

LA REGLA CONCURSAL EXPRESA EN EL DELITO DE ASECHANZA TELEMÁTICA

José Luis Serrano González de Murillo

Universidad de Extremadura

Resumen: La tipificación de la asechanza telemática al menor de trece años tendente a atentar contra su libertad e indemnidad sexuales (art. 183 bis CP español) ni siquiera cabe conceptualarla como tentativa de estos ulteriores delitos. Por eso resulta carente de fundamento, en tanto que excepción a la regla general de la impunidad de los actos preparatorios. Dada la naturaleza de esta nueva figura, la regla concursal expresa que al parecer establece el concurso de delitos entre la asechanza y la realización de determinados delitos pretendidos infringiría el principio de *ne bis in idem*, razón por la que se propone interpretarla en el sentido de que establece el carácter subsidiario del acoso con respecto a éstos, solución acorde con la relación de progresión existente.

Palabras clave: Asechanza telemática, pederastia, concurso de delitos, bienes jurídicos colectivos, actos preparatorios.

Abstract: The criminalization of child grooming with the purpose of threatening his/her sexual freedom and indemnity (section 183 bis of Spanish Penal Code) can not be viewed even as an attempt to these other crimes. It is therefore unfounded as an exception to the rule of

Recibido: mayo 2012. Aceptado: noviembre 2012

impunity of preparatory acts. Given the nature of this new crime, the rule that apparently stipulates imposing a sentence for multiple offenses (harassing and the other intended crimes) would violate the *ne bis in idem* principle. Therefore it is proposed to interpret it in the sense of establishing the subsidiary nature of harassment related to these ones, a solution consistent with the underlying relationship of progression.

Keywords: Child grooming, pedophilia, one act violating multiple laws, collective legal interests, preparatory acts.

I. La legitimidad de las reglas concursales expresas en la Parte Especial

Propio de la Parte Especial del Derecho Penal es —junto a su principal cometido: la descripción de los tipos de conductas prohibidas y su conminación penal— el ajuste, adaptación o explicitación para con algunos de ellos de los principios de la Parte General, en razón de las peculiaridades de éstos. En algunos casos, tales tareas se extienden a establecer excepciones a principios generales. Y es que en ocasiones la especificidad de ciertos ámbitos de la vida social, o bien motivos de política criminal, impulsan al legislador a exceptuar en la Parte Especial reglas generales, en materia de las fases del delito, de las formas de intervención o de las circunstancias modificativas.

Globalmente considerada, la técnica de exceptuar en la Parte Especial el régimen general establecido en el Libro I CP no resulta inadecuada por sí misma, ya que razones fundadas pueden legitimar el apartarse de la regla general en ciertas figuras de conductas prohibidas. Pero a ese apartarse le corresponde el *onus probandi* de su razonabilidad. Y debe el legislador reflexionar además desde una perspectiva sistemática, para eludir la sospecha de arbitrariedad en la selección de supuestos; en definitiva, la Parte Especial, al desplegar su vocación de dar respuesta a las necesidades de regulación concretas, no debe reducir tanto su foco que pierda la visión de conjunto, sistemática, o dicho de otro modo: no debe perder cierto enfoque de Parte General.

No es seguida esta pauta allí donde la razón por la que merecen tratamiento en la Parte Especial aspectos ya regulados genéricamente en la Parte General reside en el empeño del legislador en anticiparse a eventuales dudas interpretativas. En estos casos, sin dejar margen a doctrina y jurisprudencia para que elabore jurídicamente la materia, pretende zanjar las vacilaciones expresamente.¹ El beneficio en términos de seguridad jurídica y de previsibilidad del régimen jurídico que ofrece entonces el criterio de interpretación auténtica frente a la posibilidad abstracta de decisiones judiciales contradictorias, entra en tensión con los demás criterios interpretativos, singularmente con el sistemático, que atiende tanto a los principios generales de la materia como a la ubicación de los distintos tipos.

Lamentablemente, en las regulaciones de detalle impera la asistematicidad. La selección arbitraria de un solo tipo, o de únicamente algunos de entre los que forman parte de un grupo con características afines, para someterlos a una regla específica, constituye una de las prácticas viciadas más extendidas en la Parte Especial. Este modo de proceder dista de estar exento de riesgos. En efecto, al dirimir una cuestión interpretativa planteada por preceptos con su propio contenido regulador, el legislador asume el papel de intérprete y, suplantando las reglas de la lógica jurídica — eminentemente técnicas — por su voluntad, se expone al riesgo de contradecir injustificadamente en el caso concreto reglas de ámbito más general.

Tal es la situación en las cuestiones concursales expresamente resueltas en la ley. En ocasiones, no obstante las reglas

1 Al margen de las relaciones entre Parte General y Parte Especial, este mismo purito de anticiparse a eventuales dudas, y por circunscribirnos al ámbito de las insolvencias punibles, resulta encomiable que ante conductas estimadas merecedoras de punición y que a duras penas encajan en los tipos tradicionales, incorpore el legislador tipos específicos, como ocurre con los de alzamiento de bienes de los arts. 257.2º y 258; o bien zanje debates doctrinales expresamente, como al establecer la irrelevancia del carácter público o privado de las deudas en el mismo delito de alzamiento de bienes en el art. 257.1.2º. Pero en estos casos la voluntad del legislador se expresa legítimamente, en cuanto que se trata sólo de delimitar descriptivamente el ámbito de lo prohibido.

generales del Libro I CP al respecto, en relación con determinados tipos delictivos se impone en concreto cómo deben contarse los eventuales delitos concurrentes, en particular si los tipos llamados a aplicarse en principio deben computarse como otros tantos delitos, o si sólo uno de entre ellos será de aplicación; lo que obviamente da lugar a decisivas consecuencias en materia de determinación de la pena.

Ahora bien, a diferencia de las otras cuestiones en que resulta legítimo modular, especificar e incluso establecer excepciones, como ocurre p. ej. con las reglas de pluralidad de sujetos intervinientes o de punibilidad de las distintas fases del delito, donde las normas específicas complementan las genéricas en orden a precisar el alcance de los tipos; en el caso de los concursos hay razones para cuestionar de entrada la legitimidad del ajuste de precisión en la Parte Especial, puesto que las normas de cómputo de tipos y determinación consiguiente de las penas constituyen no normas de ulterior especificación de las que delimitan los tipos, sino *normas sobre normas*, que establecen las posibles relaciones entre ellas, y, al no respetar necesariamente lo establecido en las normas implicadas, sobrepasan el contenido posible de la regulación penal.

