

Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013*

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ

Profesor Ayudante Doctor
Departamento de Derecho penal y Criminología
Facultad de Derecho de la UNED

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar la regulación del delito de acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales introducido por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio que, a este respecto, sigue las directrices marcadas por la normativa de la UE y otras regulaciones internacionales. Con ese objetivo se lleva a cabo, en primer lugar, una aproximación criminológica al referido fenómeno para determinar la necesidad y en su caso la eficacia de la vigente regulación penal. Seguidamente se procede al estudio de los aspectos más relevantes del vigente artículo 183 bis CP. Por último se lleva a cabo un examen del posible futuro legislativo de este delito a través del examen de las tres versiones del Anteproyecto de reforma de Código penal que el Gobierno español ha presentado hasta la fecha.

Palabras clave: Acercamiento a menores con fines sexuales, TIC, contacto, proposición de encuentro, actos materiales orientados al acercamiento, libertad e indemnidad sexuales.

* El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación «Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea», con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ABSTRACT

This article aims at the analysis of on line child grooming, an offence that was introduced in the Spanish legal system by the Organic Law 5/2010, June 22nd which in this particular aspect follows the EU and other international normative. In order to fulfill the mentioned objective a criminological approach of the phenomenon is carried out so as to assess the pertinence and the efficiency of the current regulation. Such approach is followed by the study of the most relevant aspects of the article 183 bis of the Spanish Criminal Code. Finally the possible legislative future of this offence is assessed by the examination of the three different versions of the Project of Reform of the Spanish Criminal Code that have been presented by the Spanish Government.

Keywords: On line child grooming, ICT, contact, proposal of encounter, material acts aimed at the approach, sexual liberty and integrity.

SUMARIO: I. Aproximación al fenómeno del acercamiento a menores con fines sexuales a través de las tecnologías de comunicación e información. II. Análisis del artículo 183 bis CP. 1. Introducción del nuevo tipo por la reforma de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: especial referencia a normativa internacional y de la UE. 2. Cuestiones terminológicas. 3. Análisis del artículo 183 bis CP. 3.1. El tipo básico. 3.1.1 La conducta típica. 3.1.2 *Iter criminis* y cuestiones concursales. 3.1.3 Los sujetos. 3.2. El tipo agravado. 3.3 El bien jurídico protegido. 4. Las versiones del anteproyecto de reforma de código penal: especial referencia a la presentada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. 4.1. Aproximación a las tres versiones del anteproyecto de reforma. 4.2. Análisis del anteproyecto de reforma enviado al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. III. Reflexión final. IV. Bibliografía.

I. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL ACERCAMIENTO A MENORES CON FINES SEXUALES A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN

Resulta una obviedad afirmar hoy día que las Tecnologías de Comunicación e Información (en adelante TIC) (1) han revolucionado

(1) Como señala MIRÓ LLINARES, «...El término TIC es en realidad un acrónimo de Tecnologías de la Información y Comunicación (o de las comunicaciones, según las variantes). Aunque en ocasiones se usa en plural (TICs), parece más recomendable, siguiendo la regla que recomienda no añadir una «s» a las siglas, realizar el acrónimo como TIC y referirse con los determinantes al carácter singular o plural de las mismas...». Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, nota al pie número 1, p. 25. El mismo autor afirma que pese a que no existe una lista cerrada de los elementos que conforman las TIC, se destacan principalmente los siguientes: las redes (entre las que destaca Internet pero también se incluyen las de telefonía móvil y otras redes telemáticas), las terminales (entre las que prevalecen los sistemas informáticos consistentes

en muchos casos en un sentido positivo la forma en la que nos comunicamos, nos relacionamos y trabajamos. En la actualidad resulta inconcebible que pudiésemos realizar cualquiera de estas tres actividades tan esenciales para el ser humano prescindiendo de las TIC.

Pero no son todo ventajas lo que conlleva el uso de las TIC. Éstas se han convertido y además de manera progresivamente ascendente por su imparable popularización y expansión [se calcula que dos mil trescientos millones de personas se conectan a Internet en el mundo (2)], en una nueva vía a través de la que se pueden realizar distintas actividades delictivas. Es importante destacar que la criminalidad que se lleva a cabo a través de las nuevas tecnologías, antes conocida como criminalidad informática y más tarde como ciberdelincuencia (3), no constituye una categoría delictiva autónoma en el sentido técnico jurídico y ello porque a través de la misma no se atenta, en la inmensa mayoría de los casos, contra bienes jurídicos nuevos sino que los objetos de lesión o puesta en peligro existían antes de su aparición. Así, entre otros, el patrimonio, la intimidad, la libertad e indemnidades sexuales y la integridad moral (4).

El número de usuarios ha aumentado y con ello también el de infractores y potenciales víctimas. No obstante, para el delito que nos ocupa y para los bienes jurídicos relacionados con el mismo, ello implica un peligro más cuantitativo que cualitativo: es cierto que hay más usuarios y que una parte considerable de los mismos son menores (5) y que, por tanto, aumentan las posibilidades de que éstos sean

en ordenadores personales pero también comienzan a ser gran vehículo de comunicación las consolas) y los servicios (entre los que destacan la descarga de archivos en sitios de intercambio gratuito y en webs de pago, el comercio electrónico, la banca electrónica, la realización electrónica de actividades relacionadas con la Administración Pública y, cada vez más, las redes sociales). Los datos personales y el patrimonio son los principales objetos de los servicios en la Red. *Id.*

(2) MAGRO SERVET, V., «El «grooming» o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 *bis* del Código penal» en *Diario La Ley*, nº 7492, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2010.

(3) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 25.

(4) En palabras de MIRÓ LLINARES, «...la cibercriminalidad es hoy toda la criminalidad cometida en el nuevo espacio, al igual que la delincuencia tradicional es toda la ejecutada en el viejo. Es el lugar, en este caso, «el no lugar», el que define y marca los eventos sociales en él realizados y el que, por tanto, configura también como distinta la delincuencia en él ejecutada». *Id.* pp. 28 y 29.

(5) «En efecto, los menores y en particular los adolescentes, se encuentran en un periodo del desarrollo humano caracterizado por la búsqueda de la propia identidad lo que hace que se multiplique su necesidad de comunicación e interacción social (*Id.* pp. 275 y 276), lo que les avoca a utilizar con más frecuencia que los adultos Internet y a permanecer conectados durante más tiempo. Conforme a un estudio publicado en el año 2008, el 94% de los adolescentes norteamericanos utilizaba

objeto de ese acercamiento o seducción con fines sexuales que prevé el vigente artículo 183 bis CP, objeto del presente trabajo. Pero ello no significa, como más adelante se verá, que los bienes jurídicos en juego se vean amenazados por un mal cualitativamente más nocivo del que les venía acechando con anterioridad.

En efecto, este fenómeno de acercamiento o seducción a menores con fines sexuales, también conocido con el término inglés *grooming* (6), es muy anterior a la aparición de las TIC. Ese conjunto de

Internet, de los cuales un 63% lo hacía a diario y un 35% varias veces al día. Por otro lado, de acuerdo con análisis publicados en 2010, el 93% de los menores que utilizaban Internet en EEUU lo hacía en más de un lugar, aunque principalmente desde el propio domicilio (ver *Id.* pp. 276 y 277, haciendo referencia a los trabajos de Lenhart, A., Arafeh, S., Macgill, S. A. y Ranking, A. y de Patchin, J. W. e Hinduja, S.).

El panorama en Europa no se diferencia significativamente de la realidad estadounidense. En este sentido, de acuerdo con un estudio publicado en 2008, el 75% de los niños europeos utilizaban Internet de los cuales el 60% tenía entre 6 y 10 años de edad, el 84% entre 11 y 14 un y el 86% entre 15 a 17 (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, pp. 207-258, Santiago de Compostela, 2011; la autora cita en concreto el estudio realizado por Livingstone, S. y Haddon, L. – *Id* nota al pie número 2 de la p. 208). La situación en España es muy similar a la del resto de Europa. Así y conforme al estudio antes citado, el 70% de los menores y adolescentes en España se conecta a Internet y, dentro de los mismos, el 52% tiene entre 6 y 10 años de edad, el 86% entre 11 y 14 y el 79% entre 15 y 17. Datos similares aporta DÍAZ CORTÉS en un exhaustivo y profundo análisis cualitativo de los estudios que se han realizado en España en los últimos años. De acuerdo con los datos manejados por esta autora entre el 71% y el 82% de los menores de una muestra de 12.919 individuos dispone de un ordenador con conexión a Internet en su domicilio en el que pasa un número significativo de horas (ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español –art. 183 bis CP–», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, nº 8 (julio 2012), p. 292). De acuerdo con otro estudio analizado por esta misma autora los menores de 15 a 17 años son los que más tiempo pasan conectados (*Id.*).

(6) El término en inglés procede del verbo «*to groom*» que se define como «... *Seleccionar, preparar y entrenar a una persona joven para una determinada carrera profesional.* » (ver *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 524). El referido término inglés no se traduce, al menos no desde el punto de vista etimológico, como « *seducción o preparación de niños con fines sexuales.* “, como sostiene GONZÁLEZ TASCÓN (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “El nuevo delito...”, cit., p. 216) sino que ese significado se confiere al término en el ámbito criminológico y psicológico para describir el proceso en virtud del cual un adulto realiza toda una serie de comportamientos a fin de ganarse la confianza de un menor y conseguir de esta manera mantener relaciones sexuales con el mismo o bien utilizarlo con fines pornográficos o de explotación sexual. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen* cit., p. 97. Por otro lado y como se ha podido comprobar, tampoco es acertado afirmar, como hace RAMOS VÁZQUEZ, «... *que resulte harto complicado determinar qué es el grooming incluso fuera del ámbito estrictamente jurídico.*» (ver

comportamientos que un adulto lleva a cabo para establecer vínculos de confianza con un menor a fin de mantener relaciones sexuales con el mismo, explotarlo sexualmente o bien utilizarlo con fines pornográficos se lleva realizando desde tiempos inmemoriales en el espacio físico. A este respecto se habla de los adultos que merodean por las zonas de recreación frecuentadas por niños y adolescentes o por las inmediaciones de los colegios con los referidos propósitos. Se dice que en la era cibernética las posibilidades de llevar a cabo este tipo de conductas se han multiplicado exponencialmente por «la aparente impunidad que facilita el anonimato de las últimas tecnologías» (7) y se ha llegado a afirmar ignorando datos esenciales que arroja la evidencia empírica que «... 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» (8). Es decir que estos planteamientos pasan por considerar, erróneamente, que el acercamiento o seducción a menores que se hace a través de la red es igual al que se lleva a cabo en el ámbito físico. Ello ha conducido a la conclusión de que la libertad e indemnidad sexuales de los menores corren un mayor peligro que antes porque las posibilidades de este acercamiento son mucho mayores por las razones antes mencionadas.

Pero como apunta Miró Llinares el acercamiento físico no se puede identificar con el acercamiento cibernético.

En primer lugar por el perfil psicológico que presenta el sujeto activo en uno y otro caso. De acuerdo con los estudios analizados por el referido autor, el sujeto que se acerca al menor con fines sexuales en el espacio físico suele hacerlo como forma de auto gratificación que responde a una necesidad de ejercicio de poder, dominio, control o rabia y, por lo general, no es consciente del daño infringido. Por su parte, el que contacta con menores en la red con objetivos lúbricos acostumbra a tener mayor empatía con las víctimas, menos índice de desviación sexual y menos distorsiones cognitivas (9).

RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado» en *Diario La Ley*, n.º 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011, Madrid, 2011).

(7) Ver PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código penal español (artículo 183 *bis*)», en *Diario La Ley*, n.º 1915, Sección Doctrina, 4 de septiembre de 2012, Madrid 2012.

(8) Como así se pone de manifiesto en el Dictamen de la Comisión publicado en el Boletín Oficial del Estado del Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2010, en el que se recogía la enmienda núm. 350 presentada por el Grupo Popular y que fue la en último término dio origen al actual artículo 183 *bis* CP.

(9) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 255.

