

PROPUESTA SEXUAL TELEMÁTICA A MENORES U *ONLINE CHILD GROOMING*: CONFIGURACIÓN PRESENTE DEL DELITO Y PERSPECTIVAS DE MODIFICACIÓN¹

Carolina Villacampa Estiarte

Profesora Titular de Derecho Penal (Acreditada Catedrática)
Universidad de Lleida

Resumen: en el presente trabajo se aborda tanto la conceptualización del fenómeno del *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, cuanto su fenomenología y prevalencia. Junto a ello, se analizan sobre todo los requerimientos referidos a la incriminación de esta conducta en el Convenio de Lanzarote de 2007 y en la Directiva 2011/93/UE, aunque también los relativos a la prevención y protección de las víctimas que éstos incorporan, con el objeto de comprobar hasta qué punto cumplen con los mismos el actual delito previsto en el art. 183 bis CP y la proyectada tipicidad del *grooming* en el art. 183 ter CP del Proyecto de modificación del Código penal de 2013.

Recibido: agosto 2014. Aceptado: noviembre 2014

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D 2012-38559-C03-03/JURI sobre “protección jurídico-penal de la libertad e indemnidad sexual de los menores”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Palabras clave: *online grooming*, propuesta sexual, Directiva 2011/93/UE, Convenio Lanzarote, menores, victimocéntrico.

Abstract: in this paper both the conceptualization of the phenomenon of online child grooming or solicitation of children for sexual purposes, and the phenomenology and its prevalence is addressed. Along with this, we analyze especially the requirements concerning the incrimination of this conduct, but also those referred to the prevention and the protection of victims, included in the Lanzarote Convention 2007 and in the Directive 2011/93/EU, in order to see to what extent they meet the current crime under art. 183 bis CP and the projected offence of grooming under art. 183ter of the Draft Law to modify the Criminal Code of 2013.

Keywords: online grooming, solicitation for sexual purposes, Directive 2011/93/EU, Lanzarote Convention, children, victimcentric.

Sumario: 1. Concepto y fases del *grooming*; 2. Fenomenología y prevalencia: la cruzada norteamericana contra los depredadores sexuales; 3. Normativa internacional incriminadora; 4. Inclusión del delito de *grooming* en el Código Penal español: análisis crítico del art. 183 bis CP; 4.1 Introducción del delito de *child grooming* en el Código Penal español; 4.2 Análisis del tipo del delito; 4.2.1 Objeto jurídico protegido; 4.2.2 Sujetos del delito; 4.2.3 Conducta típica: elementos que la integran; 5. Modificaciones previstas en el Proyecto de reforma del Código Penal de 2013; 5.1 Planteamiento; 5.2 Caracterización del tipo del delito de *grooming* del proyectado art. 183ter.1 CP; 5.3 La inclusión de la nueva conducta típica en el art. 183ter.2 CP; 6. Breve consideración conclusiva.

1. Concepto y fases del *grooming*

El concepto de “grooming” ni se halla uniformemente determinado ni se ha formulado en primer término jurídicamente. Para evidenciar tal falta de consenso, basta constatar que la ausencia de claridad sobre el particular alcanza incluso a la propia denominación del fenómeno. Si bien en la doctrina anglosajona ha hecho fortuna con carácter generalizado la expresión “grooming” para referirse a este proceso, no es extraño hallar alguna

otra posible denominación. Así, en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil de 25 de octubre de 2007, también conocido como Convenio de Lanzarote, se alude a este fenómeno y a la necesidad de su incriminación en el art. 23 con la expresión “solicitation of children for sexual purposes”. El vocablo “soliciting” es también el que emplea para referirse a este fenómeno la Directiva 2011/93/UE de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo², en su artículo 6. Menos hegemónicas incluso que la denominación empleada en el mundo anglosajón, en que el escogido por la academia es generalmente el término “grooming”³, han sido las propuestas de designación que se han barajado en España desde que mediante la reforma operada por LO 5/2010 el legislador español incluyera un delito para incriminar estas conductas en el at. 183 bis CP. Así, si durante la tramitación parlamentaria que condujo a la inclusión del precepto se empleó generalizadamente el vocablo “grooming” o “child grooming”⁴, posteriormente el abanico de expresiones empleado por la doctrina se ha visto ampliado. Así,

2 Originariamente dicha Directiva apareció publicada en el DOUE como Directiva 2011/92/UE —cfr. DOUE L 335, de 17.12.2011—. Sin embargo, posteriormente se publicó en el DOUE una corrección de errores en virtud de la cual la Directiva 2011/92/UE que nos ocupa pasaba a ser la Directiva 2011/93/UE. Vid. DOUE L 18, de 21.1.2012.

3 Como muestra, vid. esta denominación empleada en estudios monográficos tales como OST, S., *Child pornography and sexual grooming. Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, passim; DAVIDSON, J./GOTTSCALK, P., *Online groomers*, Russel House Publishing, Dorset, 2010, passim; MCALINDEN, A.M., *“Grooming” and the Sexual Abuse of Children. Institutional, Internet and Familial Dimensions*, Oxford University Press, Oxford, 2012, passim; MARTELLOZZO, E., *Online Child Sexual Abuse. Grooming, Policing and Child Protection in a Multi-Media World*, Routledge, Oxon, 2012, passim.

4 Tanto es así que incluso en la exposición de motivos de la LO 5/2010 esta segunda es la expresión que aparece cuando se refiere al nuevo delito incluido en el Código Penal.

además de la denominación generalizada en el mundo anglosajón⁵, al considerar este fenómeno una especie que constituye manifestación del género acoso, se ha empleado generalmente la designación “ciberacoso” a menores o “acoso cibernético” a menores⁶, incluyendo o no el calificativo de “sexual” según los casos. Junto a tales denominaciones, se han ensayado otras propuestas, que incluyen expresiones como “acceso a niños con fi-

-
- 5 Al *grooming* se refieren, por todos, MENDOZA CALDERÓN, B., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 99 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir), *Comentarios al Código Penal* (2ª edición), Lex Nova, Madrid, 2011, p. 731; DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, en *La Ley*, 2011-1, pp. 1737 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, en *La Ley*, 2011-5, p. 588; PEREDA, N./ABAD, J./GUILERA, G., “Victimización de menores a través de Internet: descripción y características de las víctimas del *online grooming*”, en *Delito, Pena, Política Criminal y Tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 91 y ss.; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, en LAMEIRAS, M./ORTS BERENGUER, E., *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 185 y ss.
- 6 Entre otros, vid. CUGAT MAURI, M., “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 227; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 171 y ss., quien habla de acoso sexual cibernético; MAGRO SERVET, V., “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, en *La Ley*, 2010-5, pp. 1423 y ss.; ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 269; RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 288, quien incluye el calificativo “sexual”; PÉREZ FERRER, F. “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en *La Ley*, 2012-3, pp. 1778 y ss.; CANCIO MELIÁ, M., “una nueva reforma de los delitos

nes sexuales a través de las TIC⁷⁷ o “contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores”⁷⁸.

Frente a la mencionada multiplicidad de designaciones, parece preferible bien mantener el anglicismo “grooming” con sus múltiples variantes, puesto que se trata de una designación empleada de modo generalizado para referirse a esta realidad, bien, y esto sea quizá lo más plausible en el ámbito jurídico, cuando queramos hacer referencia al concepto normativo baste con emplear la designación utilizada en los correspondientes preceptos tanto del Convenio de Lanzarote —art 23— como de la Directiva 2011/93/UE —art 6— para estas conductas cuando se solicita su incriminación a nivel nacional. Ambos instrumentos se refieren a la “solicitation of children for sexual purposes”, que puede ser traducida al español como “propuesta a menores

contra la libertad sexual”, en *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 2011, nº 80, p. 15, quien lo designa “acoso por medios de comunicación”. Condenan claramente al *grooming* como una concreta manifestación del género acoso sin pronunciarse acerca de la designación, entre otros, PARDO ALBIACH, J., “Ciberacoso: *cyberbullying*, *grooming*, redes sociales y otros peligros”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 58 y ss.; RUBIO LARA, P.A., “Acoso sexual de menores por Internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles”, en GARCÍA GONZÁLEZ, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, op. cit., pp. 141 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., “El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho Penal español”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, I. (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 129; MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, op. cit., pp. 19 y ss.

7 En tal sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2010), pp. 207 y ss.

8 Así es como traduce la expresión “meeting a child following sexual grooming through TICs” DÍAZ CORTÉS, L.M., “El denominado “child grooming” del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2138, 2012, p. 7.

con fines sexuales” o incluso como “aproximación a menores con fines sexuales”⁹.

Antes, sin embargo, de analizar qué concepto de *grooming* se maneja en el ámbito jurídico, en un plano extrajurídico el mismo se ha caracterizado de muy diversos modos. El verbo “to groom” tiene el significado de preparar a alguien para una función o papel específico, o bien con determinada finalidad. Existen caracterizaciones que ponen el acento en la idea de la seducción, otras que definen el *grooming* alrededor de la idea de pedofilia y, finalmente, quizá las más aceptadas, son aquellas que describen el fenómeno partiendo de la idea de proceso para ganarse la confianza de la víctima.

Entre las integrantes del primer grupo de caracterizaciones, SALTER describe el *grooming* como “seducción emocional”¹⁰; KIERKEGAARD lo caracteriza como una táctica empleada por aquellos que pueden ser abusadores para seducir a los niños y conseguir que realicen conductas sexuales¹¹. Para quienes se conceptúa el *grooming* pivotando alrededor de la idea de la pedofilia, este fenómeno se ha caracterizado como los “pasos que

9 La traducción del término inglés “soliciting” por “propuesta” o “aproximación”, incluso directamente como “solicitud”, es preferible al empleo del término “embaucamiento”, que proviene del verbo “embaucar” y que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, supone generalmente el empleo del engaño aprovechando el candor o la inexperiencia de la víctima, cuando el vocablo inglés traducido hace referencia a la aproximación en función de la finalidad perseguida, no por el medio empleado. Pese a todo, “embaucamiento” es como se ha traducido el “soliciting” en la Directiva 2011/93/UE. Crítico con la traducción al español que se ha hecho del término “soliciting” en la Directiva 2011/93/UE, MIRÓ LINARES, F., “Notas críticas sobre el Art. 183 ter CP en el Anteproyecto de reforma de 2012”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 671-672.

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

11 Vid. KIERKEGAARD, S., “Cybering, Online Grooming and Ageplay”, en *Computer Law and Security Report*, 41, 2008, p. 22.

realizan los pedófilos para atrapar a sus víctimas¹² o bien como “el patrón de conducta emprendido por un supuesto pedófilo que le puede dar a una persona razonable motivos para creer que el encuentro con el menor que resulte de tal conducta puede ser con fines indecentes/inmorales”¹³.

Las concepciones que concitan más aceptación en la comunidad científica son las que se focalizan la definición del *grooming* en la idea de proceso conducente a ganarse la confianza de la víctima, que mayoritariamente se identifica con los menores, y que no acostumbra a circunscribirse a los procesos que se siguen *online*. En tal sentido, GILLESPIE describe esta realidad como “el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas”¹⁴. CRAVEN/BROWN/GILCHRIST indican que el *grooming* “es el proceso mediante el cual una persona prepara a un niño, a adultos claves y el mismo ambiente para el abuso de ese niño”. Se trata de un proceso que persigue una triple finalidad: acceder al niño, de un lado, asegurarse la conformidad (en incluso la docilidad) de la víctima, de otro, y ser capaz de mantener la reserva de la víctima evitando con ello la revelación por parte de ésta¹⁵. Más comprensiva, pero incidiendo en la misma idea de proceso conducente a una situación de confidencialidad con el menor, es la definición ofrecida por SUTTON/JONES, para quienes el *grooming* es la “estrategia empleada por los abusadores sexuales para manipular al niño, y eventualmente también a los

12 Vid. HOWITT, D., *Paedophiles and Sexual Offenders against Children*, John Wiley and Sons, Oxford, 1995, p. 176.

13 Cfr. O'CONNELL, R., *A Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices*, 2003, pdf. accesible en <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/24/Netpaedoreport.pdf> (últ. visita 11-06-2014).

14 Vid. GILLESPIE, A., “Child Protection on the Internet- Challenger for Criminal Law”, en *Child and Family Law Quarterly*, 14, 2002, p. 411.

15 Vid. CRAVEN, S./BROWN, S./GILCHRIST, E., “Sexual grooming of Children: Review of the Literature and Theoretical Considerations”, en *Journal of Sexual Aggression*, 12, 2006, p. 297.

adultos que lo protegen, de manera que el abuso pueda tener lugar en una situación en que el abusador tiene un control total sobre la víctima. Se trata de un proceso en que el abusador vence gradualmente la resistencia de la víctima mediante una secuencia de actos de manipulación psicológica. También se usa para silenciar al menor una vez que el abuso se ha producido”¹⁶.

Abundando en la esencia de este fenómeno como proceso conducente a ganarse la confianza del menor obteniendo control sobre el mismo para lograr tener acceso sexual a éste, no son minoría los especialistas que opinan que la propuesta sexual que nos ocupa constituye el proceso con el que se inicia el ciclo del abuso sexual y no sólo eso, sino incluso más allá, llegando a constituir una parte integral de todo el proceso de abuso¹⁷. Tanto es así que se han formulado varios modelos que parten de la estrecha relación existente entre el *grooming* y el abuso sexual y que a menudo ven al primero como una antesala, aunque no exclusivamente, del abuso. Esta idea se halla en la base del denominado “ciclo de la adición” ideado por WOLF¹⁸, o el mucho más influyente “modelo de la precondición” (*Precondition Model*) formulado por FINKELHOR¹⁹ o finalmente por el “modelo descriptivo de la cadena de ofensa” (*Descriptive Model of the Offense Chain*) formulado por WARD y otros²⁰.

16 SUTTON, D./JONES, V., *Save the Children Europe Group, Position Paper on Child Pornography and Internet-related Sexual Exploitation of Children*, 2004, pdf. accesible en http://www.popcenter.org/problems/child_pornography/PDFs/Sutton&Jones_2004.pdf (últ. visita 11-06-2014).

17 En tal sentido, por todos, OST, S., *Child Pornography and Sexual Grooming*, op. cit., pp. 32 y ss.; McALINDEN, A.M., “*Grooming*” and the Sexual Abuse of Children, op. cit., pp. 87 y ss.

18 Vid. WOLF, S.C., “A MultiFactor Model of Deviant Sexuality”, en *Victimology*, 10, 1985, pp. 359 y ss.

19 Vid. FINKELHOR, D., *Child Sexual Abuse: New Theory and Research*, The Free Press, New York, 1984, pp. 35 y ss.

20 Cfr. WARD, T./LOUDEN, K./HUDSON, S.M/MARSCHALL, W.L., “A Descriptive Model of the Offense Chain for Child Molesters”, en *Journal of Interpersonal Violence*, 10, 1995, pp. 452 y ss.

Pese a que los modelos referidos al proceso de abuso sexual no son únicamente aplicables a los supuestos de embaucamiento, conviene hacer mención a la idea de *grooming* como proceso al que se atribuyen estadios cuando se efectúa *online*. En tal sentido, O'CONNELL identificó ya en 2003 las siguientes cinco fases²¹:

- La fase de establecimiento de amistad, que implica que el ofensor conoce al niño.
- Fase de conformación de la relación, que es una extensión de la primera fase en la cual el adulto puede iniciar conversaciones sobre cuestiones relacionadas con la vida del menor, como el colegio o cuestiones domésticas, entablando a menudo una relación de amistad con él.
- Fase de valoración del riesgo, en aquellos casos en que el ofensor pasa a preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor, así sobre cuestiones como en qué lugar de la casa tiene el ordenador y cuáles son los otros usuarios del ordenador.
- Fase de exclusividad, cuando la conversación se torna más personal o privada y el niño es incitado a revelar problemas personales y secretos.
- Fase sexual, que se inicia cuando el adulto conduce la conversación hacia un terreno en que la confianza entre ambos parece ya instalada. Normalmente en esta fase es cuando se producen la mayor parte de cambios caracterizadores de estas conductas en la conversación. El marco relacional de mutua confianza que ha creado el adulto conduce a que el niño lo perciba como un mentor o como un posible futuro amante.

21 Vid. O'CONNELL, R., *A Typology of Cyberexploitation and Online Grooming Practices*, 2003, pp. 8 y ss. archivo pdf. accesible en p. <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/24/Netpaedreport.pdf> (últ. visita 11-06-2014).

2. Fenomenología y prevalencia: la cruzada norteamericana contra los depredadores sexuales

La propuesta sexual a menores no se limita entornos tecnológicos, como las redes sociales. Las conceptualizaciones extrajurídicas del *grooming* no se centran exclusivamente en los casos de embaucamiento que se producen a través de la red. Tanto es así que justamente se ha criticado por parte de algunos autores el empecinamiento de la normativa adoptada contra esta realidad en su estrechez de miras y en su abordaje parcial del fenómeno, identificando muy distintos contextos y contra distintos sujetos en los que cabe reconocer procesos de *grooming*²².

Distintas son las causas que pueden explicar que el alienato en la implementación de medidas normativas contra este fenómeno se haya circunscrito a su realización a través de nuevas tecnologías. Aspectos como el tratamiento que los medios de comunicación social ofrecen de esta realidad, la conformación de un estereotipo de pedófilo que emplea la red para contactar con sus víctimas asociados con los pánicos morales que pueden haber afectado a determinados grupos de presión para impulsar la adopción de medidas legales constituyen elementos que explican cómo la reacción normativa para luchar contra el fenómeno se ha emprendido toda vez que éste ha alcanzado la red. Y es que el *grooming* no es que sea un fenómeno nuevo, pues conceptualizado en términos no estrictamente tecnológicos ha venido acompañando a un número no desdeñable de casos de abuso en que las redes sociales o los *chats* no habían tenido nada que ver. Pero el peligro que representa ha sido socialmente construido y ha ganado presencia a partir del momento en que este tipo de conductas han accedido a la red.