Consiguientemente, en esta materia sólo caben como máximo reglas generales, esto es, propias de la Parte General, mientras que toda especificación concebible constituirá aplicación de esas reglas generales, y por tanto tarea impropia del legislador. En efecto, en materia concursal concreta no se trata de *disponer*, sino de *aplicar* las normas, lo que excede incluso la legítima interpretación (auténtica). Pero además de esta razón teórica, también motivos de orden práctico deberían desaconsejar la intromisión de la ley; en tal tarea de aplicación de las normas, el desempeño del legislador resulta ineluctablemente inferior a instancias de mayor competencia técnica: doctrina y jurisprudencia, sobre todo cuando tales reglas específicas, como ocurre con frecuencia, se incorporan por vía de reformas que introducen cuerpos extraños en el sistema, muchas veces simplemente porque no se

reflexiona sobre el entorno normativo en que se va a insertar la norma innovadora. El caso del nuevo art. 183 bis, que se estudia más adelante, ilustra a la perfección esta insuficiencia intrínseca.

Sin embargo, que el legislador no se atiene a la pauta indicada de distribución de funciones se advierte en que en la propia Parte General, concretamente en la regulación del concurso aparente en el art. 8, prevé la posibilidad de reglas concursales específicas en la Parte Especial, al contemplar la posibilidad de subsidiariedad *expresa*. Estos supuestos cabría estimarlos de exceso intensivo en las funciones del legislador, en que profundiza en la delimitación entre tipos, o se “admite” la existencia de solapamientos entre ellos.

Con todo, más dudosa legitimidad presentan los más numerosos supuestos de imposición de concurso de delitos, que cierran el paso al concurso aparente; éstos podrían calificarse de exceso extensivo, en la medida en que las reglas expresas implican una valoración y replanteamiento de los tipos implicados, siendo así que la labor legislativa debe limitarse a su acotación. En efecto, puesto que la problemática concursal se desenvuelve entre los dos principios de íntegra valoración del hecho y de prohibición del *non bis in idem*, la resolución expresa de las dudas se decanta casi siempre en el sentido del primer principio, de no dejar de ningún modo contenido de injusto sin valorar, incurriendo en el riesgo de doble valoración. En la opción por la regla expresa con frecuencia mueve al legislador la ofuscación por el rigor punitivista imperante, que se pone de manifiesto sobre todo en las últimas reformas.

Esta opción técnica, si bien potencia indudablemente la seguridad jurídica,² tratando de prevenir decisiones judiciales

2 Así CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, t. 2, 1976, pp. 335 s.; JESCHECK, H. H., “Die Konkurrenz”, en *ZStW* 67 (1955), pp. 536 s. Matizadamente, CUERDA RIEZU, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, pp. 241 s., en tanto que se muestra partidario en general de la técnica de resolución expresa de casos dudosos, sobre todos con respecto a las reglas del concurso aparente; si bien en desacuerdo con muchos

contradictorias, por otra parte revela desconfianza hacia la competencia técnica o el criterio de los órganos judiciales llamados a interpretar la norma, sobre los que se proyecta la sospecha de que podrían *contar algún delito de menos*. Y expone al riesgo de incurrir en defectos técnicos considerables, derivados casi siempre de la falta de perspectiva sistemática consustancial a la obsesión por resolver el caso concreto. En este ámbito, el legislador revela su voluntad de asegurarse de que, en determinados supuestos que por alguna razón le preocupan, no quede ninguna parte del contenido de injusto por valorar, y a tal efecto se sirve de diversas fórmulas lingüísticas que expresa o implícitamente apuntan al concurso de delitos como técnica de determinación de la pena. Afortunadamente, la opción a tal fin por expresiones relativamente ambiguas, si bien da fe de un empeño vano, por otra parte permite la posibilidad de interpretación correctora, como tendremos ocasión de comprobar *infra*.

En términos generales, al analizar las reglas expresas se comprueba cómo aflora la sensación de arbitrariedad y capricho del legislador en la selección de los casos para los que prevé regla específica, existiendo identidad de razón con otros en que no la prevé. La arbitrariedad en la selección, empero, podría corregirse mediante interpretación sistemática. Cuestión distinta, y más grave, se presenta cuando la regla específica no constituye una concreción expresa de la regla general, sino que se aparta de ella y la contradice, al establecer un criterio incompatible. Habrá que debatir, pues, si en uso de su soberanía, el legislador puede establecer que las reglas específicas contradigan a las generales, o por el contrario debe descartarse el principio de especialidad internamente en el juego entre las propias reglas concursales. La prevista en el desafortunado tipo preparatorio del art. 183 bis para referirse a la ejecución ulterior de determinados delitos de naturaleza sexual pretendidos ejemplifica perfectamente esta problemática.

de los supuestos concretos, e indicando varias buenas prácticas legislativas que podrían seguirse a este respecto.

II. La asechanza telemática a menores de trece años y ulteriores delitos (necesariamente) pretendidos

En contraste con otras reglas concursales expresas en los delitos del ámbito sexual, destinadas a un hecho de partida que puede producir lesiones ulteriores en bienes jurídicos sin necesidad de una nueva actuación, la estructura se presenta de modo distinto cuando en el tipo inicial se anticipa la punibilidad, de manera que para la tipicidad ulterior sí se requieren nuevas intervenciones en la lesión, al parecer, de *un mismo* bien jurídico; pues aquí aparece en seguida lo indicado de la absorción del tipo previo por el ulterior. En estos últimos casos, por loable que pueda considerarse el que no se quiera dejar lugar a dudas, ello no autoriza al legislador a preceptuar que la pena por la figura posterior no queda desplazada por la de la previa en unos términos que más bien parecen dar a entender que han de imponerse cumulativamente ambas penas, contradiciendo así las reglas generales sobre las distintas modalidades concursales y sus consecuencias jurídicas reguladas en el Libro I, para la imbricación entre determinados delitos específicos.