Por otro lado, la menor peligrosidad del acercamiento cibernético respecto del tradicional se aprecia a su vez por la edad de los menores que son objeto de contacto. En este sentido, la mayor parte de las proposiciones que se realizan en el medio virtual van dirigidas a menores que tienen entre 15 y 17 años, que cuentan con experiencias sexuales previas y respecto de los que se pretende mantener una relación íntima consensuada (10). Los menores de trece años que paradójicamente son los únicos susceptibles de ser sujetos pasivos del delito previsto en el art. 183 bis CP, no suelen ser objeto de acercamiento en la práctica lo que, entre otras muchas razones que se analizarán posteriormente, cuestiona la necesidad de dicho precepto. Como señala Ramos Vázquez, «...los contactos de contenido sexual con menores de 13 años constituyen un pequeño porcentaje—en torno al 11%— de los acaecidos respecto del global de menores. No sólo eso, sino que, en la inmensa mayoría de supuestos, el contacto de contenido sexual consistió simplemente en preguntas sobre el cuerpo de los menores, sin que hubiese una solicitud de encuentro. Más aún, en aquellos supuestos en los que el contactante solicitó al menor una fotografía de contenido sexual, ni uno solo de los menores aceptó. Y en los casos en los que sí hubo una propuesta de encuentro aceptada por el menor (ninguno de ellos, por cierto, menor de trece años) —supuesto que tuvo lugar en sólo un 2% de los casos— no se llevó a cabo ningún delito sexual sobre el menor con el que se tuvo el encuentro...» (11).

(10) *Id.*, pp. 277 y ss. y RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 8 (julio de 2012), p. 219. Es de destacar que los hallazgos empíricos a los que hacen referencia estos autores corresponden a estudios que se han llevado a cabo en EEUU por lo que no se pueden extrapolar sin más a la situación española. No obstante, el ejemplo de EEUU es con todo ilustrativo de cómo podría ser la realidad de nuestras fronteras donde quizá el peligro que entraña el mundo cibernético sea menor toda vez que en EEUU existe un mayor desarrollo tecnológico y un mayor acceso de los menores a Internet (ver RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., pp. 219 y 220). Con todo, existen estudios de esta índole realizados en España que han sido profunda y exhaustivamente analizados por DÍAZ CORTÉS. Esta autora revela que, en efecto, el panorama español no difiere en exceso del norteamericano: los que más proposiciones sexuales han recibido por parte de adultos en la red tenían entre 14 y 15 años de edad. Ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., p. 297.

(11) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 220. De acuerdo con otros estudios, el 99% de los menores contactados en la red para fines sexuales tiene entre 13 y 17 años —dentro de los que son mayoría los que tienen entre 15 y 17 años de edad—, de manera que solo el 1% tiene menos de 13. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen* cit., p. 287. Todo ello concuerda, según este autor, con la forma de comportarse de los jóvenes en Internet y con la evolución de la inocencia en los menores. En este sentido, hasta los 14 años los menores tienen a retraerse, a tener

El acercamiento a menores en el espacio real sin embargo suele recaer sobre personas con edades inferiores a los 13 años que, por lo general, presentan una mayor vulnerabilidad que los sujetos que son objeto de contacto en la red y que sin embargo quedan fuera del ámbito de protección del artículo 183 bis CP (12) que solo tipifica el acercamiento por medios tecnológicos. Esta circunstancia unida al perfil psicológico que suelen presentar los adultos que realizan este tipo de conductas, hace que en muchas instancias se hable de los mismos como depredadores y se les considere delincuentes sexuales ávidos de conseguir nuevas presas, dominados por una sed insaciable (13). Semejante perfil está mucho más cerca del mito que de la realidad de los delitos sexuales cometidos contra menores cuyos responsables se encuentran normalmente en el círculo más próximo al menor y que supuestamente está destinado a protegerle: su familia (14).

La confusión y las distorsiones expuestas han calado hondo en diferentes instancias mediáticas, legislativas e incluso académicas (15). Así, sobre la base de planteamientos carentes de sustrato empírico, se creó primero la idea de un delincuente sexual pedófilo que acechaba incansablemente a los menores en todos los ámbitos físicos donde los mismos se encontrasen. Y, de acuerdo con esta creencia, es ese mismo delincuente sin escrúpulos el que aprovecha el enorme margen que le ofrecen ahora las TIC para seguir perpetrando sus fechorías. El paso del ámbito material al cibernético se vive con

mucho cuidado a la hora de tratar temas de índole sexual y a mostrarse reacios a tratar con extraños en Internet. Esto cambia a partir de los 15 años cuando los menores comienzan a tomar riesgos, a contactar con personas desconocidas y a renunciar a parte de su privacidad.

A similares conclusiones llega DÍAZ CORTÉS en su estudio sobre la realidad criminológica de este fenómeno en España. De acuerdo con el análisis cualitativo que lleva a cabo esta autora, la mayoría de los menores afirma no haberse sentido molesto ni incómodo nunca o casi nunca utilizando Internet al igual que los que reconocen haber sido contactados por adultos con finalidad sexual representan una minoría que tampoco manifiesta haberse sentido a disgusto por ello. Ver DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 297 y 303, respectivamente.

(12) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 287 y 288.

(13) RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 196.

(14) Principalmente entre sus progenitores. Es de destacar en este sentido el profundo e interesante trabajo realizado por RAMOS VÁZQUEZ sobre el por qué se crea este mito que tan alejado se encuentra de la realidad y qué razones hay para que el mismo, pese a su falta de base empírica, guíe la política criminal que ha inspirado la regulación de los delitos sexuales contra menores en los últimos años. RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., pp. 195-227.

(15) Ver, entre otros, PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito...», cit., DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, n.º 7575, Sección Doctrina, 23 de febrero de 2011.

verdadero pavor ante las inmensas posibilidades que abre el segundo teniendo en cuenta los planteamientos antes descritos. Todo ello explica la aparición del ya mencionado artículo 183 bis que introdujo la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, que en un ejercicio de incoherencia con la evidencia empírica analizada, solo castiga el acercamiento virtual o telefónico con fines sexuales a menores de 13 años pero no el que tiene lugar en el espacio físico como se puso de manifiesto (16).

II. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 183 BIS CP

1. Introducción del nuevo tipo por la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio: especial referencia a normativa internacional y de la UE

Como ya se puso de manifiesto, el acercamiento virtual a menores con fines sexuales fue introducido por primera vez en nuestra legislación penal en virtud de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio.

En la exposición de motivos de la referida disposición, se dan razones para la tipificación de esta conducta: necesidad de aumentar el nivel de protección de las víctimas de delitos sexuales, especialmente las más desvalidas; necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE, de 22 de diciembre, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; el hecho de que cuando se cometen delitos sexuales contra menores el bien jurídico adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Se dice que mediante las mismas no solo se vulnera la indemnidad sexual, «...entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...» (17); el aumento del uso de Internet

(16) Más adelante se pondrán de relieve las lagunas de punibilidad a que esto puede dar lugar. Baste de momento resaltar que parte de la doctrina ha lamentado esta limitación a los medios virtuales o telefónicos como vía típica de contacto con el menor. Ver BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010)*, Iustel, 2010, p. 357.

(17) Ver el apartado XIII de la exposición de motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «Boletín Oficial del Estado» núm. 152, de 23 de junio de 2010.

y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores.

Por todo ello, además de crear un Capítulo específico en el que regular las agresiones y abusos sexuales cometidos con menores de trece años (Capítulo II bis del título VIII del libro II del Código penal denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años»), se incluye dentro del mismo un nuevo precepto, el artículo 183 bis, que castiga al adulto que a través de los referidos medios se gana la confianza de menores con el fin de «concertar encuentros para obtener concesiones e índole sexual...previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño» (18). Concretamente el aludido precepto establece:

«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».

Ya en este momento es preciso poner de manifiesto errores, incoherencias e imprecisiones en los que incurre el legislador de 2010.

Uno de tales errores consiste en el mero hecho de citar como razón de ser del nuevo precepto la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE, de 22 de diciembre. Primero porque la referida decisión no hace mención alguna al acercamiento a menores con fines sexuales (19) y segundo porque dicha decisión está derogada desde el 29 de marzo de 2010. En efecto, la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (20) de 29 de marzo de 2010 deroga la referida Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE. Llama la atención que el legislador se refiera a una Decisión Marco que no alude a la materia objeto de regulación y que

(18) *Id.*

(19) Ver 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. «Diario Oficial de la Unión Europea». L13/44, de 20 de enero de 2004.

(20) Ver COM (2010) 94 final. 2010/0064 (COD).

además llevaba derogada cerca de tres meses cuando la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, fue publicada.

A pesar de que la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, haga referencia a la Decisión Marco antes citada, la tipificación del delito ahora analizado se encuentra mucho más cerca de la infracción regulada en el artículo 23 de la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual (celebrada en Lanzarote el 25 de octubre de 2007), norma internacional ratificada por países que están fuera de la UE. El referido precepto recoge la recomendación de que los Estados miembros criminalicen la denominada «Solicitud de niños con propósito sexual». Este comportamiento se define como la propuesta intencional por parte de un adulto, a través de las tecnologías de información y comunicación, de encontrarse con un niño que no haya alcanzado la edad de consentimiento sexual de acuerdo con el derecho nacional, con la finalidad de cometer contra el mismo delitos de abuso, agresión sexual o relativos a la prostitución, siempre que a la propuesta le sigan actos materiales encaminados al referido encuentro con el menor (21). Las diferencias entre la regulación española y la propuesta que contiene la Convención se concretan en que ésta no agrava las penas por razón de que las conductas se lleven a cabo mediante coacción, intimidación o engaño, no exige la finalidad de cometer delitos relativos a la pornografía infantil como sucede con la regulación española que a su vez omite la referencia expresa a los delitos relativos a la prostitución (a mi entender de manera acertada) y circunscribe la condición de sujeto activo al adulto.

Muy similar regulación a la contenida en el artículo 183 bis CP se puede encontrar en la ya citada Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil de 29 de marzo de 2010 que derogó la referida Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la UE. Su artículo 6 recoge el delito de «Seducción de niños con fines sexuales», de manera prácticamente idéntica a como lo hace el vigente artículo 183 bis CP salvo por el hecho de que no incorpora tipos agravados por el empleo de coacción, intimidación o engaño para lograr el acercamiento, exige que estas conductas se castiguen en todo caso con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años y circunscribe la condición de sujeto activo al adulto (mayor de 18 años), extremo éste no presente en la regulación española.

(21) Ver artículos 18, 20 y 23 de la *Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual*. Referencia web:

http://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/Source/Assembly/Handbook_es.pdf

No se entiende por qué el legislador de 2010 es tan impreciso en las fuentes normativas que cita como motivos del articulado que incorpora al ordenamiento nacional ni por qué no las sigue en extremos tan relevantes como las consecuencias jurídicas y la condición de sujeto activo. Y ello no tanto porque tales normas internacionales y de la UE se valoren positivamente, sino porque ya que las mismas se esgrimen como razones para cambiar el derecho nacional vigente sería deseable que el mismo las siguiera aunque solo fuera para no evidenciar la arbitrariedad y la falta de seriedad con las que parece operar el legislador español (22).

En otro orden de cosas, llama la atención la forma de concebir y definir el bien jurídico protegido por la regulación de los delitos sexuales cuando el sujeto pasivo es un menor de trece años de edad. El legislador circunscribe el mismo a la indemnidad sexual que define como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado y a la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Se advierte que el legislador incurre en un error pues la primera parte de su definición de la indemnidad sexual no puede referirse a la misma sino a la libertad sexual negativo estática que se cifra en el derecho a no participar en encuentros sexuales sin el debido consentimiento. Solo la segunda parte de la definición hace referencia a un derecho que sí se ha considerado abarcado por la indemnidad sexual: a la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor.

En relación con el bien jurídico protegido, que será analizado más adelante, es preciso no olvidar el cambio de paradigma que el legislador de 2010 incorpora con estos planteamientos: con anterioridad a la reforma de 2010 se entendía que el menor de determinada edad no podía prestar su consentimiento para mantener relaciones sexuales. La presunción *iuris et de iure* era clara en este sentido dado que el contacto sexual con menores de esa edad era en todo caso constitutivo de delito. Ahora se parte de la idea de que el menor tiene derecho a no verse involucrado en un contexto sexual «sin un consentimiento válidamente prestado», lo cual parece indicar que el consentimiento puede

(22) A este respecto también es preciso advertir que el delito analizado no estaba recogido en el *Anteproyecto de reforma de Código penal aprobado en fecha de 23 de julio de 2009* por el Gobierno y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales, por lo que no fue objeto de los informes preceptivos del CGPJ ni de la FGE. Como ya se puso de manifiesto, la incorporación del precepto analizado tiene lugar a partir del Dictamen de la Comisión publicado en el «BOE» de 28 de abril de 2010 en el que se recogía la enmienda núm. 350 presentada por el Grupo Popular, dictamen que, como también se demostró, es ajeno a la realidad empírica del fenómeno estudiado.

ser válidamente prestado en determinadas circunstancias pues de lo contrario no tendría sentido esa mención del legislador. Ello unido a la nueva exigencia típica de atentar contra la indemnidad sexual del menor de trece años en la nueva redacción de los abusos sexuales sobre este tipo de sujetos, implica que la ausencia de consentimiento por parte de dicho menor no es objeto de presunción *iuris et de iure* sino que será necesario demostrar que en efecto se atentó contra dicha indemnidad al establecer el contacto sexual (23). Esto tiene importantes implicaciones de cara a la interpretación del nuevo tipo delictivo que ahora nos ocupa como se podrá comprobar más adelante.

