

“Problemas concursales más habituales en la nueva regulación del denominado delito de *childgrooming*(art. 183 ter 1 código penal)”

**José Díaz Cappa.-
Fiscal**

**(Delegado de las Secciones de Menores y Criminalidad Informática)
Fiscalía Superior de la CCAA de Les Illes Balears**

www.josediazcappa.com

jose.diaz@fiscal.es

**"Jornadas de especialistas en criminalidad informática"
16-17 febrero 2017. Madrid.**

RESUMEN

El presente trabajo no tiene como finalidad un estudio en profundidad del denominado delito de childgrooming del art. 183 ter 1 del vigente Código Penal, sino presentar ciertas pautas jurisprudenciales y teóricas básicas, así como posibles soluciones jurídicas, que puedan ser discutidas en el foro correspondiente y sirvan de elementos reales de resolución de uno de sus principales problemas de su aplicación: la casi segura colisión con otros preceptos penales en tanto se configure como delito de riesgo, de preparación para otros, y que necesitarán de las reglas concursales del ordenamiento jurídico penal para su solución, ya sea para impedir la doble incriminación (non bis in idem) en forma de concurso de normas (o leyes), o para la adecuada determinación de la regla penológica más correcta, mediante la aplicación de las reglas generales del concurso de delitos.

En tal sentido, y con una finalidad eminentemente práctica, se hace especial referencia, además de a otras, a tres sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la pionera de 24 de febrero de 2015, que, sin duda, aun con referencia a la nomenclatura del anterior art. 183 bis, son perfectamente trasladables a su actual redacción.

En base a ello y a pautas teóricas de normal consideración, se avanzan algunas posibles pautas de resolución de concurrencias normativas o delictivas en las que, una vez más, la clave suele estar en el bien jurídico protegido, lo que a veces, y en los casos de preceptos nacidos con una acusada dosis de pluriofensividad, como el que es objeto de estudio, puede suponer más una dificultad que una ayuda.

SUMARIO

1. ACTUAL Y ANTERIOR REGULACIÓN DEL DENOMINADO DELITO DE CHILDGROOMING (ART. 183 TER 1 CÓDIGO PENAL (CP). ASPECTOS BÁSICOS

1.1. POSIBLES PROBLEMAS CONCURSALES MÁS COMUNES ENTRE EL ART. 183 TER 1 CP Y OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

1.1.1. El inciso “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Concurso con el art. 183 CP. (abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años)

1.1.2. El inciso “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Concursos con los diversos tipos penales del art. 189 del CP (pornografía infantil, corrupción de menores)

1.1.3. El inciso “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Concurso con art. 188.1 y 4 del CP (prostitución, corrupción de menores)

1.1.4. El inciso “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. La cuestión de la posible colisión entre el art. 183 ter 1 en su consideración con otros delitos (abusos, prostitución, etc.) en grado de tentativa

1.1.5. El último inciso del art. 183 ter 1 del CP: “Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”. Concurrencia con otros tipos penales referidos a bienes jurídicos diferentes

1.1.6. Concurrencia del art. 183 ter 1 con otros preceptos relacionados con el mismo bien jurídico: 183 bis, 183 ter 2, 185 y 186

1.1.7. Contactos físico y tecnológico acumulados

1.1.8. Pluralidad de víctimas

1.1.9. El consentimiento del menor

1.1.10. Conclusiones



Centro de
Estudios
Jurídicos

1. ACTUAL Y ANTERIOR REGULACIÓN DEL DENOMINADO DELITO DE *CHILDGROOMING*¹ (183 TER 1 CP). ASPECTOS BÁSICOS.-

El actual artículo 183 ter 1 del Código Penal (CP), en su redacción dada por L.O. 1/2015 de 30 de Marzo, dispone que:

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.*

Le sigue un segundo párrafo², de nuevo cuño³:

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 un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

El precedente del citado artículo 183 ter 1, el 183 bis, en su redacción inmediatamente anterior, decía:

“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, 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”.

Como puede observarse, las principales modificaciones del precepto estriban, básicamente, en la modificación de la edad de los posibles sujetos pasivos (pasando de trece a dieciséis años), de acuerdo con el nuevo rótulo general del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código Penal; en la eliminación de la referencia al art. 178 por estar ya recogidas las posibles conductas típicas del mismo en la redacción actual del artículo 183 del mismo texto legal; así como la inclusión, *ex novo*, del mencionado nº 2 del 183 ter, tipificando de

¹Convenio 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. art 23. *Proposiciones a niños con fines sexuales: Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.*

²Este nº 2 del art. 183 ter responde a una parte de lo que en la práctica delictiva relacionada se viene denominando como *sexting*, anglicismo con el que viene a compartir protagonismo en la actualidad con la conducta definida en el art. 197.7 del CP e incluso con el art. 189. 1 b) del mismo texto legal, cuando a la autoproducción de imágenes o videos de contenido sexual de menores va seguida la distribución que en aquel último se señala. Y ello, en tanto el termino *sexting* viene inicialmente a significar, como se indica por ejemplo en Wikipedia (<https://es.wikipedia.org/wiki/Sexting>) una conducta previamente definida por la auto-elaboración de material sexual (y/o pornográfico).

³Sólo me referiré al mismo en este trabajo de forma tangencial. Vid. Decisión Marco 2004/68/JAI.

forma independiente la conducta de embaucamiento a menor de dieciséis años para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas de un menor⁴.

1.1. POSIBLES PROBLEMAS CONCURSALES MÁS COMUNES ENTRE EL ART. 183 TER 1 Y OTRAS FIGURAS DELICTIVAS.-

1.1.1. El inciso “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. Concurso con art. 183 del CP(abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años).

Tanto la anterior redacción del tipo penal mencionado, como la nueva, contienen el citado inciso, *a modo de regla concursal implícita*, que parece inicialmente resolver la situación concursal más normal que pudiera suceder, esto es, que finalmente, tras la conducta definida en el precepto citado, se llegarán a realizar también alguna o algunas de las conductas definidas en los artículos 183 y 189 del CP.