Tal es el caso de la relación entre las disposiciones generales sobre el concurso de normas del art. 8 y art. 183 bis, que no obstante presentar la apariencia de un puro acto preparatorio de otros posibles delitos sexuales, como abusos o agresiones sexuales, para ella el texto de la reforma de 2010 que introduce el nuevo tipo parece prescribir expresamente el concurso de delitos con los precisamente pretendidos por el ciber-acosador (los de los arts. 178 a 183 y 189).³

Como tendremos ocasión de comprobar, del análisis de la configuración típica se desprende que el llamado ciber-acoso no

3 Concurso real para GÓMEZ TOMILLO, M., en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2011, pp. 731 s; PÉREZ CEPE-DA, A. M., en GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 199. Parece que más bien debe hablarse de concurso ideal medial.

prohíbe sino actos preparatorios de ulteriores delitos sexuales,⁴ difícilmente constitutivos de tentativa, y por tanto abocados a la impunidad de no ser por la previsión expresa de esta forma anticipada por la reforma de 2010. De entrada, la conminación penal expresa de actos preparatorios, dada su excepcionalidad, requiere una fundamentación también excepcionalmente convincente. Y a este respecto ha que señalarse que, por muy novedoso y preocupante que, para los padres y la sociedad en general, pueda resultar el fenómeno de seducción del menor por medios telemáticos con objeto de atentar contra su indemnidad sexual, no se encuentra una fundamentación político-criminal suficiente para anticipar en estos casos, y sólo en estos casos, la punibilidad a meros actos preparatorios, en cuanto que no se aprecia un superior peligro para el bien jurídico de esta modalidad con respecto a otras posibles. Lo inadecuado de tal regulación aumenta cuando esta punibilidad específica y distintiva con respecto a los demás modos de acercamiento sexual, constitutiva de meros actos preparatorios, si se llega a conseguir el objetivo delictivo pretendido, se pretende mantener incólume, a través de la discutible cláusula concursal final.

La regla concursal del art. 183 bis, por otra parte, supone un ejemplo más de la arbitrariedad en la selección de los supuestos merecedores de regulación concursal expresa. Esta arbitrariedad se deriva de la falta de visión sistemática del legislador, que se ve agravada cuando introduce una de estas reglas al emprender reformas. Así, se pierde de vista que en otros casos en que se ha puesto en peligro la libertad sexual del menor o incapaz, e incluso su vida o salud, no se prevé la regla concursal específica. Tal es el caso de la entrega de menor o incapaz a terceros sin la anuencia de quien se los hubiere confiado, del art. 231.2 CP. No se

4 Así, VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER, E., en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, pp. 1146 s.; PÉREZ CEPEDA, A. M., *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 199; CANCIO MELIÁ, M., *Memento práctico Francis Lefebvre penal 2011*, 2011, p. 821.

entiende qué justifica la previsión expresa del concurso de delitos en el ciber-acoso (como no sea practicar una política legislativa atenta a la inquietud generada por los medios de comunicación) con respecto a estos otros supuestos, en que no sólo el peligro alcanza mayor grado de concreción, ya que la conducta prohibida consiste en poner al menor en manos de extraños, sino que además lesiona claramente dos bienes jurídicos distintos, lo que aconsejaría la previsión expresa del concurso de delitos. Bien es verdad que este segundo argumento podría volverse en contra de tal exigencia, puesto que si la relación de concurso de delitos resulta clara, huelga su previsión expresa.

a. Fundamento de punición. ¿Bien jurídico distinto a la libertad e indemnidad sexuales?

No han faltado en la doctrina intentos de fundamentar la existencia autónoma de la figura tipificada en el art. 183 bis. Así, se ha subrayado que los medios telemáticos permiten establecer un contacto previo, relativamente íntimo, a la relación sexual directa, contacto que favorecería la subyugación moral de la víctima al agresor mediante el acopio por éste de confesiones, confidencias e imágenes del menor utilizables para el chantaje sexual, de donde se desprendería la ofensividad de la conducta *per se*, con independencia de estar orientada a la comisión de futuros delitos sexuales.⁵ Conducta a la que se la describe como puramente de acoso, si bien no subsumible en los tipos del art. 184, debido a las exigencias típicas en torno al contexto del acoso y la relación autor-víctima.

No encaja, en cambio, con la tipificación específica el que se mantenga que las conductas del art. 183 bis fácilmente serían conceptuales de tentativa de los delitos ulteriores si no fuera por el escollo de la falta de contacto directo, dificultad que no obstante se relativiza a renglón seguido. Resulta paradójico que

5 Así, CUGAT MAURI, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, J. / GONZÁLEZ CUS-SAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, 2010, p. 233 s.

una conducta que sólo a veces, o sólo con dificultad, alcanzaría la calificación de tentativa, por tanto constitutiva en muchos casos sólo de acto preparatorio, merezca tipificación independiente precisamente por no ser calificable siempre como tentativa. Puesto que lo que se trata de demostrar es precisamente la relevancia penal de puros actos preparatorios. Y no se olvide el asistemático solapamiento del tipo específico con la regulación genérica de la tentativa de los delitos pretendidos, que según esta tesis se produciría en muchos casos. La deducción a la que aboca el análisis inicial debería ser, más bien, que basta con la tentativa de los ulteriores delitos para abarcar el ámbito de las conductas verdaderamente merecedoras de punición.

Más fundamentado, aunque difícilmente compatible con el principio de intervención mínima, me parece el criterio de González Tascón, quien, aunque con dudas, ha sostenido la naturaleza pluriofensiva de este delito, cuya tipificación responde, en su criterio, asimismo a la protección de la seguridad de la infancia en la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), si bien en su proyección a la esfera concreta de la maduración sexual sin interferencias. Uso seguro que mediatamente tutelaría el ejercicio de los derechos fundamentales a la información y la comunicación⁶ (es de entender: libre de riesgos). De ser procedente esta línea argumental, se fundamentaría su naturaleza de conducta no meramente preparatoria, sino autónoma, y entonces sí cabría defender la solución del concurso auténtico para los supuestos en que se llega a cometer el ulterior delito sexual.

