



UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
GRADO UNIVERSITARIO EN DERECHO
CURSO 2017 - 2018

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**AMENAZA EN EL CIBERESPACIO:
CIBERDELITOS SEXUALES CONTRA
MENORES. EN ESPECIAL LOS
DELITOS ONLINE CHILD GROOMING
Y SEXTING**

Trabajo realizado por la alumna Dña. Aitana Encuentra López
Dirigido por el Profesor D. José Antonio Parroque Lázaro

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. CUESTIONES PRELIMINARES.....	6
1. CONCEPTO DE CIBERDELITOS.....	6
2. PRINCIPALES CIBERDELITOS CONTRA MENORES.....	6
3. CONCEPTO PREJURÍDICO Y REQUISITOS DEL CHILD GROOMING Y SEXTING...7	
III. REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ONLINE CHILD GROOMING Y SEXTING EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	11
1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.....	11
1.1 LO 5/2010: INTRODUCCIÓN DEL CHILD GROOMING EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL.....	12
1.2 LO 1/2015: INTRODUCCIÓN DEL SEXTING EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL Y DE NOVEDADES RESPECTO A LA REDACCIÓN ANTERIOR DEL CHILD GROOMING.....	13
2. ANÁLISIS DELICTIVO.....	16
2.1 DELITO DE CHILD GROOMING.....	16
A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	16
B) TIPICIDAD.....	17
a) TIPO OBJETIVO: CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS.....	17
b) TIPO SUBJETIVO.....	20
C) PENALIDAD.....	21
D) TIPO AGRAVADO.....	22
2.2 DELITO DE SEXTING.....	22
A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	22
B) TIPICIDAD.....	23
a) TIPO OBJETIVO: CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS.....	23
b) TIPO SUBJETIVO.....	24
C) PENALIDAD.....	24

3. RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE CHILD GROOMING Y SEXTING CUANDO EL INFRACTOR ES MENOR DE EDAD.....	25
4. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	26
IV. PROBLEMAS CONCURSALES.....	27
V. CHILD GROOMING, SEXTING Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL.....	28
VI. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE A ESTE TIPO DE DELITOS.....	29
VII. CONCLUSIONES.....	31
BIBLIOGRAFÍA.....	35
ANEXO LEGISLATIVO.....	36
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	37

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- Art. / arts. : artículo/artículos
- Convenio de Lanzarote : Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007
- CP : Código Penal
- Dir. : director
- IES : Instituto de Educación Secundaria
- INTECO : Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación
- LO : Ley Orgánica
- LORPM : Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- p. /pp. : página/ páginas
- SAP : Sentencia Audiencia Provincial
- SAPPO : Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra
- STS : Sentencia Tribunal Supremo
- TICs : Tecnologías de la Información y de la Comunicación
- TS : Tribunal Supremo
- Vid. : véase

I. INTRODUCCIÓN

La elección del tema de ciberdelitos sexuales contra menores se basa en que cada vez es más común que menores de corta edad tengan acceso a Internet o las redes sociales sin control alguno. Se están creando nuevas generaciones cada vez más insertas en el mundo tecnológico, sin embargo, no se suele pensar en los peligros que supone su utilización, sobre todo para este grupo tan vulnerable e inocente. Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es tratar de concienciar y de advertir sobre el cuidado y control que se tiene que ejercer sobre los menores dentro de este ámbito tecnológico, cada vez más en auge, llevando a cabo el análisis jurídico de los delitos cometidos a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación o TICs, en especial de los delitos de Online Child Grooming y Sexting.

Primeramente, se va a exponer lo que se entiende por ciberdelitos, en general, mencionando los principales ciberdelitos que se pueden dar entre los jóvenes de hoy en día, para posteriormente dar un primer concepto de los delitos de Online Child Grooming y Sexting desarrollando tanto el contexto en que se dan estos últimos como los principales requisitos para su comisión.

En segundo lugar, se hará hincapié en la evolución legislativa que han sufrido estos dos delitos en el Código Penal español a través de las dos Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, introduciendo, respectivamente, el delito de Child Grooming y el de Sexting en nuestro ordenamiento, adecuándose al nuevo contexto social que esta surgiendo con la influencia de las TICs, y no dejando impune estos ciberdelitos.

Posteriormente, se lleva a cabo el análisis delictivo del Child Grooming y del Sexting, centrandó la explicación en todos aquellos elementos típicos que se tienen que dar para que realmente concurren ambos delitos. Además, dada la especialidad de ambos delitos, lo cuales se consideran actos preparatorios de otros delitos, se llevará a cabo la explicación de los problemas concursales que se dan en entorno a estos. Por otro lado, dada la estrecha relación entre estos ciberdelitos y la pornografía infantil, se dedica un apartado donde se exponen las diferentes posturas doctrinales en cuanto a dicho tema.