22 Por todos, McALINDEN, A.M., "*Grooming*" and the Sexual Abuse of Children, op. cit., pp. 90 y ss., quien se refiere como contextos de *grooming* al *self-grooming*, al *child Grooming* (en contextos cara a cara, ya extra-familiares, ya intrafamiliares, así como en contextos *online*, *street grooming*, *peer-to-peer grooming*) y el *Familial and Societal Grooming*.

Constituye lugar común afirmar que con la llegada de la era digital la pornografía infantil, y en menor medida el *grooming*, pueden haber aumentado exponencialmente²³. Generalmente, se apela a las características que tiene la red en punto al favorecimiento de la realización de actividades delictivas y a las oportunidades que brindan las especiales características de tiempo y espacio de internet para favorecer el emprendimiento de las mismas, partiendo de postulados como los de las teorías de la oportunidad²⁴. Respecto de los potenciales abusadores sexuales y de los pedófilos se apela a la facilitación en la comunicación entre ellos que redes sociales como *Myspace* o *Facebook*, no tanto ya los *chats*, les brindan, así como a la posibilidad de enmascarar su auténtica identidad tras perfiles falsos, acercándose a los menores como si los ofensores fuesen a su vez menores²⁵.

23 A título meramente ejemplificativo, HUGHES, D.M., “The use of New Communications and Information Technologies for Sexual Exploitation of Women and Children, en *Hastings Women’s Law Journal*, 13, 2002, pp. 127 y ss.; BOCU, P/McFARLANE, L., “The internet: a discussion of some new and emerging threats to Young people, en *The Police Journal*, 76, 2003, pp. 3 y ss.

24 Un exhaustivo análisis publicado en España de contenidos de las teorías de la oportunidad aplicadas a la criminalidad en la red en nuestro país puede hallarse en MIRÓ LINARES, F., “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *RECPC* 13-07 (2011), pp. 7:1 y ss.

25 Al respecto, vid. por todos, STEDMAN, E.P., “Myspace, but whose responsibility?. Liability of Social-Networking Websites when offline sexual assault of minors follows online interaction”, en *Villanova Sports & Ent. Law Journal*, 14, 2007, pp. 363 y ss.; VAN DER HEIDE, S., “Social Networking and Sexual Predators: the case of Self-Regulation”, en *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 31, 2008-2009, pp. 173 y ss.; GROPPE, J.S., “A child’s Playground or a Predators Hunting Ground?- How to Protect Children on Internet Social Networking Sites”, en *Comm. Law Conspectus*, 16, 2007-2008, pp. 215 y ss.; DUNCAN, S. H., “MySpace Is Also Their Space: Ideas for Keeping Children Safe from Sexual Predators on Social-Networking Sites”, en *Kentucky Law Journal*, 96, 2007-2008, pp. 527 y ss.; HAUBENREICH, S., “Parental Rights in Myspace: Reconceptualizing the State’s *Parens Patriae* Role in the Digital Age”, en *Hastings Comm. & Ent. L.J.*, 31, 2008-2009, pp. 223 y ss.; WHITAKER, J.L./BUSHMAN, B.J., “Online Dangers: Keeping Children and Adolescents Safe”, en *Wash. & Lee L. Rev.*, 66, 2009, pp. 1053 y ss.

Aspectos como que la red favorece una comunicación más desinhibida, entre personas que pueden hallarse en cualquier lugar y a cualquier hora, que ofrece la posibilidad de crear un “yo electrónico” que no tiene que parecerse al “yo real”, sin requerir coincidencia ni de lugar ni de tiempo de los comunicantes son referidas como características de la red que pueden favorecer que la misma sea un lugar elegido por los depredadores sexuales para actuar²⁶.

Así, junto a las ventajas que la red ofrece como espacio global de intercambio de información²⁷, existen peligros inherentes a la misma que se han identificado como aquellos que han hecho aflorar la necesidad de reaccionar normativamente contra esta realidad y que han conducido a que el concepto legal de *grooming* se haya circunscrito al que tiene lugar empleando las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Los riesgos en Internet para los adolescentes existen, lo que sucede es que los mismos tienen más dificultades que los adultos en identificar conductas arriesgadas, por lo que es más verosímil que incurran en ellos. Dichas conductas que pueden favorecer que acaben siendo víctimas de un proceso de propuesta sexual telemática se han clasificado entre las que suponen la revelación de información personal insegura, las de adicción a redes sociales y la observancia de comportamientos sexuales arriesgados, además del *cyber bullying* o la pertenencia a comunidades virtuales peligrosas²⁸. Más concretamente, se han identificado

26 Vid. DAVIDSON, J./GOTTSCHALK, P., *Online Groomers. Profiling, Policing and Prevention*, op. cit. pp. 2 y ss.; GOTTSCHALK, P., “Characteristics of the Internet and child abuse”, en DAVIDSON, J./GOTTSCHALK, P. (Ed.), *Internet Child Abuse. Current Research and Policy*, Routledge, Oxon, 2011, pp. 27 y ss.

27 Léase, practicar habilidades sociales, guiar la interacción social, crear espacios sociales privados, experimentar con las identidades (muchos usuarios en la red tienen múltiples identidades). Sobre dichas ventajas vid. DUNCAN, S.H., “MySpace Is Also Their Space: Ideas for Keeping Children Safe from Sexual Predators on Social-Networking Sites”, op. cit., pp. 535 y ss.

28 En este sentido, DUNCAN, S.H., “MySpace Is Also Their Space: Ideas for Keeping Children Safe from Sexual Predators on Social-Networking Sites”, op. cit., pp. 537 y ss.

como conductas arriesgadas en Internet, que permiten colocar al adolescente en una situación en la que pueda ser víctima de conductas como el embaucamiento, el empleo de la red para hablar sobre sexo o sobre sexualidad, el uso de la misma con la finalidad de conocer a alguien para tener un encuentro sexual (sea éste *online* u *offline*), el envío de imágenes propias desnudo o semi-desnudo a una persona conocida solo *online*, el envío de detalles de contacto a alguien que solo se conoce *online* o conocer en el mundo real a alguien que solo se ha conocido *online*²⁹.

Pese a la emergencia en la necesidad de adopción de medidas protectoras para con los menores que se aloja tras los proclamados peligros que la red tiene respecto de este colectivo, estudios empíricos sobre prevalencia del *grooming* entre los adolescentes parecen no confirmar el referido aumento de victimización de los mismos a través de la red. Pioneros en la determinación de la prevalencia de conductas referidas a atentados contra la indemnidad sexual de menores en la red, y posiblemente corresponsables del pánico moral que ha rodeado este ámbito en los últimos años en Estados Unidos, han sido tanto la fundación como los estudios empíricos conducidos por el *Crimes Against Children Research Center* de la Universidad de New Hampshire³⁰. Un equipo de investigadores perteneciente al referido Centro realizó el primer estudio de victimización a gran escala, con una muestra de 1501 participantes —jóvenes de entre 10 y 17 años— y con datos recogidos entre los años 1999 y 2000³¹. El referido estudio, designado *Youth Internet Safety*

29 En tal sentido, LÖÖF, L., “Sexual behaviour, adolescents and problematic content”, en QUAYLE, E./RIBISL, K.M, *Understanding and Preventing Online Sexual Exploitation of Children*, Routledge, London, New York, 2012, pp. 133 y ss.

30 Una breve historia del referido Centro puede hallarse en THIELBAR, K., “Spotlight On: Crimes Against Children Research Center”, en *Children’s Legal Rights Journal*, 30, 2010, pp. 62 y ss.

31 Los principales resultados del estudio pueden consultarse en FINKELHOR, D./MITCHELL, K. J./WOLAK, J., *Online Victimization: A Report on the Nation’s Youth*, pp. 1-50 archivo pdf. accesible en http://www.unh.edu/ccrc/pdf/Victimization_Online_Survey.pdf (últ. visita, 19-06-2014).

Survey, se interrogaba acerca del sometimiento de los menores integrantes de la muestra a tres diversos tipos de actividades: de un lado, las solicitudes y aproximaciones sexuales efectuadas por un adulto, que es la conducta que podríamos identificar con los supuestos de *grooming*³², de otro, la exposición no deseada a material sexual y, finalmente, el acoso. En lo que a la primera de las conductas, que es la que aquí interesa, se refiere, el estudio concluyó que aproximadamente 1 de cada 5 usuarios de Internet había recibido alguna solicitud sexual no deseada durante el año anterior a la realización de la encuesta³³. El estudio concluía que la victimización de menores *online* era más elevada de lo que antes de realizarlo se intuía —cercana al 20%³⁴—, por lo que, junto a distintas estrategias para reducir la victimización de adolescentes y menores en la red, propugnaba la necesaria incriminación de las conductas de solicitud sexual a través de la red, así como algunos supuestos de acoso especialmente amenazante³⁵. Aunque la propuesta del estudio era de incriminación, ya en aquel momento se alertaba en el mismo de que el perfil del solicitante no era el del pedófilo desconocido por el menor, poniendo de manifiesto la variedad de perfiles de los solicitantes, así como el hecho de que la victimización *online* de los menores

32 Las conductas de solicitud y aproximación sexuales (*sexual solicitation and approaches*) incluían las demandas de participación en conductas sexuales o en conversaciones de carácter sexual o de información personal de tipo sexual que no fuesen queridas por el receptor o que, incluso siéndolo, fuesen realizadas por un adulto. Junto a las solicitudes de tipo sexual que podrían designarse como ordinarias, se medía lo que se identificó con las solicitudes sexuales de tipo agresivo (*aggressive sexual solicitation*) que incluían el contacto *offline* con el solicitante bien a través de correo postal, teléfono o en persona o bien en los casos en que se intentara o se requiriese contacto *offline*. Sobre tales conceptos, vid. FINKELHOR, D./MITCHELL, K. J./WOLAK, J., *Online Victimization: A Report on the Nation's Youth*, op. cit., p. x.

33 Los resultados referidos en concreto a esta conducta pueden consultarse en FINKELHOR, D./MITCHELL, K. J./WOLAK, J., *Online Victimization: A Report on the Nation's Youth*, op. cit., pp. 1-7.

34 Cfr. FINKELHOR, D./MITCHELL, K. J./WOLAK, J., *Online Victimization: A Report on the Nation's Youth*, op. cit., pp. 33-36 sobre los resultados generales de la encuesta.

no sólo era de tipo sexual. Un ulterior estudio con víctimas efectuado tras 5 años de haber visto la luz el primero, nuevamente con una muestra de 1500 potenciales víctimas, revela como las conductas de solicitud sexual en la red frente a menores han disminuido, a diferencia de la victimización de menores por su exposición a material sexual o a acoso cibernético, que sí se han incrementado, cayendo de una prevalencia de victimización del 19% en 2000 a una del 13% en 2006³⁶.

En Europa la realización de estudios acerca de la prevalencia de la victimización sexual, entre otras, de menores a través de la red no se halla todavía generalizada ni estandarizada. Sin embargo, ya desde finales de la primera década del 2000 se comenzaron a publicar estudios comprensivos de proyectos financiados fundamentalmente desde la Unión Europea, que aunque no determinan una tasa de prevalencia de este tipo de conductas, sí contribuyen a su mejor conocimiento empírico. Uno de los proyectos que gozan de mayor tradición y que envuelve a más países es el proyecto *EU Kids Online*, en cuyo contexto se han efectuado alrededor de 400 estudios empíricos diversos³⁷. En el informe final de la primera de las ediciones del proyecto, publicada en 2009³⁸, se evalúan con carácter general riesgos de diverso tipo que pueden afectar a los menores cuando acceden a la red. De acuerdo con el *ranking* de incidencia de riesgos que contiene, el *grooming* se sitúa en el quinto lugar de incidencia de riesgos *online* que afectan a menores, tras el ofrecimiento de

35 Vid. FINKELHOR, D./MITCHELL, K. J./WOLAK, J., *Online Victimization: A Report on the Nation's Youth*, op. cit., pp. 37-40, en que incluyen las recomendaciones.

36 Vid. WOLAK, J./MITCHELL, K. J./FINKELHOR, D., *Online Victimization of Youth. Five Years Later*, archive pdf. accesible en <http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV138.pdf> (últ. visita 19-06-2014), p. 17.

37 Existe un repositorio de datos de los estudios accesible a través de la página web www.eukidsonline.net.

38 Vid. LIVINGSTONE, S./HADDON, L., *EU Kids Online: final report 2009*, EU Kids Online Network, London, UK, 2009, pdf. accesible en <http://eprints.lse.ac.uk/24372/> (últ. visita 20-06-2014).

información privada, el visionado de pornografía o de contenidos violentos u odiosos o ser objeto de acoso³⁹. Encontrarse presencialmente con una persona que se ha conocido solo *online*, lo que podría constituir conducta propia de *grooming* en fase más avanzada, tan sólo afecta a un 9% de los adolescentes (1 de cada 11 menores).

En nuestro país, al margen de precedentes estudios locales efectuados en Madrid⁴⁰ y Barcelona⁴¹, el estudio hasta ahora efectuado más comprensivo se ha realizado por un grupo de investigadores de la Universidad del País Vasco en el marco del proyecto europeo *EU Kids online*⁴². Como principales resultados de la muestra española, cabe destacar que el 11% de los entrevistados han visto imágenes sexuales por Internet y que el 9% de los integrantes de la muestra (de entre 11 y 16 años) han recibido o visto mensajes sexuales —cuando la media europea es del 15%—. Además, el 21% de los niños entrevistados han tenido contacto *online* con alguien que no han conocido cara a cara,

39 Vid. LIVINGSTONE, S./HADDON, L., *EU Kids Online: final report 2009*, op. cit., p. 16.

40 Vid. al respecto estudio efectuado por la Asociación Acción Contra la Pornografía Infantil (ACPI). ACPI/DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID/PROTÉGELES, *Seguridad Infantil y costumbres de los menores en Internet*, 2002, pdf. accesible en http://protegeles.com/docs/estudio_internet.pdf (últ. visita 20-06-2014), p. 113.

41 Vid. PEREDA, N./ABAD, J./GUILERA, G., “Victimización de menores a través de Internet: descripción y características de las víctimas del *online grooming*”, op. cit., pp. 97-103.

42 El informe completo del mismo puede encontrarse en GARMENDIA, M./GARITAONANDIA, C./MARTÍNEZ, G./CASADO, M.A., *Riesgos y seguridad en Internet: los menores españoles en el contexto europeo*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011, pdf. accesible en http://www.prentsa.ehu.es/p251-content/es/contenidos/noticia/20110328_internet_kids/es_interkid/adjuntos/Informe_Espa%C3%B1a_completo_red.pdf (últ. visita 14-07-2014). Una versión reducida de los resultados arrojados por el estudio en España puede consultarse en HADDON, L./LIVINGSTONE, S. AND THE EU KIDS ONLINE NETWORK, *EU Kids Online: National perspectives*, 2012, pdf. accesible en <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/eukidsonline/eu%20kids%20iii/reports/perspectivesreport.pdf> (últ. visita 14-07-2014), pp. 61-62.

lo que constituye también un porcentaje inferior al de la UE en general —que en este caso es del 34%—, aunque el porcentaje de los que acuerdan un encuentro con alguien que han conocido solo a través de Internet alcanza al 9%, como en Europa, siendo justamente los adolescentes de entre 13 y 16 años los más proclives a este tipo de contactos.

Aunque los datos antes indicados no avalan la idea del incremento de conductas de seducción a menores a través de la red, la lucha emprendida tanto en instancias internacionales como a nivel normativo por estados contra conductas relacionadas con el abuso y la explotación sexual infantil a través de internet tiene su origen en la cruzada emprendida en Estados Unidos contra los pedófilos allá por los años 80. Tal ha sido el empecinamiento de la clase política norteamericana en la lucha contra los supuestos abusos a menores producidos empleando nuevas tecnologías, convenientemente impulsado por el tratamiento ofrecido por los medios de comunicación a algunos casos célebres, que existe quien ha comparado los elementos de la “guerra” emprendida en Estados Unidos contra los delincuentes sexuales con la que en los años 70 se declaró en el mismo país contra el tráfico de drogas⁴³. Dentro de la academia hay quien, mostrando su convencimiento acerca de la adecuación de este posicionamiento, indica que Estados Unidos constituye el país que lidera la cruzada internacional contra los depredadores sexuales⁴⁴, así como quien no duda en calificarlos de terroristas domésticos a quienes debe aplicárseles un correctivo penal de semejantes proporciones que a los autores de los atentados del 11S que dieron lugar a la aprobación de la *Patriot Act*⁴⁵.

43 En tal sentido, vid. YUNG, C.R., “The Emerging War on Sex Offenders”, en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 45, 2010, pp. 435 y ss.

44 Vid. DOYLE, M., “Bad Apples in Cyberspace: The Sexual Exploitation and Abuse of Children over the Internet”, en *Whitter Law Review*, 21, 1999-2000, pp. 119 y ss.

45 REYNOLDS, A.M., “Child Predators after 9/11: Recognizing Child Predators as Domestic Terrorists and Empowering Law Enforcement with the Tools to Stop Them”, en *Children’s Legal Rights Journal*, 24, 2, 2004, pp. 37 y ss.

La cruzada norteamericana contra los predadores sexuales se ha edificado, entre otros mitos, sobre la falacia creada por la sociedad victoriana relativa a la pureza de la infancia, que ha tenido como efecto que los niños hayan acabado por tener características compartidas con objetos sexualmente deseables, como la suavidad, la docilidad o la pasividad⁴⁶. Esto ha generado una visión pedofílica —*pedohilic gaze*— de la realidad que ha llevado a una ampliación desmesurada del concepto de pornografía⁴⁷, a ver imágenes pornográficas casi en cualquier imagen de un menor que no tenga el cuerpo completamente cubierto por la ropa. Para justificarla se ha apelado a estimaciones acerca de la supuesta ampliación desmesurada de la pornografía infantil con la irrupción de las tecnologías de la información y la comunicación, que ha llegado, se dice, a tener las dimensiones de una epidemia. Constituyen lugar común afirmaciones como que Internet dota a los pedófilos de un foro que además les ayuda a reforzar sus perversiones⁴⁸ y apelaciones a la supuesta escalada o progresión en la gravedad de acciones delictivas contra la libertad sexual de los menores de supuestos predadores sexuales en la red que acaban agrediendo sexualmente a menores⁴⁹. En definitiva, no resulta extraño hallar manifestaciones en el sentido de que la cruzada emprendida primero en Norteamérica,

46 Cfr. DANAY, R.J., “The Danger of Fighting Monsters: Addressing the Hidden Harms of Child Pornography Law”, en *Review of Constitutional Studies*, vol. 11, No. 1, 2005-2006, pp. 166 y ss. En el mismo sentido, OST, S., *Child Pornography and Sexual Grooming*, op. cit., pp. 148 y ss.