Esta propuesta centra el sentido de la tutela en la necesidad de garantizar la seguridad del canal de comunicación a través del cual se trata de “seducir” al menor. Ahora bien, servirse como argumento probatorio —como hace González Tascón— de la existencia de una regla concursal específica para corroborar la naturaleza de delito pluriofensivo del art. 183 bis, a mi juicio

6 GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, pp. 241 s.

supone invertir los términos debidos de la verificación probatoria en este ámbito. Si, como la autora reconoce, suscita dudas la propia necesidad del nuevo tipo penal, tales dudas difícilmente cabe aplacarlas aduciendo su naturaleza de delito pluriofensivo, sino que más bien sugieren que el tipo supone una anticipación de la punibilidad del mismo bien jurídico que el tutelado en los delitos pretendidos por el sujeto activo. Evidentemente, de entender tutelada sólo la indemnidad sexual de los menores de trece años, la conducta descrita en el art. 183 bis quedaría desplazada, en el sentido del concurso aparente, por la ulterior tentativa o consumación del correspondiente delito de naturaleza sexual pretendido. Pero que el legislador haya dejado constancia de su voluntad contraria (por cierto, en términos ambiguos), en el sentido de establecer para estos casos el régimen del concurso de delitos, es decir, de que *se cuenten dos delitos* distintos en vez de uno solo, no debe comportar deducir sin más que ha de estar presente la protección de otro bien jurídico adicional. Porque no cabe descartar la hipótesis de que la ley se haya excedido en su cometido. Ciertamente resulta loable intentar hallar la interpretación que racionalmente encuentre sentido a la regulación legal y garantice su coherencia, pero a veces puede que ello no sea posible, y que una interpretación relativamente artificiosa, acorde con el régimen legal, primero cierre el paso a una interpretación correctora, que puede resultar pertinente;⁷ y segundo abra la puerta

7 Se atribuye a Otto von Bismarck, pero procede del publicista John Godfrey Saxe, la conocida frase de que quien ha visto cómo se fabrican las salchichas y cómo se redactan y aprueban las leyes, ni volverá a comer salchichas ni tendrá respeto por la ley. A veces no hay más remedio que renunciar a encontrar sentido a la ley. Lo cual resulta especialmente aplicable en el caso de este tipo legal, ni siquiera incluido en el Proyecto de Ley (y cuya inclusión permitiría al menos presuponer cierto grado de reflexión acerca del encaje en el cuerpo legal objeto de reforma), sino incorporado por la aceptación de una enmienda de un grupo parlamentario de la oposición. Como acertadamente ha destacado DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. / PRIETO DEL PINO, A. M. / SOTO NAVARRO, S. (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, 2005, p. 289), urge liberar a la ciencia penal de las ataduras del positivismo jurídico, “que le han impedido desarrollar todas sus potencialidades racionalizadoras”.

a ulteriores desbordamientos; como se pondrá de manifiesto *infra*, al analizar la propuesta de ¡castigar incluso la tentativa! de lo que materialmente no deja de constituir meros actos preparatorios.

Más bien es del análisis sistemático de las propias conductas típicas de donde debe deducirse si se desprende o no un interés adicional que proteger. En este caso la única peculiaridad de este acercamiento sexual, o del intento de neutralizar las inhibiciones sexuales del menor, frente al resto de los supuestos de actos preparatorios de figuras delictivas contra la indemnidad sexual, sólo cabe hallarla en el canal de comunicación utilizado para el ulterior propósito delictivo, que al parecer, por su carácter íntimo y relativamente preservador del anonimato del sujeto activo, manifiesta una especial aptitud para la seducción del menor. Pero canales y ocasiones de aproximación al menor tan eficaces como mínimo existen muchos otros. Así, las personas próximas al menor, como familiares, allegados y vecinos, cuentan con un canal privilegiado de comunicación con él, en tanto que por la propia relación tienen acceso a su intimidad, con tanta o mayor potencialidad lesiva que los extraños a través de los medios telemáticos, como lo demuestra el hecho de que estadísticamente dan lugar a la mayoría de abusos a menores; sin que por ello se haya considerado oportuno tipificar como delito autónomo esos preparativos del acercamiento de naturaleza sexual. Por otra parte, también es posible utilizar las modernas TICs para ganarse la confianza de alguien, menor o adulto, con la finalidad de cometer cualquier otro delito, algunos más graves, p. ej. de asesinato, lesiones, secuestro,⁸ o incluso una estafa matrimonial tras “seducir”

En efecto, basándose en la aplicación del Derecho en el Derecho puesto, considerado incuestionable, la doctrina no se plantea cuestionar la irracionalidad del legislador, sino que intenta contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del Derecho, “lo que implica racionalizar el derecho ya existente, considerado incuestionable”. Pero en lugar de asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo por vía de interpretación, ha de aspirarse a proponer “al legislador desde el principio criterios racionales de legislación” (p. 291).

- 8 No obstante, aquí sí que cabría hablar de necesidad de tutela de la “seguridad de las comunicaciones”.

a otra persona a través de una página de búsqueda de pareja; y en ninguno de estos casos cabe propugnar la anticipación de la punibilidad al mero uso de tales canales.

En suma, desde la perspectiva sistemática y de política criminal resulta que, por una parte, se tipifica la mera utilización de una vía de acercamiento a ciertas víctimas con determinadas finalidades delictivas en el art. 183 bis, siendo así que caben otras vías de acercamiento incluso más peligrosas para conseguir esos mismos fines; por otra, existe la posibilidad de utilización de tales vías telemáticas, encaminada a finalidades delictivas incluso más graves. Y sin embargo, con infracción del principio de proporcionalidad, en ninguno de ambos casos se considera pertinente exceptuar unos y otros actos preparatorios, notablemente más graves, destacándolos con respecto a la regla común de la impunidad. Estos dos ejemplos de contraste creo que demuestran plenamente lo infundado de la punición excepcional que representa el art. 183 bis.