2. Cuestiones terminológicas

Se ha extendido mucho en la doctrina, en algunas normativas y en dictámenes procedentes de órganos vinculados a entidades con capacidad legislativa el término «ciberacoso» para hacer alusión al delito que estamos analizando (24) y dicha denominación, al menos desde el punto de vista técnico jurídico y desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico penal, es errónea por varias razones.

Así, el tipo del artículo 183 bis no exige, como sucede con el que regula el delito de acoso sexual (art. 184 CP) o del acoso laboral (art. 173.1 CP), la existencia de una pluralidad de conductas de idéntica o similar identidad que se reiteren (25). Como habrá ocasión de comprobar, el nuevo tipo solo exige contactar con un menor de trece años, proponer un encuentro con el mismo con el fin de realizar contra el mismo determinados delitos y llevar a cabo actos materiales encaminados al acercamiento. Por otro lado, el nuevo tipo no requiere,

(23) Ver, en este sentido, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 233.

(24) Ver, entre otros muchos, PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit., DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit., CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 235 y 236, MAGRO SERVET, V., «El «grooming» o ciberacoso infantil...», cit., RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit. Por su parte, MIRÓ LLINARES también utiliza el término ciberacoso sexual si bien poniendo de manifiesto que aunque no se trata propiamente de acoso sexual tal y como técnicamente se concibe por el ordenamiento jurídico español, el referido término podría resultar adecuado siempre que se le añada «a menores». Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 96 y 97.

(25) Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante» en *Diario La Ley, Especial Reforma del Código penal*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010, Madrid, p. 41.

como sí lo hace el del acoso sexual del artículo 184 CP, que el sujeto haga una petición expresa de favores sexuales a la víctima en un determinado ámbito –laboral, docente o de prestación de servicios– y que con ello se cause para la misma una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La expresión «ciberacoso», que no se utiliza ni en la normativa internacional ni de la UE antes analizada (26), resulta por tanto desacertada desde el punto de vista técnico jurídico por lo que se debe evitar su utilización ya que además la misma genera confusión en cuanto a la percepción de la gravedad del nuevo delito, al menos en lo que respecta al tipo básico del mismo (27). El acercamiento sexual a menores de trece años por medio de las TIC no puede identificarse en esencia como una clase de acoso. La reiteración de los comportamientos en que el mismo consiste con el empleo de formas intimidatorias o coactivas debería dar lugar a la aplicación del tipo agravado o incluso de otros tipos más graves (cuestión ésta que se desarrolla más adelante) y a la apreciación, en su caso, de la continuidad delictiva o del concurso real de infracciones en función de las circunstancias en que se realizasen los distintos actos.

Por otro lado, el empleo del término «ciberacoso» tampoco es fiel a los hallazgos empíricos que describen el acercamiento a menores en la red. Si tenemos en cuenta lo expuesto *supra* en el primer apartado del presente artículo, la dinámica comisiva que acompaña con más frecuencia a este fenómeno no consiste en el hostigamiento o permanente acecho a un menor sino más bien en un proceso de paulatina aproximación en la que se intentan establecer lazos afectivos que conduzcan a la postre en un encuentro íntimo en el ámbito del espacio físico.

En conclusión, la expresión «acercamiento a menores con fines sexuales» (28) que es la que se viene utilizando desde del comienzo del presente artículo se considera adecuada con independencia de que

(26) Recordemos que el artículo 23 de la ya citada *Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los niños contra su explotación y abuso sexual*, lleva por rúbrica la «Solicitud de niños con propósito sexual», mientras que el artículo 6 de la también analizada *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil* se refiere a la «Seducción de niños con fines sexuales».

(27) Otros sectores doctrinales se decantan por fórmulas como «acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales», «contacto con menor a través de medios telemáticos», «preparación para causar daño o preparación en línea». Ver, ampliamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 236 y 237.

(28) Es la que emplea, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN. Vid *supra* nota al pie anterior.

existan otras fórmulas igualmente satisfactorias que no incluyen el término «acoso» (29).

3. Análisis del artículo 183 bis CP

Como se desprende de lo ya expuesto, el artículo 183 bis regula el nuevo delito de acercamiento a menores con fines sexuales y dentro de su ámbito típico se pueden diferenciar dos tipos uno básico y otro agravado, siendo el medio comisivo el elemento que da lugar a tal agravación, como habrá ocasión de comprobar.

3.1 EL TIPO BÁSICO

3.1.1 *La conducta típica*

El tipo, tal y como está regulado, presenta una estructura compleja que exige la realización de varias conductas que se analizan a continuación. Estamos, como se podrá comprobar, ante un tipo compuesto en el que el sujeto debe realizar distintos comportamientos para cometer el delito sin que ninguno de ellos por separado constituya por sí solo un tipo distinto (30). No se trata, como han señalados algunos (31), de un tipo mixto acumulativo pues no se unen en la misma figura delictiva varias modalidades de ataque al bien jurídico cuya realización da lugar a la apreciación de varios delitos (32). Es necesario que el sujeto realice las tres conductas que seguidamente se van a explicar para que se aprecie la existencia del delito (solo de uno) que recoge el precepto ahora analizado.

a) Contactar.

El sujeto activo debe primero contactar con el menor de trece años a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra TIC. Contactar implica que el actor debe comunicarse con el menor lo cual significa que éste debe responder al mensaje o llamada de aquél. Ello se deriva

(29) Ver, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 236 y 237.

(30) Ver, ampliamente, GIL GIL, A., «La tipicidad como categoría del delito», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 184.

(31) Concretamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 245.

(32) GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., p. 185.

de una interpretación literal del verbo típico (33). No basta, por tanto, con que el sujeto activo envíe mensajes o realice llamadas al menor de trece años y éste no conteste (34).

Solo resulta típico por tanto el acercamiento a través de los referidos medios lo que deja fuera de la tipicidad el acercamiento tradicional al menor con fines sexuales, es decir aquél que se identifica con el realizado en el medio físico. Como ya se puso de manifiesto *supra*, con esta previsión el legislador puede estar paradójicamente desprotegiendo supuestos de acercamiento que revisten mucha más peligrosidad que los que acaecen en el mundo virtual tanto por el perfil psicológico de los sujetos que los realizan como por la proximidad física entre sujeto activo y pasivo. Algunos sectores doctrinales (35) han lamentado esta omisión legislativa que consideran una lamentable laguna de punibilidad.

Es importante asimismo destacar que el contacto puede ser inicial (cuando es el sujeto activo el que toma la iniciativa) o derivado (36): puede ocurrir que la comunicación la establezca el propio menor, de hecho así sucede en la mayoría de las ocasiones (37) y en tal caso, el sujeto activo deberá contestar para entender que se ha producido el contacto al que se refiere el tipo penal (38) (más allá del error de tipo sobre la edad de la víctima que en estos casos se puede producir que será analizado más adelante).

Que el contacto derivado resulte típico implica también la penalización de supuestos en los que el contacto inicial no ha sido virtual sino que ha sucedido en el espacio físico en cuyo caso tal contacto sería atípico, pero si a dicho contacto inicial le ha seguido un contacto virtual, éste ya entraría en el plano de la tipicidad. Es importante optar por esta interpretación dado que la evidencia empírica demuestra que

(33) El diccionario de la RAE define «contactar» como «*Establecer contacto o comunicación con alguien.*» y «contacto» como «*Acción o efecto de tocarse dos o más cosas*» o «*Conexión entre dos partes de un circuito eléctrico*». Ver *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Madrid, 2006.

(34) Véase TAMARIT SUMALLA, J.M., «Acoso sexual cibernético a menores de trece años» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 171 y ss., LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, pp. 193 y 194.

(35) Véase BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial* cit., p. 357.

(36) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit., PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit.

(37) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(38) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 246.

la mayoría de las veces el sujeto activo conoce a su potencial víctima en el espacio físico. Sigue siendo el entorno físico cercano al menor donde se producen con más frecuencia los contactos sociales que dan lugar después a la victimización (39).

b) Proponer concertar un encuentro con el menor a fin de cometer cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189.

Esta exigencia típica implica, de acuerdo con un sector doctrinal mayoritario, que menor y sujeto activo lleguen a un acuerdo sobre el momento temporal y el lugar del encuentro, es decir, es necesario que el menor acepte la propuesta de acuerdo con esta exégesis predominante que aboga por una interpretación restrictiva del tipo considerando atípicas las propuestas poco serias (40). A pesar de lo acertado del planteamiento descrito desde un punto de vista teleológico, lo cierto es que el tipo penal, desde su literalidad, no exige tal aceptación por parte del sujeto pasivo sino que requiere sin más que el sujeto activo proponga un encuentro (41).

Es importante destacar que el encuentro proyectado no tiene por qué tener lugar necesariamente en el espacio físico sino que cabe también planear un encuentro en el espacio virtual (42). Por ejemplo, el sujeto activo y el menor de trece años contactan en chat colectivo y aquél propone al éste un encuentro privado vía webcam a través del cual el sujeto activo pretende obligar o convencer al menor para que se masturbe mientras él le observa. Esa actividad que se pretende realizar durante el encuentro vía webcam podría ser constitutiva, según los casos, de un delito de abuso o de agresión sexual que ahora regula para este supuesto el artículo 183.1 CP, o bien del delito previsto en el artículo 189.4 CP («...el que haga participar al menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de éste...») ya que el contacto físico entre autor y víctima ya no es requisito del tipo en ninguno de los referidos delitos (43).

(39) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(40) Por todos, MARTÍN LORENZO, M., «Delito de ciberacoso sexual», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid, p. 104.

(41) Eso ha llevado a parte de la doctrina a negar la necesidad de que se produzca tal acuerdo. Por todos, ver GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Madrid, 2010, p. 731.

(42) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 247.

(43) Cugat Mauri, M., «Delitos...», cit., pp. 235 y 236. Ya desde la entrada en vigor del Código penal en 1995 se entendió que los delitos sexuales, como las agresiones y los abusos sexuales, no requerían necesariamente la existencia de un con-

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el sujeto lleve a cabo esta propuesta de concertar el encuentro con el menor con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos recogidos en los artículos 178 a 183 y 189 CP. Se trata por tanto de un delito doloso (44) en la medida en que el sujeto, consciente y voluntariamente, contacta con el menor de trece años y le propone un encuentro. Pero además el sujeto debe hacerlo con una determinada finalidad: la de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189 CP. Ello lo convierte en un delito de tendencia interna trascendente en el que no hay congruencia entre el tipo objetivo (la conducta que se exige por parte del sujeto activo) y el tipo subjetivo (lo que el sujeto activo pretende): la parte subjetiva excede de la objetiva, es decir, lo querido por el sujeto va más allá de lo que efectivamente tiene que realizar para la consumación formal del delito. El objetivo de estas construcciones es adelantar la consumación formal del delito a un momento anterior a la lesión al bien jurídico. Se trata, en concreto, de un delito mutilado de varios actos en el que la parte objetiva del tipo exige solo la realización de una determinada conducta, pero la parte subjetiva debe incluir la voluntad de realizar otra u otras a continuación, que llevarán a la lesión del bien jurídico (45): los abusos, agresiones sexuales o los delitos relativos a la pornografía infantil.

Esta configuración subjetiva del artículo 183 bis CP plantea varios problemas.

Por un lado, la selección de figuras delictivas que se perfilan como el objetivo del sujeto activo es, cuando menos, cuestionable. Ello porque se incluyen conductas que no tienen como sujetos pasivos a los menores de 13 años, como son los delitos de agresiones y abusos

tacto corporal directo entre sujeto activo y pasivo ya que sin el mismo se podía vulnerar el bien jurídico protegido como se demuestra en el ejemplo propuesto. Ver, entre otros, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «El llamado delito de violación en el NCP. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996 (de la LO 3/1989 de 21 de junio a la LO 10/1995 de 23 de noviembre)», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 22; CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M., (dir.) *Curso de Derecho penal español. Parte especial.*, Madrid, 1996, p. 215; GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Delitos contra la libertad sexual», en CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO-FERREIRO, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1997, pp. 2163 y 2164; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, pp. 332 y 333; ORTS BERENGUER, E., y SUÁREZ MIRA, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001, pp. 71 y 72.