En este sentido, y siguiendo la *STS de fecha 10 de diciembre de 2015*⁵- que servirá de guía para otras consideraciones posteriores-, ante un supuesto de hecho como el planteado, en el que el Ministerio Fiscal entendía que “ *los delitos de abuso o agresión sexual tipificados en el art. 183 CP no absorben la eventual tipicidad previa del art. 183 bis...*” pues “*...cabría entre ambos una relación de concurso real (en su caso, medial)*”, apoyándose el Ministerio Público en el inciso del art. 183 bis (anterior), que dispone “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos cometidos en su caso*”, discrepando así de la “*sentencia de instancia que considera que se trata de un concurso de normas penales (de leyes) a solventar con aplicación del art. 8.3 CP(principio de consunción lex consumens derogat consumpta): el delito del art. 183 operaría como lex consumens*”.

El TS, desestimando el recurso del Ministerio Fiscal, viene a resolver la cuestión del siguiente modo: “*No podemos estimar el recurso del Fiscal. Estamos ante dos conductas que tutelan un mismo bien jurídico*⁶. Esa constatación ya proporciona un claro indicador de exclusión del concurso de delitos. La precisión legal -cláusula concursal- que invoca el Ministerio Fiscal es argumento de peso pero no es rotundamente concluyente. Permite otra lectura más armónica con la implícita prohibición constitucional del bis in idem (art. 25 CE), plasmada hoy en textos internacionales de directa aplicación. Tal cláusula obligaría a tomar en consideración otras

⁴Vid. comentarios en notas 1 y 2.

⁵STS 5809/2015 Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección: 1 N° de Recurso: 912/2015 N° de Resolución: 864/2015 Fecha de Resolución: 10/12/2015 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA.

⁶ No es posible entrar en este breve trabajo a profundizar en la disyuntiva teórica que necesariamente ha de proclamarse en relación con el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, respecto del que se ha considerado incluso, en un sentido muy amplio, que lo es la defensa de la infancia o la adolescencia en general. Dejando solo la disputa en el binomio libertad/indemnidad (recordemos que el rótulo del Título VIII del Libro II del CP es “*delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, en plural), es muy posible que el término “libertad” acoja las referencias a la proyección dispositiva del concepto, a las posibilidades de cualquier persona de autodeterminación en tal sentido, y que el término “indemnidad” haga referencia a la proyección física del mismo y a la promoción sexual inadecuada, con la importancia, en su caso, a la hora de resolver un posible concurso de normas, como veremos. Es decir, el posible carácter pluriofensivo del precepto puede, in duda, hacer reconducibles las reglas concursales hacia uno u otro sentido. Esto es, que ante un supuesto en que el bien jurídico protegido fuera en uno de los preceptos en concurso, la libertad sexual, y en otro, la indemnidad sexual, se podría entender que lo debiera operar no es el concurso de normas, sino el de delitos, a pesar de tratarse de bienes jurídicos sin duda cercanos y de tratamiento unitario en muchos casos.

tipicidades cometidas, bien para imponer las respectivas penalidades (si cabe el concurso de delitos: v.gr., amenazas,...), bien para desplazar a esta (si estamos ante un concurso de normas). En este supuesto concreto esto último es lo que sucede. Los abusos o agresión sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva.”.

El Alto Tribunal, al resolver el citado recurso en tal sentido, realiza previamente un análisis de la disyuntiva entre *concurso de delitos y concurso de normas o leyes*, que se plasma luego de forma decidida en la resolución de los problemas concursales propios del tipo penal estudiado. Dice al respecto la referida Sentencia que “(...) *La doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables (SSTS. 1424/2005m, de 5.12, 1182/2006, de 29.11, 1323/2009 de 30.12). Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado”.*

Y lo hace siguiendo el camino ya iniciado, anteriormente, en la STS de 24 de febrero de 2015⁷ disponiendo que “*En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4 , el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo)”.*

Asimismo, la argumentación citada venía ya también dibujada por las consideraciones contenidas en la STS de 22 de septiembre de 2015, cuando explicaba que “*Analizamos la impugnación desde esa doble perspectiva. Para el examen de la tipicidad forzosamente hemos de referirnos a la STS 97/2015, de 24 de febrero, primera que se dictó sobre este nuevo tipo penal introducido en la reforma del Código penal de 2010, LO 5/2010(...)*El término “*child grooming*” se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor. Se trata de un delito de peligro en cuanto se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años, no requiere por lo tanto un contacto físico entre agresor y agredido(...)*En este caso el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio,*

⁷ STS 823/2015 Id Cendoj: 28079120012015100113 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 24/02/2015 N° de Recurso: 1774/2014 N° de Resolución: 97/2015 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años (16 en la actualidad) puede entenderse típica la conducta”.

Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, la resolución del concurso entre la conducta del art. 183 ter 1 y las del 183 (abusos y agresiones sexuales) deberán ser objeto de solución como concurso de normas, y no de delitos, por atentar ambas conductas al mismo (o similares bienes jurídicos⁸) que de otro modo infringiría el “*ne bis in idem*”⁹, siendo aplicable el art. 8.3, principio de consunción, en el que el art. 183 operaría como *lex consumens*, impidiendo la consideración del delito de *childgrooming*.

Adelantaré aquí mi discrepancia, meramente metódica que no práctica, con la aplicación del nº 3 del art. 8 como regla principalmente aplicable, pues, si el principio de consunción debería normalmente operar cuando un tipo penal deba relegar a otro porque el primero contenga ya el desvalor del segundo, aunque por causas distintas a la especialidad¹⁰ y a la subsidiariedad, y que la ésta, la subsidiariedad (art. 8.2 CP) debería operar fundamentalmente en los casos en que el delito de lesión venga a contener ya con su resultado el desvalor del de peligro, podría quizás ser esta última la norma más apropiada para la resolución del conflicto normativo generado.

1.1.2. El inciso “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. Concursos con los diversos tipos penales del art. 189 del CP (pornografía infantil, corrupción de menores).

Aun con lo expuesto, habría que preguntarse si la citada regla, parece que jurisprudencialmente consagrada, de abogar por el concurso de normas o leyes, mediante la aplicación del art. 8.3 del CP (regla de consunción), -o quizás mejor, como expuse, el nº 2 del mismo precepto, relativo a la subsidiariedad-, en los casos expuestos, es posible hacerla extensiva también a los diferentes casos de concurrencia con los diversos delitos definidos en el art. 189 del CP.

