

## **CHILD GROOMING. CONCEPTO Y RESPUESTA PENAL**

**Roberto Valverde Megías**

Delegado de Criminalidad Informática  
de la Fiscalía Provincial de Barcelona

*La generalización del uso de los equipos informáticos e Internet y el acceso a los mismos por los menores de edad ha generado nuevas vías delictivas para los delincuentes sexuales quienes, refugiándose en el anonimato y las apariencias, buscan víctimas a las que, tras haber embaucado, someter a abusos o agresiones sexuales o explotar sexualmente con el fin de elaborar material pornográfico.*

*Pese a que esta realidad ha sido hasta hace poco abordada por la legislación penal castigando el resultado causado, ha resultado necesaria la inclusión en nuestro ordenamiento de un mecanismo de reacción previo a la lesión de los bienes jurídicos, finalidad a la que responde el reciente artículo 183bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica en Código Penal a instancias del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.*

**SUMARIO: 1.- CHILD GROOMING. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES. 2.- VISIÓN SUPRANACIONAL. 3.- RESPUESTA PENAL GENERAL. 4.- RESPUESTA PENAL ESPECIAL: EL ARTÍCULO 183BIS. 4.1.- ANTECEDENTES. 4.2.- VÍAS Y DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN. 4.2.1.- Tecnologías de la información y la comunicación. 4.2.2.- Minoría de trece años. 4.2.3.- Proposición de encuentro. 4.2.4.- Actos materiales. 4.2.5.- Finalidad del encuentro. 4.2.6.- Penas previstas. 5.- CONSIDERACIONES CRÍTICAS.**

### **1.- CHILD GROOMING. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES.**

El desarrollo de Internet como medio de comunicación y, fundamentalmente, la explosión de las redes sociales han supuesto la creación de nuevos espacios abiertos a mayores y menores de edad. Ahora bien, dado que el encuentro entre personas se produce en un entorno digital no existe el contacto personal directo, de tal manera que la confrontación visual pasa a ser un elemento opcional y entra en juego la posibilidad de manipulación de la relación que se entabla mediante la alteración de la imagen propia que se proyecta.

Estas características son aprovechadas por delincuentes sexuales, que encuentran en la explotación de los recursos que ofrecen las redes sociales y las comunidades virtuales la herramienta idónea para sus fines delictivos, resultando mucho más seguro para el delincuente refugiarse tras un teclado y un ratón y presentarse como alguien totalmente distinto ante los menores con los que contacta. No sólo logrará de esta manera ganarse la confianza de sus interlocutores sino que, además, la actividad delictiva no tiene por qué sujetarse a límites espaciales y, en todo caso, una eficiente organización le permitirá realizar ataques a varias víctimas simultáneamente.

En este contexto debe quedar encuadrado el denominado *child grooming* o ciberacoso infantil con una finalidad sexual, como una de las modalidades de acoso que se dan en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación<sup>1</sup>.

Esta modalidad delictiva se caracteriza por la utilización de medios tecnológicos de comunicación para contactar con menores de edad y el aprovechamiento posterior de este contacto digital para llegar a lograr encuentros sexuales con el mismo menor o acopiar pornografía infantil a partir de la grabación de imágenes o secuencias de vídeo de los propios menores contactados.

De esta manera, el ciberacoso infantil comienza cuando el delincuente accede a redes sociales o de mensajería como Messenger, Facebook, Tuenti, Twitter, Google+ u otras con el fin de localizar menores que puedan llegar a ser víctimas de sus acciones. Mediante la mera observación de la información que los usuarios del foro o la red hacen pública de forma deliberada o por desconocimiento, como nombres de perfil o fotografías, procederá a la selección de perfiles que puedan corresponder a menores del sexo y edad que le son de interés en función de sus preferencias o inclinaciones. Identificada la posible víctima, el delincuente se presenta ante ella con un *nick* o un nombre de perfil que pueda resultar sugerente o propiciar la confianza del menor.

Así, se encuentran frecuentemente casos en que, pretendiendo el delincuente acceder a chicos adolescentes, crea un personaje de otro u otra adolescente con interés en conocerle y tener relaciones íntimas con él. Para afianzar esta imagen e incitar al adolescente, le envía fotografías supuestamente propias en poses seductoras, de tal manera que la oferta sexual es aceptada por el menor. En otras ocasiones, el delincuente lo que busca no es tanto la provocación directa como la complicidad de la víctima, creando entonces un personaje, nuevamente de semejante edad, con idénticas preocupaciones e intereses.

---

<sup>1</sup> Así, HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J., se refiere al *cyber-stalking* como modalidad de acoso entre mayores de edad con el propósito de evidenciar a la víctima un dominio sobre ella, al *cyber-bullying* o acoso escolar cuando tales conductas se producen entre menores de edad y al *grooming* como una modalidad cometida por adultos sobre menores de edad, teniendo además siempre un propósito sexual. (HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J. “Las conductas de acoso por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones”, en “Derecho y redes sociales”. Civitas, 2010).

A partir de estas líneas generales, son multitud los supuestos en que se puede plasmar la relación telemática que se establece entre el delincuente y los menores. Así, sin ánimo exhaustivo, encontramos por ejemplo casos en que el delincuente se presenta no ya como un amigo más o menos íntimo sino como representante de un grupo o evento musical en que los menores pudieran tener interés en participar<sup>2</sup>, o en los que se utilizan dos perfiles falsos simultáneamente por el mismo delincuente, de manera que uno de ellos anima al menor a colaborar con el otro o se ofrece a resolverle un problema que el otro ha causado<sup>3</sup>.

Establecido el contacto inicial, comienza una relación basada en el engaño y/o la seducción con una duración que puede comprender entre minutos y meses. Durante este tiempo el delincuente progresivamente va alcanzando mayores cotas de confianza, llegando en ocasiones a realizar actuaciones que refuercen la relación tales como recargas de la tarjeta del teléfono móvil del menor, regalos físicos o virtuales.