47 Vid. DANAY, R.J., “The Danger of Fighting Monsters: Addressing the Hidden Harms of Child Pornography Law”, op. cit., p. 158.

48 Este tipo de afirmaciones pueden verse, entre otras obras, en YANG, D.W./DONAHUE, P.A., “Protecting Children from Online: Exploitation and Abuse: An Overview of Project Safe Childhood”, en *Pepperdine Law Review*, 34, 2006-2007, pp. 439 y ss.

49 Apelan a dicha supuesta escalada, entre otros, si bien en esta ocasión en tono crítico, HAMILTON, M., “The Child Pornography Crusade and Its Net-Widening Effect”, en *Cardozo Law Review*, 33, 2011-2012, pp. 1679 y ss.; TAYLOR, J., “Policing social networking sites and online grooming” en DAVIDSON, J./GOTTSCALK, P. (Ed.), *Internet Child Abuse. Current Research and Policy*, op. cit., pp. 126 y ss.

pero que se ha trasladado después a otros países occidentales, es cuanto menos parcialmente fruto del pánico moral, y que ha supuesto una sobre-reacción de centros de decisión legislativa a una amenaza que no se ha demostrado empíricamente que haya alcanzado los niveles de pandemia que se han pretendido⁵⁰.

En este contexto de cruzada contra los delincuentes sexuales contra menores convenientemente auspiciada por el pánico moral se han identificado dos manifestaciones concretas de lo que se ha identificado con el pánico tecnológico —*tech-nopanics*— en relación con este tipo de conductas. De un lado, a mediados de los años 90, lo que se conoce como el horror a la pornografía digital de menores y de otro, con carácter más contemporáneo y mucho más ligado al tema que nos ocupa, el pánico a los depredadores sexuales *online* en espacios como *Myspace*⁵¹.

Conforme a la referida guerra ha ganado terreno lo que se ha identificado con el “stranger danger”. Los predadores sexuales han sido etiquetados como personas aisladas, con problemas de socialización, de perfil pedófilo, que emplean los mecanismos que los *chats*, y más contemporáneamente, las redes sociales ponen a su disposición para contactar con víctimas inocentes, en la mayor parte de supuestos haciéndose pasar por adolescentes a su vez. Se ha iniciado un proceso de alienación, de casi negación de la condición de persona, a quienes realizan este tipo de conductas que ha concitado el acuerdo de una clara

50 De esta opinión, entre otros, MARWICK, A.E., “To catch a predator? The Myspace moral panic”, en *Firstmonday*, vol. 13, No. 6, 2008, pp. 1 y ss.; MCALINDEN, A.M., “*Grooming*” and the Sexual Abuse of Children, op. cit., pp. 51 y ss.; CLAPTON, G./CREE, V.E./SMITH, M., “Moral panics and social work: Towards a sceptical view of UK child protection”, en *Critical Social Policy*, 33 (2), 2012, pp. 197 y ss.; JEWKES, Y., “Online child pornography, paedophilia and the sexualized child. Mediated myths and moral panics”, en QUAYLE, E./RIBISL, K.M., *Understanding and Preventing Online Sexual Exploitation of Children*, Routledge, Oxon, 2012, pp. 117 y ss.

51 MARWICK, A.E., “To catch a predator? The Myspace moral panic”, op. cit., p. 5.

mayoría social en Estados Unidos. El proceso de linchamiento social de tales ofensores se constata cuando se observa que las “sting operations” empleadas como el mecanismo a través del cual han sido capturados la mayor parte de delincuentes sexuales *online* en los últimos años no solo han sido emprendidas por cuerpos de policía a nivel federal o estatal, sino que algunas de estas operaciones se han impulsado por entidades privadas y han convertido en *reality show* la misma captura en directo del presunto pedófilo⁵².

Tal cruzada emprendida en Estados Unidos con la aprobación no solo a nivel federal, sino también a nivel estatal, de estatutos específicos para luchar contra la delincuencia sexual no ha sido, sin embargo, privativa de aquel país. Como en muchas otras cuestiones, la ascendencia de este país ha dejado también

52 Generalmente se conoce como “sting operations” a las intervenciones policiales específicamente dirigidas a cazar a predadores sexuales consistentes en que uno o varios agentes policiales crean falsos perfiles de adolescentes en determinadas redes sociales para detectar a posibles pedófilos en busca de menores, llegando incluso dichos agentes encubiertos a provocar el contacto con el presunto pedófilo. Acerca de este tipo de operaciones vid. BAKER, D., “Stalkers Walk”, en *Aba Journal*, 80, December 1999, pp. 50 y ss.; COBB, J.A., “Evidentiary issues concerning online “Sting” operations: A Hypothetical-Based Analysis Regarding Authentication, Identification, and Admissibility of Online Conversations- A Novel Test for the Application of Old Rules to New Crimes”, en *Brandeis Law Journal*, 39, 2000-2001, pp. 785 y ss.; BOOK, C.M., “Do you really know who is on the other side of your computer screen? Stopping Internet Crimes Against Children”, en *Alb. L. J. Sci. & Tech.*, 14, 2003-2004, pp. 749 y ss.; BOGGESE, B.M., “Attempted Enticement of a Minor: No Place for Pedophiles to Hide under 18 U.S.C. § 2422 (b)”, en *Missouri Law Review*, 72, 2007, pp. 909 y ss.; WINTERS, C.P., “Cultivating a Relationship That Works: Cyber-Vigilantism and the Public Versus Private Inquiry of Cyber-Predator Stings”, en *Kansas Law Review*, 57, 2008-2009, pp. 427 y ss.; CROWNE-MOHAMMED, E.A./McROBERTS, S.C., “To Catch a Predator? A Comparative Look At Online Sexual Predators & The Defences Made Available to Them”, en *Pitt. J. Tech. L. & Pol’y*, 9, 2009, pp. 1 y ss.; ROGERS, A., “Protecting Children on the Internet: Mission Impossible?”, en *Baylor Law Review*, 61, 2009, pp. 324 y ss. Acerca de este tipo de operaciones y su aplicación en el Reino Unido, GILLESPIE, A., “Cyber-Stings: Policing Sex Offences on the Internet”, en *The Police Journal*, 81, 2008, pp. 196 y ss.

su huella en una política criminal cada vez más globalizada y, como ha ocurrido en otros procesos de incriminación de conductas, Europa ha recibido dicha influencia sobre todo a través de países con tradición de *Common Law*, concretamente a través de Gran Bretaña⁵³. Tal transferencia normativa comenzó con la inclusión del delito de *online child grooming* en el Código federal norteamericano, concretamente en el § 2422 (b) del Título 18 *US Code*, introducido mediante la *Telecommunications Act* en 1996, a través del que se incriminaba el *grooming online* interestatal, seguida de ulteriores reformas en la normativa penal federal de aquél país —así como en la estatal— para incriminar tales conductas. La aprobación de tal tipo de normativa ha llegado a Europa a través de la inclusión del art. 15 de la *Sexual Offences Act* 2003 británica —vigente para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte—, seguida de la incriminación de tales conductas en Escocia a través de la *Protection of Children and Prevention of Sexual Offences Act* 2005 y en Irlanda mediante la *Criminal Law (Sexual Offences) (Amendment) Act* 2007. Posteriormente, ya en la Europa continental, países como Noruega y Francia en 2007, Holanda y España en 2010 o más recientemente Austria e Italia en 2012 incorporaron conductas incriminadoras del *stalking* en sus respectivos Códigos penales.

Como toda guerra, sin embargo, la emprendida en el mundo anglosajón contra los delincuentes sexuales cibernéticos contra víctimas menores no se está librando sin víctimas de ambos bandos. A efectos como la cerrazón política, esto es, al mantenimiento de la cruzada mediante la implementación de medidas cuya aplicación persiste aunque no funcionen, o la erosión de las libertades civiles, especialmente las de los sospechosos y convictos, o lo que se han identificado también en esta contienda como daños colaterales⁵⁴, cabe añadir la posible

53 Vid. McALINDEN, “Grooming” and the Sexual Abuse of Children, op. cit. pp. 60 y ss.

54 Vid. YUNG, C.R., “The Emerging Criminal War on Sex Offenders”, op. cit., pp. 472 y ss.

revictimización de las mismas víctimas a quienes se pretendía proteger con semejante cruzada. Y es que la aprobación de los estatutos antipornografía infantil, tanto a nivel estatal como en un ámbito federal estadounidense, amenaza con tornarse finalmente contra aquellos a quienes pretendía proteger, los propios menores, a los que cabe preguntarse si pretende incluso proteger de sí mismos. Las leyes antipornografía infantil, aquellas originariamente enderezadas a salvaguardar a los menores, han sido ya aplicadas a algunos menores que voluntariamente han posado en actitudes más o menos provocativas y que han enviado imágenes de tales posados a compañeros o eventuales parejas —fenómeno conocido como “sexting”— quienes, a su vez, pueden eventualmente haberlas distribuido a terceros. La aprobación de estatutos antipornografía tan comprensivos está en estos momentos generando un grave problema en Estados Unidos, y es justamente el de cómo evitar que dichos estatutos acaben suponiendo la criminalización de las denominadas conductas de “sexting” que realizan los adolescentes. Si ello no se evita, como han venido haciendo hasta ahora algunos órganos jurisdiccionales al considerar que la aplicación de las leyes antipornografía a la pornografía autoproducida vulnera la Primera y la Decimocuarta Enmiendas de la Constitución, cabe que se produzca la paradoja de que las normas adoptadas para proteger a los menores los acaben sancionando criminalmente con la misma intensidad que si fuesen delincuentes sexuales adultos⁵⁵.

55 Acerca del fenómeno, creando incluso una tipología de *sexting*, puede consultarse, entre otros, WOLAK, J./FINKELHOR, D., “Sexting: a Typology”, en *Crimes Against Children Research Center Bulletin*, March 2011, pp. 1-11. Ampliamente también sobre el concepto y conteniendo un estudio empírico empleando metodología cualitativa con 35 adolescentes en Gran Bretaña, vid. RINGROSE, J./GILL, R./LIVINGSTONE, S./HARVEY, L., *A Qualitative Study of Children, Young People and “Sexting”*, Institute of Education University of London/King’s College London/The London School of Economics and Political Science, NSPCC, 2012, pdf. accesible en http://www.nspcc.org.uk/Inform/resourcesforprofessionals/sexualabuse/sexting-research-report_wdf89269.pdf (últ. visita 26-06-2014). En España sobre el particular, AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, en RECPC 12-11 (2010), pp. 1-44.

De ahí que se alcen voces en la academia que aun sin huir de la solución penal para estos supuestos demanden una normativa criminal específica para los adolescentes⁵⁶, junto a quienes se muestran críticos con la solución penal como respuesta, clamando por otro tipo de abordajes normativos de dicha realidad⁵⁷.

3. Normativa internacional incriminadora

La ofensiva emprendida en Estados Unidos contra los depredadores sexuales referida en el anterior epígrafe ha sido exportada desde aquel país, pero no solo ha calado y ha tenido su correspondiente traducción normativa en el Derecho interno de los Estados que han recibido tal influencia, sino que la misma

56 Junto a quienes se muestran claramente punitivistas y plenamente satisfechos con la aplicación de los estatutos antipornografía a los menores, como DUNCAN, S.H., “A Legal Response Is Necessary for Self-Produced Child Pornography: A Legislator’s Checklist for Drafting the Bill”, en *Oregon Law Review*, 89, 2010-2011, pp. 645 y ss., la opinión mayoritaria en la doctrina defiende la adopción de una solución penal específica para los adolescentes, aunque de corte punitivo. Cfr., entre otros, HIFFA, A.M. “OMG TXT PIX PLZ: The Phenomenon of Sexting and the Constitutional Battle for Protecting Minors From Their Own Devices”, en *Syracuse Law Review*, 61, 2010-2011, pp. 499 y ss.; WALTERS, L.G., “How To Fix The Sexting Problem: An Analysis Of The Legal And Policy Considerations For Sexting Legislation”, en *First Amendment Law Review*, 9, 2010-2011, pp. 98 y ss.; BOSAK, D.A., “The Blurring Line Between Victim and Offender: Self-Produced Child Pornography and the Need for Sentencing Reform”, en *Ohio State Law Journal*, 73, 2012, pp. 141 y ss.

57 Aunque un abordaje completamente al margen del Derecho penal no puede considerarse opción mayoritaria en Estados Unidos, sí existen opiniones más claramente manifestadas en este sentido fuera de aquel país. En Estados Unidos, mantiene la necesidad de una solución extrapenal, entre otros, BARRY, J.L., “The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile “Sexting””, en *Vanderbilt J. Of Ent. And Tech. Law*, 13, 2010-2011, pp. 129 y ss. En Gran Bretaña, considerando que la incriminación del *sexting* consentido es incluso contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos, GILLESPIE, A.A., “Adolescents, Sexting and Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, 4, 2013, pp. 623 y ss. En Australia, SIMPSON, B., “Challenging childhood, challenging children: Children’s rights and sexting”, en *Sexualities*, 16 (5/6), 2013, pp. 690 y ss.

ha alcanzado también a organismos internacionales y, sobre todo europeos, que establecen requerimientos normativos que vinculan a los Estados parte. No ajenas al pánico moral generado por el supuesto exponencial incremento que la generalización de las TIC habría tenido respecto de las actividades de delincuentes sexuales en general son las disposiciones sobre pornografía infantil contenidas ya en el art. 9 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia adoptado en Budapest el 23 de noviembre de 2001. También influidas por esta tendencia son las disposiciones contenidas en la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que tras los primeros instrumentos normativos europeos sobre el particular⁵⁸ puede calificarse como el primer instrumento de la Unión incluido en la pretérita estructura de pilares que establece un mínimo común denominador para la incriminación de conductas relacionadas con la explotación sexual de los menores y su empleo en la elaboración de pornografía. Resulta revelador en este sentido el tenor literal del considerando (5) del referido documento, en virtud del cual “La pornografía infantil, forma especialmente grave de explotación sexual de los niños, se está desarrollando y extendiendo por medio de nuevas tecnologías e Internet”.

Ninguno de estos instrumentos normativos puede considerarse que constituya en la actualidad una herramienta por excelencia de instancias regionales como el Consejo de Europa o la Unión Europea para luchar contra la delincuencia sexual contra menores, puesto que ambos han sido superados por ulteriores instrumentos aprobados por sendas instancias supranacionales que, en el caso de la Decisión Marco 2004/68/JAI han supuesto incluso su sustitución. Los documentos aprobados por

58 Pueden considerarse antecedentes de este documento 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 y la Decisión 2000/375/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet.

ambas instituciones que en la actualidad marcan la política criminal en materia de delitos contra la indemnidad sexual de los menores son, de un lado, el ya referido Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual o Convenio de Lanzarote, de 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que España ratificó el 1 de diciembre de ese mismo año. De otro lado, la ya mencionada y más reciente Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, cuya transposición debería haberse producido antes del 18 de diciembre de 2013.

Es en sendos documentos en aquellos en que se prevé por primera vez la necesaria incriminación por parte de los firmantes de conductas constitutivas de *grooming*, designándose en ambos casos como “soliciting”, lo que ha sido traducido en la versión española de la Directiva 2011/93/UE por “embaucamiento”. Sin embargo, antes de analizar sucintamente en qué consisten los requerimientos contenidos sobre el particular en ambos documentos, debe hacerse referencia a algunas cuestiones de carácter general comunes a los mismos en la línea en la que enfocan la lucha contra la delincuencia sexual con víctimas menores. La primera de estas cuestiones tiene que ver con el hecho de que, de forma semejante a como ha sucedido con el delito de trata de seres humanos, el abordaje de la delincuencia sexual con víctimas menores ha pasado de ser de carácter preferentemente criminocéntrico a ser más comprensivo u holístico, lo que en el caso de la trata se ha designado como abordaje victimocéntrico⁵⁹. Se

59 Acerca de ambos tipos de abordaje —criminocéntrico versus victimocéntrico— en el caso de la trata de seres humanos, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 157 y ss. En el mismo sentido, en relación específica con los delitos contra la indemnidad sexual de menores y su abordaje por parte de la Directiva 2011/93/UE, vid. RODRÍGUEZ MESA, M.J., “La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores

ha pasado, pues, de un planteamiento en que lo esencial en los documentos internacionales enderezados a la contención de delitos contra la libertad sexual de menores era la incriminación de conductas, a un planteamiento que, con el objeto último de erradicar este tipo de conductas, busca una aproximación integral al fenómeno, colocando en un primer plano los derechos de las víctimas de este tipo de conductas delictivas. De ahí, pues, que la persecución del delito no sea la única prioridad, y que aspectos como la prevención de este tipo de conductas y, sobre todo, la protección de las víctimas pasen a ocupar el lugar preferente que merecen. Con ello, la denominada política de 3P –*prevention, prosecution y protection*, a la que se añade la necesaria coordinación entre los estados y agentes implicados- activada en los supuestos de trata de seres humanos, tanto mediante la aprobación del Convenio de Varsovia del Consejo de Europa de 2005 como posteriormente mediante la Directiva 2011/36/UE, se ha acabado implementando en la lucha contra la delincuencia sexual con víctimas menores. Tanto el Convenio de Lanzarote, en su preámbulo⁶⁰ y al establecer sus objetivos⁶¹, como posteriormente la Directiva 2011/93/UE en sus considerandos⁶² e igualmente al determinar su objeto⁶³ hacen referencia

y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, p. 231.