Partiendo de la tesis marcada sobre la importancia del bien jurídico protegido y de la eliminación de las posibilidades de vulneración del “*non bis in idem*”, parecería que la solución concursal habría de ser la misma, si bien, en estos casos, habría que considerar la aplicación de la regla del nº 4 del art. 8 del CP, (alternatividad), optando por la aplicación de la pena correspondiente al delito más grave.

El bien jurídico protegido, la libertad e indemnidad sexual de los menores, parece concurrente también en estos casos¹¹. En relación, sin embargo, con la posible justificación en una hipotética vulneración del *bis in idem*, la reflexión jurídica debe apuntar más allá de las reglas del concurso de normas (de leyes) de los nº 1, 2 o 3 del CP, por cuanto, realmente, la conducta del artículo 183 ter 1, a diferencia de los casos

⁸ Vid nota 6.

⁹ Siempre que, evidentemente, se den las necesarias premisas de coincidencia entre sujetos, hecho y fundamento.

¹⁰ En cuanto al principio de especialidad (art. 8.1 CP) no parece aplicable en estos casos, pues no se trata de supuestos en los que un tipo penal contenga todos los elementos del otro y otros extras, que permitieran inicialmente su consideración.

¹¹ Sin perjuicio de su discusión en base a nociones de ausencia de antijuridicidad material (Vid. Circular 2/2015 de la FGE sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015 (págs. 25 y 26)

en que concurre con las conductas del art. 183, -que exigen un ineludible contacto físico y convierten realmente al primer precepto en un mero acto preparatorio impune permitiendo la aplicación de las reglas de consunción, especialidad o subsidiariedad-, no parece cohonestarse fácilmente cuando concurriera con todas las conductas del art. 189 del CP, al no servir como argumento su mera consideración como delito de riesgo, o incluso, en algunos casos, la coincidencia de mismo bien jurídico¹².

Sin duda, la remisión genérica al art. 189 con todos sus apartados, no aparece muy congruente, y como dice Elena Górriz Royo¹³: “*algunas posturas doctrinales propusieron realizar una interpretación restrictiva de la remisión del art. 183 bis CP, de modo que solo se integrara por las conductas de pornografía infantil del art. 189.1.a) CP, en la línea de lo que apuntan las normas internacionales que conectan los delitos de child grooming con la pornografía infantil (v. gr. la Convención europea de 2007)*”

Solución que comparto y planteo en los siguientes párrafos.

Así, en el caso de que el art. 183 ter 1 concurriera con el tipo del art. 189. 1 a)¹⁴, que vendría a apuntar al contacto físico y real necesario para llevar cabo las acciones que el mismo menciona (captar, utilizar, elaborar, financiar o lucrarse), y coincidiendo creo en argumento con las sentencias antes mencionadas, no habría problema en considerar su misma solución concursal en base a las reglas de los nº 2 y/o 3 del art. 8 del CP. Parece ineludible pensarlo así en relación con la conducta de captación (que parece recoger en el propio término la secuencia delictiva del art. 183 ter 1) y, asimismo, en los casos de la “utilización” y “elaboración”, que vienen a presumir ese contacto físico con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.¹⁵ De igual modo en los casos de financiar o lucrarse, en tanto tales acciones hacen referencia a la existencia de aquellas actividades, aunque se desarrollen por otras personas.

Sin embargo, tal solución no sería válida para los supuestos de las conductas del art. 189 1. b)¹⁶ concurriendo con el 183 ter 1. Si se parte de la base de que las conductas a llevar a cabo conforme al art. 189.1 b) son las que resultaren del material pornográfico obtenido con los sujetos pasivos iniciales conforme al art 183 ter 1, es evidente que en algún momento ha tenido que concurrir alguna de las conductas del art. 189.1 a), en cuyo caso, sería este el de aplicación subsumiendo aquella conducta

¹²Vid. nota 6.

¹³“On-line child grooming” en Derecho penal español .El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter.1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de Marzo), Elena Górriz Royo, Universidad de Valencia, publicado en InDret, www.indret.com).

¹⁴1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:*

a) *El que capture o utilicare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.*

¹⁵Y ello sin perjuicio de que, en tales casos y para tales fines, se llevaran a cabo conductas propias del art. 183 del CP, en cuyo caso deberían reformularse las posibles situaciones concursales con dicho precepto.

¹⁶ b) *El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.*

inicial de *grooming*, por lo que el conflicto concursal sería finalmente el planteable, como concurso delitos (seguramente medial) entre las conductas del 189.1 a) y b), siendo que el planteado entre el 183 ter 1 y el 189.1 a), se resolvería, como expusimos antes, mediante el concurso de normas.

Sin embargo, y adelantando supuestos a considerar más tarde, en los supuestos de concurrencia entre el art. 189. 1 b) y el n° 2 del art. 183 ter¹⁷, parece que la regla concursal más apropiada sería, nuevamente, la del art. 8.3 de CP.

Asimismo, serían las reglas del concurso de delitos y no el de normas el debería aplicarse en los casos de *concurrència del art. 183 ter 1 con las conductas de los n° 4 y 5 del art. 189* (asistencia a espectáculos –de difícil concurrencia en todo caso- y posesión y acceso a pornografía infantil).¹⁸

En todos estos últimos casos, realmente, la conducta del art. 183 ter 1 no se circunscribe tampoco a ser un mero acto preparatorio “eliminable” tras la constatación de otros posteriores que lo enjugaran por contener plenamente su propio y particular desvalor, sino que se mantiene incólume e indiferente para la posible justificación típica de las nuevas conductas.