En algunos supuestos, cuando el delincuente considera suficientemente madura la relación, buscará que la relación mantenida desemboque en un contacto físico entre el delincuente y el menor, de manera que éste acabe siendo víctima de agresiones o abusos sexuales. No obstante, el supuesto que se repite con más frecuencia es que el delincuente no llegue a superar la barrera del contacto físico y, en su lugar, pase a solicitar al menor el envío de fotografías sugerentes o la conexión de la *web cam* del ordenador para posar de manera insinuante. En caso de acceder el menor, las demandas pasan a ser de fotografías o poses de mayor contenido erótico,

---

<sup>2</sup> Así, en Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona 165/2011, de 31 de marzo, el condenado, entre otros personajes falsos utilizados para establecer un contacto y relación de confianza con las menores que resultaron víctimas, manifestaba *“que tenía un familiar que era director de una empresa discográfica, y que podía tener contacto con los miembros del grupo Tokio Hotel... siempre y cuando pasase unas pruebas”*.

<sup>3</sup> La utilización de varios perfiles simultáneamente puede dar lugar, a su vez, a diversas situaciones. Existen casos en que un de los perfiles se presenta como un “profesional” de una agencia de contratación de menores para espectáculos y realiza una oferta al menor requiriéndole fotografías desnudo para ver su “adecuación” al puesto; y al tiempo el segundo perfil se presenta como una menor que aceptó la misma oferta y ahora participa regularmente en dicho espectáculo, sirviendo de referencia de la legitimidad de la oferta del primero. En otros supuestos, como el recogido por la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guadalajara 127/2011, de 29 de noviembre, se plantea un primer perfil que *“bajo el pretexto de obtener pases VIP para algún concierto, pertenecer al club de fans o salir en un capítulo de la serie televisiva, conseguía que las menores le mandasen fotografías desnudas o imágenes desnudándose a través de la webcam y, una vez recibidas las imágenes comprometedoras de las jóvenes, enviar mediante el mismo programa un correo electrónico en donde las amenazaba con difundir las citadas fotos a todos sus contactos de messenger y a sus madres, si no accedían a “mantener y grabar en video relaciones sexuales con un adulto mayor de 30 años...”* y posteriormente el propio acusado *“se presentó como la persona que podría resolverles el problema afirmando que había recibido del club de fans las fotografías comprometedoras y que él podría conseguir que no les pidieran más fotos e incluso que podría localizar las fotografías y borrarlas dados sus conocimientos de informática, ofreciéndose para ser la persona mayor de edad con la que pudieran grabar los videos solicitados diciéndoles que él se encargaría de todo”*.

exhibiéndose total o parcialmente desnudo o mostrando sus genitales<sup>4</sup>. Y, a medida que el menor va exhibiéndose o enviando el material videográfico que se le solicita, el delincuente almacena las imágenes que recibe o los vídeos que captura. Cuando el menor decide cesar el envío o se niega a las peticiones que se le hacen acaba el idilio entre ambos y el delincuente se descubre revelando sus pretensiones y la falsedad de su supuesto perfil, pasando las solicitudes a convertirse en exigencia de practicar ante la cámara las conductas de contenido sexual que el delincuente quiera imponerle, sean exhibiciones o sea la realización de prácticas sexuales explícitas, bajo la amenaza de difundir entre sus conocidos, compañeros de colegio o cualquier página web accesible por terceros las imágenes previamente suministradas o grabadas. Y de esta manera, tanto las fotografías y vídeos inicialmente recibidos o capturados como los que se obtengan a partir de aquí son almacenados y pasarán a ser material pornográfico infantil de nuevo cuño.

En cualquier caso, aun cuando no puedan establecerse patrones claros respecto a los autores de estos delitos, CHACÓN MEDINA define el perfil genérico del acosador como el de una *“persona fría, con poco o ningún respeto por los demás. Un acosador es un depredador que puede esperar pacientemente conectado a la red, participar en chat o en foros hasta que entabla contacto con alguien que le parece susceptible de molestar, generalmente mujeres o niños; y que disfruta persiguiendo a una persona determinada, ya tenga relación directa con ella o sea una completa desconocida. El acosador disfruta y muestra su poder persiguiendo y dañando moralmente a esa persona”*<sup>5</sup>.

## **2.- VISIÓN SUPRANACIONAL.**

Este acceso y relación telemática entre el agresor y sus víctimas menores de edad como medio para lograr la elaboración de pornografía infantil ha sido atendido con preocupación por la comunidad internacional. Así, el informe del Tercer Congreso Mundial de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>6</sup> recoge la invitación a todos los Estados a emprender las acciones específicas para prevenir e impedir la pornografía infantil y el uso de Internet y de las nuevas tecnologías para el acoso de niños con el fin abusar de ellos *“online”* y *“off-*

---

<sup>4</sup> Se produce una progresión en el contenido pornográfico del material que puede ser catalogado de conformidad con los niveles de la Escala de COPINE (*Combating Paedophile Information Networks in Europe*) de la Universidad de Cork.

<sup>5</sup> CHACÓN MEDINA, Antonio. «Una nueva cara de Internet: el acoso». Etic@net, núm. 1. Granada, julio 2003 ([http://www.acosomoral.org/pdf/Art\\_NUEVA\\_CARA\\_INTERNET\\_ACOSO\\_ETIC@NET\\_2003.pdf](http://www.acosomoral.org/pdf/Art_NUEVA_CARA_INTERNET_ACOSO_ETIC@NET_2003.pdf)).

<sup>6</sup> Informe de ECPAT International sobre el Tercer Congreso Mundial III de Enfrentamiento a la Explotación Sexual de Niñas, Niños y Adolescentes, celebrado en Rio de Janeiro, Brasil, 25 al 28 de noviembre de 2008 ([http://www.ecpat.net/WorldCongressIII/PDF/Publications/ECPATWCIIIReport\\_FINAL.pdf](http://www.ecpat.net/WorldCongressIII/PDF/Publications/ECPATWCIIIReport_FINAL.pdf)).

*line*” y para la producción y la difusión de la pornografía del niño y de otros materiales.

La referencia al castigo de la pornografía infantil debe ponerse en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Por su parte, la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de Diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, no abordó de manera expresa la cuestión del *child grooming* aun cuando la misma pudiera llegar a tener cabida en el listado de infracciones que realiza al recoger, dentro de las relativas a la explotación sexual de los niños, la coacción, captación o explotación de cualquier otro modo a los mismos para que participen en espectáculos pornográficos así como la práctica de actividades sexuales recurriendo a la coacción, la amenaza, o el abuso de una posición reconocida de confianza o influencia sobre el niño; y dentro de las infracciones relativas a la pornografía infantil su producción por medios informáticos.