(44) Por todos, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 248.

(45) Ver, ampliamente, GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., p. 183.

sexuales previstos, respectivamente, en los artículos 178 y 179 y 181 y 182 CP (algún autor entiende que esta referencia puede tener sentido si la conducta del artículo 183 bis se realiza cuando el sujeto tiene menos de 13 y el contacto físico y ulterior comisión del delito sexual acaecen cuando el menor ha superado esa edad (46); no deja de tener sentido este planteamiento pero resulta poco plausible que un sujeto contacte con la intención de cometer el delito cuando la víctima supere la edad de consentimiento a fin de cometer un delito de agresión o abuso sexual). Por otro lado esta regulación revela que la edad de la víctima solo es relevante cuando se produce el contacto (47).

Asimismo, se dejan fuera los delitos relativos a la prostitución según ha objetado gran parte de la doctrina (48). Pero esta objeción carece de fundamento toda vez que el contacto cibernético o de cualquier otra índole con menores a fin de que éstos se prostituyan se puede perfectamente incluir en el artículo 187.1 CP ya que este precepto no determina de qué manera se debe producir la comunicación («...El que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con un menor de edad o incapaz...») que se castiga con una pena significativamente más grave que la prevista en el artículo 183 bis CP como es la acumulativa de prisión de uno a cinco años y multa de doce a 24 meses.

También se ha denunciado el hecho de que la comisión de los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (49) haya sido excluida como finalidad típica del comportamiento previsto en el precepto ahora analizado.

Igualmente, es preciso determinar qué formas delictivas de las que se recogen en el artículo 189 CP puede constituir la finalidad del acercamiento a menores por medios tecnológicos. A este respecto la doctrina mayoritaria entiende que se trata de las conductas descritas en el apartado 1. a) del referido precepto («...Utilizar menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos para elaborar cualquier clase de material pornográfico...») (50). A mi modo de ver ello también se podría afirmar respecto del comportamiento que contempla el apartado 4 del referido precepto («...Hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la

(46) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

(47) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 250.

(48) ASÍ BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal...*, cit., p. 357 y GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 250, entre otros.

(49) En este sentido se pronuncia MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosh, Madrid, 2011, p. 234.

(50) ASÍ TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit. p. 1186.

evolución o desarrollo de la personalidad de éste...»). El resto de conductas se pueden considerar coincidentes con las que son abarcadas por el tipo del artículo 183 bis CP (51).

En otro orden de cosas, la configuración subjetiva del precepto estudiado plantea muchos problemas de prueba.

Más allá de que en los delitos que se cometen a través de las TIC sea muy difícil identificar al autor que está detrás del acercamiento (la IP de la terminal ya no es ninguna garantía desde el momento en que existen wifis gratuitas utilizadas por multitud de usuarios) (52), en la práctica será muy difícil probar la existencia de este elemento subjetivo del tipo y normalmente habrá que recurrir a la prueba indiciaria salvo que exista una manifestación explícita de tales intenciones típicas por parte del sujeto activo (53). Ello explica en parte que, desde su entrada en vigor, no existan aún sentencias condenatorias que apliquen artículo 183 bis (54).

Por otro lado, la prueba indiciaria también plantea problemas ya que el acercamiento del sujeto activo hacia el pasivo en estos supuestos reviste una ambigüedad de la que normalmente no se puede presumir la existencia de la referida intención sin quebrantar el principio de presunción de inocencia. Las prácticas de acercamiento más frecuentes en estos casos como hablar de temas sexuales con el menor, discutir con él sobre asuntos que normalmente se hablan entre adultos (problemas íntimos, personales, de pareja) o resaltar las afinidades que pueda haber entre el sujeto activo y el menor (como compartir hobbies) (55), difícilmente podrán considerarse indicios inequívocos que revelan la intención de cometer los delitos sexuales a los que se refiere el artículo 183 bis CP.

Además incluso en el caso de que se realicen insinuaciones de carácter sexual o propuestas explícitas de esta naturaleza, tampoco se podrá fácilmente demostrar que el sujeto quiere, por ejemplo, atentar contra la indemnidad sexual del menor de trece años tal y como se exige en el artículo 183.1 CP que regula el delito de abuso sexual. Como ya se indicó *supra*, antes de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, era indudable que cualquier contacto con un menor de 13 años constituía un delito de abuso sexual si era llevado a cabo por una per-

(51) *Id.*

(52) GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 217, MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 294.

(53) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit. y PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso...», cit.

(54) RAMOS VÁQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 219.

(55) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

sona susceptible de ser responsable penal (que cuente al menos con 14 años de edad). Después de esta reforma, el abuso sexual contra menores de 13 años exige explícitamente que se atente contra la indemnidad sexual del mismo. Ello, de acuerdo con un sector doctrinal significativo (56), implica que para el legislador no todo contacto sexual entre un menor de 13 y una persona susceptible de ser responsable penal necesariamente va a implicar un atentado contra la indemnidad sexual de aquél, siempre que el mismo tenga una edad mínima y presente un grado de desarrollo y madurez que le permita comprender la naturaleza y alcance de la sexualidad para poder prestar un consentimiento válido en una relación lúbrica (57).

Todo ello ha llevado a algunos autores a considerar que el tipo analizado es un delito de sospecha (58): una construcción que sin duda puede vulnerar el principio de culpabilidad. Y es que realmente puede resultar imposible demostrar semejante intención de cometer un delito sexual puesto que, en la mayoría de los casos, uno no puede saber con carácter previo qué hará en un encuentro íntimo futuro pues en gran medida su comportamiento dependerá de la conducta que presente la persona con la que planea encontrarse, extremo éste en gran medida imprevisible. En este contexto las intenciones pueden resultar vagas y confusas hasta para el propio portador de las mismas.

Semejante planteamiento cobra especial sentido en el contexto del acercamiento a menores a través de medios tecnológicos con fines sexuales pues, en la mayoría de los casos, los sujetos que cometen estas conductas buscan mantener relaciones sexuales consentidas con menores que ya hayan tenido con carácter previo experiencias de esta naturaleza, más allá de que las personas con las que normalmente que se contacta tienen entre 13 y 17 años lo cual queda fuera de la tipicidad, lo que cuestiona, como ya se apuntó, la necesi-

(56) Por todos, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 234 y MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos...*, cit., p. 120.

(57) Capacidad ésta que reconoce el legislador de la reforma de LO 5/2010 en la exposición de motivos de la misma como hubo ocasión de comprobar, y que algunos autores aceptan sobre todo cuando el sujeto activo es adolescente y, por tanto, próximo en edad y madurez al sujeto pasivo. Ver CUGAT MAURI, M., «Delitos cit.», p. 229 y CANCIO MELIÁ, M., «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011, p. 14.

(58) A esa conclusión llega MUÑOZ CONDE sobre la base de «... incluso requiriendo el acercamiento no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese acercamiento se hace realmente para cometer algún delito...». Ver MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 241.

dad de la creación de este delito y explica también su ausencia de aplicación en la práctica.

c) La propuesta de contacto debe acompañarse de actos materiales encaminados al acercamiento.

Este último requisito típico es el que más problemas de interpretación plantea dada la vaguedad e imprecisión (59) con la que el legislador ha descrito el mismo: solo se especifica la naturaleza de los comportamientos que se deben llevar a cabo, deben ser materiales, y su finalidad, deben ir orientados al acercamiento entre sujeto activo y sujeto pasivo (60).

Su determinación apriorística en términos generales resulta imposible por lo que solo se pueden poner ejemplos de conductas concretas que quizá satisficieran los aludidos requisitos típicos: la creación de un espacio virtual destinado al contacto privado entre sujeto activo y pasivo, que el sujeto activo acuda al lugar donde acordó encontrarse con el sujeto pasivo (61) (no es necesario que el sujeto pasivo se presente –solo se presenta en el 9% de los casos, de acuerdo con algunos estudios, lo que vuelve a cuestionar la necesidad de la creación de este nuevo tipo (62)–), que compre un billete para desplazarse al lugar donde se ha concertado el encuentro o acuda a los lugares que frecuenta la víctima para encontrársela (63).

(59) La doctrina se muestra unánime en este sentido y denuncia la vulneración del principio de taxatividad que implica semejante previsión legal. Ver, entre otros, SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 144; CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis y Taylor, Madrid, 2011, p. 821, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *Código penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios*, Colex, Madrid, 2010, p. 693.

(60) DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.

(61) Ver, entre otros, GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., pp. 247 y 248.

(62) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 275 y 276.

(63) En el ámbito del Derecho comparado existen ordenamientos que han concretado más este requisito típico y las conductas que se mencionan en el texto principal como posibilidades en las que se podría concretar el mismo, se han tomado de este tipo de regulaciones. Así por ejemplo, es de destacar el artículo 15 de la *Sexual Offences Act de 2003* que rige en Inglaterra y en Gales. Este precepto lleva por rúbrica «El encuentro con un niño tras haberse acercado al mismo» («*Meeting a child following grooming*») y en su contenido se mencionan múltiples conductas conducentes a ese encuentro. La *Sexual Offences Act de 2003* se puede encontrar en la red en la siguiente dirección web:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/15>

3.1.2 *Iter criminis y cuestiones concursales*

a) Consumación, tentativa y delito de peligro abstracto.

A efectos de consumación es necesario que el sujeto activo realice de forma sucesiva las tres conductas que fueron analizadas en el apartado anterior.

Para la práctica totalidad de la doctrina el artículo 183 bis CP supone la tipificación de actos preparatorios de determinados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (64), que de otro modo serían impunes pues difícilmente podrían constituirse en tentativa del delito sexual al que van orientados (65).

Un sector doctrinal minoritario considera sin embargo que los comportamientos recogidos en el artículo 183 bis CP presentan la suficiente gravedad como para merecer un reproche penal independientemente de que tales conductas estén encaminadas a la comisión de otros delitos sexuales. En este sentido, Cugat Mauri entiende que «... los medios a los que se refiere el tipo permiten establecer un contacto previo a la relación sexual directa con el menor de 13 años que puede favorecer una situación de subyugación moral al agresor de especial intensidad, en la medida en que el medio facilita la captación, almacenamiento, reproducción y difusión de confesiones o imágenes que luego pueden ser utilizadas para su chantaje sexual... Solo ello reuniría la gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales. Por ello, por la sola presencia del elemento subjetivo

(64) Ver, entre otros, CANCIO MELIÁ, M., «Delitos...», cit. p. 821, SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO A., «Delitos...», cit., p. 144, ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II): Abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y acoso sexual», en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Parte Especial*, 3.ª edición actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 269 y 270, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 73, RAMÓN RIBAS, E., «La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 859, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abuso sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2.ª edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624.

(65) ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II)...», cit., p. 270.

del injusto... no puede deducirse que estemos ante un mero acto preparatorio que atente contra el principio de última ratio...» (66).

A mi modo de ver el planteamiento de esta autora no resulta convincente dado que, por un lado, se basa en circunstancias que no están para nada presentes en el tipo penal analizado que solo exige que el sujeto activo contacte con el pasivo, le proponga un encuentro con la finalidad de llevar a cabo determinados delitos sexuales y realice actos materiales orientados al acercamiento. En modo alguno debe existir una subyugación moral ni un chantaje sexual sobre la base de la información compartida ya que el acaecimiento de tal circunstancia daría lugar a la apreciación del tipo agravado del delito analizado o de otros más graves como las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito reguladas en el artículo 169.1 CP (como más adelante tendremos ocasión de comprobar). Asimismo, dar por sentado el riesgo de que se produzca tal situación coactiva y sobre la base de este planteamiento, ajeno de todo punto a la realidad empírica que se conoce sobre el delito analizado, es sin duda cuestionable. En último lugar habría que decir una parte importante del argumento de la autora se basa en la presencia del elemento subjetivo del injusto y ya se ha demostrado que dicho elemento en caso de que concurra, lo que es harto infrecuente de acuerdo con los estudios empíricos analizados, es muy difícil de demostrar en la práctica.

