como es la de la tentativa inidónea, que, sin embargo, no encuentra aquí una solución satisfactoria por no admitirse el castigo de la tentativa en este delito. Por otra parte, y dado que de error estamos hablando, es factible igualmente que se produzca un error de prohibición fruto del desconocimiento por el sujeto de la existencia de este delito (art. 14.3).

Como decíamos anteriormente, es necesario para la existencia de este delito de la presencia de un elemento subjetivo del injusto en el sujeto activo, concretamente que su conducta esté dirigida a la comisión de determinados delitos sexuales, “a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189”; ello hace de este tipo penal un delito de tendencia interna trascendente y dentro de éstos un delito mutilado en dos actos. En cuanto a la selección de los delitos sexuales que persigue ejecutar el sujeto activo de este delito, esto es, los delitos de agresión sexual (arts. 178 a 180), abuso sexual (arts. 181 a 183) y delitos relativos a la pornografía infantil y a la corrupción de menores (art. 189), es preciso hacer algún comentario. En primer lugar, llama la atención que el legislador haya optado por identificar un amplio elenco de conductas delictivas susceptibles de estar

presentes en la finalidad que guía la realización del tipo del 183 *bis* a diferencia de lo que sucede en el artículo 23 del convenio europeo de referencia<sup>88</sup>. Abierto este camino por el legislador, sorprende, sin embargo, que no haya tomado en consideración los delitos relacionados con la prostitución de menores (arts. 187 y 188), castigados incluso con mayor pena que alguno de los delitos que sí se mencionan en el artículo 183 *bis*<sup>89</sup>. Y en tercer lugar, la referencia expresa a tipos penales de los que son sujetos pasivos personas que ya han cumplido los trece años, sugiere que la edad de la víctima, menor de trece años, sólo es realmente relevante en el momento en que se contacta con el menor con la finalidad apuntada<sup>90</sup>. Una conclusión que refuerza el planteamiento de la identificación de la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC como uno de los bienes jurídicos protegidos.

Independientemente de todo ello, seguramente sea este elemento subjetivo del injusto el que mayores problemas planteará en la práctica ante la dificultad de demostrar su presencia.

---

88 Tamarit Sumalla, J. M.: «Comentario al artículo 183 bis CP», cit., p.1186, propone una interpretación restrictiva de la norma de forma que sólo quedasen abarcados por el tipo penal del artículo 183 *bis* los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerle participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, es decir, las conductas del artículo 179 a 183 y del artículo 189.1.a) del Código penal.

89 Así también Boix Reig, J., (dir): *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, cit., p. 357. Monge Fernández, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 234, por su parte, menciona a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual.

90 En esta línea se pronunció Norberto de la Mata Barranco en su conferencia *Child grooming*, cit. Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 731, sin embargo, considera superflua las referencias a esos otros tipos penales; puntualizando Boix Reig, J., (dir): *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, cit., p. 357, que lo correcto hubiera sido que el legislador se refiriese por lo que concierne a los delitos de agresión y abusos sexuales únicamente al artículo 183.

### 2.3. Tipo cualificado

El delito de acceso a menores de trece años con fines sexuales a través de las TIC presenta una modalidad cualificada basada en la utilización de la coacción, de la intimidación o del engaño para la lograr el acercamiento del sujeto activo y la víctima si a través de esos medios éste se obtiene (“...cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”), que se encuentra castigada con la pena prevista para el tipo básico en su mitad superior, es decir, la pena de prisión de dos a tres años o la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses.