La singularización penal de los actos de acercamiento telemático con finalidad ulterior de abuso a menores, pues, probablemente obedezca sólo al miedo a lo desconocido, a una herramienta de comunicación nueva generadora de inquietud debido a que la evolución vertiginosa de la tecnología desborda incluso a la prodigiosa y veloz capacidad humana de adaptación. Se explicaría por el temor a unas posibilidades de comunicación cuya potencialidad lesiva la sociedad aún no calibra plenamente y ante las que adopta por tanto el principio de precaución. Sin embargo, el miedo a los nuevos fenómenos sociales no parece buen consejero en la tarea de selección de los bienes jurídicos penalmente tutelables, así como del alcance de dicha tutela, sobre todo si se combina con la tendencia imperante al principio de intervención máxima, a no dejar resquicio al que no llegue la tranquilizadora “protección” penal.

Entiendo, por las razones expuestas, que no cabe aislar como bien jurídico merecedor de tutela penal el uso seguro de las nuevas tecnologías de la comunicación, ni siquiera frente a deter-

minados grupos de usuarios que supuestamente se hallarían especialmente desvalidos ante los peligros que desde ellas acechan; por cierto, y aunque tal exigencia no se establezca expresamente como elemento de la autoría, sólo ante los provenientes de otros grupos de usuarios, los adultos.⁹ Téngase presente que no debe confundirse lo tutelado y la forma de ataque contra lo tutelado. Si una forma de ataque específica se revela como especialmente idónea para la lesión del bien último objeto de tutela, y se trata de tener en cuenta la especial peligrosidad del medio, la especial vulnerabilidad de determinados grupos de víctimas¹⁰ e incluso —implícitamente, en relación con las víctimas— la especial peligrosidad de determinados géneros de autores, la técnica legislativa adecuada alcanza como máximo a la previsión de circunstancias agravantes específicas en la ejecución de delitos, no a tipificar la utilización del medio como tal, elevando para ello a bien jurídico el uso seguro —libre de peligros delictivos— del medio, sobre todo si se trata de medios de comunicación interpersonal. Véase como ejemplo de la metodología indicada la agravación de las amenazas condicionales del art. 169.1 prevista para las realizadas por teléfono. ¿Quién propugnaría en tal contexto la seguridad en el uso de las comunicaciones telefónicas como bien jurídico

9 Así la propia GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, pp. 243 s., 253 s. No comparto, por otra parte, su concepción del sujeto pasivo como la infancia en general, adicionalmente al concreto menor de trece años puesto en peligro (p. 244), y ello como consecuencia del razonamiento acerca del bien jurídico tutelado que se lleva a cabo en el texto: si no cabe deducir la presencia de un bien jurídico añadido, sino que ese pretendido bien constituye simplemente el medio de ataque, no queda razón alguna para plantear un sujeto pasivo colectivo, al menos no más que con respecto al resto de los tipos del capítulo “De los abusos y agresiones a menores de trece años”. Obviamente, la presencia de un bien jurídico con titular colectivo abonaría la tesis de la pluriofensividad y de la corrección de la regla concursal legal; como, inversamente, la propia GONZÁLEZ TASCÓN (p. 254) apunta a lo lógico de apreciar concurso aparente si se parte como único bien jurídico de la indemnidad sexual del menor.

10 Desde la perspectiva político-criminal puede resultar difícil de justificar circunscribir el círculo de sujetos pasivos a los menores de trece años, dejando al margen a otros menores de edad y a incapaces, expuestos al peligro en medida análoga.

adicional al de la libertad de decidir? O bien, alternativamente a la agravación, se puede construir el uso del medio de comunicación (del medio de ataque al bien jurídico) simplemente como modalidad alternativa de la conducta de lesión del bien jurídico, cual es el caso en los delitos contra la intimidad del art. 197, si bien aquí porque lo ilícito reside en la posibilidad inmediata de acceso al contenido de la comunicación, constitutivo de la propia lesión del bien jurídico. De todos modos, lo que debe descartarse es la tipificación *en paralelo* de la propia utilización del medio peligroso.

Ciertamente puede plantearse la anticipación de la punibilidad para la más completa tutela de bienes jurídicos sumamente valiosos, estableciendo tipos de peligro o actos preparatorios, pero —como se ha señalado reiteradamente por la doctrina— se debe huir en este ámbito de la creación indiscriminada de nuevos bienes jurídicos colectivos, ya que por esta vía conductas remotamente peligrosas para el bien jurídico *individual* inicialmente protegible, en tanto que tendentes a su lesión, se convierten a su vez en delitos de lesión del bien *colectivo*, y por tanto autónomos, dando lugar al solapamiento de la punición del ámbito previo a la ejecución y de la propia ejecución. Aun cuando cierta forma de preparación se valore como especialmente peligrosa, no por ello deja de caracterizar a determinado modo de ataque contra el bien jurídico individual; e infringe la prohibición de la doble valoración penal castigar por una parte el uso de cierto modo de ataque y además el comenzar a ejecutar o culminar el propio ataque. Porque de este modo se configuraría como bien jurídico colectivo la seguridad de cualquier forma de relación social en el sentido de encontrarse el ciudadano a cubierto de su eventual utilización para realizar delitos. Ya Amelung advirtió ante la configuración de la seguridad como bien jurídico, en tanto que ésta, dada su amplitud, no representa sino el reverso de la vigencia fáctica de la norma,¹¹ destacando que ello conduciría a concebir todos los tipos

11 En HEFENDEHL, R., *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, pp. 171 ss.

como orientados a la tutela de una seguridad en tales términos.¹² Siguiendo la línea de ampliar sin cautela el inventario de bienes jurídicos colectivos, podría p. ej. convertirse en lesiva para el bien jurídico colectivo “seguridad de las telecomunicaciones”, como antes se ha señalado, incluso la utilización del teléfono para ganarse la confianza de una persona a la que posteriormente se pretende estafar.

Cabría, en cambio, hablar legítimamente de tutela de un bien colectivo cuando se produce una puesta en peligro de una colectividad, como ocurriría si el medio peligroso tuviera una potencialidad lesiva para una multitud de sujetos *simultáneamente* y de modo masivo e indiscriminado. Como ocurre por ejemplo con los delitos de peligro común, o los delitos contra los intereses económicos de los consumidores. Pero tal no es aquí el caso, dada la configuración del tipo, que describe la interacción con menores *concretos*.¹³

Así pues, del tenor literal del tipo del art. 183 bis, que se configura como un delito mutilado de dos actos, caracterizado por la presencia de una tendencia interna trascendente como elemento subjetivo¹⁴ añadido al dolo, si se incrimina la conducta es precisamente por estar encaminada a un encuentro en que se planea cometer determinados delitos sexuales, y sólo por tal orientación recibe el contenido de injusto, dada la ausencia de lesividad actual con respecto al bien jurídico indemnidad sexual de la conducta inicial de irse ganando la confianza de la víctima.