No obstante, es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, el que pasa a recoger en su artículo 23 y bajo la rúbrica “*Proposiciones a niños con fines sexuales*” la obligación de las Partes de adoptar “*las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño*” cuya edad esté por debajo de la que cada Estado Parte hubiese fijado como límite de la intangibilidad sexual de los menores con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a) del artículo 18 (esto es, “*realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades*” o al apartado 1.a) del artículo 20, (producción de pornografía infantil) cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.

Más recientemente, la Directiva 2011/92/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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, expresa claramente su preocupación sobre el ciberacoso infantil considerándolo una de las “*formas graves de abusos sexuales y explotación sexual de los menores*” por el anonimato que Internet permite al delincuente. Y así, en su artículo Sexto, tras reproducir en esencia las previsiones del Convenio de Lanzarote al respecto, añade una nueva dimensión al imponer la necesidad de las Partes de sancionar cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de adquirir, poseer o acceder a pornografía infantil, mediante el embaucamiento de 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.

### **3.- RESPUESTA PENAL GENERAL.**

La respuesta penal que reciben las conductas descritas y sin perjuicio de las previsiones del artículo 183bis al que nos referiremos más adelante se han centrado en el castigo del resultado ocasionado.

Así, cuando las maniobras de embaucamiento desemboquen en un encuentro entre el delincuente y el menor en el curso del cual se mantengan entre ambos relaciones sexuales podrán ser aplicables los tipos relativos a las violaciones, agresiones o abusos sexuales, teniendo en cuenta en estos casos, por un lado, que la edad del menor determinará la aplicación de los tipos generales de los artículos 178 a 182 o del tipo especial del artículo 183 relativo a los menores de trece años, y por otro lado que la existencia de una situación de engaño mediante la presentación por el delincuente de perfiles o roles artificiales podrá determinar la aplicación del tipo de abuso sexual con engaño a persona mayor de trece y menor de dieciséis años<sup>7</sup>.

En los casos en que la finalidad buscada sea la obtención de material pornográfico de nuevo cuño, bien sea mediante las capturas de las sesiones que se desarrollan a través de la *web cam* o bien sea por el envío directo de fotografías o vídeos que el menor se haga a sí mismo a indicación del delincuente, entrarán en juego los tipos penales que recoge el artículo 189 del Código Penal relativos a la pornografía infantil. De este modo, la creación de dicho material quedará incardinado dentro de la figura de la elaboración de pornografía infantil que castiga el artículo 189.1.a), pudiendo asimismo aplicable el tipo de distribución si resultase acreditado que tal material, después de elaborado, a pasado a ser distribuido a terceras personas, bien sea en el curso de intercambios de material entre pedófilos o bien como represalia contra el menor por no haber continuado cediendo a las pretensiones del delincuente en la realización de nuevas sesiones.

Debe recordarse que en estos procesos es frecuente que se acumulen en un mismo procedimiento varias víctimas acosadas por el mismo delincuente resultando aplicables las apreciaciones que sobre la elaboración, distribución y captación subrepticia hizo la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2006. Concretamente, podrá tener cabida la apreciación de la continuidad delictiva en los delitos de elaboración cuando respecto de un mismo menor se hayan llevado a cabo la captura de varias sesiones o en diferentes ocasiones se haya obtenido del mismo material pornográfico, si bien deberá apreciarse un concurso real entre tantos delitos de elaboración cuantos menores hayan sido utilizados. Asimismo, deberá recordarse la posibilidad de que, en el caso concreto de que el menor no haya sido consciente de que estaba siendo grabado o que se estaban capturando imágenes suyas los hechos no serían constitutivos de un delito de elaboración de pornografía infantil del artículo

---

<sup>7</sup> En este sentido, la ya citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 127/2011, de 29 de noviembre.

189.1.a) del Código Penal sino de un delito de descubrimiento de secretos del artículo 197.1 y .6 del Código Penal.

Sobre este particular, no obstante, cabe hacer una apreciación respecto a la inconsciencia del menor que está siendo grabado. Si bien es cierto que en caso de que se hubiese infectado el ordenador del menor de tal manera que se tuviese acceso remoto a su *web cam* y de esta manera pudiera espiarse al menor en su intimidad y así obtener del mismo imágenes de contenido sexual ignorando el mismo que está siendo observado y grabado no se habría producido ninguna afectación a la indemnidad sexual del propio menor y sólo se habría lesionado su intimidad e imagen – sin perjuicio de la repercusión penal que en segundo término vaya a tener la tenencia o uso que se le dé al material así obtenido-, por lo que el tipo penal idóneo, como sostiene la Consulta, sería el delito de descubrimiento de secretos del artículo 197 del Código Penal. Ahora bien, en aquellos casos en los que el menor accede a desnudarse y exhibirse en actitudes sexuales para el delincuente ante la *web cam* es discutible que los hechos simplemente constituyan una lesión de la intimidad del menor ya que, por un lado, es difícil admitir que el menor que estaba consintiendo en la utilización de artificios técnicos de transmisión de imagen ignoraba que tales imágenes pudieran ser grabadas por no haberse expuesto de antemano de manera explícita por el delincuente que tal sesión sería capturada; y, por otro lado, la indemnidad sexual del menor como bien jurídico protegido en los delitos de elaboración de pornografía infantil deviene afectada por la participación en esa conducta. Y ni que decir tiene que menos aún cabe mantener esa tipificación cuando la sesión se realiza bajo la amenaza de la revelación de las imágenes capturadas en sesiones anteriores, puesto que no puede admitirse que el menor ignore que las imágenes serán nuevamente capturadas cuando le consta que las anteriores lo han sido porque ahora se están utilizando para chantajearle.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta igualmente el castigo que derivará de las advertencias que el imputado realice a la víctima sobre las consecuencias de su negativa a continuar participando en las conductas de explotación sexual que se le impongan, oscilando aquí la jurisprudencia, en función de la gravedad y la advertencia en concreto, entre las infracciones constitutivas de falta, delitos de coacciones o delitos de amenazas, cuestión que ha sido abordada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1107/2009, de 12 de noviembre, en la que se establece “*Ambas conductas, coacciones y amenazas, integran parte de los delitos contra la libertad. El bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo y exige la interacción de alguna forma de violencia que puede ser física o psíquica. Gramaticalmente también la coacción significa fuerza o violencia. La ampliación del concepto de violencia supone una operación expansiva del delito que no es aceptable con arreglo a los principios del derecho penal. En la coacción, existe una mayor inmediación entre el coaccionante y el coaccionado y la exigencia del comportamiento es realizar lo que no quiere, sea justo o injusto. El delito se consuma en cuanto se ejerce la coacción. El torcimiento de la voluntad es el objetivo del autor sin otras matizaciones*”. En dicha sentencia se cuestiona que en el caso concreto la condena de la Audiencia

Provincial<sup>8</sup> por delito de coacciones no se ajusta a los hechos que se recoge que tuvieron lugar, no obstante lo cual, afirma que *“desde la sentencia de 23 de Noviembre de 1989 y 5 de Julio de 1990, hasta la más reciente de 19 de Junio de 2009, siempre se ha considerado que las amenazas y las coacciones son delitos homologables por lo que no vulnera el principio acusatorio el cambio de calificación jurídica”*.