En atención en concreto a la coacción y a la intimidación cabría decir que su vinculación a este delito podría interpretarse en el sentido de desplazar en su aplicación a los delitos de coacciones o amenazas a los que pudieran dar lugar, en su caso. De seguirse este planteamiento, si tenemos presente la repercusión que la utilización de estos medios han tenido en la pena y la lo comparamos con la trascendencia penal que podrían tener éstos de ser considerados aisladamente, esto es, como delitos en sí mismos, nos podríamos encontrar con casos en los que la creación de este tipo penal repercutiría finalmente en beneficio del sujeto activo. De ahí que consideremos que el legislador debería haber introducido una disposición para excluir la apreciación del tipo cualificado cuando el medio empleado para el acercamiento da lugar por sí mismo a un delito más grave. Esto permitiría que pudiéramos en estos casos hablar de un concurso de delitos entre el tipo básico del artículo 183 *bis* y el correspondiente delito de coacciones o amenazas. Imaginémoslo, por ejemplo, que el sujeto activo que habiendo contactado y propuesto concertar un encuentro con un menor, le amenaza con difundir algunas fotografías que haya obtenido del menor en alguna pose susceptible de ser calificada como pornográfica si no acepta verse con él en un determinado lugar. El hecho de que esa amenaza forme parte del tipo cualificado podría dar lugar a que en caso de que el menor acepte y el acercamiento tenga lugar, el tipo penal aplicable sea precisamente ese, que, como hemos visto, prevé una pena alternativa de prisión

o multa. Si no existiera éste, la calificación de los hechos descritos (prescindiendo de la relevancia de la posesión de pornografía infantil) daría lugar a un concurso medial de delitos entre el tipo básico del artículo 183 *bis* (pena de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses) y un delito de amenazas condicionales del 169.1º (pena de prisión de uno a cinco años), que con arreglo a las reglas que disciplina la determinación de la pena en los concursos mediales de delitos (art. 77) comportaría la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, esto es, la pena prevista para las amenazas, una pena única de prisión de tres a cinco años. Penalidad que resulta más grave que la prevista en el tipo cualificado. Así las cosas algún autor ha considerado que en los casos en los que se emplee la amenaza para el acercamiento, procederá aplicar el principio de alternatividad (art. 8.4)<sup>91</sup>.

El engaño, por su parte, como medio determinante del agravamiento de la pena puede, como ha señalado algún autor<sup>92</sup>, dejar, en gran medida, sin contenido el tipo básico, dado que lo normal en el proceso de preparación del menor para que acceda a pretensiones sexuales es que el sujeto activo se sirva del engaño. Para que esto no ocurra y tomando en consideración que el engaño que motiva la agravación de la pena tiene que ser la causa de que el acercamiento se lleve a cabo, cabría realizar una interpretación restringida del mismo, en el sentido de que éste solo adquiriese relevancia penal cuando se oculta a la víctima la verdadera razón del acercamiento, esto es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos que menciona el tipo.

---

91 Así Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 732.

92 Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 732; o Norberto de la Mata Barranco en su conferencia *Child grooming*, cit.

#### 2.4. Formas especiales de aparición

Trataremos en este apartado algunas cuestiones concernientes a los grados de ejecución del delito (a) y a las relaciones concursales (b)<sup>93</sup>.

a) La consumación de este delito se produce en el momento en que el sujeto realiza algún acto material de acercamiento a la víctima independientemente de que el sujeto pasivo conozca el fin último que persigue el sujeto activo<sup>94</sup>. La expresión “siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”, condicionante de la imposición de la pena, imposibilita el castigo de la tentativa del delito, que, por otra parte, se hubiese revelado en este delito problemática al tratarse de un delito de mera actividad. De *lege ferenda*, sin embargo, nos parece que sería más aconsejable un replanteamiento de la configuración legal de este delito teniendo en cuenta que si el mismo pretende prevenir conductas peligrosas para la indemnidad sexual de determinados menores afectando también a la seguridad de la infancia en el ciberespacio sería más eficaz un tipo penal que admitiese el castigo de la tentativa. Esta propuesta permitiría además dotar de relevancia penal al error inverso sobre la edad del concreto menor, facultando el castigo de la tentativa relativamente inidónea. En relación con lo dicho cabría recordar que los sistemas que han abordado legislativamente el fenómeno del *child grooming* equiparan expresamente en la ley a los efectos del delito el hecho de que la víctima sea menor de una edad con el hecho de que el sujeto activo crea que así es.

b) El tipo penal incorpora una cláusula en virtud de la cual el legislador se pronuncia sobre los posibles problemas