Por todo lo expuesto se entiende que nos encontramos con la tipificación de lo que son actos preparatorios para la comisión de otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se trata de un adelantamiento de las barreras punitivas que casa mal con los principios de proporcionalidad, intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria del Derecho penal. Los actos preparatorios son con frecuencia equívocos (ya se ha indicado lo ambiguo que pueden resultar el acercamiento a menores con fines sexuales a través de las TIC), no castigarlos favorece el desistimiento y, por lo general, no tienen todavía suficiente gravedad como para merecer reproche penal (67). De ahí la excepcionalidad con la que nuestro Código penal castiga los actos preparatorios como delitos autónomos y el que solo con carácter general, pero para un número reducido de delitos, castigue determinados actos preparatorios: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (68).

(66) CUGAT MAURI, M., «Delitos...», cit., p. 229.

(67) Véase GIL GIL, A., «*Iter criminis*» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 318 y ss.

(68) Véase artículos 17 y 18 CP.

Curiosamente entre esos delitos que tienen prevista de manera expresa y específica la punición de los actos preparatorios antes mencionados no se encuentran los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Ello revela la incongruencia en la que incurre nuestro legislador como demuestra el ejemplo que se describe a continuación. Pensemos en dos sujetos que conspiran para cometer un delito de agresión sexual contra un menor de 13 años, es decir que se ponen de acuerdo para ejecutar el delito y resuelven ejecutarlo. Supongamos que tales sujetos conocen al menor porque son profesores del mismo y nunca llegan a ejecutar el delito porque el menor cambia de domicilio y de centro educativo. En tal caso, estos sujetos no serían penalmente responsables por el comportamiento realizado puesto que no está previsto el castigo de la conspiración en la regulación de las agresiones sexuales. Supongamos ahora que uno solo de estos sujetos contacta por Internet con un menor de trece años que vive a mil kilómetros de distancia, le propone un encuentro para abusar sexualmente del mismo, compra un billete de tren para acudir lugar de residencia del menor y, en último término, camino ya de la estación, decide no realizar el viaje (no cabría hablar de desistimiento porque en base a lo planteado el delito se habría consumado). Este individuo podría resultar penalmente responsable por el artículo 183 bis CP. La peligrosidad de la conspiración que se ha puesto como ejemplo no es en absoluto desdeñable comparada con la que entraña el acercamiento al menor con fines sexuales a través de Internet que lleva a cabo en solitario uno de los dos conspiradores que resulta sin duda, mucho menor.

En todo caso y en contra de lo manifestado por algunos autores (69), el delito analizado es compatible con las formas imperfectas de ejecución. Teniendo en cuenta que su regulación exige la presencia de tres comportamientos distintos que se han de realizar de manera sucesiva, al menos teóricamente es plausible plantear que en determinados supuestos el sujeto lleve a cabo una o dos de las tres conductas requeridas y no pueda llevar a cabo la última por razones ajenas a su voluntad. En tal caso habrá dado comienzo a la ejecución del delito directamente por hechos externos realizando parte de los actos que deberían producir el resultado pero éste no acaece por causas independientes de la voluntad del autor, tal y como exige el artículo 16 CP. Se aprecia por tanto la compatibilidad con la tentativa inacabada. Con ello no se quiere en absoluto celebrar esta posibilidad dado que la misma, pese a su coherencia con el principio de legalidad, se traduci-

(69) En ese sentido GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 249.

ría en el castigo de comportamientos aun menos lesivos de los integran la forma consumada del delito analizado.

A la vista de lo explicado se puede afirmar que se trata todo lo más de un delito de peligro pues no se requiere para su consumación la efectiva lesión de la libertad o indemnidad sexual del menor. Algunos consideran que se trata a la vez de un delito de peligro abstracto y de peligro concreto (70). Para los que así se manifiestan el delito analizado afecta a dos bienes jurídicos distintos: uno que tendría carácter individual y que se cifraría en la libertad e indemnidad sexual del menor y otro que tendría un carácter colectivo (71) y se identificaría con la infancia. De acuerdo con esta tesis, el delito sería de peligro abstracto en relación con el bien jurídico colectivo antes mencionado y de peligro concreto respecto del individual (72).

Con independencia de lo que se entienda como bien jurídico protegido, cuestión ésta que se abordará más adelante, lo cierto es que se debe rechazar el planteamiento descrito por cuanto el delito analizado es, en todo caso, de peligro abstracto (73). Parece que el legislador ha considerado que la conducta de seducir a menores utilizando determinadas tecnologías para cometer delitos sexuales es peligrosa en el sentido de que generalmente lo es para los bienes jurídicos que pudieran estar en juego. Se trata de una peligrosidad presumida por la ley que al tiempo no la exige como elemento del tipo. No ha pasado a ser un requisito cuya concurrencia el juez de probar para afirmar la realización del tipo: pudiera ocurrir que el sujeto activo contacte con el menor, le proponga un encuentro y lleve actos encaminados al acercamiento y después se demuestre que el menor simplemente tenía curio-

(70) Así DOLZ LAGO, M.J., «Un acercamiento...», cit.

(71) Como señala LACRUZ LÓPEZ, el reconocimiento de este categoría de bienes jurídicos «... supone en cualquier caso una anticipación a la tradicional protección de bienes jurídicos individuales. Es decir, la existencia de un bien colectivo no se entiende de un modo autónomo, independiente, sino siempre como expresión de la presencia de una serie de bienes jurídicos individuales cuyas barreras de protección quedan así adelantadas. Se trata pues de evitar situaciones que suponen un peligro abstracto para los bienes jurídicos individuales». Ver LACRUZ LÓPEZ, J.M., «Conceptos básicos del Derecho Penal» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 10 y 11.

(72) De acuerdo con DOLZ LAGO, dado que el «... tipo penal exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento...» ello «... abonaría la tesis del peligro concreto si circunscribimos el bien jurídico protegido al ámbito individual de este menor. Pero si ampliamos el bien jurídico protegido a la infancia estaríamos más en la presencia de un delito de peligro abstracto...». Ver DOLZ LAGO, M.J., «Un acercamiento...», cit.

(73) Así MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 241.

sidad y que por eso contestó al sujeto activo y que acordó encontrarse con él como un mero juego sin que jamás tuviese la intención de hacerlo y que para cuando fuese a tener lugar la cita el menor se encontrase a miles de kilómetros de distancia del lugar acordado. Este planteamiento nos conduce a considerar el delito como de peligro abstracto ya que el delito de peligro concreto requiere la existencia de una situación en la que un objeto entra en el radio de acción de una conducta peligrosa y en ese momento su lesión aparece como inminente (74). Y esto con independencia de que puedan darse esta clase de situaciones en el contexto de la realización del tipo del artículo 183 bis CP. Todo lo explicado abunda en la idea de la lejanía de la lesión al bien jurídico protegido en la que se encuentran los comportamientos subsumibles en precepto analizado.

b) Concursos de delitos.

Si el encuentro entre el menor de 13 años y el sujeto activo llega a tener lugar y se realiza algún delito sexual éste se castigará además del delito regulado por el artículo 183 bis CP dado que así lo establece expresamente el precepto que incluye una cláusula concursal en virtud de la cual las penas previstas para este delito «... se impondrán sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos». Por tanto, si a la seducción telemática le sigue la comisión de otro delito contra la libertad e indemnidad sexuales, ambas infracciones se castigarán en régimen de concurso real.

Un sector mayoritario de la doctrina considera que la posterior realización del delito contra la libertad e indemnidad sexuales a los que se orienta el acercamiento a menores con fines sexuales, impediría el castigo de tal acercamiento en virtud bien del principio de consunción (75) que recoge la regla tercera del artículo 8 CP o del principio de alternatividad (76) que prevé la regla cuarta del precepto mencionado. Pese a lo acertadas que puedan resultar estas interpretaciones (como sostiene Muñoz Conde, «... es muy cuestionable que el delito del artículo 183 bis siga manteniendo su autonomía punitiva si finalmente se llega a cometer el delito que lo motivó.») (77), las mismas deben considerarse de *lege ferenda* pues la regla que contiene el precepto analizado exige el castigo de ambas infracciones en régimen de concurso real.

(74) GIL GIL, A., «La tipicidad...», cit., pp. 188 y ss.

(75) En este sentido se pronuncian TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194.

(76) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

(77) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...* cit., p. 241.

Ello plantea serios inconvenientes en atención a ciertos principios que inspiran nuestro orden punitivo y que se ven vulnerados por esta regla concursal.

Por un lado, de acuerdo con el parecer doctrinal mayoritario, se quebranta el principio *non bis in idem* toda vez el acto preparatorio castigado como delito pone en peligro el mismo bien jurídico que resulta después lesionado por el delito sexual efectivamente cometido que sería la libertad e indemnidad sexual del menor (78).

Así mismo se denuncia la vulneración del principio de consunción (79). No se puede ignorar que en los supuestos de progresión delictiva las fases posteriores absorben a las fases anteriores del *iter criminis*: el delito consumado consume a la tentativa y a los actos preparatorios en caso de que éstos hubieran sido cometidos y del mismo modo la tentativa consume a los actos preparatorios punibles (80).

3.1.3 Los sujetos

a) El sujeto activo.

El delito que prevé el artículo 183 bis CP puede cometerlo cualquiera. Estamos por tanto ante un delito común susceptible de ser ejecutado por cualquier persona que pueda resultar penalmente responsable. El sujeto activo no tiene por qué ser un adulto sino que puede ser un menor que tenga entre 14 y 17 años. A este respecto se advierte, como se puso de manifiesto *supra*, una separación entre la legislación española y la normativa internacional y de la UE en las que la condición de sujeto activo para este tipo de delito se circunscribe al adulto.

(78) Véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales...», cit., p. 624, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194. No obstante, algunos autores (ver, concretamente, GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 249) consideran que esta vulneración no se daría si se aceptase que el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales constituye un delito pluriofensivo que, además de afectar a la libertad e indemnidad sexual del menor de trece años afecta a la seguridad en la infancia en el uso de las TIC. No obstante quien plantea esta posibilidad entiende que «... Desde la perspectiva de salvaguardar el uso seguro de las TIC por parte de la infancia, el nuevo tipo penal... presenta evidentes lagunas y suscita el interrogante de la necesidad de su existencia.».

(79) Véase, entre otros, GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales...», cit., p. 624, TAMARIT SUMALLA, J.M., «Comentario...», cit., p. 1186, y LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos...», cit., p. 194.

(80) GIL GIL, A., «Unidad y pluralidad de delitos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 727 y 728.

Esta previsión añade más inconvenientes (81) a los ya señalados respecto de la regulación española del delito analizado: puede suceder que un menor de 14 años de edad contacte, proponga encuentro y lleve a cabo actos materiales orientados al acercamiento con otro menor de 12 años. Puede ser que el menor de 12 años de edad haya iniciado el encuentro y sea incluso el que haya dado un cariz sexual al contacto cibernético enviando al sujeto de 14 años fotografías del mismo desnudo o en actitudes lascivas (82). Pudiera ocurrir que ambos sujetos aunque la iniciativa del encuentro proceda del sujeto de 14 (susceptible de ser penalmente responsable en virtud de lo establecido en la LORPM), quisieran mantener relaciones sexuales y que ello no implique una lesión y ni siquiera una puesta en peligro de la indemnidad sexual menor de 12 años, máxime si el encuentro entre ambos nunca tiene lugar y por tanto tampoco el contacto sexual. Sin embargo, semejante comportamiento podría cuando menos dar lugar a una denuncia o querrela por la presunta comisión del delito que recoge el artículo 183 bis CP con muchas probabilidades de ser admitida a trámite pues, aunque no hubiese ánimo de abusar sexualmente del sujeto de 12 años de edad, están presentes todos los requisitos objetivos que recoge el precepto. La incoación de un proceso penal en estos casos que, siendo la víctima menor podría haberse impulsado por sus padres, es sin duda un despropósito ya con la intervención punitiva, lejos de proteger el espontáneo desarrollo de la personalidad del menor en el plano sexual, uno de los contenidos con el que se identifica la indemnidad sexual, se estaría atentando contra la misma.

b) Sujeto pasivo.

La condición del sujeto pasivo se circunscribe al menor de 13 años. Esta decisión legislativa puede resultar adecuada teniendo en cuenta que por debajo de dicha edad el individuo puede no estar en condiciones de comprender el sentido y alcance de la sexualidad y requerir una mayor protección. Sin embargo lo cierto es que esta previsión cuestiona como se puso de manifiesto *supra* la necesidad del nuevo precepto ya que en la práctica la inmensa mayoría de los menores que son objeto de acercamiento con fines sexuales superan dicha edad.

Por otro lado no se incluye a los incapaces mayores de 13 años como sujetos pasivos que también utilizan las nuevas tecnologías y

(81) Véase GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 243 y ss.