#### **4.- RESPUESTA PENAL ESPECIAL: EL ARTÍCULO 183BIS.**

##### **4.1.- ANTECEDENTES.**

La inclusión en el Código Penal de las proposiciones a menores con fines sexuales se produjo con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Como la Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica indicaba, la reforma realizada en materia de protección de los menores de edad frente a delitos de naturaleza sexual respondía a la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de Diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. No obstante, se aprovechó esta trasposición para incorporar la expresa tipificación del *“child grooming”* que, como se ha indicado, no se encontraba entre las conductas expresamente reflejadas por la Decisión Marco sino que derivaba de las previsiones que estableció el Convenio del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2007. Dado que tal Convenio no entró en vigor en España hasta el 1 de diciembre de 2010 su inclusión supuso un ejercicio de previsión ante las que habrían de ser futuras obligaciones del Estado en el momento de aprobarse la reforma penal.

El artículo 183bis no constaba en el Proyecto de Ley sino que fue introducido a propuesta del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en atención a la incipiente regulación en el Derecho comparado de la materia y por referencia expresa del Convenio del Consejo de Europa de 25 de octubre de 2007<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona 381/2009, de 14 de abril.

<sup>9</sup> Enmienda número 351, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 52-9, de 18/03/2010. La enmienda fue planteada sobre la Justificación de que *“una de las mayores preocupaciones de cualquier padre es controlar con qué personas se relacionan sus hijos menores de edad, con advertencias habituales sobre los riesgos de hablar o relacionarse con adultos desconocidos. Las nuevas tecnologías han supuesto la mayor dificultad de los padres para la vigilancia de las personas adultas con quienes sus hijos se relacionan. Internet permite que los menores de edad se relacionen, sin salir de una habitación, con cualquier desconocido de cualquier parte del mundo. En ocasiones, los pederastas actúan bajo el anonimato que proporciona esta red global. Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas. Ello da lugar a nuevas formas delictivas como el “grooming informático”, esto es, el acoso a menores online o “ciber-acoso”. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su*



Ahora bien, la Enmienda inicialmente presentada se separaba en cierta medida de las previsiones del artículo 23 del Convenio y no se correspondía con los términos del artículo 183bis tal como ha quedado redactado, ya que en la misma no se realizaba diferenciación alguna en atención a la edad del menor afectado y no se incorporaba referencia a finalidades relacionadas con la pornografía infantil. La redacción propuesta se expresaba en los siguientes términos: *“El que, por cualquier procedimiento de Internet, teléfono móvil u otro medio telemático, que facilite el anonimato, contacte o establezca conexión con un menor de edad y consiga mediante coacción, intimidación, engaño u otro ardid, lograr un acercamiento con él mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los dos Capítulos precedentes de este Título, será castigado con la pena de 1 a 3 años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos, en su caso, por haber conseguido el acercamiento”*.

#### 4.2.- REDACCIÓN VIGENTE.

En su redacción definitiva, el artículo 183bis del Código Penal dispone que *“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga*

---

*víctima, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red.*

*El delito de "grooming" es un delito preparatorio de otro de carácter sexual más grave. Es un término anglosajón y es en la legislación de los países del "Common Law" donde ha tenido mayor desarrollo -Reino Unido, Escocia, Australia, Estados Unidos, Singapur- pero también se encuentra regulado en Alemania, entre otros.*

*El "child grooming" consiste en acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él.*

*Como se trata de un delito asociado a los medios tecnológicos virtuales (Internet, salas de chat, etc.), las regulaciones existentes difieren, especialmente respecto de elementos esenciales para la comisión del delito, como son la determinación de la minoría de edad (en Alemania es 14 años y en Reino Unido, 18 años).*

*En Alemania se sanciona al que ejerza influencia sobre el menor por medio de la exhibición de ilustraciones o representaciones pornográficas o por dispositivos sonoros de contenido pornográfico o por conversaciones en el mismo sentido con una pena privativa de libertad de tres meses hasta cinco años.*

*El ordenamiento australiano también sanciona el uso de servicios de transmisión de comunicaciones por medios electromagnéticos para procurar que una persona se involucre, tiente, aliente, induzca o reclute, en actividades sexuales a personas menores de 16 años de edad con una pena de 15 años de prisión.*

*En Escocia se contemplan normas sobre grooming, pero lo llaman "reunión con un menor de 16 años después de algunos contactos preliminares" a través del chat y contempla una pena máxima de 10 años de cárcel.*

*La Convención sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, 2007, es el primer documento internacional que señala como delitos penales las distintas formas de abuso sexual de menores, incluyendo el grooming y el turismo sexual”*.

*concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.*

Se trata de una redacción coincidente en lo sustancial con la del artículo 23 del Convenio del Consejo de Europa de 2007. Así, en ambos se hace referencia a las tecnologías de la información y la comunicación como medio a través del que haya de verificarse el contacto, se limita la aplicación a los casos en que la edad de la víctima quede por debajo del límite a partir del cual cabe que el menor preste el consentimiento para mantener relaciones sexuales, esto es, trece años de conformidad con el artículo 182 del Código Penal, y se exige tanto una proposición de encuentro con la finalidad de verificar la ulterior conducta delictiva como la concurrencia de actos materiales.

Tal técnica legislativa puede haber originado a nuestro entender ciertas dificultades interpretativas que, a la postre, dificultan la aplicación del precepto a conductas que se pretendía castigar por el legislador, particularmente en los casos en los que la finalidad pretendida es una conducta de las previstas en el artículo 189 del Código Penal.