- 60 Dispone el último párrafo del mismo “Teniendo en cuenta la necesidad de elaborar un instrumento internacional global que se centre en los aspectos relacionados con la prevención, la protección y la legislación penal en materia de lucha contra todas las formas de explotación y abuso sexual de los niños, y que establezca un mecanismo de seguimiento específico.
- 61 Establece el art. 1.1 del Convenio “El presente Convenio tiene por objeto: a) Prevenir y combatir la explotación y el abuso sexual de los niños; b) proteger los derechos de los niños víctimas de explotación y abuso sexual; c) promover la cooperación nacional e internacional contra la explotación y el abuso sexual de los niños”.
- 62 Según el Considerando (6) “Los delitos graves como la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil exigen la adopción de un enfoque común que abarque la acción judicial contra los delincuentes, la protección de los menores víctimas y la prevención del fenómeno. El interés superior

a la necesidad de abordar esta realidad desde el punto de vista de los derechos humanos de las víctimas, incriminando conductas, pero también previniendo su comisión y protegiendo a las víctimas. Basta, pues, para convencerse de que el abordaje es ahora claramente victimocéntrico, comparar, sin ir más lejos, cuántos preceptos del articulado dedicaba a la protección de las víctimas la DM 2004/68/JAI⁶⁴ con los que dedica a esta cuestión la actual Directiva 2011/93/UE⁶⁵. Resulta lógico que en el ámbito de la delincuencia sexual contra menores se haya producido un viraje en el abordaje jurídico desde el crimonocentrismo al victimocentrismo semejante al que se ha producido en el caso de la trata de seres humanos habida cuenta de la relación entre ambas realidades criminales, sobre todo en campos como la explotación sexual de los menores. Y de la misma forma en que ha sucedido en el ámbito de la trata de seres humanos, también en el campo de la delincuencia sexual contra menores ha sido el Consejo de Europa quien ha emprendido la senda hacia el victimocentrismo

del menor debe ser la consideración principal a la hora de poner en práctica las medidas para combatir estos delitos (...). La Decisión marco 2004/68/JAI debe ser sustituida por un nuevo instrumento que proporcione el marco jurídico general para alcanzar ese objetivo.

- 63 Establece el art. 1 Directiva 2011/93/UE que su objeto consiste en establecer “(...) normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos. También introduce disposiciones para mejorar la prevención de estos delitos y la protección de sus víctimas.
- 64 Aspecto al que esta norma dedicaba un lacónico art. 9, que además de establecer que estos delitos debían ser perseguibles con independencia de la presentación de denuncia de la víctima, o de recordar que estas víctimas tendrían la consideración de especialmente vulnerables, indicaba a los Estados que debían tomar todas las medidas posibles para garantizar una adecuada asistencia a la familia de la víctima.
- 65 A la protección dedica esta norma 3 amplios artículos entre los que se contienen disposiciones generales sobre las medidas de asistencia, apoyo y protección (art. 18), la forma en que se debe prestar asistencia y apoyo a las víctimas y el contenido de la misma (art. 19) y las medidas de protección que específicamente se les debe dispensar en el marco del procedimiento penal (art. 20).

y quien ha llegado más lejos en esta aproximación centrada en el interés de las víctimas, por cuanto cuestiones relacionadas con la incriminación son más principales en la Directiva 2011/93/UE que en el Convenio de Lanzarote, y los aspectos relativos a la prevención y a la protección de las víctimas se hallan más desarrollados en éste que en aquélla.

La segunda de las cuestiones de carácter general que se considera necesario subrayar respecto de ambos instrumentos en relación con sus predecesores tiene que ver con el hecho de que además de pretender un abordaje comprensivo del fenómeno desde el punto de la vista de la víctima, no se limitan a la actuación circunscrita a un determinado ámbito de las conductas con contenido sexual que victimizan menores. Esto es, sin negar que se sigue otorgando un papel destacado a la explotación sexual de menores relacionada con las nuevas tecnologías, se toma consciencia de que muchos atentados contra la libertad sexual de menores tienen lugar por parte de ofensores que pertenecen al círculo social cercano, e incluso familiar de los niños, y que no persiguen la explotación sexual de los mismos⁶⁶. De ahí que frente a la sola referencia a conductas de explotación sexual de menores —otorgando un papel muy destacado a las que tenían que ver con la pornografía infantil— contenida en documentos como el Convenio de Cibercriminalidad o la DM 2004/68/UE, el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE se aborden también cuestiones relacionadas con la criminalización de conductas de abuso sexual de menores.

Una vez referidas las mencionadas cuestiones de carácter general en relación con ambos instrumentos internacionales,

66 Así lo reconoce el informe explicativo del Convenio de Lanzarote, en el punto 3 de la introducción, indicando que, pese a no existir estadísticas sobre el número total de abusos sexuales a menores en Europa, indica que muy habitualmente los menores son abusados por alguien de su familia. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, archivo pdf. accesible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/201.htm> (últ. visita 30-06-2014).

respecto del *grooming* en particular, debe indicarse que ambos documentos prevén la necesaria incriminación de las conductas que aquí nos ocupan, empleando la designación “solicitation of children for sexual purposes”⁶⁷, si bien con diversa amplitud. Por una parte, el art. 23 del Convenio de Lanzarote demanda a los Estados parte que incriminen la conducta de los adultos que, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, propongan un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad mínima de consentimiento en materia sexual con el propósito de cometer contra él la conducta tipificada en el art. 18.1.a) —realizar actividades sexuales con un niño que haya alcanzado la edad legal para realizarlas— o de producir pornografía infantil —conducta prevista en el art. 20.1.a)—, cuando a la proposición le hayan seguido actos materiales conducentes al encuentro⁶⁸. Por otra, el art. 6 Directiva 2011/93/UE contempla dos tipos de conductas. De un lado, en el núm. 1, en términos muy semejantes a los determinados en el art. 23 Convenio Lanzarote, prevé la necesaria sanción criminal del adulto que proponga, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, encontrarse con un menor que no ha alcanzado

67 El art. 6 del Convenio de Lanzarote se rubrica “Solicitation of children for sexual purposes” y ha sido traducido al español en el instrumento de ratificación del Convenio —BOE núm. 274, de 12 noviembre 2010— como “proposiciones a niños con fines sexuales”. El art. 6 de la Directiva 2011/93/UE tiene exactamente la misma designación para el delito que el Convenio de Lanzarote en la versión inglesa, si bien ha sido traducida al español como “embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos”.

68 Dispone concretamente la versión oficial del art. 23 Convenio Lanzarote “*Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting*”. La tentativa de la realización de tal conducta puede no ser incriminada, atendiendo a que las Partes pueden reservarse el derecho a no aplicar el apartado 2 del art. 24 —que ordena la incriminación de la tentativa intencional—, entre otras, a las conductas que contempla el art. 23 del mismo Convenio.

la edad de consentimiento sexual con el fin de realizar actos de carácter sexual con el menor o de producir pornografía infantil, cuando la propuesta haya ido acompañada de actos encaminados al encuentro. De otro, en el núm. 2 del mismo art. 6, contempla una conducta cuya incriminación se omite en el Convenio de Lanzarote, cuando prevé la necesaria incriminación de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones de adquisición y posesión de pornografía infantil o de acceso a sabiendas a la misma embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor⁶⁹.

4. Inclusión del delito de *grooming* en el Código penal español: análisis crítico del art. 183 bis CP

4.1 Introducción del delito de *child grooming* en el Código Penal español

Como consecuencia de la firma por parte del Estado Español del Convenio de Lanzarote —el 12 de marzo de 2009— se introdujo en el Código Penal, mediante reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio, casi de forma contemporánea a la

69 Dispone el art. 6 Directiva 2011/93/UE “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”. La Directiva no contempla ya directamente la incriminación de la tentativa de tales conductas en el art. 7.

ratificación del referido Convenio en agosto de 2010, el art. 183 bis CP. Con el mismo se cerraba el recién creado Capítulo II bis del Título VIII CP —De los abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de trece años—. El referido precepto, que no se contemplaba en la inicial versión del Proyecto de LO de modificación que posteriormente se convirtió en la LO 5/2010, fue incorporado en Comisión, fruto de la enmienda 351 presentada por el Grupo Parlamentario popular en el Congreso. En la propuesta inicial, el Partido Popular apelaba, en su justificación a la enmienda de adición⁷⁰, a razones como el incremento de actuaciones de los pederastas, que aprovechan el anonimato que les confiere Internet para interactuar con menores, y que han sustituido las visitas a los parques infantiles por las pantallas de ordenador, aduciendo la necesidad de intervenir en un momento anterior a aquél en que se produce un atentado contra la libertad sexual del menor de tipo más grave, como se ha hecho en países del mundo anglosajón mediante la incriminación de tales conductas. Como consecuencia de la transaccional admitida por el Grupo socialista, el nuevo tipo apareció en el texto que surgió de la Comisión de Justicia⁷¹, que es el que pasó sin más cambios a constituir, tanto en lo que a la exposición de motivos se refiere como en lo que al texto del articulado concierne, el contenido de la LO 5/2010 sobre el particular. Así, en la exposición de motivos se alude a la necesaria inclusión de las conductas de *grooming* porque “la extensión de la utilización de Internet y de

70 Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, núm. 52-9, pp. 156-157.

71 Los debates acerca de los términos en que se admitió la transacción pueden verse en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 21 de abril de 2010, núm. 522, pp. 18, 31 y 33. Sobre la tramitación parlamentaria del delito vid., TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, 9ª ed., Cizur Menor, 2011, p. 353; CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, op. cit., p. 235; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 238-239; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, op. cit., p. 586.

las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual⁷². Y en lo que al tipo del delito contemplado en el art. 183 bis CP se refiere, finalmente el delito es de un lado más amplio y de otro de ámbito más reducido que lo que inicialmente se proponía. De un lado, el tipo finalmente aprobado contempla una conducta más amplia que la inicialmente prevista porque en la propuesta del Grupo popular se exigía el empleo ya en el tipo básico de medios comisivos –cual la coacción, la intimidación, el engaño u otro ardid- mientras que en el tipo finalmente incorporado no se requiere empleo de medio comisivo alguno en el tipo básico del delito, difiriendo tal exigencia al tipo cualificado⁷³. De otro más estrecho, porque los menores finalmente protegidos en este tipo son los que no alcanzan los 13 años, mientras el Grupo popular pretendía la protección de cualquier menor de edad. Finalmente, otra diferencia sustancial entre uno y otro tipo es que mientras el propuesto no contempla cláusula concursal *ad hoc* alguna, el actual art. 183 bis CP sí lo hace, al referirse a la pena a imponer al autor del delito “sin perjuicio de las correspondientes a los delitos en su caso cometidos”.

Pese a la incriminación de la conducta siguiendo los dictados de lo que primero fue el Convenio de Lanzarote y lo que después ha sido la Directiva 2011/93/UE, lo cierto es que la introducción al Código Penal de los supuestos de proposición sexual telemática a menores ni tuvo una gran acogida en la doctrina ni ha tenido una gran repercusión forense. Escasos

72 Ello junto a la indebida referencia a la Decisión Marco 2004/68/JAI también para los supuestos de *grooming*, cuando tales conductas no se prevenían en ella.

73 Junto a ello, la conducta típica difiere en el sentido de que en el tipo inicialmente propuesto ésta consistía en “lograr un acercamiento” al menor, mientras en el tipo finalmente aprobado basta con “proponer” a la víctima concertar un encuentro.

han sido los supuestos en que se ha planteado siquiera la sub-sunción de hechos relacionados con la indemnidad sexual de los menores en resoluciones judiciales desde que el tipo entrara en vigor, habiendo conducido con carácter general a la absolución del acusado por distintos motivos⁷⁴, si bien en algún caso se ha

74 Al respecto, vid. SAP Sevilla núm. 465/2013 de 3 de octubre (JUR 2013/379923) que describe un auténtico supuesto de acoso telemático y presencial de un adulto a una menor desde que ésta tenía 11 años hasta que contaba con 13 para lograr tener acceso sexual a la misma, que terminó en una tentativa de asesinato del agresor a la menor ante las negativas reiteradas de ésta al encuentro. Los hechos relatados en la sentencia son de tanta gravedad que el acusado acabó condenado por un delito continuado de abuso sexual del art. 181.1 y 2 CP, un delito continuado de provocación sexual del art. 185 CP, un delito continuado de amenazas del art. 169.2 CP, una tentativa de asesinato y un delito de lesiones cualificado —cuyo sujeto pasivo fue la abuela de la menor al tratar de defenderla— del art. 148 CP. El Tribunal, a instancias de la acusación sostenida por el Ministerio Fiscal, plantea a este supuesto la aplicabilidad del art. 183 bis CP, puesto que el acusado había contactado con la menor y le había propuesto tener relaciones sexuales a través de la red social Tuenti; sin embargo, concluye que, en aplicación del principio de consunción, debe considerarse que el injusto propio del delito de *child grooming* queda consumido en la calificación de los hechos como abuso sexual, ya producido en este caso y que en el mismo es objeto del fallo condenatorio. En el supuesto de la SAP Valencia núm. 722/2013, de 24 de octubre (ARP 2013/1338) el fallo es absolutorio tanto por el delito de abuso sexual como por el delito de *child grooming*, en ambos casos objeto de acusación por el Ministerio Fiscal. Nuevamente nos hallamos ante un supuesto en que el acusado, de 21 años, contacta con una menor de 12 años —pero que manifestó tener como mínimo 14— a través de la red social Tuenti; en esta ocasión acusado y menor llegan a encontrarse y mantener relaciones sexuales, lo que produce a la menor un embarazo ectópico, descubriéndose la situación cuando ésta debe ser hospitalizada e intervenida de urgencia a causa de dicha dolencia. El argumento del Tribunal para absolver tanto del delito de abuso sexual contemplado en el art. 183 CP como del delito de *child grooming* tipificado en el art. 183 bis CP es que el acusado desconocía que la menor tuviese menos de 13 años, siendo que para poderse registrar en la mencionada red social había mentido acerca de su edad, indicando que contaba ya con 14 años. Por tanto, es con base en la existencia de un error de tipo acerca de la edad de la menor por lo que el Tribunal absuelve. Más complejo de comprender resulta el argumento que esgrime el Tribunal para absolver en el caso de la calificación subsidiaria de los hechos que propone el Ministerio Fiscal, vía abuso sexual fraudulento del art. 182

dictado fallo condenatorio⁷⁵. La academia tampoco celebró la inclusión del delito, pues si bien es cierto que hubo quien adujo la necesidad de la incriminación específica de la conducta que contempla el actual art. 183 bis CP⁷⁶, generalizadamente se consideró innecesaria la inclusión del tipo, ensayándose otras posibles formas de incriminación de tal conducta en el Código Penal⁷⁷. Consideraciones críticas de carácter más general como que nos

CP, aduciendo que el acusado engañó a la menor tanto sobre su edad como sobre su intención de mantener con ella relaciones sexuales completas el día del primer encuentro; en este caso, el Tribunal afirma en favor de la absolución que ni siquiera en el caso de que la menor hubiese tenido conocimiento de la real edad del acusado, consta que se hubiese negado a mantener un encuentro sexual con él.

- 75 Este es, por ejemplo, el supuesto de la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013 (ARP 2013/1691), que condena por delito de *child grooming* del art. 183 bis CP a un menor de 17 años que había contactado, también mediante la red social Tuenti a una menor de 12 años, pero que, nuevamente, para inscribirse en la referida plataforma había indicado tener 14. En este caso no llega a producirse un encuentro entre victimario y víctima, pese a que el condenado remite a la menor varios mensajes tanto a través de Tuenti como de *Whatsapp* intentando quedar con ella para tener contacto sexual, así como solicitándole el envío de fotografías de la menor en ropa interior. También en este caso se aduce la existencia de error de tipo sobre la edad de la menor por parte de la defensa para evitar la sentencia condenatoria, pero el órgano jurisdiccional condena en todo caso indicando que la menor había referido en reiteradas ocasiones cuál era su edad real cuando se negaba a obedecer las demandas del acusado. El argumento del error de tipo se reitera en apelación, al recurrir la mencionada resolución ante la AP de Orense, que confirma la sentencia de primera instancia alegando la adecuada valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo; cfr. SAP Orense núm. 373/2013, de 4 de octubre.
- 76 En tal sentido, MAGRO SERVET, V., “El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal”, op. cit., p. 1428; CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, op. cit., p. 235; DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, op. cit., p. 1740; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., *passim*.
- 77 En tal sentido, por todos, MENDOZA CALDERÓN, S., “El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español”, op. cit, pp. 133 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 106 y ss.

hallamos ante una muestra de Derecho penal simbólico⁷⁸ o ante un precepto falto de real contenido lesivo⁷⁹ o ante un delito de sospecha manifestación del Derecho penal de autor⁸⁰, se aducen junto a constataciones más taimadas, tales como que este delito constituye un acto preparatorio elevado a la categoría de delito⁸¹, que conducen a dudar acerca del acierto de su inclusión.

Ciertamente, resulta muy probable que el legislador español haya sucumbido de forma más o menos consciente a la presión mediática, después transformada en normativa, iniciada en Estados Unidos a la hora de tipificar el delito de *child grooming* en España⁸². No cuesta hallar en quienes defienden la inclusión

78 De esta opinión, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado”, op. cit., p. 589.

79 En este sentido, más claramente en relación con la redacción inicialmente ofrecida del delito en la enmienda de inclusión del Grupo Parlamentario popular, HORTAL IBARRA, J.C., “El nuevo delito de *Online Child Grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, en MIR PUIG, S./CORCOY VIDASOLO, M., *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, op. cit., pp. 430 y ss.

80 En tal sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 240; MENDOZA CALDERÓN, S., “El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español”, op. cit., p. 167; MENDOZA CALDERÓN, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 164 y ss.

81 En este sentido, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 172; RAGUÉS I VALLES, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, op. cit., p. 290; GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731; DÍAZ CORTÉS, L.M., “El denominado “child grooming” del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio”, op. cit., p. 23; CANCIO MELIÁ, M., “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, op. cit., p. 15; ORTOS BERENGER, E., VIVES ANÓN, T.S./ORTOS BERENGER, E./CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUIJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 270 CP; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis CP)”, op. cit., pp. 1779 y ss.; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., p. 200.