(82) Esta práctica, conocida como *sexting* en el ámbito anglosajón, es frecuente entre los menores que utilizan Internet. Sobre la incidencia de la misma, ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 93.

pueden presentar igual o mayor vulnerabilidad que los menores de esa edad no incapaces (83).

Por otro lado, que la condición de sujeto pasivo se circunscriba a una persona que tenga menos de 13 años plantea más problemas. Y es que semejante circunstancia debe ser abarcada por el dolo del sujeto activo. Si no lo es –algo probable en el medio en el que tiene lugar el contacto–, nos encontraríamos ante un error de tipo sobre un elemento esencial de la infracción (elemento esencial pues sin el mismo la conducta deviene atípica). Este error, regulado en el artículo 14.1 CP, sea vencible o invencible, da lugar a la impunidad de la conducta ya que el error de tipo vencible conduce, en su caso, a la posibilidad de castigar por imprudencia, pero el acercamiento tecnológico a menores de 13 años con fines sexuales no tiene prevista la comisión imprudente por lo que un error de esta naturaleza, sea vencible o invencible, daría lugar a la exención de responsabilidad penal (84).

3.2 EL TIPO AGRAVADO

De acuerdo con el último inciso del artículo 183 bis CP, las penas de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 14 meses se impondrán en su

(83) GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 244 ss.

(84) El artículo 12 CP establece que las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley. Cabría preguntarse qué sucede si el sujeto activo cree erróneamente que el pasivo es menor de 13 cuando en realidad no lo es: supuesto de error de tipo inverso que se considera un caso de tentativa inidónea ya que el sujeto ha decidido realizar el tipo creyendo que concurren todos los elementos típicos cuando en realidad falta alguno de ellos (en este caso la existencia de un menor de 13 años de edad). Tal conducta debe considerarse atípica y no porque digan algunos que al ser el delito del artículo 183 bis de mera actividad no quepa castigar la tentativa –ver GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., pp. 249– (de hecho como se puso de manifiesto *supra* ello es perfectamente posible puesto que el delito se compone de la realización sucesiva de conductas distintas hasta llegar a la consumación por lo que a pesar de no exigir resultado típico alguno, es perfectamente compatible con las formas imperfectas de ejecución) sino porque hoy día la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria abogan por la atipicidad de la tentativa inidónea cuando la misma lo es sobre la base de una valoración *ex ante* de que se pueda realizar mediante la misma el tipo penal –ver GIL GIL, A., «El *iter criminis*...», cit., p. 343–: a lo cual hay que contestar claramente en un sentido negativo.

A este respecto habría que celebrar la diferencia entre nuestro ordenamiento y otros como el escocés en los que se castiga al adulto que contacta con un sujeto que tenga la edad de consentimiento sexual siempre que el adulto piense que no la tiene. De acuerdo con esta normativa y tal y como señala RAMOS VÁZQUEZ «... *se castiga como delincuentes sexuales a individuos que no han tenido contacto (ni virtual ni de ningún tipo) con un menor real. Esto es, se castiga por las malas intenciones más que por algo que se haya hecho o se haya dado la impresión de que se iba a hacer*». Ver RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores...», cit., p. 198.

mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

El empleo del engaño como medio comisivo que agrava la pena plantea algunos problemas pues dada la naturaleza comisiva de delito analizado, algunos entienden que se está construyendo una agravante a partir de lo que es una modalidad natural de realización del delito (85). Ello sobre todo si por engaño consideramos la omisión de información. Algunos sin embargo abogan por una interpretación restrictiva del engaño en virtud de la cual el mismo solo se aplique como circunstancia agravante específica «... cuando se oculta a la víctima la verdadera razón del acercamiento, eso es, la pretensión del sujeto activo de cometer alguno de los delitos que menciona el tipo.» (86). No se comparte esta exégesis pues con la misma se castiga al sujeto que trata de no auto inculparse. En relación con esta razón se entiende además que el planteamiento descrito resulta poco plausible pues implica que el sujeto deje prueba escrita sobre sus intenciones criminales en un medio de fácil acceso como es el cibernético, algo que en principio no es de esperar. Por último cabe añadir que si el sujeto anuncia su intención de cometer un delito sexual contra el menor de trece años con el que contacta, estaría incurriendo en una amenaza o intimidación que darían lugar en todo caso a la aplicación del tipo agravado por lo que la interpretación descrita no resuelve el problema que pretende resolver.

El empleo de coacción o intimidación da lugar a un concurso de leyes que con respecto a las amenazas condicionales de un mal constitutivo de delito del artículo 169.1 CP castigadas con pena significativamente más grave que la versión agravada del artículo 183 bis (pena de 3 a 5 años de prisión si el sujeto activo consigue su propósito, o pena de 1 año 9 meses y un día a 3 años de prisión si no lo hubiese conseguido). Algunos consideran que la creación del tipo agravado del artículo 183 bis CP descarta la posibilidad de aplicar el delito de amenazas pese a que renunciando a la misma se esté beneficiado el sujeto activo (87). Por su parte, hay autores que optan por la aplicación del principio de alternatividad que recoge la regla cuarta del artículo 8 CP y así subsumen los hechos en el precepto que castigue la conducta con pena más grave (88).

A la vista de los dos planteamientos descritos parece que el primero resulta más coherente con el principio de legalidad sobre todo si

(85) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

(86) GONZÁLEZ TASCÓN, M., «El nuevo...», cit., p. 252.

(87) *Id.*, p. 251.

(88) GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos...», cit., p. 732.

tenemos en cuenta que, de acuerdo con el artículo 8 CP, el principio de alternatividad se aplica en defecto de los anteriores y uno de los mismos es el de especialidad que recoge la regla primera del referido precepto y que por tanto resulta de aplicación preferente y conduciría a optar por el artículo 183 bis CP que se perfila como precepto especial frente al artículo 169.1 CP. Esta conclusión revela la más que deficiente técnica legislativa que se utiliza en el precepto analizado y pone en evidencia la precipitación y la ausencia de reflexión con la que se abordan los cambios legislativos. Resulta irónico que la alarma social justificada o no que existe en relación con el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales encuentre respuesta en un precepto nuevo que castiga dicho fenómeno con penas significativamente menos graves que otros preceptos ya existentes. Se hace evidente una vez más el empleo simbólico del Derecho penal a partir de la creación de tipos específicos deficientemente diseñados que supuestamente van a resolver de forma también muy concreta los nuevos problemas que aparentemente afectan a la sociedad.

3.3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Salvo contadas excepciones (89) se entiende que el artículo 183 bis se orienta a proteger la libertad e indemnidad sexual del menor

(89) Ya se comentó que algunos autores, como DOLZ LAGO consideran que además de los bienes jurídicos libertad e indemnidad sexuales, el delito analizado se orienta a la protección de la infancia cuyo contenido se identifica con «... *el proceso de formación del niño en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, para evitarle que sea sometido a prácticas que impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de trece años cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que eventualmente, pudiera tener.*» (Ver DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento...», cit.). Con respecto a esta teoría se puede decir que en realidad no identifica ningún bien jurídico distinto de la indemnidad sexual del menor o libertad sexual, entendida de acuerdo con la misma como su libertad sexual futura en un sentido positivo dinámico que más adelante se explicará.

Por otro lado y como también se explicó *supra*, GONZÁLEZ TASCÓN se refería a la seguridad en el uso de las TIC por parte de menores y al favorecimiento del desarrollo de los derechos fundamentales de libertad de expresión y comunicación (ver GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito...», cit., p. 242). No obstante, la mencionada autora reconoce que de considerarse que el nuevo delito protege el referido bien jurídico habría que entender que el mismo presenta numerosas e importantes lagunas y suscita «... *el interrogante de la necesidad de su existencia.*» (*Id.*). Pero es que además, dada su configuración típica en lo que respecta a los sujetos activo y pasivo, el nuevo delito puede precisamente causar el efecto contrario, es decir, cercenar lo que puede ser el ejercicio de la libre comunicación entre menores en la red, como hubo ocasión de comprobar.

de 13 años que se considera puesta en peligro cuando se realizan los comportamientos que tal precepto regula.

Como se puso de manifiesto en apartados anteriores, el propio legislador de la LO 5/2012 señala en la exposición de motivos a esos dos bienes jurídicos como el objeto de protección de las normas que conforman el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal y que regulan los delitos de agresión, abuso sexual y el ahora analizado. Se dice que mediante los comportamientos subsumibles en las mismas no solo se vulnera la indemnidad sexual, «... entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación del menor y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor...» (90).

Pues bien, el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado no se puede identificar con la indemnidad sexual sino con la libertad sexual en su vertiente negativo estática o derecho no ya del menor, sino de todo individuo, a no participar en los encuentros sexuales sin su consentimiento (91). La indemnidad sexual solo se puede identificar por tanto con el derecho a la formación y desarrollo de la personalidad en el ámbito sexual que es predicable tanto de los menores como de los adultos (92).

Al hilo de lo que se acaba de exponer resulta necesario realizar una serie de aclaraciones en torno al bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

(90) Ver el apartado XIII de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «Boletín Oficial del Estado» núm. 152, de 23 de junio de 2010.

(91) Hoy día, la práctica totalidad de la doctrina considera que la libertad sexual comprende dos facetas: la negativo estática, que ya ha sido definida, y la positivo dinámica entendida como facultad de escoger y practicar en cada momento la opción sexual que más plazca, la de utilizar o servirse del propio cuerpo en la esfera sexual, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena (ver ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, cit., p. 17). Por su parte, CARMONA SALGADO, define esta faceta de la libertad sexual como «*la libertad sexual que se presenta como el derecho a la libre disposición carnal, entendida esta última como la facultad de hacer o no uso del propio cuerpo*» (Ver CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, p. 31).

(92) Los adultos que son víctimas de agresiones o abusos sexuales sufren muy frecuentemente consecuencias psíquicas que en muchas ocasiones implican una incapacidad temporal o permanente para mantener relaciones sexuales. La afectación de su personalidad en el plano sexual y el desarrollo de la misma es por tanto evidente. Ver, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 1 (2009), pp. 317-346.

Y es que desde el momento en que la libertad sexual se erigió como el objeto de protección de la regulación de tales infracciones (93), fue concebida, en su vertiente positivo dinámica (consistente en el derecho a practicar sexo cómo y con quien se desee sin más limitaciones que la libertad ajena con todo lo que ello implica), como una libertad valorativa; es decir que para ejercerla, el individuo tenía que ostentar determinadas capacidades intelectuales y volitivas que le permitiesen entender la trascendencia de las relaciones sexuales con otras personas a fin de poder prestar un consentimiento válido para participar en las mismas (94).

Sobre la base de este planteamiento se entendió que los menores de determinada edad y algunos sujetos psíquicamente discapacitados no podían ser titulares de ese derecho lo cual obligaba a identificar otra esfera de protección cuando tales individuos eran objeto de agresión o abuso sexual (95). Ese objeto de protección se concretó en la indemnidad sexual en virtud de la reforma introducida por LO 11/1999, de 30 de abril que, entre otras cosas, modificó la rúbrica del Título VIII del Libro II del Código penal que pasó a denominarse «De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

Todo este desarrollo teórico resulta visto desde el momento presente un tanto innecesario (96) pues nació sobre la base de un error de concepto que a día de hoy se sigue arrastrando. La libertad sexual en

(93) NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, p. 201.

(94) A este respecto ver CARMONA SALGADO, C., *Los delitos...*, cit., p. 38 y GONZÁLEZ RUS, J.J., *El delito de violación en el Código penal español*, Colección de Estudios Penales n.º 4, Granada, 1982, pp. 265 y ss.

(95) Carmona Salgado, C., «Delitos contra la libertad sexual», en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Manual de Derecho penal* (Parte Especial I; delitos contra las personas; la libertad sexual e indemnidad sexuales; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad; y los derechos laborales), Madrid, 2002, p. 178; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, p. 324; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 241.

Como se puso de manifiesto en apartados anteriores del presente artículo, la reforma introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, supone un cambio de paradigma a este respecto ya que la misma abre la vía para afirmar que los menores de 13 años, siempre que se den determinadas circunstancias, pueden ejercer la libertad sexual en su vertiente positivo dinámica. Ello se desprende de lo manifestado por el legislador en la exposición de motivos y del contenido del artículo 183.1 CP que regula el abuso sexual de menores de 13 años exigiendo que en el mismo el sujeto activo atente contra la indemnidad sexual del sujeto pasivo.