En último término, se traen a colación aquellas posibles medidas de protección y de prevención contra este tipo de delitos que pueden llevar a cabo tanto los Estados como los padres y educadores.

II. CUESTIONES PRELIMINARES.

1. CONCEPTO DE CIBERDELITO.

Las nuevas tecnologías surgieron con el objetivo de garantizar determinados servicios a las personas buscando su máximo bienestar. Sin embargo, el ciberespacio se ha convertido en un lugar peligroso donde cada día se cometen multitud de delitos al amparo del anonimato que ofrece el estar detrás de una pantalla. Así es como surgen los denominados ciberdelitos, considerándolos como aquellos cometidos a través de cualquier medio tecnológico.

Dentro de los ciberdelitos, nos encontramos con una diversidad de conductas tipificadas que obedecen a la vulneración de distintos derechos. Entre estas conductas, nos encontramos con los denominados ciberdelitos sexuales contra menores, donde encajaríamos los delitos de Child Grooming y Sexting, ya que ambos requieren un primer contacto a través de las TICs con el objetivo de llevar a cabo un comportamiento de naturaleza sexual.

2. PRINCIPALES CIBERDELITOS CONTRA MENORES.

Actualmente, la influencia de las nuevas tecnologías, sobre todo de Internet y de las redes sociales ha hecho que surja una nueva generación, la llamada “Generación Z” que incluye todas aquellas personas nacidas a partir de 1995, considerándolos nativos digitales, es decir, aprovechan de manera natural las inmensas posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. Se podría decir que los jóvenes de hoy en día no conciben su vida sin un ordenador o un dispositivo móvil conectado a Internet. Es muy importante el papel que juegan las redes sociales en la mayoría de los jóvenes, pues a través de ellas pueden saber información de otras personas, ven y suben vídeos y fotos y pueden poner comentarios y chatear con multitud de personas.

Sin embargo, muchos de estos jóvenes no son conscientes del riesgo y el peligro que lleva aparejado su utilización. Con las redes sociales y los chats, que en ellas se incluyen, se han abierto muchas oportunidades, sobre todo para los pederastas, que pueden buscar a sus víctimas entre miles de jóvenes vulnerables, generalmente, creando perfiles falsos, cercanos a la edad de la víctima, para ponerse en contacto con ella e intentar entablar un tipo de relación basada en la confianza con el objetivo de cometer algún delito sexual contra ellos. Por tanto, lo peligroso, y, en definitiva, de lo que se beneficia el ciberdelincuente, es del anonimato que las nuevas tecnologías le ofrecen.

En este contexto, las TICs han posibilitado la aparición de diversos tipos de conductas de inminente peligro para los menores de edad. Entre otros, podemos encontrar:

- *Cyberbullying*, consistente en el acoso a menores por parte de otros menores a través de las TICs.
- *Ciberstalking*, consistente en usar las TICs para perseguir o amenazar a la víctima menor de edad.
- *Porn revenge* o la difusión por venganza de imágenes íntimas.
- *Sextorsión*, consistente en chantajear utilizando imágenes o vídeos íntimos de la víctima.
- Pornografía infantil, es decir, tener material de menores llevando a cabo un acto sexual o mostrando órganos genitales.
- *Sexting* o envío de contenidos eróticos a través del móvil.
- *Child Grooming* o acoso sexual a menores a través de las TICs.

Muchos de los comportamientos referidos pueden ser considerados delitos. De hecho, el Código Penal se ha modificado recientemente para adecuarse a las nuevas realidades, tipificando muchas de las conductas anteriores para intentar evitar que en el mundo *online* exista impunidad¹.

3. CONCEPTO PREJURÍDICO Y REQUISITOS DEL CHILD GROOMING Y EL SEXTING.

El delito de Online Child Grooming o también denominado ciberacoso sexual a menores es un tipo delictivo que se introduce por primera vez en el Código Penal español en 2010. La necesidad de tipificar este tipo de ciberacoso, tal y como se establece en la Sentencia 823/2015 del TS de 24 de Febrero de 2015, primera sentencia en la que se habla del delito de Child Grooming por el Tribunal Supremo, surge por el desarrollo de Internet como medio de comunicación y el auge de las redes sociales que han sido aprovechadas por los delincuentes sexuales para ampliar sus actividades delictivas.²

1 *Responsabilidad en los ciberdelitos cometidos por menores*, disponible en

<http://replicantelegal.com/responsabilidad-en-los-ciberdelitos-cometidos-por-menores/>.