---

93 En principio no parece que se puedan plantear problemas específicos en materia de codelinencia.

94 En cambio Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 234, exige que es necesario para la consumación que se haga tomar al sujeto pasivo la resolución de complacer a un tercero, con una finalidad sexual.

concursoales que pudiesen plantearse al suponer el delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC la tipificación de lo que podrían ser considerados actos preparatorios e incluso de ejecución (piénsese, por ejemplo, en la captación de menores del nuevo artículo 189.1.a)<sup>95</sup> de otros delitos sexuales en caso de que el sujeto, además de este delito, cometiese finalmente otros, independientemente de la naturaleza de éstos. Y lo hace precisamente para garantizar la autonomía del delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, disponiendo, consiguientemente, que éste se castigará “sin perjuicio de las penas correspondiente a los delitos en su caso cometidos”<sup>96</sup>. Esta solución legislativa favorable a la construcción de un concurso de delitos es plenamente coherente con nuestra identificación del bien jurídico protegido a través de este tipo penal con la infancia, y más concretamente con la seguridad de la infancia en el uso de las TIC<sup>97</sup>. No así si el único bien jurídico fuera la indemnidad sexual del concreto menor, en cuyo caso lo procedente hubiese sido, como ya hemos apuntado, apreciar un concurso aparente de leyes penales<sup>98</sup>.

Por otra parte, considerando el fenómeno del *child grooming*, es perfectamente factible que la realización del tipo del

---

95 Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 240, aboga en este caso concreto por la aplicación del principio de alternatividad del que resulta la aplicación del tipo de captación de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

96 Han cuestionado esta cláusula Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 240-241; Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», p. 732

97 Aquellos que defienden que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor de 13 años, se muestran críticos, por coherencia, con esta cláusula concursal. Así Monge Fernández, A.: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, cit., p. 233; Gómez Tomillo, M.: «Título VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», cit., p. 731.

98 Este concurso se resolvería con arreglo al principio de consunción (art. 8.3). Así Tamarit Sumalla, J. M.: «Comentario al artículo 183 bis CP», cit., p. 1186; o Boix Reig, J., (dir): *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, cit., p. 358.



artículo 183 *bis* entre además en concurso con delitos de diversa naturaleza, distintos de aquellos que forman parte del fin último que guía al sujeto; posiblemente en concurso medial con aquel. Así delitos de exhibicionismo o provocación sexual o de difusión de pornografía infantil que se cometen con el objetivo de reducir las reticencias del menor a satisfacer determinadas pretensiones sexuales del sujeto activo, haciéndoles creer en la normalidad de las mismas. La posibilidad de un concurso de delitos con los delitos de coacciones y amenazas, sin embargo, como ya hemos explicado, debido a la configuración del tipo cualificado sobre la coacción y la intimidación podrían quedar captadas por éste aunque inexplicablemente ello pudiera llegar a favorecer al sujeto activo.

### 2.5. Respuesta penal

El delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC se encuentra castigado en su modalidad básica con la pena de prisión de uno a tres años en alternativa a la pena de multa de doce a veinticuatro meses; y en su modalidad cualificada con esa misma pena en su mitad superior, esto es, pena de prisión de un año y seis meses a tres años o pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses (art. 183 *bis*). Si los autores o cómplices de este delito son los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, sus respectivas penas se aplican en su mitad superior (art. 192.2)<sup>99</sup>.

---

99 Nótese que si se hubiese realizado una interpretación restringida del verbo contactar que limitara la tipicidad de la acción a aquellos casos en los que entre la víctima y el ofensor no ha habido anteriormente contacto alguno, la pena prevista en el artículo 192.2 p.1, esto es, las respectivas penas en su mitad superior, no tendría sentido más que cuando los aquí mencionados (ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor autores o cómplices de este delito) intervinieren en concepto de partícipes.