(96) Algo que ya puso de manifiesto DIEZ RIPOLLÉS hace tiempo. Ver Díez Ripollés J.L., «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 6, Madrid, 2000, p. 197.

su vertiente positivo dinámica no se protege mediante la regulación de los delitos sexuales. Como señaló en su día Orts Berenguer (97), no se puede decir que la normativa penal en esta materia salvaguarde de forma directa el derecho del ciudadano a mantener relaciones sexuales. La vertiente de la libertad sexual que el Derecho penal tutela es la negativo estática y de ésta siempre han sido titulares tanto los menores como los incapaces pues ambos han sido siempre susceptibles de ser sujetos pasivos de las agresiones sexuales. En este sentido, a su negativa a participar en encuentros sexuales, que se ha de vencer mediante violencia o intimidación, se le ha dado siempre trascendencia jurídica.

Por otro lado, el abuso sexual tiene lugar cuando un sujeto se ve implicado en un contexto sexual sin que medie violencia ni intimidación pero tampoco su consentimiento. La afectación de la libertad sexual negativo estática es evidente también en este supuesto. Tal es por tanto el bien jurídico que directamente tutela la regulación de los delitos sexuales que conforman el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal. Cuestión distinta es que como consecuencia de estas infracciones, el desarrollo espontáneo del sujeto en el ámbito sexual resulte gravemente afectado lo cual le puede impedir o dificultar el ejercicio de su libertad sexual positivo dinámica en el futuro, circunstancia ésta que, como se puso de manifiesto, puede darse tanto en menores e incapaces como en adultos que sean víctimas de agresiones o abusos sexuales.

En conclusión, la libertad sexual negativo estática constituye a mi modo de ver el bien jurídico que teóricamente debería proteger el artículo 183 bis CP. Sin embargo, a lo largo de toda la exposición que precede a estas líneas se ha podido comprobar que este precepto da cabida a conductas que ni siquiera ponen en peligro el referido bien jurídico y, lo que es más grave, puede terminar por limitar de forma ilegítima el derecho de los menores de 13 años y de los menores adolescentes a compartir su intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías, lo que en definitiva forma parte de ese espontáneo desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual tantas veces esgrimido como objeto de protección. Asimismo, desde el punto de vista de su configuración típica, el nuevo precepto resulta de todo punto inadecuado para otorgar la protección que pudiera resultar necesaria en determinados casos: hemos de recordar a este respecto las dificultades de prueba que entraña y el hecho de que su existencia privilegie el trato que recibirían los sujetos activos del mismo si llevasen a cabo la conducta típica con violencia e intimidación.

(97) ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...*, cit., p. 18.

El legislador vuelve a hacer uso del Derecho penal como símbolo para dar la apariencia de que el problema del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales le preocupa. De este modo trata de dar respuesta a las voces de alarma que se alzan desde determinados sectores como los medios de información. Todo ello se lleva a cabo con precipitación y sin tener en cuenta los estudios empíricos que existen sobre la realidad de la cuestión a tratar.

Quizá a algunos les convenga ignorar esta realidad pues la misma demuestra que los menores, sobre todo los adolescentes, comparten intimidad sexual a través de las nuevas tecnologías. Este tipo de prácticas está tan extendido (98) que actualmente se puede decir que la misma forma parte del espontáneo desarrollo de la personalidad del menor en el ámbito sexual. Lo que no es de extrañar cuando vivimos en una sociedad de consumo donde el sexo se expone como sinónimo de éxito y poder, una sociedad que permite anuncios publicitarios de contenido sexual explícito dirigidos al público infantil y adolescente. En este contexto es previsible que el despertar sexual de los menores sea precoz y probablemente muchos así lo quieren y no me refiero a los supuestos depredadores sexuales sino a los que están detrás de las industrias y negocios orientados a los menores que ven en el sexo un reclamo para mantener a tan fiel y manipulable mercado. El legislador de 2010 revela esta hipocresía con la que nos manejamos: permitimos la sexualización del entorno mediático (99) que rodea a los menores pero al tiempo demonizamos su sexualidad y empleamos para ello el viejo recurso del Derecho penal y lo hacemos de forma ineficaz y al tiempo nociva. Y es que la intervención punitiva en este contexto puede resultar especialmente dañina para la víctima a la que supuestamente queremos proteger; esa víctima que sufre las consecuencias de nuestra esquizofrenia cuando se ve envuelta en un proceso penal por participar en un intercambio virtual de contenido sexual que concibe como normal porque así se lo hemos enseñado.

El problema, si es que existe, no se puede resolver con un precepto penal que por lo demás está tan deficientemente configurado que no se aplica. Antes de recurrir al castigo para luchar contra depredadores sexuales imaginarios (100), habríamos de mirarnos a nosotros mismos y a la sociedad que estamos creando para nuestros menores y cambiar por otras vías, que requieran mucha más implicación por nuestra parte, los aspectos que no nos parezcan adecuados.

(98) MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 93.

(99) RAMOS VÁZQUEZ, J.A., «Depredadores...», cit., p. 214.

(100) *Id.*

4. Las versiones del Anteproyecto de reforma de Código penal: especial referencia a la presentada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013

4.1 APROXIMACIÓN A LAS TRES VERSIONES DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA

De todos es sabido que el Gobierno pretende realizar una profunda y extensa reforma del Código penal. El Consejo de Ministros ha presentado, en menos de un año, hasta tres versiones de un Anteproyecto de reforma del Código penal.

En la primera de ellas, presentada el 16 de julio de 2012, no se prevén modificaciones ni para el delito analizado ni para ninguno de los que conforman el Título VIII del Libro II del Código penal.

En la segunda versión, presentada el 11 de octubre de 2012, el delito en cuestión cambia de ubicación y pasa a ser regulado por el artículo 183.1 ter (101). Por otro lado, su contenido no varía sino que se amplía para tipificar en un segundo apartado de ese mismo precepto la conducta del que contacte con un menor de trece años a través de las TIC 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.

Además de estos cambios, la versión de octubre de 2012 establece en el apartado X de su exposición de motivos que todo contacto sexual que se realice con un menor de 13 años será constitutivo de delito. Ello lleva a modificar el apartado primero del artículo 183 CP en el que se regula el abuso sexual contra un menor de 13 años que ya no exige que el contacto sexual que se establezca con el mismo atente contra su indemnidad sexual. Se vuelve por tanto al paradigma anterior a la reforma de LO 5/2010 en virtud del cual la relación entre una persona susceptible de ser responsable penal y un menor de trece años resulta en todo caso delictiva, con las implicaciones que ello tiene desde el punto de vista del bien jurídico protegido.

Por último, en la tercera versión, enviada al Consejo de Estado el pasado 5 de abril de 2013, el pre legislador introduce dos cambios

(101) El artículo 183 bis pasa a ser la sede de un delito no necesariamente relacionado con las TIC cuyo contenido es el siguiente: «*El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de quince años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*

Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.». Esta conducta podría subsumirse en el apartado 4 del artículo 189 CP. No obstante este precepto vigente prevé penas menos graves que el precepto proyectado.

respecto de la versión de octubre de 2012. Por un lado, se eleva la edad de consentimiento sexual a los 15 años lo cual afecta a todos los delitos que recoge el Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal, cuya rúbrica pasa denominarse «*De los abusos y agresiones sexuales a los menores de 15 años*». Por otro, se añade un nuevo precepto, el 184 quáter (102), en virtud del cual se prevé una causa de exoneración de responsabilidad penal para el autor de los delitos regulados en el Capítulo II bis antes mencionado, que se aplica cuando el menor de 15 años preste su consentimiento libremente y el autor sea próximo en edad y madurez al mismo (103).

4.2 ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA ENVIADO AL CONSEJO DE ESTADO EL 5 DE ABRIL DE 2013

De acuerdo con lo apuntado en el apartado anterior y tomando en consideración la última versión del Anteproyecto de Reforma de Código penal, se procede a analizar las tres modificaciones que afectan al delito de acercamiento a menores con fines sexuales a través de las TIC.

Como pusimos de manifiesto este delito experimenta una ampliación de su contenido. A este respecto, en la exposición de motivos se afirma que «... La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de Internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince 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...» (104). Ello obedece además a la Directiva 2011/92/UE (105) Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explota-

(102) Es de destacar el error en el que incurre el legislador al dar esta numeración a este precepto. La correcta hubiese sido 183 quáter que por lógica es el número que sigue al 183 ter. El error está presente tanto en la exposición de motivos como en el articulado del Anteproyecto de reforma. Por otro lado, el artículo 184 forma parte de otro Capítulo relativo al acoso sexual.

(103) Ver el apartado XII del referido Anteproyecto en su versión enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013. Referencia web:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html

(104) *Id.*

(105) En la exposición de motivos del Anteproyecto de reforma de Código penal de 5 de abril de 2013 se cita erróneamente esta Directiva por parte del legislador que la nombra con la referencia 2011/93 cuando la referencia correcta es la que se ha

ción de menores y la pornografía infantil. El artículo 6 de dicha Directiva que lleva por rúbrica «Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos» prevé en su apartado segundo la obligación de los Estados miembros de castigar este tipo de comportamientos (106).

Si nos atenemos al tenor literal del apartado 2 del artículo 183 ter observamos que la conducta típica consiste, una vez más, en contactar con un menor de 15 años a través de las TIC y realizar «actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor».

Nos encontramos, como sucede respecto del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales, con un tipo compuesto por dos conductas que se deben realizar sucesivamente. Con respecto a la primera de ellas, «contactar», me remito a lo expuesto al analizar el delito ahora vigente. En relación con la segunda, habría que aclarar en qué pueden consistir los actos dirigidos a embaucar a un menor con la finalidad antes mencionada. El Diccionario de la RAE define «embaucar» como «Engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado» (107). Es decir que si nos atenemos al tenor literal del precepto se deberá probar la existencia de un engaño por parte del sujeto activo que el mismo lleva a cabo prevaliéndose de la inexperiencia o ingenuidad del menor de 15 años. Esta regulación suscita, al igual que la prevista para el delito del 183.1 ter (que recoge, salvo por lo que respecta a la edad del sujeto pasivo, en los mismos términos en los que lo hace la LO 5/2010 el acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales pese a todos los problemas que tal configuración típica plantea) problemas de prueba que pueden dar lugar a su inaplicación en la práctica. Por otro lado, de acuerdo con los datos empíricos que se conocen en España sobre la utilización de las TIC por parte de menores se observa que éstos tienen una idea clara de su intimidad y de lo que quieren o no compartir, sobre todo cuando se trata de adolescentes que con la regulación proyectada sí pueden ser sujetos

hecho constar en el texto principal. El contenido de la Directiva se puede ver en la siguiente referencia web:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:335:0001:0014:ES:PDF>

(106) Si bien en el ordenamiento de la UE este comportamiento no se castiga como delito autónomo sino como tentativa de otros delitos relativos a la pornografía infantil, concretamente los que recogen los apartados 2 y 3 del artículo 5 de la Directiva 2011/92/UE.

(107) *Diccionario...*, cit.

pasivos de este delito (108). También se ha demostrado que Internet es el medio que se percibe con la mayor de las desconfianzas (109).

Por otro lado nos encontramos nuevamente con un delito de tendencia interna trascendente en el que lo pretendido por el sujeto activo va más allá de lo exigido por el tipo ya que no se requiere que el material pornográfico o las imágenes se lleguen a enviar. A este respecto me remito a todo lo apuntado en relación con el delito de acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales.

Nuevamente el sujeto activo puede ser cualquier persona susceptible de responder penalmente: es decir cualquier persona que tenga 14 o más años. En este sentido es llamativa la resistencia del legislador español a circunscribir la condición de sujeto activo al mayor de edad y, por otro lado, el hecho de que proteja y a la vez condene a sujetos de la misma edad por la comisión de un determinado comportamiento: el sujeto de 14 años que a través de la red embauque a otro sujeto de 14 años para que le envíe material pornográfico. Con ello se está criminalizando ilegítimamente una práctica muy frecuente entre adolescentes como es el *sexting* que, como tal, no tiene por qué afectar al normal desarrollo de su personalidad en el plano sexual pero que puede dar lugar a comportamientos constitutivos de delitos de verdadera gravedad que son los que merecen reproche penal (110).

(108) Véase, ampliamente, DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 289 a 303.

(109) *Id.*, p. 301.