Así, considerando que, en todo caso, las posibilidades de concurso con aquellas conductas del art. 189 ajenas al posible contacto físico propio de una dinámica de acercamiento resultan escasamente concebibles, podríamos resumir, en atención a la remisión genérica que hace el art. 183 ter 1 a aquel, las siguientes posibles reglas concursales:

- a) En caso de concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.1 a), (*captación/utilización/elaboración/financiación/lucro*) y en consideración a la afectación del mismo o similar bien jurídico y de la existencia de una relación de progresividad delictiva entre delito de riesgo/ delito de lesión, sería de aplicación el *concurso de normas* (art. 8.3 –*consunción-* o art. 8.2 –*subsidiariedad-*)¹⁹
- b) En caso de concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.1 b), (*producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de tales conductas*), y partiendo de la base de que las conductas a llevar a cabo conforme al art. 189.1 b) son las que resultaren del material pornográfico obtenido con los sujetos pasivos iniciales conforme al art 183 ter 1, es evidente que en algún momento ha tenido que concurrir alguna de las conductas del art. 189.1 a), en cuyo caso, sería este el de aplicación subsumiendo, como vimos, aquella conducta inicial de *grooming*, por lo que el *conflicto concursal sería*

¹⁷2. 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 un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

¹⁸ En los supuestos de concurrencia entre los n° 4 y 5 del 189 con el n° 2 del art. 183 ter, parece que la regla concursal más apropiada sería, nuevamente, la del art. 8.3 de CP cuando lo hiciera con el n° 5 (posesión y acceso) y las reglas propias del concurso delitos para los supuestos de concurrencia con el n° 4 (asistencia a espectáculos).

¹⁹Vid. lo ut supra comentado al respecto, extensible a referencias posteriores sobre la misma cuestión.

finalmente el planteable, como concurso delitos (seguramente medial) entre las conductas del 189.1 a) y 189.1 b), siendo que el planteado entre el 183 ter 1 y el 189.1 a), se resolvería, como expusimos antes, mediante el concurso de normas.

- c) En caso de concurrencia del *art. 183 ter 1 con art. 189.4 (asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos)*. En estos casos sólo parece viable la consideración de un *concurso real de delitos*, en tanto si bien podría concebirse una cierta identidad de bien jurídico, la ausencia de progresividad delictiva propia entre las conductas debería relegar la posible aplicación de un concurso de normas.
- d) Concurrencia del *art. 183 ter 1 con art. 189.5, (posesión de pornografía infantil para uso privado o acceso a sabiendas)* En estos casos sólo parece viable también la consideración de un *concurso real de delitos* (medial en su caso si en la dinámica del art. 183 ter 1 se han obtenido imágenes pornográficas del sujeto pasivo), en tanto si bien podría concebirse una cierta identidad de bien jurídico, la ausencia de progresividad delictiva propia entre las conductas debería relegar la posible aplicación de un concurso de normas.
- e) Finalmente, y al margen como dijimos del tema principal objeto de tratamiento, habrá que entenderse que, en los casos de concurrencia del *art. 189 ter 2, con las conductas de los arts. 189.1 b) y 189.5 (posesión y acceso)*, la solución estribaría, de nuevo, en el *concurso de normas*, y en caso de concurrencia con la conducta del *189.4 (asistencia a espectáculos exhibicionistas o pornográficos)*, las del *concurso de delitos*.

Tales reglas deberían luego extenderse a las posibles calificaciones penológicas que a cada precepto pudieran ser aplicables a los arts. 189.1 a) y b) del CP conforme a la jurisprudencia ya emanada al respecto y, en su caso, al n° 3 del art. 189 (violencia o intimidación).

1.1.3. El inciso “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Concurso con art. 188.1 y 4 del CP (prostitución, corrupción de menores).

Otro de los supuestos más normales de colisión jurídica es el que produce entre el art. 189 ter 1 y el actual art. 188.1 y 4 (prostitución de menores y relaciones sexuales con menores a cambio de remuneración o promesa), todos del CP.

Planteado tal supuesto de hecho, la STS antes citada²⁰ de 24 de febrero de 2015, viene a resolverlo como sigue, si bien con referencias al antiguo art. 187 (hoy 188): “*en relación con el art. 183 bis (grooming) la sentencia de instancia considera que los hechos pueden ser calificados como un delito de corrupción de menores de 13 años a través de la tecnología de la información y comunicación previsto y penado en el art. 183 bis, comúnmente conocido como delito de grooming y que también pueden ser calificados como integrantes del art. 187.1 y 2 (delito de prostitución y corrupción de menores) y al tratarse de dos preceptos que tienen el mismo bien jurídico protegido, aplica el art. 187 por contener la pena más grave.*

Considera al recurrente que el art. 183 bis es un tipo penal específico referido a conductas que el legislador ha querido regular y castigar por separado por lo que, en virtud de la regla 1ª del art. 8

²⁰ver nota 7.

CP, la Ley especial deroga la general y debe aplicarse el art. 183 bis. Añade que, en ningún momento, la sentencia aduce que aplica el art. 187 por contener los hechos algún matiz o característica que los aparte del delito previsto en el art. 183 bis, al limitarse a argumentar que, pudiendo ser enjuiciados por los dos tipos penales, ha de aplicarse el que contenga la pena más grave, en virtud de lo dispuesto en el art. 8.4 CP..., "(...) Llegados a este punto el problema que se suscita es que el delito del art. 187 no está incluido entre aquellos a los que se encamina el encuentro del art. 183 bis, esto es los descritos en los arts. 178 a 183 y 189 CP, por lo que se plantea cual sea su relación concursal, que tanto la sentencia recurrida como el propio recurrente considera que es un concurso de normas, discrepando que apartado concreto del art. 8 CP, debe ser el aplicado; por entender éste que el art. 183 bis es un tipo penal específica que debe aplicarse en virtud de la regla 1ª del art. 8.(...) En el caso analizado no cuestionándose en esta vía casacional la existencia de un concurso de normas deberá aplicarse el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP, sin que en contra de lo sustentado en el recurso puede sostenerse que el delito del art. 183 bis sea un precepto específico respecto al art. 187.1 en su modalidad de solicitud a cambio de una remuneración o promesa de una relación sexual con persona -en este caso- menor de 13 años, según el relato fáctico de la sentencia el acusado en diversas ocasiones solicitó al menor quedar para "follar" o "hacer un 69" a cambio de dinero y dependía del tiempo y el acto que el menor estuviera dispuesto a realizar- remuneración o promesa que no se recoge en el art. 183 bis CP, por lo que aquel debe ser el aplicado, máxime cuando se trata de un delito de mera actividad o de resultado cortado, sin que sea preciso que la iniciación o dedicación a la prostitución llegue a producirse".