82 Ampliamente sobre la llegada del mito del depredador sexual también a España y su encarnación en la previsión del art. 183 bis CP, vid. RAMOS

del precepto referencias al aumento exponencial que Internet ha generado de este tipo de conductas⁸³, en ocasiones sin apoyo en datos empíricos, e incluso referencias a casos de *grooming* de los que se han hecho eco los medios de comunicación en nuestro país⁸⁴. Resulta fácil encontrar en prensa escrita referencias a casos de *grooming* producidos siempre a través de Internet. Sin ir más lejos, y reduciendo la búsqueda a un solo periódico de tirada nacional, como La Vanguardia, y a un período de seis meses —de septiembre de 2013 a febrero de 2014— se han hallado dos noticias judiciales referidas a detenciones de pedófilos que utilizaban la red para captar a sus víctimas. La primera de ellas, publicada en septiembre de 2013, referida a un pedófilo que operaba a través de *Facebook* para pedir fotos de menores de entre 10 y 13 años desnudas⁸⁵, y la segunda, de enero de 2014, en que se hacía eco de una información difundida por Europa Press que daba cuenta de la detención en Murcia y Valencia de dos hombres que habían acosado cibernéticamente a más de 550 menores empleando redes sociales⁸⁶. En tal contexto, tildar la inclusión del art. 183 bis CP de “reacción espasmódica del legislador a la actualidad informativa” seguramente es acertado; sin embargo,

VÁZQUEZ, J.A., “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 8, Julio 2012, pp. 195 y ss.

83 Así, por ejemplo, PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, op. cit., p. 1778, quien se refiere al art. 183 bis como precepto que incrimina una conducta que “(...) desgraciadamente cada día aumenta de forma vertiginosa, favorecida por la aparente impunidad que facilita el anonimato de las nuevas tecnologías (...)”.

84 Recoge dos supuestos aparecidos en prensa escrita ya antes de 2010, MAGRO SERVET, V., “El “*grooming*” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal”, op. cit., p. 320.

85 Según la noticia, publicada el 17 septiembre 2013, “Detenido en Sabadell un pedófilo que pedía fotos a niños sin ropa en *Facebook*. Se hacía pasar por una chica para conseguir fotos de menores de entre 10 y 13 años desnudos y pedirles que se masturbaran”.

86 Vid. la Vanguardia.com, sección de sucesos, de 5 de enero de 2014, empleando en esta ocasión específicamente la designación “*grooming*”.

tras la ratificación por parte del Estado español del Convenio de Lanzarote y, sobre todo, tras la aprobación de la Directiva 2011/93/UE no puede decirse que en nuestro país el legislador está haciendo más que lo que le dictan instancias internacionales con la inclusión del delito. Y si bien es cierto que plegarse a las disposiciones emanadas en el contexto internacional no puede constituir un argumento incontestable para justificar la incriminación de conductas sin suficiente contenido lesivo, también lo es que el establecimiento de obligaciones supranacionales de incriminación conduce generalmente a la necesidad de efectuar las correspondientes adaptaciones de la normativa interna. Esto, no obstante, en condiciones en que se cumpla con aquello exigido sin excederse en el celo incriminador, sin olvidar los principales principios informadores del Derecho penal mediante la incriminación de conductas sin real contenido de injusto. Además, el cumplimiento de mandatos de contenido normativo no puede conducir a la dejación de obligaciones de investigación acerca de la realidad social sobre la que se opera para efectuar una adecuada política criminal —lo que en el caso del *grooming* en España debería al menos conducir a la realización de estudios de amplio espectro para determinar la prevalencia del fenómeno y, en la medida de lo posible, su evolución en los últimos años—, ni cortocircuitar el ensayo de estrategias que más allá de la criminalización de conductas contribuyan a la prevención de las lesivas en dicho campo.

4.2 Análisis del tipo del delito

Situados en un contexto en que la discusión acerca de la adecuación en la inclusión del tipo de *child grooming* supone contestar ya no solo la política-criminal estatal sobre el particular, sino la de la entera comunidad internacional y sin negar la oportunidad de que ello se haga, el objeto de las líneas que siguen consiste en efectuar un sucinto análisis del contenido del art. 183 bis CP español. El objetivo del mismo no es otro que determinar los puntos oscuros que se han identificado en la

regulación vigente, sin descuidar los relativos a la observancia de las obligaciones supranacionales de incriminación sobre el particular, con la finalidad de confirmar posteriormente hasta qué punto la regulación proyectada del nuevo artículo 183 ter del Proyecto de LO de reforma del CP de 2013 los resuelve.

4.2.1 Objeto jurídico protegido

En tal sentido, comenzando por el bien jurídico protegido por el delito contemplado en el art. 183 bis CP, generalmente se ha considerado que el mismo viene constituido, lo mismo que en el resto de conductas delictivas contempladas en el Capítulo II Bis, rubricado “de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”, por la indemnidad sexual de los menores. Sin entrar en esta sede a considerar la adecuación de que el Derecho penal tutele la indemnidad sexual de éstos como una realidad distinta de la libertad sexual *in fieri* de los mismos⁸⁷, pues tales consideraciones excederían del objeto de dicho trabajo, parece que así puede sostenerse también aquí, como ha hecho la mayor parte de quienes se han ocupado de la cuestión⁸⁸,

87 Al respecto, vid. Díez Ripollés, J.L., en Díez Ripollés, J.L./Romeo Casabona, C.M., *Comentarios al Código Penal español. Parte especial II. Títulos VII-XII y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 233 y ss.; Morales Prats, F./García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, op. cit., pp. 309-313; Gómez Tomillo, M., en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 707-709; Cancio Meliá, M., “Una nueva reforma de los delitos contra libertad sexual”, op. cit., pp. 12 y ss., quien concluye que la alternativa entre la protección unitaria de la libertad sexual o la dicotómica libertad sexual/indemnidad sexual en función del sujeto pasivo no explica por sí sola la amplitud de la intervención penal.

88 Lo han reconocido así explícitamente, entre otros, Mendoza Calderón, S., “El fenómeno del acoso a menores “grooming” desde la perspectiva del Derecho penal español”, op. cit., pp. 163 y ss.; Ramos Vázquez, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, op. cit., p. 587; Gómez Tomillo, M., en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731; Boix Reig, J., en Boix Reig, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial. Vol. I. La protección penal de los intereses jurídicos personales*, Iustel, Madrid, 2010, p. 352. Implícitamente, la exclusiva protección típica del bien jurídico individual que se ve afectado al acceder

pues en este sentido apunta la propia exposición de motivos de la LO 5/2010⁸⁹. Así, en el delito de *child grooming* se protege el bien jurídico indemnidad sexual, entendido como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso en términos más amplios, como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual. Tomando como referencia dicho objeto de protección, se ha sostenido que el delito de *child grooming*, tal como se halla tipificado, integra un delito de peligro abstracto⁹⁰ o estadístico —mejor, incluso, de peligro hipotético⁹¹—, por cuanto mediante su incriminación se ha pretendido adelantar las barreras de protección penal a un momento anterior al de la realización —e incluso al inicio de ejecución— de conductas directamente lesivas contra la indemnidad sexual de los menores, cuales el abuso o la agresión sexual producidos contra quienes no tienen edad mínima para autodeterminarse en la esfera sexual. Los argumentos que han conducido al referido adelantamiento de tales barreras de protección, y justamente con carácter exclusivo frente a supuestos de proposición sexual a menores empleando nuevas tecnologías, tienen que ver con el supuesto incremento de tales conductas producidas empleando los referidos medios tecnológicos y su mayor peligrosidad⁹². De ahí que considere rechazable la opinión de

de manera efectivamente sexual al menor constituye la posición sostenida por quienes mantienen que nos hallamos ante un acto preparatorio elevado a la categoría de delito.

- 89 Que se refiere a la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado (sic), sino también la formación y desarrollo de la personalidad y la sexualidad del menor, como si este segundo aspecto no formase parte esencial de la caracterización ofrecida del bien jurídico indemnidad o intangibilidad sexual. En semejantes términos a aquellos en que se pronuncia la referida exposición de motivos, RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y Derecho Penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 22.
- 90 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 240; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, op. cit., p. 1780.
- 91 Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731.
- 92 En tal sentido, resulta reveladora la referencia contenida en el informe explicativo del Convenio de Lanzarote. Cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory*

quienes arguyen que nos hallamos frente a un delito pluriofensivo en que no sólo se protege anticipadamente la indemnidad sexual de los individuales sujetos pasivos contactados, sino también un bien jurídico colectivo, cual la infancia en general⁹³. Se considera que con dicha última posición sobre el bien jurídico protegido se da por buena la falacia victoriana de la pureza de la infancia como justificación para intervenir penalmente incluso contra los propios niños, al tiempo que se erige en supuesto autónomo bien jurídico el peligro estadístico que se ha atribuido representa el empleo de las TIC en relación con la indemnidad sexual de los menores y que ya ha conducido justamente al adelantamiento de las barreras de tutela penal mediante la propia inclusión de esta figura delictiva.

4.2.2 Sujetos del delito

Antes de analizar la conducta típica y los problemas que plantea, en relación con los sujetos que integran el delito, debe

Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, op. cit., p. 37, cuando justifica la solicitada incriminación únicamente de los supuestos de *grooming* por medios tecnológicos con el siguiente argumento “*The offence can only be committed through the use of information and communication technologies. Other forms of grooming through real contacts or non-electronic Communications are outside the scope of the provision. In the view of the particular danger inherent in the use of such technologies due to the difficulty of monitoring them the negotiators wished to focus the provision exclusively on the most dangerous method of grooming children which is through the internet and by using Mobile phones to which even very young children increasingly now have access*”.

- 93 De esta opinión, DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, op. cit., p. 1740, para quien “el bien jurídico protegido tiene un doble carácter, el individual, en relación con ese menor, y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas”. En semejantes términos, aunque identificando el bien jurídico supraindividual no con la “infancia” en general, sino con “la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC”, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., p. 242.

indicarse que en los supuestos de *grooming* pretendía reaccionarse contra los peligros inherentes a las solicitudes sexuales de menores de edad a través de las TIC, respondiendo al estereotipo del “stranger danger” en tales foros popularizado en Estados Unidos. Teniendo esto en cuenta, se ha criticado, en cuanto al sujeto activo, que nos hallemos ante un tipo delictivo que pueda cometer cualquiera. En tal sentido, puesto que la LO de responsabilidad penal del menor permite que los menores que superen los 14 años puedan cometer cualquiera de los delitos contemplados en el Código penal, cabría que un menor de edad fuese condenado por la comisión de un delito que el legislador introdujo al ordenamiento penal español para luchar contra conductas abusivas de adultos contra menores, no de personas con escasa diferencia de edad entre sí⁹⁴, máxime cuando tanto el Convenio de Lanzarote cuanto la Directiva 2011/93/UE exigen la incriminación únicamente de los supuestos en que sea un adulto quien efectúe la proposición al menor⁹⁵. Y ciertamente tal posibilidad no constituye una hipótesis no verificada en nuestro país, en que ya ha recaído por lo menos en una ocasión una sentencia condenatoria a un menor de edad por un caso de *grooming*⁹⁶. No se pretende con la denuncia de tal exceso incriminador respecto de los requerimientos internacionales de incriminación minimizar la capacidad lesiva de tales conductas cuando las efectúe un menor que se halle próximo a la mayoría de edad, sobre todo en los supuestos en que el afectado sea un menor de corta edad.

94 En tal sentido, HORTAL IBARRA, J.C., “El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, op. cit., p. 443; DÍAZ CORTÉS, L.M., “El denominado “child grooming” del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, op. cit., p. 21; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., p. 194.

95 En tal sentido, respecto del exceso que ello representa en relación con los requerimientos del Convenio de Lanzarote, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., p. 243.

96 Vid. la sentencia ya citada del Juzgado de Menores de Orense, de fecha 13 de mayo de 2013.

Sin embargo, ante una situación en que se denuncia el excesivo intervencionismo del Derecho penal y en que ejemplos como el ofrecido en Estados Unidos con la aplicación de los estatutos anti-pornografía a menores de edad en supuestos de *sexting* muestran como la legislación penal especial promulgada para proteger a los menores puede acabar produciendo el efecto de criminalizar sus conductas, convendría limitar la aplicabilidad del tipo a los supuestos en que el sujeto activo sea un mayor de edad. Tal extremo vendría justificado porque nos hallamos frente a conductas que se hallan todavía lejanas a la lesión de la indemnidad sexual de la víctima.

Junto al presunto exceso en que ha incurrido el legislador español en la determinación del sujeto activo del delito, se ha alertado ya acerca de la inadecuada caracterización del sujeto pasivo del mismo. En tanto el tipo incluye como sujetos pasivos únicamente a los menores de 13 años, se deja fuera del mismo, se ha indicado, a los incapaces⁹⁷, así como a los menores que más habitualmente resultan victimizados mediante el empleo de tecnologías de la información, esto es, los menores de más de 14 años. Ciertamente, nada exigen ni el Convenio de Lanzarote ni la Directiva 2011/93/UE respecto de la previsión de tales conductas en relación con los incapaces —en el futuro designados personas con discapacidad de llegar a operarse la reforma proyectada mediante Proyecto LO modificación CP de 2013—, pero es cierto que el legislador español, en lo que a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se refiere, ha parificado la protección de los menores de edad a la de personas con discapacidad —no así en los abusos o agresiones sexuales del 183 CP, pero sí en conductas relacionadas con la explotación sexual—. En tal sentido, atendiendo a que personas con especiales grados de discapacidad podrían considerarse equiparables, cuanto

97 Cfr. ORTIS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S./ORTIS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte especial*, op. cit., p. 271; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., p. 195.

menos en el grado de inmadurez respecto a su involucramiento en contextos sexuales, a menores que no han alcanzado la edad necesaria para consentir en materia sexual, podría plantearse su inclusión en el tipo de *lege ferenda*, aunque insistiendo en que tal inclusión no viene exigida por ninguno de los instrumentos internacionales que nos obligan. Respecto de los segundos, esto es, menores de edad de más de 13 años que son justamente los que más conductas de riesgo observan en Internet y, consecuentemente, los más victimizados en este ámbito, la legislación española no parece atender a lo que se desprende de los estudios empíricos realizados en este ámbito de la victimización, fundamentalmente los realizados en Estados Unidos. En tal sentido, si bien la limitación de las víctimas a los menores de 13 años podía resultar coherente, por más que chocante, con lo dispuesto en el propio Código penal español respecto de la edad mínima de consentimiento en materia sexual, e incluso con lo dispuesto en el Convenio de Lanzarote, sin embargo, ni responde adecuadamente a las prevalencias observadas de este tipo de conductas en los estudios empíricos antes referidos ni se halla impuesta por la edad mínima de consentimiento en materia sexual, que la Directiva 2011/93/UE deja abierta, de ahí que varios hayan sido ya quienes hayan propuesto la adecuación del incremento de la edad de la víctima en el nuevo tipo⁹⁸. Ciertamente, la elevación de la edad de la víctima podría contribuir a ampliar el círculo de conductas delictivas conforme al tipo que, sin embargo, podrían verse reducidas dotando de mayor contenido material de injusto a la conducta típica, como luego se verá.

4.2.3 Conducta típica: elementos que la integran

En relación con la conducta típica que el tipo incorpora, nos hallamos ante un tipo que requiere de una pluralidad de

98 En tal sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 244-245; PEREDA, N./ABAD, J./GUILERA, G., “Victimización de menores a través de Internet: descripción y características de las víctimas del *online grooming*”, op. cit., p. 101.

acciones, que pueden reconducirse a tres⁹⁹. Las dos primeras, integradas en el tipo objetivo del delito, consistentes en el necesario contacto al menor por determinados medios proponiéndole concertar un encuentro, por un lado, acompañando la proposición de la realización de actos encaminados al acercamiento, por otro. La tercera de ellas constituye una exigencia del tipo subjetivo del delito, integra un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente que confirma que nos hallamos ante un delito mutilado de dos —o quizá deberíamos decir de tres— actos¹⁰⁰, y que consiste en la finalidad de cometer determinados delitos contra la indemnidad sexual del menor.

Conforme al primero de los elementos que conforman la conducta típica, como se ha indicado, el autor debe contactar con el menor y proponerle concertar un encuentro. El contacto con el menor, como se ha sostenido, requiere no solamente el envío del mensaje por parte del adulto, sino también la respuesta del menor¹⁰¹. Dicho contacto debe producirse no de cualquier

99 En tal sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., pp. 171-172; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado”, op. cit., pp. 587-588. Se refieren a cuatro elementos, pues aluden a dos distintos en el caso del contacto y la proposición de encuentro, DOLZ LAGO, M. J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de peredastía”, op. cit., pp. 1740-1741; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 2; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., pp. 195 y ss.

100 Ya TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 171, había indicado que nos hallamos frente a un tipo incongruente por exceso subjetivo.

101 Cfr. TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 172; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del Derecho comparado”, op. cit., p. 587; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, op. cit., p. 1781; LAMARCA PÉREZ, C., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.),

modo, sino únicamente a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Esto es, el tipo requiere un contacto realizado empleando un medio tecnológico, sin que el físico autor-víctima gane relevancia penal conforme al tipo delictivo, aunque constituya la preparación de un ulterior encuentro, éste ya de contenido sexual. Ciertamente, con la limitación en las formas de producir el contacto el legislador español ha limitado la relevancia penal del *grooming* al que se produce empleando medios tecnológicos¹⁰², pese a que si de la protección anticipada de la indemnidad sexual se trata, debe tenerse en cuenta que, tal como ponen de manifiesto estudios empíricos efectuados sobre el particular, el abuso sexual a menores se produce mucho más en el ámbito familiar y en el círculo social cercano e incluso íntimo al menor que por parte de extraños que eventualmente puedan contactar con ellos a través de la red. En puridad, la limitación de la relevancia del *grooming* al que se realiza a través de la red o de otras TIC obedece a la traslación al ámbito normativo del estereotipo del “stranger danger” que tanto se han afanado en destruir quienes han abordado empíricamente esta realidad al considerar que para nada responde a la fenomenología de estas conductas. En tal sentido, si bien el Convenio de Lanzarote se limita a requerir la incriminación del *grooming online*, justificando dicha limitación en el informe explicativo del convenio al entender que nos hallamos frente a las conductas estadísticamente más peligrosas —sic—, en el caso de la Directiva 2011/93/UE nuevamente el art. 6 se refiere a la incriminación únicamente del *grooming online*, aunque eso no es todo. En el considerando 19 del preámbulo de la misma Directiva se exhorta a los Estados

Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194.