La tipificación de estas conductas supone una anticipación de la barrera punitiva al castigar conductas que por sí solas y hasta la entrada en vigor de la reforma podrían considerarse en el ámbito de los actos preparatorios y, consiguientemente, ausentes de reproche penal, dado que la mera proposición de encuentro y la relación virtual difícilmente podrían tener la consideración de actos ejecutivos que configuren la tentativa de un delito de agresión o abuso sexual o utilización de menores de edad para la elaboración de pornografía infantil.

#### **4.2.1- Tecnologías de la información y la comunicación.**

El primer requisito que establece el artículo 183bis del Código Penal es la utilización de “tecnologías de la información y la comunicación”. Tal expresión, ya recogida en el Convenio es ejemplificada por el legislador español, citando Internet o el teléfono. Se trata por tanto de un listado abierto que da cabida a cualesquiera otros mecanismos o sistemas de transmisión de datos que no precisen de conexión a Internet o una línea telefónica (entendiendo que es este el sentido que pretende el legislador cuando se refiere al teléfono, y no al terminal en sí), como, por ejemplo, conexión en red mediante Wi-Fi o Ethernet sin acceso a Internet, aplicaciones de comunicación social basada en Bluetooth u otros sistemas que puedan desarrollarse.

Esta exigencia relativa al medio de comunicación empleado parece descartar la aplicación a supuestos en los que la relación, aunque se apoye en el contacto

telefónico o mediante una red social, se desarrolle mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima.

Tal exclusión deriva de la finalidad del precepto: la preocupación por el “*uso cada vez mayor de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación por los propios niños y por los infractores*”, en términos del Convenio, proviene de la facilidad para el anonimato y la extensión potencial del número de víctimas, elementos estos que han hecho que el Tribunal Constitucional dé una especial cualificación a los delitos cometidos por medio de tecnologías de la información<sup>10</sup>. Por tanto, desapareciendo tales notas por la concurrencia de una relación física, no tendría sentido la aplicación del precepto.

Se ha planteado, no obstante, que la realización de la conducta típica pueda darse a partir de un primer contacto directo personal que se prolongue después por medios tecnológicos entendiéndose que la captación o embaucamiento, favorecido por el uso de medios tecnológicos<sup>11</sup>, no se agota en los contactos iniciales.

#### **4.2.2.- Minoría de trece años.**

El segundo requisito establecido es que el contactado sea un menor de trece años, correspondiendo tal referencia a la edad señalada por el legislador para marcar la frontera de la indemnidad sexual de los menores y, consiguientemente, el límite de la relevancia de su consentimiento para la realización de actividades sexuales. Este requisito, como se indicaba, responde a las previsiones del artículo 23 (en relación con el artículo 18.2) del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, que limita la obligación de los Estados Parte de castigar la conducta descrita a los supuestos en que el menor no alcance la edad por debajo de la cual no está permitido mantener relaciones sexuales con un niño.

Ahora bien, la inclusión de este requisito de edad supone necesariamente una restricción excesiva del ámbito de aplicación del artículo 183bis. Ciertamente es que esta limitación es coherente en los casos en que la conducta del delincuente busque la verificación de una relación sexual con el menor de trece años que será en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, como consecuencia de la irrelevancia del consentimiento del niño. Sin embargo, cuando la finalidad buscada no es la de mantener una relación sexual delictiva sino la de elaborar pornografía infantil en los términos del artículo 189 del Código Penal la limitación a los trece años puede resultar una desmesurada.

---

<sup>10</sup> Así, Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2006, de 3 de abril, que alude en su Fundamento Jurídico Cuarto a que “*la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos (...) deriva en el caso de la potencialidad lesiva del uso de instrumentos informáticos para la comisión del delito*”.

<sup>11</sup> DOLZ LAGO, Manuel-Jesús. Diario La Ley, N° 7575, Sección Doctrina, 23 Febrero 2011, Ed. LA LEY.

Los delitos relativos a la pornografía infantil presentan un bien jurídico protegido que no coincide exactamente con el de los delitos de abusos y agresiones, como reconoce la Consulta 3/2006 de la Fiscalía General del Estado. En tales supuestos se produce una grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos, conforme a las consideraciones de la Decisión Marco 2004/68/JAI y, tanto a nivel nacional como supranacional, la pornografía infantil viene en todo caso vinculada a la participación de niños entendiéndose por tales los menores de dieciocho años. Así se prevé de forma unánime en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, la propia Decisión Marco 2004/68/JAI, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual y, más recientemente, la Directiva 2011/92/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.

Así, que el menor respecto del cual se ha elaborado pornografía infantil sea mayor o menor de trece años determinará, con arreglo al artículo 189 del Código Penal, que nos encontremos ante el tipo básico del apartado 1º o el agravado del apartado 3º, pero la conducta será en todo caso penada con independencia de la concurrencia o no del consentimiento del menor afectado. Es decir, mientras que para mantener relaciones sexuales se establece la relevancia del consentimiento del menor a partir de los trece años, en el caso de la participación del menor en la elaboración de material pornográfico su consentimiento es totalmente irrelevante.

Además, desde el punto de vista de la aplicación práctica, debemos recordar que no sólo los menores de trece años están expuestos a la acción de delincuentes sexuales que actúen sirviéndose de tecnologías de la comunicación y que pudieran ser persuadidos o forzados a participar en la elaboración de pornografía infantil, si no que tal exposición abarca la adolescencia en su integridad<sup>12</sup>.

La exposición y vulnerabilidad que presenta un adolescente ante un supuesto de *child grooming* que tenga por objeto lograr la creación de material pornográfico bien hubiera podido justificar que la reforma del Código Penal hubiese previsto unos

---

<sup>12</sup> Así queda de manifiesto, por ejemplo, en el estudio sobre “La Generación Interactiva en España, 2009”, que arrojaba como resultado que un 71% de los menores utiliza redes sociales concretándose en que a partir de los catorce años el uso de dichas redes sociales supera el 80% hasta alcanzar una cota máxima de uso del 85% a los diecisiete años (BRINGUÉ, Xavier y SÁBADA, Charo. “Menores y Redes Sociales”. p.24 y 25 (Colección Generaciones Interactivas. Fundación telefónica), y respecto al uso de telefonía móvil inteligente, el “*Estudio sobre hábitos seguros en el uso de smartphones por los niños y adolescentes españoles*” (Observatorio de Seguridad de la Información. INTECO. Noviembre, 2011. ([http://www.inteco.es/file/dHZTuGhSwuU\\_Q1i88xyWtA](http://www.inteco.es/file/dHZTuGhSwuU_Q1i88xyWtA)) expone cómo la edad media de acceso a estos terminales está en los trece años de edad y que el acceso a redes sociales por los menores desde ellos se sitúa en un índice del 54,3% en 2011, frente a tan sólo un 7,1% que se registró en 2010, afirmando el Estudio que el 3,8% de los menores afirma que haber sido contactados por adultos desconocidos con la intención de conocerles.

términos más amplios que dieran cabida al menos a los menores de dieciséis años en caso de concurrir determinadas circunstancias tales como el engaño, lo cual podría hallarse en línea con lo que viene estableciéndose en el propio Código Penal en el actual artículo 182 respecto a los menores de dieciséis años y mayores de trece que sean víctimas de abusos sexuales mediando engaño, previsión que responde precisamente a las especiales circunstancias de ese rango de edad.