12 Acerca de la legitimidad en general de postular bienes jurídicos colectivos, GRECO, L. (en *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, 2011, t. I, pp. 199 ss.), si bien en términos excesivamente estrictos, puesto que considera no suficientemente específicos como bienes jurídicos colectivos todos aquellos en que su menoscabo comporta simultáneamente el menoscabo de un bien individual (p. 213), lo que llevaría a descartar p. ej. la salud pública o la seguridad del tráfico.

13 De no ser así, incluso cabría plantearse la aplicación a estos supuestos del régimen especial de la autoría previsto en el art. 30 para los delitos realizados utilizando “medios o soportes de difusión mecánicos”.

14 Así GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, p. 249.

Como he señalado *supra*, aparte del acto reflejo de responder mediante represión penal instintiva a cualquier novedoso fenómeno delictivo,¹⁵ no encuentro otra explicación para el castigo de una conducta no inmediata a la lesión del bien jurídico,¹⁶ conducta que como mucho podría entenderse que presenta una mayor idoneidad para la lesión. Pero aun esto resulta discutible, puesto que la interacción no tiene lugar cara a cara, ni es inmediata a la lesión, y deja espacio para la intervención evitadora de terceros.

Descartada, pues, la naturaleza del art. 183 bis como delito autónomo con bien jurídico propio, antes de evaluar la relación concursal con los delitos pretendidos, conviene analizar con mayor precisión qué género de forma imperfecta de delito contra la libertad e indemnidad sexual constituye.

b. Fase del *iter criminis* y delitos pretendidos

A estos efectos, hay que tener presente que el precepto, con numerosos antecedentes de Derecho comparado, sobre todo en la órbita anglosajona,¹⁷ tipifica los actos consistentes en proponer a un menor de trece años, a través de alguna de las tecnologías de la información y la comunicación (se entiende que principalmente Internet), un encuentro con el fin de cometer alguno de los delitos tipificados en los arts. 178 a 183 (agresiones y abusos) y 189 (utilización en espectáculos exhibicionistas o pornográficos),¹⁸

15 Como una manifestación más del principio de intervención máxima, del Derecho penal que no deja ningún problema que cree “alarma social” sin resolver, que llega a todo los rincones sin dejar resquicio de creación de peligro para bienes jurídicos sin dirigirle prohibición. *Cfr.* BAJO FERNÁNDEZ, M / BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2010, pp. 29 ss.

16 En el sentido de que resultan necesarias aún otras intermedias.

17 *Cfr.* al respecto GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., en *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, pp. 223-229, que destaca la común configuración en tales países como actos preparatorios de algún delito de naturaleza sexual.

18 Se entiende que debe quedar excluida como conducta futura pretendida la de corrupción de menores del art. 189.4, ya que aunque este precepto describe como sujetos pasivos a menores o incapaces, si los menores de edad a su

acompañando la propuesta con actos materiales dirigidos al acercamiento al menor. No resultan obvias las razones por las que quedan fuera del elenco de delitos pretendidos los de iniciación de menores a la prostitución, más graves incluso que los últimos antes indicados.¹⁹ La doctrina lo ha conceptualizado como un delito de peligro abstracto,²⁰ incluso de sospecha,²¹ o de peligro hipotético,²² en cualquier caso un delito de tránsito (*Durchgangsdelikt*), que se encuentra en relación de progresión con el delito sexual que tenga eventualmente lugar, dado que entre ambos sólo existe una intensificación cuantitativa en la afección al bien jurídico. Semejante estructura debería ponernos ya sobre la pista de la relación concursal que se prefigura.

Un tipo concebido en tales términos no puede estimarse constitutivo de tentativa, por mucho que incluya el requisito de “actos materiales encaminados al acercamiento”, probablemente como defensa ante el previsible reproche de infracción del principio de lesividad,²³ puesto que con tal exigencia típica ni siquiera se cumpliría el criterio de la teoría objetivo-material para apreciar inicio de ejecución: inmediatez de la conducta con respecto al comienzo de lesión del objeto del bien jurídico. Sobre todo si se considera que no se requiere haber concertado

vez son menores de trece años resultará de preferente aplicación el art. 183. Buena prueba de ello es que a este delito no le afecta la agravación prevista en el art. 183.3 (acceso carnal) para los supuestos con sujeto pasivo menor de trece años.

- 19 Así, BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial*, 2010, p. 357; MONGE FERNÁNDEZ, M. A., *De los abusos y agresiones a menores de trece años*, 2011, p. 234 (con respecto a exhibicionismo y provocación sexual, donde creo que cabría argumentar con el principio de intervención mínima, en vista de la menor gravedad del ataque al interés tutelado); GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, p. 250.
- 20 VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER, E., en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, p. 1147.
- 21 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 240.
- 22 GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, 2011, p. 731.
- 23 Así SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Sistema del Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2011pp. 258 s.

una cita, sino sólo la mera propuesta de encuentro. Asimismo ha de rechazarse la calificación material de tentativa en vista de las conductas descritas en los tipos a que va encaminada la conducta previa. Incluso si se produce el encuentro a que se dirigen los únicos actos “materiales” (encuentro por cierto no requerido por el tipo), a una “conversación intrascendente”,²⁴ a la que faltaría el inequívoco sesgo hacia el delito, se le otorgaría relevancia típica, lo que constituiría una anticipación inaceptable de la punibilidad que excedería, por su carácter prematuro, el marco de la tentativa de los delitos pretendidos.