- 102 Cabría mediante este tipo la incriminación de la conducta *offline* únicamente cuando el contacto sin empleo de TICs ha ido seguido del contacto tecnológico con el menor, en tal sentido, DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, op. cit., p. 1741.

miembros a que tipifiquen como delito “la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con el delincuente con fines sexuales se desarrolla en presencia del menor, por ejemplo en forma de delito preparatorio especial, tentativa de las infracciones contempladas en la presente Directiva o como una forma especial de abuso sexual”¹⁰³. Tomando en consideración el que la Directiva 2011/93/UE parece tener plena consciencia acerca de que un abordaje completo del *grooming* requiere no solo la criminalización del que se opera *online*, sino también del que tiene lugar *offline*, parece lo adecuado que de *lege ferenda* el contacto del menor pueda efectuarse empleando las tecnologías de la información y la comunicación o de cualquier otro modo. Junto a ello, puesto que tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE omiten la referencia a la comunicación como algo separado y antecedente a la propuesta de encuentro, la conducta típica del delito contemplado en el art. 183 bis CP podría iniciarse directamente con la proposición del encuentro. Dicha proposición, que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito debe ser emprendida siempre activamente por el *groomer*, requerirá de respuesta, en el sentido que fuere, por parte de la víctima, pues la existencia de la reacción de la víctima permite afirmar la existencia de una afectación, aunque remota, a su indemnidad sexual. Esto es, si interpretamos el peligro abstracto en el sentido de hipotético, los casos de contacto más proposición o únicamente de proposición que no lleguen a

103 Tal demanda se hace en el considerando (19) del preámbulo sobre la base de que aunque el embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, puesto que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios dado que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, al mismo tiempo “los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación”. Y concluye el referido considerando indicando “Independientemente de la solución jurídica por la que se opte a la hora de tipificar como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deberán velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos”.

ser conocidos por la víctima ni tomados de forma mínimamente seria por ésta, por mucho que vayan acompañados de actos materiales encaminados al acercamiento, no puede afirmarse que pudiesen llegar a representar siquiera un peligro potencial para el bien jurídico protegido. Para concluir, conviene indicar que el tipo no requiere que los contactos y las propuestas efectuadas por parte del *groomer* al menor sean reiteradas, como pretenden quienes conceptúan este fenómeno como una especie del género acoso¹⁰⁴, por lo que, tanto de acuerdo con el Derecho interno español como de conformidad con los requerimientos internacionales de incriminación sobre el particular, bastaría con un solo contacto/propuesta para integrar el tipo, pese a que la casuística nos muestra que las comunicaciones acostumbran a ser reiteradas.

El segundo de los elementos típicos que conforman el tipo objetivo del delito, de hermenéutica más compleja que el primero, requiere que se realicen por parte del sujeto activo actos materiales encaminados al acercamiento. No ofrece pista alguna el legislador acerca de a qué se refiere con dicho tipo de actos. Tanto es así, que se ha indicado como la amplia casuística de los supuestos impide una teorización de los mismos¹⁰⁵. Con carácter general, sin embargo, partiendo de la consideración del delito de *grooming* como la antesala de un delito contra la indemnidad sexual de los menores de carácter más grave, se ha defendido una interpretación restrictiva del tipo, en el sentido de que los actos materiales encaminados al acercamiento requieran que la conducta trascienda al mundo virtual para entrar en el presencial o físico¹⁰⁶. Debe, pues, tratarse de actos materiales

104 Así, MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., p. 165.

105 En tal sentido, DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, op. cit., p. 1741.

106 Por todos, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 172; DÍAZ CORTÉS, L.M., “El denominado “*child grooming*” del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio”, op. cit., p. 22; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., en SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO,

que conduzcan al encuentro físico con el menor, como acudir el autor al lugar del encuentro, mandar al menor un billete para que éste pueda acudir¹⁰⁷ y no a un mero supuesto de encuentro “virtual” con el mismo para practicar sexo cibernético¹⁰⁸. De nuevo, que el Código penal español emplee la expresión “acercamiento” puede llegar a inducir error acerca de si el referido tiene que ser necesariamente físico o puede ser también tecnológico. Sin embargo, para despejar las dudas sobre que el encuentro debe ser físico baste recordar, otra vez, que nos hallamos ante la elevación a delito de actos preparatorios enderezados a la comisión de delitos contra la libertad sexual que, cuando constituyen abusos o agresiones sexuales, requieren de la convergencia de autor y víctima en un mismo espacio y tiempo “físicos”. Menos dudas que la expresión “acercamiento” plantea en este sentido el vocablo “encuentro” —*meeting*— que emplean tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE. Es más, por si cupiere duda acerca de que el encuentro debe ser físico y no virtual, en el informe explicativo del Convenio de Lanzarote se indica como la proposición seguida de actos materiales conducentes al referido encuentro requiere acciones concretas, como, por ejemplo, que el ofensor llegue al lugar en que el encuentro está previsto¹⁰⁹.

A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 144; MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., p. 160, llega a decir que debería requerirse el encuentro físico entre ambos; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., pp. 196-197.

- 107 MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., p. 160, incluye actos como mandar dinero para que el menor pueda acudir al encuentro y si el sujeto pasivo se encuentra en otra localidad u Estado distinto al del menor, haber iniciado los trámites necesarios para llevar a cabo el encuentro (compra de billetes, realización del viaje).
- 108 Apunta en sentido crítico la posibilidad de que el encuentro sexual concertado sea “virtual”, GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 247-248.
- 109 Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, op. cit., p. 20.

Los actos materiales encaminados al acercamiento —sería preferible que el tipo penal se refiriese directamente al “encuentro”—, atendiendo al bien jurídico protegido en el delito, así como al hecho de que conviene efectuar una interpretación del peligro abstracto en el sentido de que configure al menos un peligro potencial, no deben hallarse alejados del inicio de ejecución del delito contra la indemnidad sexual perfeccionado de que se trate. Nos hallaríamos, pues, ante la incriminación específica de actos preparatorios que de otra forma no alcanzarían relevancia penal, no sólo porque éstos no se incriminan con carácter general respecto de los delitos contra la libertad sexual, sino porque aunque así fuera los que integran el delito de *grooming* difícilmente serían constitutivos de conspiración, proposición o provocación¹¹⁰. En el caso en que la conducta en cuestión supere el umbral de la preparación delictiva para entrar ya en la fase ejecutiva del correspondiente tipo delictivo, habrá que calificar los hechos preferentemente conforme al correspondiente delito fin, como dispone el principio de subsidiariedad tácita. Éste opera, como en el caso que nos ocupa, cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste “una forma de ataque más grave o acabada al mismo bien jurídico”¹¹¹. De hecho, la existencia de un concurso de normas entre el delito de *child grooming* y el correspondiente delito contra la indemnidad sexual que se pretendía cometer con dicha conducta ha sido ya defendida en la academia e incluso en la jurisprudencia, si bien se ha apelado al principio de consunción¹¹² o al de alternatividad¹¹³ como regla resolutive

110 Huelga decir, al concebir el delito de *grooming* materialmente como un acto preparatorio elevado a la categoría del delito, que no se admite la relevancia penal de la tentativa, puesto que no cabe atendiendo a básicas consideraciones de lesividad afirmar la relevancia penal del inicio de la ejecución de lo que materialmente constituye preparación delictiva.

111 Así caracteriza el principio de subsidiariedad expresa MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 8ª edición, Reppertor, Barcelona, 2006, p. 655.

112 Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 172.

del concurso de normas. Frente a tales posiciones, la que aquí defiende, en coherencia con la idea de la progresión en la afectación al bien jurídico indemnidad sexual, es el recurso al principio resolutivo del concurso de normas más específico para estos supuestos, que es el contemplado en el art. 8.2 CP.

Frente a la opción que defiende el concurso de normas, sobre todo por parte de aquellos que sostienen la dualidad de bienes jurídicos protegidos en el art. 183 bis CP se defiende la concurrencia entre el delito de *child grooming* y el correspondiente delito contra la indemnidad sexual que se persiguiese cometer, ya en tentativa ya consumado¹¹⁴.

No se nos oculta que la propuesta que aquí se hace en favor de la resolución de esta cuestión sobre la base de las reglas del concurso de normas se compadece mal con la cláusula concursal *ad hoc* contenida en el propio tipo, en virtud de la cual las penas correspondientes a este delito se aplican “sin perjuicio de las penas correspondientes en su caso a los delitos cometidos”. Frente a ello, debe indicarse que las cláusulas concursales específicas que de cada vez aparecen con mayor profusión en nuestro texto punitivo no pueden conducir a desoír la teoría general del concurso de delitos. De ahí que dicha cláusula puede

En el mismo sentido, la SAP Sevilla núm. 465/2013, de 3 de octubre (JUR 2013/379923) que no condena por 183 bis CP, pese a la existencia de acusación del Ministerio Fiscal, aduciendo que se habían llegado a producir tocamientos a la menor, con lo que califica los hechos conforme al art. 183 CP atendiendo a la regla de absorción del art. 8.3 CP.

- 113 De esta opinión, GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731.
- 114 En tal sentido, DOLZ LAGO, M.J., “Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, op. cit., p. 1741; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., p. 242. En semejantes términos, DÍAZ CORTÉS, L.M., “El denominado “*child grooming*” del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, op. cit., p. 24; MENDOZA CALDERÓN, S., *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., p. 162, si bien en este caso la autora defiende el concurso por exigencias de la cláusula concursal *ad hoc*, no por sostener que nos hallemos ante un delito pluriofensivo.

conducir únicamente a la afirmación de un concurso de delitos allí donde las reglas concursales la admitirían en los supuestos de concurrencia de un delito de peligro con el correspondiente delito de lesión, esto es, en aquellos casos en que el peligro inherente a la conducta no directamente lesiva no se ha concretado completamente en lesión, por lo que la calificación de los hechos únicamente conforme al delito de lesión no aprehendería completamente el desvalor inherente a la conducta. En los supuestos de *grooming online* ello podría suceder, por ejemplo, cuando nos hallemos frente a víctimas múltiples; esto es, cuando varios han sido los menores a los que se ha contactado y propuesto, pero sólo uno o algunos de ellos han sido finalmente abusados. En tales supuestos queda peligro subsistente que debe conducir a la aplicación conjunta de los correspondientes delitos de peligro con el o los correspondientes delitos de lesión, teniendo en cuenta que concurrirán tantos delitos de *child grooming* como menores contactados y solicitados pero finalmente no abusados existan, pues nos hallamos frente al peligro hipotético referido a un bien jurídico individual, cual la indemnidad sexual.

La afirmación de que la existencia de la cláusula concursal no debe entorpecer la aplicabilidad de las reglas generales de resolución del concurso no debe ocultar, sin embargo, que nos hallamos ante una cláusula distorsionadora, como ya se ha dicho¹¹⁵, y que en consecuencia debería desaparecer. Y es que no es necesario que una cláusula nos recuerde que cabe la posibilidad de que un delito entre en concurso con otros que eventualmente puedan cometerse si tal concurso se afirma teniendo en cuenta las reglas generales de resolución de tales situaciones. Máxime, además, cuando la necesaria previsión de una cláusula

115 Denuncian de manera más o menos implícita la inadecuación de la referida cláusula, GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., pp. 731-732; BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 358; RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca”, op. cit., p. 290.

concurral, que interpretada literalmente podría conducir a quiebras evidentes del principio *non bis in idem*, ni se requiere en el Convenio de Lanzarote ni se demanda en la Directiva 2011/93/UE y cuando ambos documentos destilan la conceptualización del *child grooming* como la antesala a un delito contra la indemnidad sexual más grave. Desaparecida dicha cláusula, sería conveniente valorar la adecuación de introducir una cláusula de subsidiariedad expresa que declarase la aplicación subsidiaria del delito contemplado en el art. 183 bis CP ante la eventualidad de que la subsunción de los hechos en este tipo pueda resultar privilegiante¹¹⁶.

Antes de efectuar una breve referencia al tercero de los elementos del tipo delictivo, integrante de la parte subjetiva del mismo, permítaseme efectuar alguna mención a la existencia de un tipo cualificado en el delito de *grooming* tipificado en el art. 183 bis CP español, justamente porque se ha alertado acerca de que la previsión de dicha cualificación delictiva puede contribuir a vaciar de contenido el tipo básico del delito¹¹⁷. Efectivamente, no en la propuesta que inicialmente efectuara el Grupo parlamentario popular en el Congreso —en que la coacción, la intimidación y el engaño aparecían como medios comisivos que debían emplearse en el tipo básico—, sino como resultado de la enmienda transaccional que condujo a la inclusión del tipo en el Código penal, inexplicablemente los medios comisivos que inicialmente configuraban el tipo básico del delito pasaron a integrar el tipo cualificado que ahora contempla el segundo inciso del art. 183 bis CP. En su virtud, se debe imponer en la mitad superior bien la pena de prisión de 1 a 3 años, bien la multa de 12 a 24 meses que se prevé como alternativa en aquellos casos

116 Alerta acerca de ese peligro, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 731.

117 En tal sentido, GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, op. cit., p. 32; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., p. 252; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, op. cit., p. 1782.

en que el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Al margen de lo inadecuado de la redacción típica, pues el empleo de esos medios comisivos se requiere para “obtener” el acercamiento, cuando el tipo básico del delito no alcanza a comprender los supuestos de acercamiento (en el sentido de encuentro mismo), sino la realización de actos materiales conducentes al mismo, el tipo cualificado entraña el peligro de dejar sin contenido el tipo básico del delito justamente porque se planteó a nivel supranacional la incriminación de dichas conductas únicamente *online* habida cuenta de la facilidad que ofrecía la red para que potenciales ofensores consiguieran engañar a sus víctimas, por ejemplo, haciéndose pasar también por adolescentes o menores o simplemente engañando sobre la identidad, aspecto físico o edad en sus perfiles¹¹⁸. Siendo ese el *modus operandi* normal en tales conductas, el tipo agravado debería desaparecer, considerando implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico. Y ello no solamente porque el engaño es un medio comisivo que generalmente se emplea en algún momento del proceso, sino, en lo que a la intimidación se refiere —el segundo de los medios cuya concurrencia se cualifica—, porque incluso en los supuestos en que el engaño no concurra, el aprovechamiento de una situación de superioridad —aunque sea por la sola diferencia de edad y experiencia entre el adulto y el menor— puede considerarse concurrente en los supuestos de contacto sexual o pre-sexual autor-víctima con una sustancial diferencia de edad entre ellos. En definitiva, pues, con el objeto de dotar de mayor contenido de injusto a la conducta contemplada en el tipo básico, el tipo cualificado, cuya previsión por lo

118 Al respecto, basta traer a colación el contenido del considerando (19) del preámbulo de la Directiva 2011/93/UE antes citado, pero todavía resultan más reveladoras las afirmaciones contenidas en el informe sobre el Convenio de Lanzarote, en el sentido de que la incriminación se propone solo del *grooming online* porque es el más peligroso, al ser el más difícil de monitorizar, implicando generalmente un acercamiento al menor en que el adulto aparenta ser una persona joven. Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, op. cit., p. 20.

demás ni se exige en el Convenio de Lanzarote ni en la Directiva 2011/93/UE, debería desaparecer, de manera que fuesen las proposiciones que entrañan el uso del engaño o el aprovechamiento de una situación de superioridad derivada de la diferencia de edad las que ganasen relevancia conforme al tipo básico¹¹⁹.

Para concluir con este análisis en clave crítica del tipo delictivo del *child grooming* falta hacer referencia al tercero de los elementos del tipo, el elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente, que consiste en la necesaria concurrencia del fin de cometer alguno de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal. Nuevamente nos hallamos ante un elemento que ha concitado las críticas de la doctrina. Junto a quien ha indicado que la referencia puede haberse quedado corta porque se ha omitido la mención a los delitos relacionados con la prostitución de los menores¹²⁰, las críticas han venido generalmente propiciadas por la excesiva amplitud de conductas incidentes en la indemnidad sexual del menor que el autor puede tener por finalidad cometer¹²¹. De ahí que se haya propuesto una interpretación restrictiva del tipo en

-
- 119 Demandaba, tras la aprobación de la Directiva 2011/93/UE, que el tipo básico del delito exigiese implícitamente siempre la concurrencia de engaño, en sentido parcialmente distinto al aquí sostenido —en que se considera bastante aprovechar una situación de superioridad sin engaño— HORTAL IBARRA, J.C., “El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?”, op. cit., p. 443.
- 120 Vid. BOIX REIG, J, en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 357; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 249-250.
- 121 En tal sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M., “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, op. cit., p. 172; GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, op. cit., pp. 249-250; RAMOS VÁZQUEZ, J.A., “El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del Derecho comparado”, op. cit., p. 587; PÉREZ FERRER, F., “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código penal español (artículo 183 bis)”, op. cit., p. 1782; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)”, op. cit., p. 197.

el sentido de exigir que la finalidad sea la de cometer actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos¹²². Efectivamente, hacer coincidir el tipo del delito español de *child grooming* con las conductas cuya incriminación se prevé a nivel supranacional pasa por efectuar la referida interpretación restrictiva o, lo que es mejor, toda vez que la posterior aprobación de la Directiva 2011/93/UE haya sido coincidente en la limitación de finalidades en los mismos términos que el Convenio de Lanzarote, limitar la remisión típica a la finalidad de comisión que contempla el delito de *grooming* a los delitos de abuso o agresión sexual con un menor que no ha alcanzado la edad para consentir en materia sexual o bien a la producción de pornografía infantil con dichos menores.