Como se puede observar, el TS no duda de nuevo en la aplicación de las reglas del concurso de normas, avalando en este caso la del nº 4 del art. 8 (alternatividad) con la consecuente elección por el delito con mayor pena.

De nuevo, entiendo, que, sin dudar de la existencia de un concurso de normas, la regla a aplicar debería quizás ser la del nº 2 (subsidiariedad), -o la alternatividad del nº 3 del mismo precepto-, que implicaría el reconocimiento de que, como en el caso citado y en otros anteriormente mencionados, los delitos de peligro concreto son subsidiarios frente a los delitos de lesión.

Es interesante también en relación con el apartado estudiado, como la inclusión en la dinámica de toma de contacto a que se refiere el art. 183 ter 1 actual, de remuneraciones o promesas ofrecidas al menor a cambio de practicar actividades sexuales, configura la existencia del art. 187 y no la aquel, como la seleccionable como solución del concurso, aunque en estos casos, no exista siquiera contacto físico posterior con el menor. Así, la SAP²¹ de Castellón de 31 de Marzo de 2015, viene a concluir, de nuevo con referencias a tipos penales ya reenumerados, que "El artículo 183 bis, introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, castiga el internacionalmente denominado "child grooming", sancionando las conductas de personas adultas que, a través de las nuevas tecnologías (Internet, teléfono u otras similares) se ganan la confianza de menores de trece años con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. En principio, el legislador extiende la punibilidad a la mera "toma de contacto" en Internet, a través de los Chats, o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, con pretensiones de carácter sexual, exigiéndose, además que tal oferta vaya acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. De este modo, se trataba de poder adelantar la intervención a supuestos que estructuralmente tienen rasgos en común con los actos preparatorios de los delitos sexuales a cuya comisión se orienta, pero su gravedad va más allá de la propia de éstos. Por otro lado, el artículo

²¹ SAP CS 215/2015 - ECLI: ES:APCS:2015:215 Id Cendoj: 12040370012015100104 Órgano: Audiencia Provincial Sede: Castellón de la Plana/Castelló de la Plana Sección: 1 Fecha: 31/03/2015 Nº de Recurso: 66/2015 Nº de Resolución: 142/2015 Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO Ponente: ESTEBAN SOLAZ SOLAZ

187.1.II, introducido igualmente en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, castiga la corrupción de menores tipificando expresamente la conducta del cliente del menor, de acuerdo con las previsiones de la Decisión Marco 2004/68/JAI [art. 2.c .ii], de manera que la solicitud, aceptación u obtención, mediante remuneración o promesa, de los servicios sexuales de cualquier menor deviene típica en todo caso, al margen de su edad, de la reiteración o no de los actos o de su situación previa (si el menor estaba ya prostituido o no), siendo irrelevante a estos efectos el modo y forma en que se lleve a cabo la solicitud o propuesta de favores sexuales con tal de que conste su efectiva proposición, y sin necesidad de que se consumen dichas relaciones sexuales que, en su caso, darían lugar al subtipo agravado del apartado 5 del artículo 187 CP (...) conducta que se subsume claramente en el tipo penal previsto en el artículo 187.1.II CP, pues a la solicitud de una relación sexual efectivamente realizada a un menor de edad (...), con independencia del medio o modo en que se comunique la misma (directa o través de medios telemáticos, telefónicos u otros similares), se anuda el elemento objetivo que caracteriza este tipo penal, y que lo diferencia del tipo del art. 183 bis CP, relativo a "la remuneración o promesa" ofrecida al menor a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, lo que se materializó en la promesa de dar al menor "dinero, porros y una play station 3", y que determina la calificación jurídica de los hechos como constitutivos de un delito de corrupción de menores del artículo 187.1.II".

En tales casos, pues, debe de nuevo operar como solución la aplicación del concurso de normas, aunque entiendo que, en este caso, podría de nuevo proceder la aplicación de los criterios de consunción o subsidiariedad antes que el genérico de la alternatividad relacionado en las citas jurisprudenciales anteriores.

Finalmente, no podemos olvidar que, el nº 5 del art. 188 dispone, asimismo, de una regla concursal implícita, a modo de las del 183 ter 1, al establecer que "5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección", la cual, del mismo modo, vendría a llevar a las mismas consideraciones anteriores.

1.1.4. El inciso "sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos". La cuestión de la posible colisión entre el art. 183 ter 1 en su consideración con otros delitos (abusos, prostitución, etc.) en grado de tentativa.

Es sin duda planteable desde el punto de vista doctrinal y teórico, pero también desde el jurídico, que la conducta definida en el art. 183 ter 1 del CP pudiera pasar por concebirse a modo de secuencia intentada de alguno o algunos de los delitos del art. 183 o 189 del CP. Sin embargo, con tal interpretación se perdería la propia esencia y consideración penal que el legislador ha querido darle al mismo, con entidad suficiente como para constituir un tipo penal autónomo. Por lo tanto, tal conceptualización no puede usarse a modo de resolución del conflicto o de argumentación de su casuística. En este sentido, es de nuevo la STS 527/2015, 22 de septiembre, tantas veces aludida, la que nos da el contrapunto necesario para una, entiendo, correcta configuración jurídica de la solución en la que se cuestiona que la consumación del art. 183 ter 1 sea por sí misma el inicio de la ejecución de un tipo penal diferente a modo de tentativa. Se dice en la misma que se "Cuestiona en el primer motivo la absolución de los delitos de abuso sexual intentado y de prostituir a una menor, también en tentativa. La sentencia es clara en la redacción de un hecho y lo motiva, en el que el acusado realiza un acto de aproximación y contacto con la menor pero ese contacto no llega a materializarse porque los padres de la menor se personaron en la estación de trenes donde no llegó a dar inicio la ejecución de los actos de abuso y de prostitución de la menor que el acusado había proyectado realizar y que no se dio comienzo a la ejecución. Como señala la sentencia el delito de peligro se consumó en tanto que el de lesión quedó en mera preparación al no darse inicio a la ejecución del delito de lesión. La motivación es precisa y acierta en la explicación sobre la cláusula concursal del art. 183 bis, al requerir que el delito de lesión se inicie en su ejecución

con actos inequívocos de ejecución que superen la mera preparación. En ese sentido el acercarse a la estación y hablar con ella, no inicia la tipicidad del delito de abuso sexual. Como antes se señaló el delito de lesión absorbería el de peligro”.