Y si la conducta descrita no alcanza ni a constituir tentativa, tampoco cabrá su realización incompleta. No comparto, pues, la tesis que, basando el tipo en la protección de un bien jurídico supraindividual, que se hace residir en la protección de la infancia ante la inseguridad en las comunicaciones, y dado el escollo que presenta la exigencia típica en el art. 183 bis de haber emprendido en todo caso actos materiales tendentes al acercamiento, de donde se desprende la impunidad de los actos anteriores asimismo descritos (contactar, concertar un encuentro), al cerrarse así la posibilidad a la tentativa, plantea *de lege ferenda* la admisión de la tentativa del propio delito del art. 183 bis.²⁵ Tal propuesta evidencia precisamente uno de los inconvenientes derivados de admitir a este respecto un bien jurídico supraindividual del género “seguridad de las comunicaciones”, que arrastra por la pendiente de configurar la conducta prohibida como delito de peligro cada vez más remoto, anticipando progresivamente su consideración como peligrosa para un bien jurídico tan amplio y vago. Porque, siguiendo este razonamiento, ¿qué impide entonces propugnar también el castigo como tentativa del mero intento de concertar un encuentro, o incluso de establecer un contacto? Con ello nos iríamos adentrando, también peligrosamente, en el ámbito de conductas no inequívocamente delictivas.

24 VIVES ANTÓN, T. S. / ORTS BERENGUER, E., en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, p. 1146.

25 Así, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, p. 253.

Entiendo, por el contrario, que situando el bien jurídico en la libertad e indemnidad sexuales del menor de trece años, se contemplan las maniobras telemáticas de acercamiento del art. 183 bis a la luz de su verdadera naturaleza de actos preparatorios, teniendo en cuenta su alejamiento de la lesión del interés tutelado. La propia terminología empleada para referirse a estas conductas, traduciendo la expresión inglesa *child grooming*: preparación de un menor, apunta a su verdadera naturaleza jurídica.

Otro argumento a favor de la naturaleza material de preparación, no de tentativa, reside en que no tendría sentido la previsión expresa de la tentativa para varios delitos, los previstos en los arts. 178-183 y 189, cuando ésta ya se encuentra incriminada con carácter general (*numerus apertus*). Sí se entiende, en cambio, el art. 183 bis como excepción al principio general de impunidad de los actos preparatorios, en unos delitos en que además ni siquiera se prevé el castigo de los actos preparatorios *de la participación*. Por cierto, una excepción que contraviene el principio de proporcionalidad: los puros actos preparatorios (incluso, supongamos, por vía telemática), si se llevaran a cabo para cometer *sólo* delitos más graves, como homicidio, asesinato o secuestro del menor, no resultarían punibles. Algo que no debería sorprender, si se tiene en cuenta que se encuadra en el rigor sancionador consiguiente a la alarma social —no siempre espontánea— originada en torno a las conductas de pederastia, como corrobora el hecho de que la agresión sexual al menor de trece años lleve aparejado un marco penal superior al del homicidio.

Tratándose, en suma, materialmente de un acto preparatorio, a efectos concursales resulta irrelevante que esté específicamente castigado en la Parte Especial, extraído del tratamiento común de la impunidad, pues iniciada (o concluida) la ejecución del delito-fin, en todo caso se dará la relación de subsidiariedad con respecto al tipo principal: el delito-fin.²⁶ Por tanto, si el sujeto activo inicia directamente la ejecución de algún delito-fin, el

26 Así, con carácter general, GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso aparente de leyes penales, 1995, pp. 354 ss.

hecho contra la indemnidad sexual que se teme que se produzca, habría que apreciar la relación de progresión, de profundización en el menoscabo del mismo bien jurídico.²⁷

c. Aspectos concretos de la imbricación con otras figuras delictivas

En el contexto de un delito cuya regulación se preocupa especialmente de la materia concursal, sorprende el escaso acierto técnico de la agravación específica de la pena para los supuestos de adicional lesión de la autonomía del menor debida al empleo de amenaza o engaño,²⁸ en que se dirime asimismo la relación con otras figuras delictivas. En efecto, esta agravación hay que entenderla en buena medida como un régimen especial —privilegiado— del concurso ideal medial específico con las coacciones²⁹ o amenazas condicionales. Entender lo contrario comportaría infringir el *ne bis in idem*. La falta de visión sistemática que revela la agravación por el empleo de amenazas lleva al absurdo de que la figura estaría menos castigada que la de amenazas condicionales, de manera que esta figura supuestamente agravada quedaría desplazada por alternatividad, resultando inaplicable.³⁰ Por otra parte, en el caso de que se trate de conducta preparatoria

27 Para GÓMEZ TOMILLO, M. (*Comentarios al Código penal*, p. 731), el art. 183 bis tipifica actos de preparación como si fueran de tentativa, y en tanto que tentativa de los delitos tipificados en los arts. 183 o 189, el marco penal del art. 183 bis supondría un privilegio, al que habría que hacer frente con la regla de alternatividad (por tanto, concurso aparente). En p. 732, en cambio, parece dar a entender que la lógica de la cláusula concursal lleva a apreciar concurso real con la tentativa de los delitos pretendidos. Pero ya se ha señalado en el texto que si se tratara de una conducta de tentativa, no habría hecho falta su previsión expresa; sí en cambio para establecer la excepción expresa al principio general de impunidad de los actos preparatorios.

28 Art. 183 bis, *in fine*: “Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”

29 Por cierto, puesto que requieren el empleo de violencia, difíciles de concebir en el empleo de medios telemáticos, antes del contacto.

30 Lo pone de manifiesto ya GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, p. 732; GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *Estudios penales y criminológicos*, XXXI, p. 252.

de agresión sexual, la cual incluye el empleo de violencia o intimidación, tener en cuenta adicionalmente para agravar la pena del acto preparatorio las coacciones o amenazas infringiría a su vez el *ne bis in idem*. Y desde luego la agravación carece de sentido en relación con el engaño, que como tal no constituye delito alguno, y que además resulta inherente al “tipo básico”, de manera que tomarlo como base de una modalidad agravada supone vaciar de contenido el referido tipo básico.