Finalmente en relación con el tipo subjetivo del delito, aunque no se trata de un aspecto privativo de este delito, sino referible a todos aquellos cuya aplicación se constriñe a víctimas que no han alcanzado la edad necesaria para consentir en materia sexual, se plantea la cuestión de si es necesaria la previsión del correspondiente tipo imprudente que pueda permitir sancionar los supuestos de error de tipo vencible sobre la edad¹²³. En el caso del *grooming*, la ausencia de previsión de dicho tipo imprudente constituye generalmente la diferencia entre la relevancia y la irrelevancia penal de la conducta, como puede rápidamente observarse de consultar la ya mencionada SAP Valencia núm. 722/2013, de 24 de octubre. No así en los supuestos de abuso y agresión sexual, en que puede irse a los tipos básicos de las correspondientes figuras delictivas. Pese a ello, aun a riesgo de que determinadas conductas puedan quedar impunes, consciente de que nos hallamos ya ante un supuesto de adelantamiento de las barreras de protección penal y de que tanto el Convenio de

122 Vid. las mismas obras citadas en nota precedente.

123 En tal sentido, CANCIO MELIÁ, M., “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, op. cit., p. 15.

Lanzarote cuanto la Directiva 2011/93/UE demandan la incriminación del *grooming* doloso¹²⁴, considero preferible no abrir la puerta a la comisión imprudente del delito en los casos de error sobre la edad, cuanto menos en lo que a estrictas conductas de *grooming* se refiere.

5. Modificaciones previstas en el Proyecto de Reforma del Código penal 2013

5.1 Planteamiento

El 11 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de LO de reforma del Código penal, que pasó a convertirse en Proyecto casi un año después de su aprobación como anteproyecto, una vez emitidos los preceptivos informes y dictámenes sobre el mismo, y cuya tramitación parlamentaria se está dilatando más allá de lo deseable, al llevar varios meses en fase de enmiendas en Comisión de Justicia.

El Proyecto de 2013 introduce modificaciones de calado entre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Nuevamente, la razón que se aduce para incluirlas refiere la aprobación de la Directiva 2011/93/UE como motivación fundamental. En esta ocasión, también la reforma incide no sólo en la ampliación de conductas delictivas, sino además en el endurecimiento de las sanciones. Así, se eleva la edad de consentimiento sexual a los 16 años, manteniéndose el abuso sexual de prevalimiento para los menores que superen dicha edad exactamente en los mismos términos en que está previsto para los adultos. Junto a ello, se incrimina como delito, en el art. 183 bis CP, determinar a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o hacerle presenciar actos de naturaleza sexual, una suerte de

124 Respecto del Convenio de Lanzarote debe traerse a colación que mientras en la versión oficial inglesa del mismo, el art. 23 se refiere a la necesidad de que la proposición que debe incriminarse sea “intencional”, en la versión española del documento publicada en el BOE de 12 de noviembre de 2012 se ha omitido dicho adjetivo.

modalidad específica de corrupción de menores, que sin colidir con el delito de corrupción de menores porque el Proyecto lo suprime, sí puede solaparse con la figura del abuso sexual de menores, o incluso con los delitos contemplados en el art. 185 y 186 CP¹²⁵. Si bien las conductas de abuso sexual se ven afectadas por la reforma en ciernes, las que lo son aun en mayor medida son las que tienen que ver con la explotación sexual de menores. A este respecto, además de cambiarse la numeración de los artículos referidos a la prostitución de menores y aquella que es determinada mediante el empleo de medios comisivos, elevándose las sanciones correspondientes a la prostitución de menores, se introducen modificaciones de calado respecto de las conductas relacionadas con la pornografía infantil y la producción y consumo de espectáculos exhibicionistas y pornográficos en que intervienen menores. En el campo de las conductas relacionadas con la pornografía infantil se amplía enormemente el concepto de pornografía, de conformidad con lo establecido en la Directiva 2011/93/UE¹²⁶, al incluirse en el proyectado art. 189.1, segundo párrafo, Código penal un concepto auténtico de pornografía coincidente con el contenido en la Directiva comunitaria que comprende tanto la pornografía infantil expresa o real como la simulada o virtual, sin resultar ajenas al concepto tampoco la pseudopornografía o la pornografía infantil técnica¹²⁷. Junto a la ampliación del concepto, se incrimina no ya solo

125 A la posible colisión de esta nueva tipología delictiva con los delitos contemplados en los arts. 185 y 186 CP se refiere el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto —pp. 147 y 148—, añadiendo que no nos hallamos frente a una nueva conducta, puesto que se trata de conductas corruptoras ya tipificadas.

126 El art. 2.c) establece qué se entiende por “pornografía infantil” en la Directiva de referencia.

127 El concepto de pornografía contenido en el texto proyectado se ha visto ampliado, pues no fue hasta la segunda de las versiones del anteproyecto de 2012 cuando se incluyó una letra c) al proyectado art. 189.1, segundo párrafo, que parece dirigido a incluir supuestos de pornografía técnica de forma más limitada a como lo hace la Directiva, con el siguiente tenor “todo material que represente de forma visual a una persona que parezca

la posesión de pornografía, incluso para consumo propio, como hasta ahora, a la que se añade la adquisición, sino ya el acceso mismo a pornografía infantil o de personas con discapacidad necesitadas de especial protección —proyectado art. 189.5 CP—, así como la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

En lo que al delito de *grooming* se refiere, el Proyecto de 2013, que en este particular no ha cambiado en exceso su tenor en relación con la propuesta inicialmente contenida en el anteproyecto de 2012, plantea la incriminación del delito en el art. 183 ter CP, ampliando las conductas delictivas incorporadas. Junto a la tipología del *grooming* hasta ahora tipificada, a la que se han incorporado algunas mejoras técnicas a las que más adelante se hará referencia, se incluye un número segundo en el precepto, que incluye la conducta que se ha dado en designar “embaucamiento” porque se trata de una conducta contemplada en la figura del “soliciting” tal como propone su incriminación el art. 6 Directiva 2012/93/UE —no así el art. 23 Convenio Lanzarote—. En la exposición de motivos del Proyecto LO 2013 se insiste en la necesidad de proteger a los menores frente a los atentados contra su libertad sexual producidos mediante el empleo de TIC, por la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, completando la protección hasta ahora existente “(...) con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

ser un menor participando de una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes”.

Según reza el proyectado art. 183 ter CP “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los distintos delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en la mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

5.2 Caracterización del tipo del delito de grooming del proyectado art. 183ter.1 CP

El tipo del delito de *grooming* ampliado que ahora contempla el Proyecto no ha cambiado sustancialmente respecto del se preveía ya en la primera versión del anteproyecto de 2012. Sí se ha reducido la remisión a los delitos sexuales cuya comisión constituye la finalidad última del *groomer*. Así, si originariamente y en la segunda versión de anteproyecto se indicaba que éstos podían ser cualquiera de los previstos en los arts. 178 a 183 y 189 CP, en la versión final propuesta contenida en el art. 183 ter.1 Proyecto se incluyen únicamente los delitos contemplados en el art. 183 y 189 CP. No cabe duda de que el exceso de conductas relacionadas directamente atentatorias contra la libertad e indemnidad sexual de los menores integradas en la referida remisión, como ya había indicado la doctrina, debía ser corregido de conformidad con lo requerido por los arts. 23 Convenio de

Lanzarote y 6 Directiva 2011/93/UE, que se refieren a las conductas de abuso y agresión sexual y a la de producción de pornografía infantil. Sin embargo, pese al comedimiento de la nueva remisión, no debe olvidarse que el art. 189 CP incluye conductas que van más allá de las de estricta producción, por lo que aun debería limitarse más la remisión. Junto a dicha modificación, la edad del sujeto pasivo, que coincide con la de aquél al que no se reconoce capacidad para consentir en materia sexual, ha ido variando en función de las variaciones experimentadas por la misma en el respectivo Capítulo para cualquier delito contra la indemnidad sexual de los menores. Así, si en la primera versión del artículo en el anteproyecto eran menores de 13 años, en la segunda versión del anteproyecto pasaron a ser sujetos pasivos del 183 ter CP los menores de 15 años, para acabar siéndolo en la versión del precepto finalmente incorporada al Proyecto los menores de 16 años. Nuevamente nos hallamos frente a una modificación que adecúa la protección penal de los menores frente a este tipo de conductas a la realidad criminológica de las mismas, en el sentido reclamado al menos por un sector de la academia. Ello pese a las reticencias que se han manifestado a diferir tanto la edad en que los menores no pueden disponer de su sexualidad, al menos con iguales o personas que no ostentan respecto de ellos una posición de superioridad de la que puedan prevalecerse.

Pese a la inclusión de ambas modificaciones, que suponen una mejora técnica de la conducta típica de *grooming* en el tipo proyectado en relación con las contempladas en el tipo actualmente vigente, otras de las demandas de mejora del delito referidas no han sido tomadas en consideración. Tanto es así que en el informe del Consejo Fiscal al anteproyecto éste se lamenta sobre la nula aplicación que ha tenido el delito de *grooming* por sus deficiencias técnicas, clamando porque se aproveche la reforma para ponerles remedio. En este sentido, comenzando por los sujetos del delito, la referencia al sujeto activo del mismo continúa siendo al genérico “el que”, con lo que su comisión continuará siendo posible por parte de los menores de edad que superen los

14 años, en franca contradicción con la realidad criminológica frente a la que se pretendía actuar con la incriminación de estas conductas, pero también excediéndose en la tipificación de conductas en relación con lo establecido en el art. 23 Convenio de Lanzarote y art. 6 Directiva 2011/93/UE. Ciertamente que la suerte de cláusula Romeo y Julieta¹²⁸ que se proyecta incluir en el art. 184 quáter del Capítulo II Bis —De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años— del Título correspondiente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y que en buena lógica debería constituir el artículo 183 quáter¹²⁹, puede evitar la afirmación de la responsabilidad penal cuando el autor del delito sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo o madurez, cuando el menor de 16 años haya consentido libremente la realización de la conducta¹³⁰. Tal cláusula permitirá, en supuestos de *grooming*, excluir la responsabilidad criminal tanto de jóvenes delincuentes que han alcanzado ya la mayoría de edad como de menores que pueden ser considerados responsables penalmente conforme a la LO 5/2000, pero a los que cabe aplicar las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal de acuerdo con el artículo 5, entre ellas la que ahora nos ocupa, al menos en

128 *Romeo and Juliet Laws* es la denominación que generalizadamente reciben en Norteamérica las cláusulas de este tipo que impiden calificar como “statutory rape” la relación sexual consentida entre dos adolescentes o un joven adulto con un/una adolescente solo porque no ha alcanzado la edad para consentir en materia sexual. Se está planteando más recientemente la necesidad de aplicar cláusulas de este tipo también a los estatutos antipornografía infantil para evitar que sean aplicadas sin más las leyes antipornografía pensadas para adultos también a los menores. Vid., al respecto, BARRY, J.L., “The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile “Sexting””, op. cit., pp. 152-153.

129 Puesto que sí hay un proyectado art. 183 ter CP, pero no hay más que un art. 184 CP, sin que por el momento haya ni se prevea incluir un art. 184 bis o ter CP.

130 Dispone concretamente el proyectado art. 184 quáter “El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la menor por edad y grado de desarrollo de madurez”.

aquellos casos en que la víctima consiente en la realización de la conducta¹³¹. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, pese a que la cláusula contemplada en el proyectado art. 184 quáter debe aplicarse preceptivamente, la hermenéutica de conceptos como la proximidad del autor a la víctima por edad o grado de madurez es suficientemente abierta como para que una interpretación restrictiva de esta disposición permita continuar incriminando conductas de menores de edad por la realización de episodios de *grooming*. Además, no debe olvidarse que su aplicabilidad preceptiva se reduce a los supuestos en que la víctima haya prestado su consentimiento libre a la conducta, con lo cual continuarán teniendo relevancia penal conductas de *grooming* realizadas por menores contra la voluntad de la víctima o incluso aquellas otras en que, sin constar la voluntad contraria de la misma, no quepa afirmar que ha consentido libremente su realización —lo que a menudo puede afirmarse si se han empleado medios como el engaño o el propio abuso de situación de superioridad para mover la voluntad—.

Junto al mantenimiento de un abanico en exceso amplio de sujetos activos del delito, en relación con los sujetos pasivos no se incluye a las personas con discapacidad, ni siquiera aquellas cuya discapacidad las convierte en personas especialmente vulnerables, al modo como se hace en las conductas de explotación sexual, desoyendo algunas demandas en este sentido procedentes de la academia.

En lo atinente a la conducta típica del delito, con haberse limitado los delitos-fin que deben guiar el comportamiento

131 Dicha cláusula de exención de la responsabilidad criminal no estaba prevista en la primera versión del anteproyecto. Apareció en la segunda versión del mismo como consecuencia de las demandas al respecto contenidas tanto en el informe del Consejo Fiscal —p. 145— como en el dictamen del Consejo de Estado —p. 116—. Si bien ambos documentos apelaban a la necesidad de incluir una cláusula de este tipo solo en relación con las conductas previstas en el art. 183 CP, acertadamente el prelegislador plantea incluirla frente a cualquiera de los delitos que contempla el capítulo específico de delitos contra la indemnidad sexual de los menores.

objetivo del autor, sin concretar lo suficiente en aquellos que tienen que ver con la pornografía, otras cuestiones que han sido objeto de crítica no se hallan en vías de ser subsanadas. Así, se ha indicado como la incriminación del delito se limita, siguiendo el estereotipo del “stranger danger”, a conductas preparatorias de delitos contra la indemnidad sexual de menores cometidas empleando nuevas tecnologías cuando estadísticamente todo apunta a que los abusos sexuales a menores donde tienen mayor incidencia es en el ámbito familiar o en el círculo de relación social íntimo del menor, en que el empleo de nuevas tecnologías para realizar acciones de solicitud es testimonial. Con la exclusiva incriminación del *grooming* tecnológico, como se ha dicho, se deja de lado el adelantamiento de las barreras de protección penal en la mayor parte de supuestos de *grooming*. Sin embargo, con reconocer que ello es así, resulta comprensible que el objetivo del legislador español sea estrictamente el de incriminar aquellas conductas a que viene obligado en virtud de los compromisos supranacionales adquiridos sin hacerlo extensivo a otras manifestaciones del fenómeno que, siendo más prevalentes, de llegar a ser incriminadas podrían suponer igualmente un exceso de intervención penal.

Otras cuestiones referidas a la descripción de la conducta típica que la hubieran acercado más a la literalidad de aquello que España se halla en posición obligada de incriminar, sin embargo, no se plantea que sean modificadas. Así, aspectos como suprimir la referencia expresa a la conducta de contactar con el menor antecedente a la proposición —que es la que realmente constituye la esencia del comportamiento—, o bien ofrecer pautas que contribuyan a determinar en qué deben consistir los “actos materiales” encaminados al acercamiento, e incluso sustituir el vocablo “acercamiento” por “encuentro” —que más claramente hace referencia a la necesidad de coincidencia física en un espacio y un tiempo—, dejando fuera los supuestos de aproximación meramente virtual, no están siendo observados. Tampoco se suprime el tipo cualificado, cuya desaparición conduciría a considerar implícitamente necesarios en el tipo básico

del delito supuestos como el abuso de situación de superioridad por la diferencia de edad o el engaño, dotando de mayor contenido material de injusto a la conducta.

Por lo demás, con el objeto de clarificar la relación del delito de *grooming* con aquellos cuya ulterior comisión se pretende caso de llegar a cometerse los mismos, no se pone fin a la innecesaria pervivencia de la distorsionadora cláusula concursal *ad hoc*, ni se sustituye ésta por una cláusula de subsidiariedad expresa, que resultaría mucho más clarificadora.

Para concluir con la conducta cuya tipificación se proyecta en el art. 183 ter.1 CP, se mantiene la misma penalidad que el delito de *grooming* tiene en la actualidad, esto es, pena de prisión de 1 a 3 años alternativa con multa de 12 a 24 meses. Debe tenerse en cuenta que si dicha penalidad podía entenderse, forzando la interpretación, que cumplía con las exigencias punitivas del Convenio de Lanzarote¹³², no sucede lo mismo con las exigencias al respecto contenidas en la Directiva 2011/93/UE. El artículo 6.1 Directiva exige que la pena privativa de libertad prevista para tales conductas tenga duración máxima de al menos un año, exigencia que cumple la pena de prisión del proyectado art. 183ter.1 CP, pero no se contempla que la misma pueda preverse alternativamente con pena pecuniaria.

5.3 La inclusión de la nueva conducta típica en el art. 183ter.2 CP

Como se ha indicado, junto a la conducta de *grooming* hasta el momento ya prevista, se contempla, en cumplimiento

132 Que en su art. 27.1 (sanciones y medidas) dispone “Cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio sean punibles con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, habida cuenta de su gravedad. Las mismas incluirán penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición”. El forzamiento de la interpretación viene determinado porque la pena que da lugar a extradición es la de prisión superior a un año, pero no la alternativa de multa que se prevé en el delito.

de lo dispuesto en el art. 6.2 Directiva 2011/93/UE, la incorporación de un segundo número al art. 183 ter, que conduce a la incriminación de lo que se ha dado en denominar “embaucamiento”¹³³. Conviene comenzar clarificando, respecto de la denominación, que no se trata exactamente de que la Directiva 2011/93/UE designe a la conducta delictiva que contempla en el núm. 2 del art. 6 de manera distinta a como lo hace con respecto a la contemplada en el art. 6.1, pues a ambas las designa en la versión inglesa con el vocablo “soliciting”, que ha sido dudosamente traducido al español como “embaucamiento”. Siguiendo, pues, al parecer, las exigencias del art. 6.2 Directiva 2011/93/UE, se proyecta la incorporación de un segundo número al art. 183 ter CP en virtud del cual se sanciona con pena de prisión de 6 meses a 2 años la conducta del que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor.

Al margen de las conductas referidas a la propia conducta típica o al modo de articular este delito con los ya previstos que tienen que ver con la producción de pornografía infantil, la primera de las cuestiones que llama la atención es la diferente penalidad de esta figura delictiva en relación con la contemplada en el art. 183 ter.1 CP. Si esta última tiene prevista una pena de prisión más elevada pero alternativa con una pena pecuniaria, aquí nos hallamos frente a una conducta más gravemente sancionada, cuando en la Directiva 2011/93/UE no se prevé para esta conducta requerimiento sancionatorio específico alguno, sino que simplemente se advierte que se deben adoptar las medidas necesarias para que tales conductas sean punibles.