1.1.5. El último inciso del art. 183 ter 1 del CP: “Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”. Concurrencia con otros tipos penales referidos a bienes jurídicos diferentes.

Al hilo de lo anterior, lo resuelto en la anterior sentencia no es modo alguno baladí. El artículo 183 ter 1 del CP actual, dice en el último inciso, -ampliando las consideraciones del Convenio de 2007 entre otros-, que “*Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”. Lo que inicialmente parece suponer un simple subtipo cualificado, no lo es tanto cuando, para su posible aplicación, el legislador establece que lo que se debe obtener con coacción, intimidación, o engaño, es, precisamente, el acercamiento, esto es, lo que el citado precepto viene a concebir como “actos materiales encaminados al acercamiento”, último paso de la estructura típica objetiva. Como dice la STS de 22 de septiembre de 2015 “*El legislador solo ha concretado en cuanto a la naturaleza del acto que tiene que ser material y no meramente formal y su finalidad encaminada al acercamiento. Estamos ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos. En todo caso los actos deben ir "encaminados al acercamiento", finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio "encuentro".*”

Así planteado, el acercamiento logrado con coacción o intimidación, podría no ser otra cosa que una conducta delictiva en sí misma (amenazas, coacciones...) que determinaría, a pesar de existencia de dualidad de bienes jurídicos, la necesidad de aplicar la regla del último inciso del art. 183 ter 1 citado, como regla de concursal expresa, evitando posibles condenas por los tipos penales con los que concurre.

En base al inciso citado, habría que entender que, si como ocurre por ejemplo en el robo con intimidación y la detención ilegal, se trata de la realización de una *conducta intimidatoria o coactiva cercana a las necesidades del hecho típico* que se lleva a cabo, vendría a formar parte de la cláusula citada, de tal manera que la solución vendría de la mano del *curso de normas, aplicándose expresamente la agravación prevista* en el último inciso citado²².

Sí, de otro modo, *la conducta intimidatoria o coactiva, por su gravedad, entidad o circunstancias* deviniera en cierto modo innecesaria para la operatividad de

²² La STS 24/01/2017 N° de Recurso: 10143/2016Id Cendoj: 28079120012017100058 N° de Resolución: 23/2017 Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON, recoge en su FJ 5 que “*Como ha establecido esta misma Sala en la STS 480/2016, de 2 de junio, la amenaza de difusión de vídeos fotografías tomadas a la menor en actitudes pornográficas, para que acceda a continuar los contactos sexuales, y permita el acceso carnal, puede calificarse de seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado, por lo que constituye intimidación. En consecuencia, las actuaciones realizadas cuando la víctima alcanzó los trece años, con la intimidación de desvelar los vídeos grabados sin consentimiento de la menor conteniendo las relaciones sexuales entre el acusado y su víctima, constituyen delitos de agresión sexual, y no de simple abuso*”.

la conducta típica inicial, la regla aplicar sería la del *concurso de delitos*. Así por ejemplo el art. 169.1º, tipificando la amenaza imponiendo cualquier otra condición y consiguiendo su propósito y castigando la conducta en su mitad superior “*si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono, o por cualquier medio de comunicación...*”

En el caso de concurrir el *engaño*, podríamos plantarnos que el mismo, que sí podría ser determinante en caso de víctimas mayores de 16 años, no vendría a ser sino una exasperación penológica a una situación que, en cierto modo, forma ya parte de la dinámica del propio art 183 ter 1 desde el principio y que no se colige bien con tipos penales en los que se parte de un ineficaz posible consentimiento del menor.

1.1.6. Concurrencia del art. 183 ter 1 con otros preceptos relacionados con el mismo bien jurídico²³: 183 bis, 183 ter 2, 185 y 186.-

La posible concurrencia de las conductas mencionadas en el dichos preceptos (determinación a participar en comportamientos de naturaleza sexual o a presenciar actos de carácter sexual o abusos sexuales; embaucamiento para facilitación de material pornográfico o muestra de imágenes pornográficas de menores; y exhibicionismo y provocación sexual) como parte y forma de llevar a cabo la estrategia de acercamiento prevista en el nº 1, podría suponer sin duda la existencia de un concurso de normas a resolver conforme a la regla de la alternatividad²⁴. En otro caso, esto es, como actividad típica ajena a la fórmula de obtención del acercamiento, y como en los de concurrencia con la posesión de pornografía infantil para uso privado, la regla a aplicar podría ser la del concurso de delitos.

1.1.7. Contactos físico y tecnológico acumulados.

La STS de 24 de febrero de 2015, tras manifestar que “*El contacto tiene que ser por medio tecnológico*” viene posteriormente a plantearse que “*Se destaca en la doctrina que si el menor es captado directamente y no mediante estos medios y además se comete uno de los delitos de los arts. 178 a 183 y 189 no regirá la regla concursal, sino solo el delito cometido. Por ello la exigencia de que la relación se desarrolle por medios tecnológicos parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en el sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima*”, y sigue comentando la citada resolución que “*No obstante otros autores entienden por el contrario que puede darse un contacto directo personal inicial que se prolongue por medios*