Pero además la condena del responsable penal de este delito a la pena de prisión comporta imperativamente la aplicación de la medida de seguridad de libertad vigilada<sup>100</sup>, que se ejecutará con posterioridad a la pena de prisión (art. 192.1). En esta novedosa disposición legislativa, fruto también de la reforma penal de 2010, subyace un pronóstico negativo de reinserción social del condenado tras el cumplimiento de la pena de prisión, que originaría la necesidad de mantener bajo control a esta persona durante más tiempo. Este pronóstico de comportamiento futuro criminal se explicaría por la presencia con frecuencia en los responsables de los delitos de significación sexual de una patología que, sin afecta a su capacidad de culpabilidad, les conduce a la realización de tales actos. Aunque no necesariamente tiene porqué ser así, máxime si tenemos en cuenta el gran beneficio económico que

---

100 Art. 106. 1: “La libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a. La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b. La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c. La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d. La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- g. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- h. La prohibición de residir en determinados lugares.
- i. La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.
- j. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k. La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

rodea la ejecución de algunos de esos delitos como los relativos a la pornografía infantil y a la prostitución de menores. Ahora bien esa necesidad de mayor control de estos delincuentes encauzada a través de una medida de seguridad<sup>101</sup> suscita ciertos interrogantes sobre la propia proporcionalidad de la respuesta penal a la gravedad del hecho y desde luego una importante distorsión de nuestro sistema de sanciones penales basado en una clara distinción de la respuesta penal en atención a la capacidad de culpabilidad de la persona o imputabilidad<sup>102</sup>. Por otra parte, pero relacionado con lo dicho, en atención a alguno de los elementos susceptibles de integrar la libertad vigilada, más concretamente la obligación de participar en programas de educación sexual o la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico (art. 106.1. j y k) se puede producir una situación tan paradójica como la siguiente: en un primer momento, esto es, durante el cumplimiento de la pena de prisión adquiere pleno reconocimiento la negativa del condenado a seguir un tratamiento médico y, en un segundo momento, en el contexto de cumplimiento de la libertad vigilada, se le puede perfectamente imponer tal tratamiento.

La duración de la medida de libertad vigilada está en función de la gravedad del delito o delitos por los que se condena al

---

101 No es ésta la única expresión del endurecimiento del tratamiento de la delincuencia sexual. Aparte de la pena propiamente dicha, tras la reforma de 2010, los condenados a pena de prisión de más de cinco años por los delitos de agresión y abusos sexuales a menores de 13 años y los delitos de prostitución y corrupción de menores de 13 años quedan sujetos al llamado período de seguridad (art. 36.2).

102 Sanz Morán, A. J.: «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena. Arts.106 y 468», en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L., (dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 141-144; Acale Sánchez, M.: «Libertad vigilada», en Álvarez García, F. J./ González Cussac, J. L., en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 147-158. Véase también Requejo Rodríguez, P.: «Peligrosidad criminal y Constitución», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 208, nº. 3, pp. 1-23.

sujeto. Si se trata de un delito menos grave, como es el caso del delito que nos ocupa, esta medida de seguridad podrá oscilar entre uno y cinco años. Si este delito está en concurso con un delito de naturaleza sexual grave, la duración de la libertad vigilada podrá abarcar de cinco a diez años. Se ha contemplado, no obstante, la posibilidad en el caso del delincuente primario que comete un único delito de naturaleza sexual menos grave de que el tribunal no imponga esta medida de seguridad atendiendo a la menor peligrosidad del autor (art. 192.1).

Otra pena principal que se vincula a los delitos del título VIII del Libro II del CP, pero de forma facultativa, sería la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de profesión u oficio de seis meses a seis años o la privación de la patria potestad (art. 192.3).

Además de estas respuestas principales este delito puede llevar aparejada la imposición de las penas accesorias atípicas, esto es, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximación y la prohibición de comunicación con la víctima, con aquellos de sus familiares u otras personas que señale el Juez (art. 57); y si el sujeto ha sido condenado a pena de prisión alguna o algunas de las penas accesorias del artículo 56, es decir, suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y/o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido<sup>103</sup>.

---

103 A pesar de la amplitud del arsenal punitivo llama la atención que no se haya reparado en la posibilidad de restringir al sujeto el derecho a utilizar las TIC, que en definitiva, es en nuestro derecho el elemento que ha dado origen al nacimiento del nuevo delito.