133 Así designan a esta nueva figura delictiva el informe del Consejo Fiscal —p. 175— y el dictamen del Consejo de Estado —p. 118— al anteproyecto de 2012.

Entrando a valorar la forma en que se prevé la incorporación de la nueva tipicidad, debe avanzarse que la configuración de la conducta no es adecuada, además de exceder de las obligaciones de incriminación previstas en normativa europea. Así, el art. 6.2 Directiva se refiere a que los Estados adopten medidas para que sea punible cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones de adquisición o posesión de pornografía infantil y de acceso a la misma o de su comunicación, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor. Esto es, las conductas cuya incriminación se plantea en el art. 6.2 Directiva, no necesariamente mediante la creación de un tipo *ad hoc*, plantean el adelantamiento de la barrera de protección penal en comportamientos relacionadas con la pornografía infantil al margen de la producción, en una suerte de empleo torticero en que se usa al menor como instrumento para que éste autoproduzca la pornografía que después el adulto adquirirá, poseerá, a la que éste accederá o comunicará.

Frente a las previsiones que contempla el art. 6.2 Directiva 2011/93/UE, el prelegislador español plantea la inclusión de un tipo delictivo en que el autor contacte con el menor y realice actos “dirigidos a embaucarle” para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor. Esto es, el tipo no pretende adelantar la barrera de protección penal solo frente a conductas de autoproducción de pornografía infantil de menores, sino que amplía indebidamente el círculo de conductas delictivas, y ello no solo porque tipifica la realización de “actos dirigidos al embaucamiento”, anticipando aún más si cabe la punición de conductas que suponen ya un adelantamiento de las barreras de protección penal de conductas de adquisición, posesión o acceso a pornografía infantil, sino porque además la finalidad de la conducta no se circunscribe solo a tener acceso a pornografía autoproducida por el menor, sino a cualquier tipo de “material

pornográfico”¹³⁴. Con la referencia a cualquier tipo de material pornográfico la conducta típica puede ampliarse enormemente, puesto que el material en cuestión ni siquiera debe contener pornografía infantil, con lo que difícilmente puede considerarse en modo alguno afectada la indemnidad sexual del sujeto pasivo. De ahí que esta nueva forma de *grooming*, de mantenerse su incriminación en el art. 183 ter.2 CP, debería limitarse a la directa solicitud¹³⁵ —si se quiere empleando engaño o abusando de la situación de superioridad derivada de la diferencia de edad— de material pornográfico en que aparezca representada la víctima, como forma de adelantar las barreras de protección penal frente al acceso, adquisición o posesión de dicho material. Además, nuevamente debería clarificarse que el sujeto activo fuese un adulto, pues sólo a ellos se refiere el art. 6.2 Directiva 2011/93/UE como aquéllos respecto de los que deben sancionarse estas conductas. Ciertamente, nuevamente aquí la aplicación de la cláusula de exención de la responsabilidad criminal del proyectado art. 184 quáter CP puede evitar la incriminación de tales conductas cuando son libremente aceptadas por la víctima —y aquí debe insistirse de nuevo en que el consentimiento viciado no puede conceptuarse como libre— y concurre proximidad entre víctima y ofensor tanto por edad como por grado de desarrollo o madurez. Sin embargo, como se ha dicho, no debe olvidarse que una interpretación restrictiva de dicha cláusula podría conducir *de facto* a la incriminación de supuestos de hecho del denominado “*sexting*” en nuestro país¹³⁶.

134 Críticos con la incriminación de la solicitud de facilitación de “material pornográfico” en general se han mostrado MIRÓ LINARES, F./MORÓN LERMA, E./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “*Child grooming*: Art. 183 Ter CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p- 657.

135 MIRÓ LINARES, F./MORÓN LERMA, E./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “*Child grooming*: Art. 183 Ter CP”, op. cit., p. 654, proponen que la conducta típica consista en “solicitar” u “obtener”, aunque dicha segunda conducta entraría de lleno, como delito consumado, en algunas de las tipicidades que contempla el proyectado art. 189 CP.

136 Se considera que integran el concepto comunicaciones de carácter sexual entre adolescentes empleando TIC que combinan mensajes de texto

Con todo, los problemas en relación con la inclusión de esta nueva conducta delictiva, pese a que se circunscribieran a lo requerido por la Directiva, no terminan ahí. Y es que, efectivamente, como se ha puesto ya de manifiesto en los informes y dictámenes al anteproyecto, la necesidad de inclusión del tipo del art. 183ter.2 CP resulta dudosa habida cuenta de la existencia del proyectado art. 189 CP. Este último precepto incluye entre sus conductas delictivas tanto las de captación de menores para la producción de pornografía infantil, como las de producción de pornografía misma —con penas de hasta 9 años de prisión si la víctima es menor de 16 años—, a las que se añade la posesión —para distribución o para el autoconsumo si es de material pornográfico incluido en las letras a) y b) art. 189.1, pfo. segundo CP—, la adquisición y el acceso a través de tecnologías de la información¹³⁷. Habida cuenta de que nada impide la sanción tanto de la consumación como de la tentativa de dichas conductas, la inclusión del proyectado art. 189 CP con la amplitud conductual que incluye, cabiendo la realización de formas de imperfecta ejecución, sería ya bastante para dar suficiente cobertura a las exigencias de incriminación del art. 6.2 Directiva, e incluso con mayor pena que la que se contempla para estos supuestos en el

e imágenes. Acerca de la conceptualización de este fenómeno, ampliamente, WOLAK, J./FINKELHOR, J., “Sexting: A Typology”, op. cit., pp. 1 y ss.; RINGROSE, J./GILL, R./LIVINGSTONE, S./HARVEY, L., *A Qualitative Study of Children, Young People and “Sexting”*, op. cit., pp. 11 y ss. En España, AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?”, op. cit., pp. 4 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 169 y ss.

- 137 Los informantes han propuesto que tales conductas se reconduzcan directamente a las tipicidades relacionadas con la pornografía infantil, al objeto de evitar indebidos privilegios. Vid. informe del Consejo General del Poder Judicial —pp. 175-176— y del Consejo Fiscal —pp. 149-150, que aún es más claro acerca de la superfluidad del art. 183ter.2 CP proyectado— al anteproyecto de 2012, así como dictamen del Consejo de Estado —p. 117—. En semejantes términos, RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Delitos contra la indemnidad sexual de menores: Arts. 182, 183, 183 bis y 183 ter CP”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., pp. 633-634.

proyectado 183 ter.2 CP, cuanto menos en los supuestos en que la conducta pudiese conceptuarse como una tentativa de captación para la producción de pornografía infantil o como una forma de producción misma en autoría mediata.

No obstante, y ya para concluir con las consideraciones a efectuar sobre este nuevo tipo delictivo, de considerarse bastante con la admisión de la tentativa de las conductas incriminadas en el art. 189 CP para entender suficientemente tipificadas las conductas que refiere el art. 6.2 Directiva, se abre otro interrogante, consistente en determinar ¿qué sucede con el menor o con el joven adulto que le pide una fotografía de un desnudo provocador a su novia de 15 años que ésta le remite gustosamente?, o aún más ¿qué le sucede a ese menor o joven adulto que, sin solicitar, simplemente recibe la referida imagen?, e incluso yendo más allá, ¿qué le sucede a la chica de 15 años que se ha tomado a sí misma la fotografía de mantener el proyectado art. 189 CP inmodificado?. Ciertamente, el primero de los interrogantes contiene un supuesto de hecho que se asemeja al que ahora propone tipificar específicamente el proyectado art. 183 ter.2 CP —solicitud para obtener pornografía infantil—, pero tal circunstancia no empece a la consideración de que tanto este supuesto como los dos que le siguen se refieren a conductas que tienen que ver con la producción de pornografía infantil tan consentida que incluso es directamente creada por el menor. Dado que la cláusula de exoneración de responsabilidad criminal a imagen de las Leyes Romeo y Julieta norteamericanas se prevé en el art. 184 quáter aplicable únicamente a los delitos contemplados en el Capítulo II bis —de los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años—, de reconducirse la tipificación de tales conductas únicamente a lo dispuesto en el art. 189 CP sería muy difícil evitar en el primer caso una condena conforme al 189 CP o conforme a la Ley de responsabilidad penal del menor del autor por captar a un menor para producir pornografía, o bien, con suerte, adquisición o posesión de pornografía infantil. Algo semejante sucedería en el segundo caso, en que no podría impedirse la calificación de los hechos como posesión —o cuanto menos acceso— pese a

que el sujeto activo no hubiese efectuado acto de solicitud alguno. Incluso cabría plantearse que la menor de 15 años que remite su foto desnuda, haya sido previamente solicitada a hacerlo o no, podría ser a su vez responsable de un delito de producción de pornografía infantil.

Con los precedentes ejemplos ha pretendido poner de manifiesto que si no se incluye una cláusula de exoneración a menores —solicitantes y autoprodutores— semejante a la prevista en el art. 184 quáter Proyecto 2013 entre los delitos relacionados con la producción y difusión de pornografía infantil, podemos encontrarnos en España en una situación normativa no muy diversa a la producida con el advenimiento del fenómeno del *sexting* en los Estados Unidos. Conforme a la misma, en Estados Unidos a los menores se les aplican los estatutos anti-pornografía inicialmente previstos para predadores sexuales adultos, hasta el punto de que, como se ha indicado, actualmente en la academia se plantea la incriminación de estas conductas, incluso la de quienes producen, con penalidad más benigna. En nuestro caso, ciertamente la penalidad más benigna procedería del hecho de que a los menores de 18 años se les aplican las medidas contempladas en la LO 5/2000, pero ello no evitaría que conductas sin contenido lesivo de tipo alguno para la indemnidad sexual de la supuesta víctima, como aquellas en que ésta produce autopornografía —lo que se conoce como *sexting* primario¹³⁸—, acabasen siendo incriminadas¹³⁹. Y no solo eso,

138 Acerca de los conceptos de *sexting* primario o *self-sexting* y *sexting* secundario, vid., entre otros, CALVERT, G., “Youth-Produced Sexual Images, “Sexting” and the Cellphone”, en SALEH, F. M./GRUDZINSKAS, A. JR./JUDGE, A., *Adolescent Sexual Behavior in the Digital Age*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2014, p. 95.

139 Es generalizada entre quienes no sostienen una opción incomprensiblemente punitivista sobre el particular que únicamente las conductas que consisten en la ulterior difusión de una imagen pornográfica de un menor autoproducida —los conocidos supuestos como de *sexting* secundario— tiene algún sentido que puedan ganar relevancia penal, si bien en tal caso la duda es si tales conductas deberían tipificarse entre los delitos contra la indemnidad sexual o contra la intimidad o propia imagen. Vid., al respecto,

sino que acabasen sancionándose conductas de *sexting* primario que ninguno de los compromisos internacionales que nos vincula demanda incriminar, además en franca contradicción con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como de nuestra Constitución, que tutelan la libertad de expresión y el derecho a la intimidad¹⁴⁰. Así pues, mantener e incluso ampliar las conductas delictivas relativas a la pornografía infantil sin prever una cláusula de exoneración de responsabilidad criminal para los autoprodutores o quienes reciben sin distribuir puede conducir también en nuestro país a que se conculquen derechos fundamentales de los adolescentes y que se acabe protegiendo a las víctimas de sí mismas, de su conducta irresponsable, de una forma completamente despiadada y probablemente poco efectiva, a golpe de Código Penal, sucumbiendo con ello al mismo abordaje histérico del problema que en Estados Unidos. Frente a dicha opción, únicamente tendría sentido político-criminal, atendiendo a la protección de bienes jurídicos individuales de la víctima, la sanción de la difusión no

HIFFA, A.M., “OMG TXT PIX PLZ: The Phenomenon of Sexting and the Constitutional Battle of Protecting Minors from Their Own Devices”, op. cit., pp. 499 y ss.; BOSAK, D.A., “The Blurring Line Between Victim and Offender: Self-Produced Child Pornography and the Need for Sentencing Reform”, op. cit., pp. 163 y ss.; BARRY, J.L., “The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile “Sexting””, op. cit., pp. 140 y ss.; WALTERS, L. G., “How to Fix the Sexting Problem: An Analysis of the Legal and Policy Considerations for Sexting Legislation”, op. cit., pp. 116 y ss. En España, MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 169 y ss., quien expone los preceptos conforme a los que cabría ya incriminar los supuestos de *sexting* secundario que plantea sancionar. Favorable a la incriminación de tales conductas (sic) en nuestro país se ha mostrado AGUSTINA, J.R., “¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil?. Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante el sexting”, op. cit., p. 40, en la concreta propuesta que efectúa de modificación del art. 189 CP para clarificar que incluye los supuestos de *sexting* primario.

- 140 Considera contrarias a los arts. 8 —reconoce el derecho a la vida privada— y 10 —reconocedor de la libertad de expresión— CEDH la incriminación de tales conductas GILLESPIE, A.A., “Adolescents, Sexting and Human Rights”, op. cit., pp. 612 y ss.

consentida de la imagen que ésta misma ha creado. Lo dudoso en este caso es si dicha conducta supone un atentado a la libertad sexual, y por tanto debe incriminarse en el Título VIII Libro II CP, o bien un atentado contra la intimidad o la propia imagen de la víctima, en cuyo caso no debería preverse su incriminación en esta ubicación.

6. Breve consideración conclusiva

En las líneas que preceden se ha pretendido ilustrar como las instancias supranacionales que han normado en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores, y que han determinado las obligaciones de incriminación para el Estado español han seguido la estela estadounidense en la política criminal sobre el particular. Nos hallamos ante una orientación político-criminal claramente expansiva de la respuesta penal sustentada en los pánicos morales de una sociedad muy conservadora que se han visto convenientemente impulsados por el tratamiento mediático de algunos supuestos tristemente famosos y que se ha asentado en el estereotipo de un depredador sexual que poco tiene que ver con el que lo es de manera más prevalente. Fruto de dichos pánicos morales se ha establecido que debían incriminarse conductas como el *grooming* en instrumentos internacionales que nos obligan, cuales el Convenio de Lanzarote o la Directiva 2011/93/UE. En tal sentido, poco puede hacer el Estado español más allá de incriminar tales conductas, si bien, como se ha tratado de poner de manifiesto en los epígrafes que preceden, debe hacerlo sin resultar excesivamente punitivista; sin ir más allá en la sanción de aquéllo que demandan los referidos instrumentos legislativos en el caso del *grooming* ya incriminado desde 2010 y ahora renovado conforme al Proyecto de 2013. Siguiendo la referida pauta, tampoco deberían incriminarse conductas que podrían hallar acomodo en preceptos ya existentes del Código penal español, cual las relacionadas con la solicitud de pornografía autoproducida que plantea incluir el proyectado art. 183 ter.2 CP y que podrían ya ser incriminadas

como formas de tentativa de algunas de las conductas contempladas en el proyectado 189 CP. En este último caso, llamando la atención acerca de que la aplicación de disposiciones anti-pornografía infantil pensadas para delinquentes sexuales adultos a menores que realizan conductas de riesgo en Internet —como facilitar imágenes pornográficas autoproducidas a terceros— sin efectuar las correspondientes adaptaciones puede conducir al indeseado efecto de sancionar penalmente a la propia víctima.

Al margen de los ajustes que convendría aplicar a la legislación penal para adecuar lo dispuesto por el Derecho penal interno español a lo demandado tanto por el Convenio de Lanzarote como por la Directiva 2011/93/UE, no debe olvidarse que ambos documentos adoptan un abordaje victimocéntrico u holístico en el tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores. El mismo supone que, junto aspectos como la persecución, cuestiones como la prevención de tales conductas y la protección de las víctimas deben ascender a un primer plano de prioridades. Un aspecto capital de la prevención es la educación de los menores y su capacitación para el empleo responsable de las nuevas tecnologías, como reiteradamente han puesto de manifiesto quienes se han ocupado de analizar empíricamente estas realidades¹⁴¹. De nada sirve la incriminación de conductas, cuando el fin último es erradicar dichas prácticas, si no educamos a los potenciales sujetos pasivos para evitar directamente su victimización primaria. El de la educación de niños y adolescentes —y en menor medida el de la concienciación social o incluso el de la actuación sobre la demanda— es el gran caballo de

141 Al respecto, por citar algunos, OST, S., *Child Pornography and Sexual Grooming*, op. cit., pp. 239 y ss.; DAVIDSON, J./MARTELLOZZO, E., “Protecting Vulnerable Young People in Cyberspace from Sexual Abuse: Raising Awareness and Responding Globally”, *Police Investigations Police Practice and Research: An International Journal*, 2008, passim; DAVIDSON, J./GOTTSCHALK, P., “Conclusion”, en DAVIDSON, J./GOTTSCHALK, P., *Internet Child Abuse. Current Research and Policy*, op. cit., pp. 186 y ss.; MCALINDEN, A.M., “Grooming” and the Sexual Abuse of Children, op. cit., p. 253 y ss.

batalla que debe abordarse en materia de prevención. Además de éste, el otro gran flanco que debe abordarse es el de la protección de los menores víctimas de estos delitos, no solo ofreciéndoles los recursos asistenciales que les permitan recuperarse —aspecto que quizá no basten las oficinas de asistencia a las víctimas con la dotación existente para colmar—, sino además evitando la victimización secundaria que su paso por el sistema de justicia penal representa. A este respecto, la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley del Estatuto de las Víctimas el delito, aprobado por el Consejo de Ministros el 1 de agosto de 2014, se perfila como un paso necesario.

Concluyendo, pues, solo mediante la atención debida a cuestiones tan determinantes para el abordaje victimocéntrico de las agresiones a la indemnidad sexual de los menores como la prevención y la protección/asistencia a las víctimas, mucho más complejas de articular que la mera sanción de conductas delictivas —cuestión distinta es la efectiva persecución de las mismas— se alcanzará el estándar de tutela marcado por el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/93/UE.