²³ Vid la SAP de Madrid Sección: 26 Fecha: 15/03/2016 Nº de Recurso: 1496/2015 Nº de Resolución: 185/2016 Ponente: EDUARDO JIMENEZ-CLAVERIA IGLESIAS. Dicha resolución viene a considerar en su FJ 3º *in fine*, la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva a modo de regla de solución concursal: “*Por consiguiente, es claro que tanto los contactos que mantuvieron el procesado y la menor a través de Internet, las relaciones sexuales que protagonizaron y el intercambio de imágenes pornográficas que realizaron, atentan contra el mismo bien jurídico protegido, la indemnidad sexual de la menor y la necesidad de respetar su normal desarrollo sexual, constituyendo una pluralidad de acciones realizadas siguiendo un plan preconcebido y aprovechando idénticas ocasiones, que ofenden al mismo sujeto, e infringen preceptos de naturaleza semejante, por lo que conforme a lo prevenido en el art 74 1º del Código Penal , tanto las conductas que se han calificado por el Ministerio Fiscal de abuso sexual (incluido grooming) como la calificada de exhibicionismo y, en su caso, de elaboración de material pornográfico, debían de haber sido subsumidas en el delito continuado y sancionadas con la pena señalada a la infracción más grave, en su mitad superior (10 años y un día a 12 años) y no, como propone el Ministerio Fiscal , como un concurso real de delitos en el que se solicita más de 47 años de prisión por estos hechos”*

²⁴ Téngase en cuenta que si bien el nº 1 del art. 183 ter permite imponer pena de prisión hasta tres años, sin embargo permite la opción de pena pecuniaria, cosa que no se contempla en el art. 183 ter 2, que sólo admite pena de prisión, si bien con un límite de dos años.

tecnológicos, lo que permitiría la realización de la conducta típica, dado que el tipo penal no especifica si ese contacto es el inicial o derivado. Si se pretende castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de medios tecnológicos para captar al menor, esa captación, en muchos casos, no se agosta con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales prosigue la captación del menor por medios tecnológicos (por Ej. Profesor o monitor conocido por el menor)”.

Así pues, la coligación o alternancia de medios físicos (notas, cartas...) y tecnológicos, parece que no impediría la aplicación del precepto, y, en su caso, de las reglas concursales anteriormente mencionadas. Sin embargo, en pura metódica, si la clave de la conducta del art. 183 ter 1 estriba en unos contactos iniciales tendentes a un acercamiento final con un determinado propósito, -lo que viene a implicar la no existencia inicial de contacto físico con tal intención-, no parece adecuado que se considere sin embargo la posibilidad de su ocurrencia cuando tal exista o coexista con el contacto tecnológico inicial.

1.1.8. Pluralidad de víctimas.-

En caso de pluralidad de víctimas menores de 16 años y atendiendo al carácter eminentemente personal del bien jurídico protegido, habría tantos delitos como fueran aquellos a modo de concurso real. Puede darse el supuesto de varios delitos del art. 183 ter 1 por ser pluralidad de víctimas y que sólo en alguno o alguno de los casos se llegue al acercamiento real que hiciera necesaria la aplicación de reglas concursales como las vistas, la cuales, se aplicarían por tanto a ese o esos casos concretos, siendo el resto de los supuestos referidos a otros sujetos pasivos amparables en la conducta del art. 183 ter 1.

1.1.9. El consentimiento del menor.

De acuerdo con el novedoso artículo 183 *quater* del CP, “*El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*”.

Dicho precepto, como literalmente se dispone en el mismo, sólo afectaría a los delitos previstos en ese Capítulo (II bis). Parece que la coexistencia de los arts. 183 ter y 183 en el mismo Capítulo, vendría a resolver el problema en tales casos si concurriera el consentimiento citado. Sin embargo, el art. 189 (expresamente mencionado en el art. 183 ter 1, queda ya extramuros de la cobertura del art. 183 *quater*²⁵.

Entiendo que, en tales casos, si de las reglas del concurso de normas que procediera, resultare finalmente necesaria la aplicación del art. 189 en cualquiera de sus modalidades como consecuencia de su colisión con el art. 183 ter 1, la cláusula de exención citada no podría operar como tal respecto del mismo, por mucho que “trajera causa” de la conducta de *grooming* propiamente dicha. El consentimiento del menor no podría amparar la posterior conducta no disponible para el sujeto pasivo.

²⁵Vid. también lo comentado ut supra (punto 1.1.5) en relación con la cláusula final del art. 183 ter 1 y su concurrencia con otros tipos penales.

Con más motivo, en el caso de tratarse de un concurso de delitos.

1.1.10. Conclusiones.

Conforme a lo que venimos exponiendo, se podrían obtener las siguientes conclusiones:

1.1.1.1 La resolución del concurso entre la conducta del art. 183 ter 1 y las del 183 (abusos y agresiones sexuales) y en consideración a la afectación del mismo o similar bien jurídico y de la existencia de una relación de progresividad delictiva entre delito de riesgo/ delito de lesión, sería de aplicación el concurso de normas (art. 8.3 –consunción- o art. 8.2 –subsidiariedad-) impidiendo la aplicación del 183 ter 1.

1.1.1.2 En caso de concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.1 a), (captación/utilización/elaboración/financiación/lucro) y en consideración a la afectación del mismo o similar bien jurídico y de la existencia de una relación de progresividad delictiva entre delito de riesgo/ delito de lesión, sería de aplicación el concurso de normas (art. 8.3 –consunción- o art. 8.2 –subsidiariedad-), impidiendo la aplicación del art. 183 ter 1.

1.1.1.3 En caso de concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.1 b), (producción, venta, distribución, exhibición o facilitación de tales conductas), y partiendo de la base de que las conductas a llevar a cabo conforme al art. 189.1 b) deberían ser las que resultaren del material pornográfico obtenido con los sujetos pasivos iniciales conforme al art 183 ter 1, es evidente que en algún momento ha tenido que concurrir alguna de las conductas del art. 189.1 a), en cuyo caso, sería éste el de aplicación subsumiendo, como vimos, aquella conducta inicial de grooming, por lo que el conflicto concursal sería finalmente el planteable, como concurso delitos (seguramente medial) entre las conductas del 189.1 a) y b), siendo que el planteado entre el 183 ter 1 y el 189.1 a), se resolvería, como expusimos antes, mediante el concurso de normas.

1.1.1.4 En caso de concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.4 (asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos). Al margen de la dificultad de su existencia, en estos casos sólo parece viable la consideración de un concurso real de delitos, en tanto si bien podría concebirse una cierta identidad de bien jurídico, la ausencia de progresividad delictiva propia entre las conductas debería relegar la posible aplicación de un concurso de normas.