#### **4.2.3.- Proposición de encuentro.**

Otro requisito previsto en el artículo 183bis y que responde directamente a las previsiones del artículo 23 del Convenio de 2007 es la exigencia de que el delincuente proponga concertar un encuentro con el menor para cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189. A la vista de la propia redacción del precepto parece que la consumación, en caso de concurrir los restantes elementos del tipo, se produciría por la mera concertación de la cita sin que sea necesaria la aceptación de la misma y menos aún su verificación. No obstante, esta interpretación no es compartida por toda la doctrina considerando algunos autores que la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguiría cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se iniciaran actos destinados a que se ejecute la misma<sup>13</sup>.

Otra cuestión que deberá ser determinada por la jurisprudencia será el concepto de “encuentro” a que obliga el precepto, esto es, si debemos entender que sólo cabe que dicho encuentro entre delincuente y víctima sea físico o bien puede aplicarse a encuentros verificados en un entorno digital, tales como videoconferencias a través de programas o redes sociales que permitan tal posibilidad. Nuevamente es necesario distinguir en función de la finalidad buscada por el delincuente. Así, si el encuentro que se pretende concertar busca un abuso o agresión sexual difícilmente puede tener cabida un concepto de encuentro que no sea físico entre el agresor sexual y el menor en el curso del cual el delito pueda llegar a ejecutarse. Sin embargo, en aquellos casos en que la finalidad sea la elaboración de pornografía infantil una interpretación restrictiva que limitase los encuentros al ámbito estrictamente físico la aplicabilidad del tipo quedaría circunscrita a los casos en que vaya a elaborarse pornografía infantil en un estudio u otro lugar habilitado para la grabación, pero quedarían fuera los supuestos, infinitamente más frecuentes, en los que el material se produce mediante la grabación o captura de las acciones que el menor es compelido a realizar frente a una *webcam*.

A falta de exclusión expresa en la redacción, entendemos que el encuentro a que se refiere el artículo 183bis, debe dar cabida a encuentros digitales en los que se estaría produciendo un intercambio de imagen y sonido y una concurrencia de los dos

---

<sup>13</sup> MAGRO SERVET, Vicente. «El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal». Diario La Ley, N° 7492, Sección Tribuna, 20 Oct. 2010, Año XXXI, Ed. LA LEY.

sujetos en el tiempo, con la única diferencia frente a una reunión presencial de la imposibilidad del contacto físico directo (lo cual, en todo caso, es totalmente prescindible para utilización de menores en la elaboración de material pornográfico infantil). De lo contrario, un precepto que responde a “*la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra los menores*” mediante el castigo de “*las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores*”, en términos de la Exposición de Motivos de la Ley que lo introduce, resultaría inaplicable si no hay una proyección de tales conductas fuera de las propias tecnologías de la comunicación.

#### **4.2.4.- Actos materiales encaminados al acercamiento.**

Otro requisito adicional es la ejecución de actos materiales encaminados al acercamiento, siendo necesario igualmente que en este caso un esfuerzo interpretativo para determinar qué actos pueden tener tal consideración de tal.

Por un lado, los mismos actos deben ir “encaminados al acercamiento”, finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador. La redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción o embaucamiento, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el afecto y confianza de la víctima, tales como el envío de regalos. Ahora bien, cabría también interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio “encuentro”, avalando esta interpretación la fuente de la que procede de manera mimética el artículo 183bis: el artículo 23 del Convenio de 2007, que no habla de actos materiales “*encaminados al acercamiento*” sino “*conducentes a dicho encuentro*”. Se tratará, por tanto, de determinar si el legislador español en este punto (y sólo en este punto) ha querido deliberadamente separarse de las pautas mínimas del Convenio y dar una mayor dimensión a la regulación penal o bien se trata de una mera reminiscencia estilística de la Enmienda introducida a propuesta del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en la que se hablaba en todo momento de acercamiento, no de encuentros, y la voluntad del legislador, deficientemente expresada, fue la de mantener meramente las previsiones del Convenio.

Por otro lado, será preciso discernir si la exigencia de que los actos sean “materiales” implica que los mismos deban necesariamente repercutir y reflejarse más allá del mundo digital. En este sentido parece decantarse la interpretación del precepto que se ha hecho por gran parte de la doctrina, pudiendo así tener tal consideración actos como la reserva de una habitación de hotel.

Respecto a este planteamiento, no obstante, cabe hacer una precisión, ya que existen numerosos actos que se encuentran en la frontera entre lo físico y lo digital por participar de características de ambos y que, por tanto, podrán plantear problemas interpretativos. Así, por ejemplo, si la mencionada reserva hotelera no fuese realizada en persona o por teléfono sino mediante Internet no habría existido actuación “física”,

llegándose a la conclusión absurda de que la reserva online excluye la aplicación del tipo.

#### **4.2.5.- Finalidad del encuentro.**

Por último, el artículo 183bis del Código Penal exige que el encuentro propuesto por el delincuente responda a la finalidad de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189. Esta remisión se realiza, por tanto, a los delitos de agresión y abuso sexual (aunque al establecer el artículo 183bis que exclusivamente los menores de trece años puedan ser víctimas hubiera bastado con la remisión al artículo 183, que abarca todo abuso o agresión sexual contra los niños que no alcancen tal edad), corrupción de menores en sus modalidades de utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, elaboración de material pornográfico, distribución y otras figuras relacionadas con la pornografía infantil, así como participación en comportamientos de naturaleza sexual que perjudiquen la evolución o desarrollo de la personalidad (artículo 189). Ahora bien, la remisión en bloque al artículo 189, que supone que también que quedan comprendidos los delitos de distribución o exhibición de pornografía infantil (en este caso siendo los destinatarios los propios menores), ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina, habiéndose planteado incluso, pese al tenor literal, *“abogar por una interpretación restrictiva, que evite el riesgo de atribuir relevancia típica al hecho de pretender tan sólo exhibir o facilitar material pornográfico al menor, para uso de éste o posterior difusión de otras personas. Así, sólo quedarían abarcados por el tipo (...) los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos”*<sup>14</sup>.