Cuando el ciber-acoso tiene por objetivo utilizar al menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, en particular cuando se trata de la conducta de *captación* del menor con dichos fines, tipificada en el art. 189.1.a), se ha propuesto directamente la solución del concurso de normas, no de delitos, de donde resultaría la aplicación preferente del delito del art. 189.1.a), que tiene prevista mayor pena.³¹ En suma, parece primar la regla de alternatividad. Sin embargo, hay que tener presente que el art. 183 bis se agota con la conducta de concertar un encuentro con el menor de trece años, mientras que el otro tipo requiere la captación, lo que a mi entender significa captación efectiva.³² Sobre la base de esta relación de progresión entre ambas conductas: la de concertar un encuentro y la de atentar contra la libertad e indemnidad sexuales en tal encuentro, se entiende la superior pena prevista para este último, sobre todo con sujeto pasivo menor de trece años (en que entra en juego la agravación específica del art. 189.3). La lógica apuntaría al principio de subsidiariedad o de consunción,³³ no al de alternatividad (a la preferencia del precepto con mayor pena señalada, como parece indicarse).

31 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 240.

32 En sentido similar, GÓMEZ TOMILLO, M. (*Comentarios al Código penal*, p. 732), si bien describiendo la situación mediante la presencia o ausencia del consentimiento del menor, obviamente en un sentido naturalístico, ya que jurídicamente valorado tal consentimiento no es válido.

33 En favor del principio de consunción, TAMARIT SUMALLA, J. M., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2010, p. 358.

Distinta es la situación con la modalidad alternativa de conducta del art. 189.1 (en relación con el art. 181.3), la *utilización* de menores en espectáculos exhibicionistas, pero sobre todo con tales fines. En algunos supuestos, la utilización no se producirá después y como consecuencia del acercamiento, sino ya con el propio acercamiento, que puede comportar el acopio de material íntimo del menor. En este caso no cabe hallar la progresión antes indicada, sino una total coincidencia, puesto que la relación telemática ya puede conllevar el hecho de demandar y conseguir del menor de trece años imágenes exhibicionistas o pornográficas. Para estos supuestos, la regla del concurso auténtico resulta simplemente absurda, dada la plena coincidencia de los injustos típicos.

La regla expresa, concebida como expresión del concurso auténtico, también con respecto a las figuras del art. 189 infringe el principio de igualdad y de proporcionalidad, al suponer mayor pena para algunos de los supuestos de captación efectiva, sólo en función del método de acercamiento (en conexión con determinados sujetos pasivos). Las penas se agudizan para los supuestos en que se dan dos requisitos típicos cumulativamente: el acercamiento por medios telemáticos y la víctima menor de trece años. No en cambio cuando el acercamiento al menor de trece años se realiza directamente por otros medios, ni cuando se utilizan medios telemáticos para acercarse a un menor de edad, pero mayor de trece años, o a un incapaz.

III. Conclusiones

Es hora de recapitular. De las consideraciones precedentes se desprende que no es factible apreciar diferencia valorativa alguna entre la forma de acercamiento a un menor descrita en el art. 183 bis y otras no tipificadas expresamente, y por tanto sujetas a la regla general de impunidad de los actos preparatorios, valoradas pues como no suficientemente reveladores de la intención delictiva. Cabe utilizar otros medios preparatorios igualmente idóneos para la seducción del menor, y por otra parte cabe ser-

virse de los medios telemáticos incluso con finalidades delictivas más graves, sin que no obstante la ley penal eleve a típicas unas y otras conductas de preparación. Por tanto, ya la propia tipificación específica resulta más que discutible desde el principio de proporcionalidad. Si a ello se suma el efecto punitivo derivado de la regla concursal de aparición arbitraria, entendida como alusiva al concurso de delitos de obligatoria apreciación, resultará que quien abusa de un menor, o lo hace objeto de agresión sexual, o lo capta para determinados fines exhibicionistas o pornográficos, responderá con penalidad distinta y superior si el acercamiento se posibilitó por medios telemáticos que si se hizo directamente p. ej. ofreciendo juguetes o dulces en el parque infantil. Tal decisión político criminal, según he intentado demostrar, carece de fundamento.³⁴

Si ni siquiera hay pluralidad de afectados potenciales, si el peligro del atentado ulterior contra la indemnidad sexual se circunscribe al menor con el que se ha establecido contacto y concertado un encuentro, esto es, si existe identidad absoluta de sujeto pasivo, nos encontramos aquí ante un supuesto arquetípico de subsidiariedad o de consunción por progresión delictiva, de manera que la aplicación del eventual tipo ulterior ha de desplazar a la del tipo preparatorio o de peligro,³⁵ puesto que una vez castigada la ejecución parcial o total del delito pretendido no queda ningún resto de desvalor que tener en cuenta por la preparación, y la estimación simultánea de ambos supone, pues, una doble valoración prohibida.

En conclusión, para evitar que a una previsión excepcional no justificada de actos preparatorios se sume infringir el principio de prohibición de doble valoración, se propone una

34 Así lo advierte GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, pp. 731 s.

35 Así, MUÑOZ CONDE, F. (*Derecho penal. Parte especial*, pp. 240 s.) cuestiona que se mantenga la autonomía punitiva del art. 183 bis si se llega a cometer el delito pretendido con el menor a partir del contacto. También GÓMEZ TOMILLO, M., *Comentarios al Código penal*, p. 731.

interpretación de esta regla concursal expresa como alusión al concurso de normas, replanteándose la impresión inicial de que se refiere al concurso de delitos. Interpretación no totalmente incompatible con la fórmula gramatical utilizada (“sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”). Tal interpretación resulta legítima en un precepto notablemente anfibológico,³⁶ que puede aludir tanto a que hay que aplicar cumulativamente las penas por los delitos pretendidos, como a que tales penas *desplazan a la del art. 183 bis y no son desplazadas por ésta*. Es decir, las penas por los delitos posteriores no se ven *perjudicadas* (impedidas) por la tipificación específica de los actos preparatorios. Apoya esta tesis el hecho de que preceptos redactados en términos parecidos ya bajo la vigencia del CP anterior se entendían expresivos del principio de subsidiariedad expresa. Y en efecto, la regla de subsidiariedad se ajusta perfectamente a un caso como éste de progresión delictiva, de profundización en la lesión de un mismo bien jurídico, la libertad e indemnidad sexual del menor de trece años.

36 Lo que no deja de sorprender, teniendo en cuenta su finalidad eminentemente aclaratoria.