1.1.1.5 Concurrencia del art. 183 ter 1 con art. 189.5, (posesión de pornografía infantil para uso privado o acceso a sabiendas) En estos casos sólo parece viable la consideración de un concurso real de delitos (medial en su caso si en la dinámica del art. 183 ter 1 se han obtenido imágenes pornográficas del sujeto pasivo o se han llevado a cabo accesos a pornografía infantil), en tanto si bien podría concebirse una cierta identidad de bien jurídico, la ausencia de progresividad delictiva propia entre las conductas debería relegar la posible aplicación de un concurso de normas.

1.1.1.6 *En los casos de concurso entre el art. 183 ter 1 y el 188. 1 y 4 (prostitución, solicitud de relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa) sería de aplicación el concurso de normas (art. 8.3 –consunción- o art. 8.2 –subsidiariedad-), impidiendo la aplicación del art. 183 ter 1. (recordemos que en este supuesto, la STS de 24 de febrero de 2015 opta por la alternatividad del art. 8.4).*

1.1.1.7 *Concurrencia de intimidación, coacción o engaño (último inciso del art. 183 ter 1). En base al inciso citado, si se trata de la realización de una conducta intimidatoria o coactiva cercana a las necesidades del hecho típico que se lleva a cabo, vendría a formar parte de la cláusula citada, de tal manera que la solución vendría de la mano del concurso de normas, aplicándose expresamente la agravación prevista en el último inciso citado.*

Sí, de otro modo, la conducta intimidatoria o coactiva, por su gravedad, entidad o circunstancias deviniera en cierto modo innecesaria para la operatividad de la conducta típica inicial, la regla aplicar sería la del concurso de delitos. Así por ejemplo el art. 169.1º, tipificando la amenaza imponiendo cualquier otra condición y consiguiendo su propósito y castigando la conducta en su mitad superior “si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono, o por cualquier medio de comunicación...”.

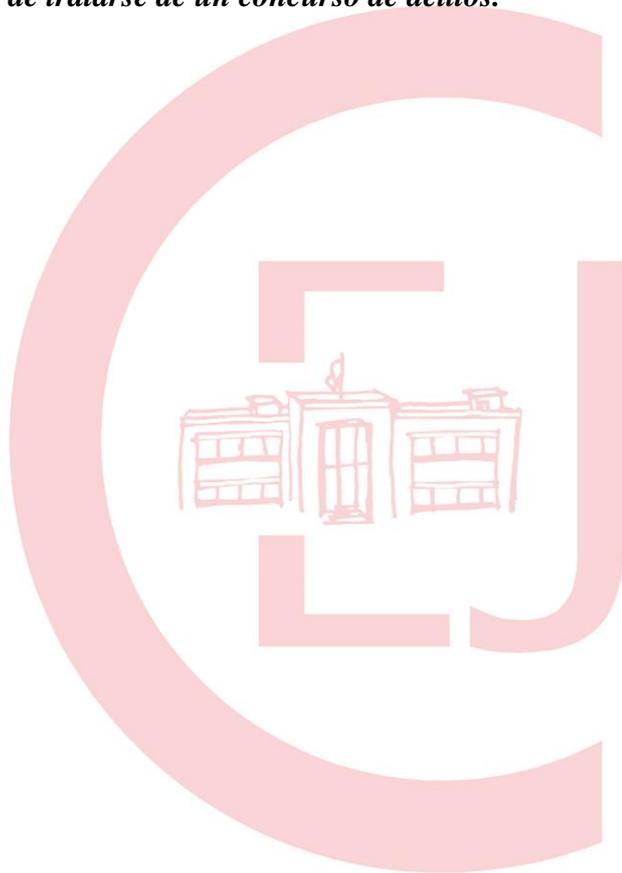
En el caso de concurrir el engaño, podríamos plantarnos que el mismo, que sí podría ser determinante en caso de víctimas mayores de 16 años (vg. art. 182), no vendría a ser sino una exasperación penológica a una situación que, en cierto modo, forma ya parte de la dinámica del propio art 183 ter 1 desde el principio y que no se colige bien con tipos penales en los que se parte de un ineficaz posible consentimiento del menor y su posible obtención mediante realidad disfrazada.

1.1.1.8 *Concurrencia del art. 183 ter 1 con otros preceptos relacionados con el mismo bien jurídico: 183 bis, 183 ter 2, 185 y 186. La posible concurrencia de las conductas mencionadas en el dichos preceptos (determinación a participar en comportamientos de naturaleza sexual o a presenciar actos de carácter sexual o abusos sexuales; embaucamiento para facilitación de material pornográfico o muestra de imágenes pornográficas de menores; y exhibicionismo y provocación sexual) como parte y forma, en su caso, de llevar a cabo la estrategia de acercamiento prevista en el nº 1 del 183 ter, podría suponer sin duda la existencia de un concurso de normas a resolver conforme a la regla de la alternatividad (art. 8.4º CP) . En otro caso, esto es, como actividad típica ajena a la fórmula de obtención del acercamiento, y como en los casos de concurrencia con la posesión de pornografía infantil para uso privado, la regla a aplicar podría ser la del concurso de delitos.*

1.1.1.9 *En los casos de concurrencia del art. 189 ter 2, con las conductas de los arts. 189.1 b) y 189.5 (posesión y acceso), la solución estribaría, de nuevo, en el concurso de normas, y en caso de concurrencia con la conducta del art. 189.4 (asistencia a espectáculos), las del concurso real de delitos.*

1.1.1.10 *La coligación o alternancia de medios físicos y tecnológicos, parece que no impediría la aplicación del art. 183 ter 1, y, en su caso, de las diferentes reglas concursales anteriormente mencionadas.*

1.1.1.11 *Consentimiento del menor (art. 183 quater) Entiendo que, en tales casos, si de las reglas del concurso de normas que procediera, resultare finalmente necesaria la aplicación del art. 189 en cualquiera de sus modalidades como consecuencia de su colisión con el art. 183 ter 1, la cláusula de exención citada no podría operar como tal respecto del mismo, por mucho que “trajera causa” de la conducta de grooming propiamente dicha. El consentimiento del menor no podría amparar la posterior conducta no disponible para el sujeto pasivo. Con más motivo, en el caso de tratarse de un concurso de delitos.*



Centro de
Estudios
Jurídicos