La aplicación práctica del precepto, no obstante, puede verse afectada por las dificultades probatorias que derivan de la necesidad de acreditar este elemento subjetivo. Si el encuentro y el posterior delito contra la indemnidad sexual se comete (o se intenta), el castigo de la propuesta de encuentro que recoge el artículo 183bis procederá siempre que concurren los demás requisitos del tipo puesto que la finalidad del encuentro podrá, en su caso, entenderse acreditada a la vista de lo sucedido en el mismo. Los problemas se plantearán en el caso de que se interrumpa la acción del delincuente antes de que el encuentro se produzca puesto que habrá que deducir la finalidad del encuentro propuesto del contexto de la relación que se ha mantenido, según lo que resulte de las declaraciones de víctima y testigos, conversaciones que consten registradas y datos y archivos informáticos.

Además, por la forma en la que está redactado el artículo 183bis, *“proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos*

---

<sup>14</sup> TAMARIT SUMALLA, Josep María. “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, artículos 178,180, 181, 183, 183 bis CP”, en “La reforma penal de 2010: análisis y comentarios”. Ed. Aranzadi – Thomson Reuters, 2010.

*descritos en los artículos 178 a 183 y 189*”, debería entenderse que la finalidad de abuso o explotación no se refiere a la intención general del delincuente a la hora de entablar en contacto, sino al encuentro mismo. Es decir, si por ejemplo el encuentro que se ha propuesto por el delincuente al niño es, en realidad, para ir al cine, los hechos no serían delictivos aun cuando consiguiéramos acreditar que el imputado tenía perfectamente planificado desde el primer momento mantener relaciones sexuales con el menor de trece años en un segundo encuentro aprovechando la confianza generada por el primero, si tal segunda cita no ha llegado a ser propuesta.

#### **4.2.6.- Penas previstas.**

Pasando a las penas que el artículo 183bis establece, se impone para el tipo básico la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, opción que permitirá tener en consideración elementos tales como la forma en la que se ha desarrollado la relación, la afectación al menor, el tipo concreto de abuso, agresión o explotación sexual que se pretendía llevar a cabo.

Asimismo, el artículo 183bis *in fine* prevé la imposición de las penas en su mitad superior en aquellos casos en que el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño, previsión excede de las exigencias derivadas del Convenio de 2007, que no hace referencia alguna a estas circunstancias. No obstante, cabe reseñar que el auténtico *child grooming* llevará consigo en la casi totalidad de las ocasiones alguno de estos tres elementos, como se ha indicado al inicio. De otra parte, en relación a los engaños cabría plantear si cualquier engaño sería susceptible de satisfacer el subtipo agravado o si debe referirse a circunstancias esenciales que hayan sido determinantes para establecer en contacto o mantener la relación. En este sentido, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ<sup>15</sup> aboga por una interpretación restrictiva de la literalidad del precepto apuntando que tal engaño habría de ser de cierta entidad, no resultando aplicable a supuestos en que el autor del *grooming* alegue motivos no sexuales para conseguir el encuentro puesto que en tal caso la agravante devendría automática en la mayoría de los casos, desvirtuándose el sentido agravatorio del precepto. En todo caso, sea el engaño, sea la intimidación o sea la coacción, alguno o varios de éstos elementos concurrirá en la casi totalidad de los casos, dando lugar a la aplicación generalizada del precepto en su modalidad agravada, quedando el tipo básico convertido en una forma residual cuya aplicación quedará restringida a los casos en que el autor revele su identidad, su edad y sus propósitos y el menor, no obstante conocer estos datos, de manera libre y voluntaria acceda a que se dé un encuentro para mantener relaciones sexuales, participar en la elaboración de pornografía infantil u otra de las actuaciones previstas en los artículos 178 a 183 y 189 del Código Penal.

---

<sup>15</sup> RAMOS VÁZQUEZ, J. A.

([http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicaci%C3%B3n\\_de\\_Jose\\_Antonio\\_Ramos\\_V%C3%A1zquez.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292342417876?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DComunicaci%C3%B3n_de_Jose_Antonio_Ramos_V%C3%A1zquez.PDF))



Otra de las previsiones del artículo 183bis es la introducción de una regla concursal específica, dado que las penas previstas en el precepto se impondrán “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”, de manera que, en caso de que las acciones tipificadas en el precepto finalmente desembocaran en una agresión o abuso sexual o una de las infracciones del artículo 189 del Código Penal, no serán de aplicación de las reglas establecidas para el concurso de normas en el artículo 8 del Código Penal, sino que se procederá al castigo de ambas infracciones.

No obstante, la redacción de esta previsión daría lugar a que este concurso real entre infracciones resulte aplicable no sólo a los delitos contra la indemnidad sexual a que pudiera llegar a dar lugar la conducta tipificada, sino a cualesquiera otras infracciones que hubiesen podido producirse en el curso de la misma. Ahora bien, respecto de posibles delitos de amenazas o coacciones, entendemos que no cabrá apreciar delito autónomo por la coacción ejercida sobre el menor o las amenazas vertidas para intimidarle dado que su concurrencia implicará la aplicación del subtipo agravado, pudiendo incurrirse en una vulneración del principio *non bis in idem*. Apoya esta interpretación la ubicación sistemática de la referencia a la coacción y la intimidación, posterior a indicar el castigo independiente de “*los delitos en su caso cometidos*”.

Finalmente, cabe recordar que a las penas de prisión previstas en el artículo 183bis podrá sumarse la medida de libertad vigilada, al igual que en los restantes delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, conforme a la nueva redacción del apartado 1º del artículo 192 del Código Penal formulada por la Ley Orgánica 5/2010, según el cual “*A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el Tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor*”. Como vemos, atendidas las penas señaladas para el delito tipificado en el artículo 183bis, de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, y por tanto menos graves, la medida de libertad vigilada será facultativa en atención a la peligrosidad del autor siempre y cuando concurren dos requisitos: que el delincuente sea primario y que se trate de un solo delito cometido.