(110) A este respecto MIRÓ LLINARES afirma: «... Pero el riesgo del sexting no deviene exclusivamente de la propia violación del proceso de formación de la sexualidad que en algunos casos podría suponer, sino más bien de la utilización posterior de las imágenes para otros ataques en los que ya no habrá consentimiento. Concretamente el sexting puede ser el primer paso para posteriores conductas como el cyberbullying, un posible abuso o corrupción del menor o la exposición a un chantaje de tipo sexual relacionado con el denominado grooming. Además, la difusión de imágenes a terceros puede desencadenar en conductas de pornografía infantil e incluso puede suponer una presión de tal magnitud en el menor que se ha relacionado con conductas de intento de suicidio y suicidio consumado...». El autor se refiere a casos como los de Amanda Todd y Tim Ribberink. MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., p. 94.

El Anteproyecto de reforma de Código penal incluye de hecho un nuevo tipo delictivo dentro de los delitos contra la intimidad que castiga esta posterior utilización a consecuencia de la cual dicha información cae en manos de terceros distintos de de aquél con la que libremente se compartió. Así, en el apartado XIV de la Exposición de Motivos de la última versión del referido Anteproyecto (la enviada al Consejo de Estado el 5 de abril de 2013), se pone de manifiesto que «... Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta son aquellos otros en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión sin el consentimiento de la persona afectada lesione gravemente su intimi-

La segunda modificación tiene que ver con la elevación de la edad de consentimiento sexual a 15 años.

Si bien esta elevación de la edad podría resultar coherente desde el punto de vista criminológico (111), es importante destacar que la misma no aparecía ni en la primera ni en la segunda versión del Anteproyecto de Código Penal que el Consejo de Ministros presentó, respectivamente, en julio y en octubre de 2012. Esta modificación se ha introducido solo en la versión del Anteproyecto enviada al Consejo de Estado el pasado 5 de abril de 2013 (112) y no ha sido objeto de análisis ni de informe por parte del Consejo General del Poder Judicial que solo ha informado respecto de la versión de octubre de 2012 (113). Es

dad.». En consecuencia el pre legislador añade un apartado 4 bis al artículo 197 del Código penal, con el siguiente contenido:

«4 bis. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.»

(111) Ya se ha puesto de manifiesto que los menores que suelen ser objeto de acercamiento por parte de adultos con fines sexuales a través de las TIC tienen en su inmensa mayoría más de 13 años. No obstante los estudios tampoco son concluyentes respecto al efecto que tales acercamientos provocan en estos adolescentes lo sigue planteando la incógnita relativa a la necesidad de estos nuevos tipos. Ver, DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica...», cit., pp. 289 a 303.

(112) En el apartado XIII de la Exposición de Motivos del la última versión del Anteproyecto, se explica el cambio en base a las siguientes razones: «... En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual hasta los quince años, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil...». A este respecto solo me queda añadir que ni en la Convención sobre los Derechos de la infancia, ni en la Convención sobre los Derechos del niño en la que se regula la creación, funcionamiento y competencias del referido Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, existe una sola referencia tácita o expresa a la edad adecuada de consentimiento sexual. Ver, respectivamente las siguientes referencias web:

http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/7_216_3.pdf
http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_textocdn.pdf

La única referencia a los 15 años de edad del niño se hace en relación a evitar que los menores de dicha edad participen en conflictos armados.

(113) El informe del Consejo General del Poder Judicial se publicó el 16 de enero de 2013 y por tanto versa únicamente sobre la versión de dicho Anteproyecto

desde luego sorprendente que un cambio de semejante calado no haya sido objeto de valoración e informe por el órgano de gobierno de nuestro sistema judicial.

Esta proyectada elevación de la edad de consentimiento sexual a los 15 años es, por otro lado, objeto de una regulación confusa. No se trata de un límite absoluto a efectos de determinar la ilicitud de los comportamientos de índole sexual cometidos contra los menores de dicha edad, dado que este mal numerado precepto 184 quáter exonera de responsabilidad penal al autor de cualquiera de los delitos previstos en el Capítulo II bis del Título VII del Libro II del Código penal, siempre que el mismo sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo y madurez y siempre que medie consentimiento libre del menor de 15 años. Esta causa de exoneración constituye la tercera y última modificación que va a ser objeto del presente análisis.

Sorprende que la exoneración se proyecte sobre todos los delitos del capítulo cuando, entre otros requisitos, medie consentimiento libre por parte del menor de quince años. Ello porque en el referido capítulo se prevén como medios comisivos de algunos tipos delictivos la violencia, la coacción, la intimidación y el engaño que desde luego son incompatibles con el consentimiento libre del menor, víctima de los mismos. Por ello, habrá que entender que tales conductas quedan excluidas de esta cláusula lo cual implica que los dos apartados del delito de aproximación a menores con fines sexuales también deben ser objeto de la misma exclusión salvo que aceptemos un ejercicio de verdadera esquizofrenia legislativa: en unos casos la conducta típica se realiza con la intención de cometer un ulterior delito sexual contra el menor de quince años y, en otros, la conducta pasa por engañarlo abusando de su ingenuidad. Sobre la base de estas premisas, ¿cómo aceptar la posibilidad de que haya un consentimiento libre del menor de quince años?, ¿es esto un reconocimiento tácito de que la regulación da cabida a la criminalización ilegítima de intercambios íntimos entre adolescentes?

Por otro lado, dicha cláusula suscita problemas de interpretación pues para su aplicación se exige que el autor de los hechos sea cercano en edad, grado de desarrollo y madurez del menor de

aprobada por el Consejo de Ministros en octubre de 2012. Referencia web donde se puede encontrar el texto íntegro de dicho informe:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPI/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995__de_23_de_noviembre__del_Codigo_Penal

quince años. ¿Cuándo se entenderá que hay cercanía en la edad más allá de los casos en que las edades coincidan o exista una diferencia de meses entre las mismas? Asimismo, por lo que se desprende de la proyectada regulación, la cercanía en edad no es suficiente a efectos de exoneración puesto que además el autor debe tener un grado de desarrollo y madurez similar al del menor de 15 años y tales términos son valorativos por lo que será imposible o al menos muy difícil establecer límites apriorísticos entre lo prohibido y lo permitido. Y ello no es cuestión baladí pues, más allá de suponer una quiebra de la seguridad jurídica, abre la vía de denuncias o querellas (114) por las que se incoen procedimientos que acaben sobreseyéndose al comprobarse que en el seno de los mismos, tras los correspondientes informes y demás pruebas, se dan los requisitos a los que el proyectado artículo 184 quáter CP se refiere. Se planean pues modificaciones que pueden contribuir a aumentar gratuitamente la sobrecarga que ya afecta de manera preocupante al sistema judicial español.

III. REFLEXIÓN FINAL

La vigente criminalización del acercamiento tecnológico a menores con fines sexuales que sigue los dictados la normativa de la UE y alguna otra regulación internacional suscita numerosos problemas.

En primer lugar, trata de responder a un problema de cuya existencia no existe respaldo empírico, de manera que puede suponer una

(114) Hay que pensar además que el sujeto pasivo es en todo caso menor de quince años y pueden ser sus padres o representantes legales quienes presenten la correspondiente denuncia incluso en contra de la voluntad del menor, no para evitar su libre desarrollo sexual, sino para controlar su vida íntima sobre la base de principios o ideas contrarias, por ejemplo, a la práctica de relaciones sexuales previas a alcanzar la mayoría de edad o anteriores al matrimonio. La regulación proyectada abre la vía a la utilización espuria del Derecho penal y no solo por el motivo apuntado. Las razones para denunciar en los supuestos a los que se está refiriendo el art. 184 quáter pueden responder a motivos de despecho o de venganza entre sujetos inmaduros entre los que se haya podido producir algún desencuentro o discusión. Sobre las características que se pueden atribuir a los sujetos menores, LLINARES considera, si bien con la «prudencia que requiere el formular afirmaciones estereotipadas sobre menores», que se trata de sujetos carentes de experiencia, de perspectiva, con una menor conciencia del riesgo y de las implicaciones de sus comportamientos y tremendamente vulnerables a la presión ambiental y de sus amigos y compañeros. Ver MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen...*, cit., pp. 95 y notas a pie 131 y 132 en las que el autor cita trabajos de ZHANG y McLAUGHLIN, respectivamente.

intervención punitiva ilegítima que atenta contra muchos de los principios que deben limitar e inspirar el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución. Por otro lado, la posibilidad de que pudiera otorgar protección en supuestos necesitados de tutela se ve cercenada por una más que deficiente técnica legislativa que se ha traducido en una inaplicación práctica del precepto que regula estas conductas.

También hay que destacar que, so pretexto de proteger la libertad e indemnidad sexuales de los menores de trece años, puede dar lugar justamente a lo contrario: a la criminalización del intercambio íntimo entre menores que puede ser fruto de un espontáneo desarrollo de su personalidad. Se advierte un afán por controlar la sexualidad de los menores que pone en evidencia la hipocresía y contradicción con que la sociedad actual concibe este tema.

Pese a todo, los cambios legislativos proyectados no resuelven ninguno de los problemas apuntados sino que añaden otros nuevos. Cabría esperar que tras cerca de treinta reformas de nuestro Código penal en 18 años el legislador hubiese aprendido de sus errores y hubiese renunciado a utilizar precipitadamente el Derecho penal como símbolo que resuelve problemas sociales, pero la lectura de la tercera versión del anteproyecto de reforma futura elimina cualquier expectativa que se pueda albergar en este sentido.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G., «El llamado delito de violación en el NCP. La jurisprudencia sobre el delito de violación del periodo 1989-1996 (de la LO 3/1989, de 21 de junio, a la LO 10/1995, de 23 de noviembre)», en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- BOIX REIG, J., en BOIX REIG, J. (dir.), *Derecho penal. Parte especial, vol. I: La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010)*, Iustel, 2010.
- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual» en *La Ley Penal*, n.º 80, marzo 2011.
- CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996.

- «Delitos contra la libertad sexual», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Manual de Derecho penal* (Parte Especial I; delitos contra las personas; la libertad sexual e indemnidad sexuales; el honor; el estado civil; la libertad y la seguridad; y los derechos laborales), Madrid, 2002.
- *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981.
- COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M., *Código penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios*, Colex, Madrid, 2010.
- CUGAT MAURI, M., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual» en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DÍAZ CORTÉS, L.M., «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español –art. 183 bis CP–», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 8 (julio 2012).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «El objeto de protección del Derecho penal sexual», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2.^a época, n.º 6, Madrid, 2000.
- DOLZ LAGO, M. J., «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia», en *Diario La Ley*, n.º 7575, Sección Doctrina, 23 de febrero de 2011.
- GARCÍA RIVAS, N., «Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresiones y abuso sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*, 2.^a Edición aumentada y corregida conforme a la L.O. 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GIL GIL, A., «*Iter criminis*» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «La tipicidad como categoría del delito», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- «Unidad y pluralidad de delitos», en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «Título VIII: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Lex Nova, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., «Los delitos contra la libertad sexual en el Código penal de 1995», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 59, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996.
- *El delito de violación en el Código penal español*, Colección de Estudios Penales n.º 4, Granada, 1982.

- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, págs. 207-258, Santiago de Compostela, 2011.
- LACRUZ LÓPEZ, J.M., «Conceptos básicos del Derecho Penal» en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2011.
- LAMARCA PÉREZ, C., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la Parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal» en *Diario La Ley*, n.º 7492, Sección Tribuna, 20 de octubre de 2010.
- MARTÍN LORENZO, M., «Delito de ciberacoso sexual», en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (coord.), *Memento experto: reforma penal 2012*, Francis Lefebvre, Madrid.
- MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosh, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante» en *Diario La Ley, Especial Reforma del Código penal*, n.º 7534, 23 de diciembre de 2010, Madrid.
- «La evidencia empírica sobre las consecuencias de la agresión sexual y su incorporación al análisis jurídico», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 1 (2009).
- *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (II): Abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y acoso sexual», en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal Parte Especial*, 3.ª Edición Actualizada de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ORTS BERENGUER, E., SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia 2001.

- PÉREZ FERRER, F., «El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código penal español (artículo 183 bis)», en *Diario La Ley*, n.º 1915, Sección Doctrina, 4 de septiembre de 2012, Madrid 2012.
- RAMÓN RIBAS, E., «La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A., GÓMEZ PAVÓN, P., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8 (julio de 2012).
- «El nuevo delito de ciberacoso a menores a la luz del derecho comparado 2» en *Diario La Ley*, n.º 7746, Sección Doctrina, 29 de noviembre de 2011, Madrid, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales» en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M. D., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal, Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., «Acoso sexual cibernético a menores de trece años» en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «Delitos contra la libertad sexual», en CÁNDIDO-CONDE PUMPIDO-FERREIRO, J., *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1997.