## **5.- CONSIDERACIONES CRÍTICAS.**

Pese a que la introducción del artículo 183bis es reciente ya se han puesto las bases de una nueva regulación de la materia en la Unión Europea mediante la Directiva 2011/92/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 y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, que regula el embaucamiento de menores por medio de medios tecnológicos con fines de naturaleza sexual exigiendo a los Estados Miembros la imposición de penas privativas de libertad máximas de al menos un año al adulto que, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, proponga encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de realizar actos de carácter sexual con el mismo o producir pornografía infantil cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro.

Al hilo de tal Directiva, el Proyecto de Ley actualmente en tramitación desplaza el actual artículo 183bis al 183 ter, con el siguiente contenido:

*“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 delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su 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.”*

Tal redacción, de mantenerse tras la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, supondrá una elevación de la edad de los trece a los dieciséis años, coherente con la elevación de la edad del consentimiento sexual que preside el Proyecto y más acorde con una protección de la adolescencia y la infancia expuesta a los riesgos derivados del uso de Internet, como se ha indicado anteriormente. Asimismo, el tratamiento separado del *child grooming* que tenga por fin la obtención de pornografía infantil libera de las restricciones que el actual 183bis impone y que, a la postre, dificultan sobremanera la aplicación del precepto para los fines que fue introducido (y ello, sin perjuicio de las nuevas dificultades interpretativas que generaría, en la redacción proyectada, la superposición de la remisión al artículo 189 en el apartado primero y la referencia a pornografía infantil en el segundo).

En su redacción actual, el artículo 183bis es de complicada aplicación práctica por las propias restricciones internas que se han indicado y que pueden llevar a hacerle aplicable sólo a casos en que se intente o consiga un contacto sexual con el menor y difícilmente a supuestos de elaboración de pornografía infantil. Ello no obstante, ya podemos encontrar alguna sentencia que ha aplicado este tipo penal, como la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz 152/2012, de

14 de Mayo, que condena por conformidad de las partes, o la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 2013<sup>16</sup>, pendiente actualmente de recurso de casación. Tanto en uno como en otro caso el artículo 183bis es apreciado en supuestos en los que el contacto telemático entre el condenado y las menores desembocó en abusos sexuales consumados, con lo que las dificultades interpretativas a las que se han hecho referencia quedaron salvadas por el propio curso de los hechos.

Por otro lado, en lo que a este tipo de elaboración de pornografía infantil mediante embaucamiento de menores se refiere, habrá que tener en consideración un efecto colateral de la reforma de 2010 sobre el artículo 189 del Código Penal. A fin de ampliar el listado de conductas relacionadas con la producción de la pornografía infantil y tipificarlas, se introdujo en el artículo 189.1.a) dos nuevas conductas, la captación de menores de edad y la obtención de lucro con las actividades descritas. Pese a que tal innovación a priori puede ser considerada como de escasa trascendencia práctica<sup>17</sup>, ha de tenerse en cuenta que por “captar” considera la Real Academia Española “atraer a alguien, ganar la voluntad o el afecto de alguien”. Así pues, la consumación del tipo se produciría en el momento en que el menor de edad – o incapaz- es captado para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, si necesidad de que tal participación se llegue a producir. De esta manera, si por medio de tecnologías de la información o de la comunicación un delincuente contactase con un menor de edad o un incapaz y, tras ganarse su voluntad o confianza por los medios de que haya podido servirse, lograrse que el mismo estuviese dispuesto a posar ante la webcam de forma sugerente, exhibiéndose desnudo y mostrando sus genitales, los hechos podrían llegar a integrar el tipo previsto en el artículo 183bis pero supondrían, asimismo, una captación del menor para la elaboración de pornografía infantil. Comparando ambos tipos penales, comprobamos que en el caso planteado sólo si la víctima tuviese menos de trece años podría valorarse la aplicación del artículo 183bis; por el contrario, el artículo 189.1.a) no hace más exigencia que la de la minoría de edad o incapacidad, dando así cabida a los supuestos más frecuentes de víctimas de esta captación, los adolescentes, y ampliando su cobertura a los incapaces, no contemplados en el artículo 183bis pese a la vulnerabilidad que puedan presentar a la captación. Por otra parte, el artículo 189.1.a) no hace referencia alguna a actos especiales de ningún tipo, por lo que se prescinde del debate entre actos virtuales, digitales o materiales, así como la finalidad que deben tener los mismos y si deben dirigirse propiciar el encuentro o a estrechar la relación; de la misma manera, la ausencia de toda referencia a “encuentros” evita la complejidad de determinar qué debe interpretarse por tal, de manera que nada impide que el mismo se verifique en una comunicación

---

<sup>16</sup> En este caso, expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Fundamento Jurídico Primero que “*Concurren en el mismo todos los elementos del delito como son el contacto con el menor, que en aquel momento contaba con once años de edad, la propuesta de concertar un encuentro con fines sexuales y la existencia de actos materiales encaminados al acercamiento, puesto que el acusado llegó a realizar una visita al domicilio de aquél tras averiguar su dirección y asegurarse de que iba a estar solo en casa*”.

<sup>17</sup> DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Diario La Ley, Nº 7715, Sección Doctrina, 14 Oct. 2011, Año XXXII, Ed. LA LEY.

mediante videoconferencia a través de la webcam de los equipos de víctima y delinciente. Finalmente, cabe apuntar que la pena para la captación del artículo 189.1.a) es de 1 a 5 años, muy superior a las penas de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses previstas para el caso del artículo 183bis. Por tanto, en caso de que un supuesto de hecho de captación hipotéticamente resultase subsumible en cualquiera de los dos, coincidiendo además la finalidad pretendida por el autor del delito y el bien jurídico protegido, sería de aplicación el principio de alternatividad del artículo 8.4 del Código Penal en favor del artículo 189.1.a), con pena más grave. En conclusión, hablando de la protección de los menores en Internet para evitar su participación en la elaboración de pornografía infantil, el artículo 183bis será difícilmente aplicable tanto por las trabas que el propio legislador ha puesto al precepto como porque los mismos hechos, con mayor pena y sin esas trabas, son castigados en el artículo 189.1.a) del Código Penal.