2 Vid. Sentencia 823/2015, Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), 24 de Febrero de 2015. Fundamento de Derecho Primero. (ECLI: ES:TS:2015:823). CENDOJ.

Anteriormente, en nuestro CP ya estaba tipificado el acoso, abuso y agresión, sin embargo carecía de regulación una nueva conducta que estaba surgiendo debido al auge de las nuevas tecnologías. A través de Internet se abrió un amplio camino para el delincuente sexual, puesto que dichos medios le facilitaban el contacto con los menores, permitiéndole involucrarlos para crear vínculos de afectividad y así perpetrar más fácilmente estos delitos, teniendo en cuenta que el actor no sólo se beneficiaba de su anonimato, sino también de la mayor rapidez y agilidad para consumir sus actos delictivos.

Así es como surge el delito de Online Child Grooming considerándolo como un tipo de ciberdelito llevado a cabo a través de las TICs que describe un proceso gradual mediante el cual un sujeto establece una relación de confianza con menores, enmascarada como de amistad, que deriva en un contenido sexual, en la que abundan las muestras de atención y afecto, y cuya finalidad última, es la de aumentar la vulnerabilidad del menor, favoreciendo de este modo la comisión de un delito sexual³.

El término Child Grooming se refiere, por tanto, a las acciones realizadas deliberadamente encaminadas a establecer una relación y un control emocional sobre un menor, con el fin de preparar el terreno para el abuso o agresión sexual del menor o para la obtención de pornografía infantil⁴. En este sentido, lo que el derecho penal está castigando es un acto preparatorio⁵ para la comisión de dichos delitos de naturaleza sexual a menores de dieciséis años. A pesar de que la doctrina mayoritaria considera que toda acción que no supere la fase interna del delito no es relevante penalmente, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participen de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de naturaleza sexual a menores de dieciséis años puede entenderse típica la conducta. La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien.⁶

3 PÉREZ VALLEJO, A.M.– PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, DYKINSON, S.L, Madrid, 2016, p. 126.

4 Vid. Sentencia 823/2015, Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), 24 de Febrero de 2015. Fundamento de Derecho Primero. (ECLI: ES:TS:2015:823). CENDOJ. Fundamento de Derecho Primero.

5 En la Sentencia 823/2015 se establece en cuanto al acto preparatorio: “Como destaca la doctrina el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna.”

6 Vid. Sentencia 823/2015, Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), 24 de Febrero de 2015. Fundamento de Derecho Primero. (ECLI: ES:TS:2015:823). CENDOJ.

Por su parte, el Sexting, entendido como un delito de embaucamiento de menores, es introducido por la LO 1/2015, la cual reforma el CP de 1995. Dicha conducta consiste en embaucar a un menor para que envíe, mediante un mensaje de texto, imágenes de contenido erótico o sexual. El origen de tal conducta es totalmente voluntario, pues es una de sus notas definitorias, las imágenes son tomadas personalmente por el o la protagonista o con su consentimiento expreso. La aparición de dispositivos tecnológicos y aplicaciones de telefonía que permiten captar imágenes o vídeos y remitirlas de manera instantánea, ha propiciado la generalización de esta práctica, particularmente entre las generaciones más jóvenes, sin ser estos, en la mayoría de los casos, conscientes del alcance y el riesgo de tal comportamiento.

Hay que tener en cuenta que los jóvenes actuales han nacido en una sociedad tecnológica y utilizan las posibilidades que ofrecen estos nuevos medios para desarrollar y expresar sus necesidades sexuales. Sin embargo, no se es consciente del riesgo que puede entrañar que dichas imágenes, tomadas o enviadas de manera totalmente voluntaria, lleguen a ser difundidas por las redes sociales a través de Internet. Quizás uno de los mayores peligros tiene que ver con su carácter invasivo, ya que la humillación que puede suponer la circulación de la imagen del menor por la red, más allá de los destinatarios por él pretendidos, le va a acompañar durante mucho tiempo por la dificultad de hacer desaparecer los contenidos de la red.⁷

Según la INTECO, el Sexting reúne una serie de requisitos⁸, los cuales vamos a comparar con los hechos probados de la Sentencia 236/2017 de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁹:

- **Uso de las TICs.** Para la existencia y difusión del Sexting, es necesaria la utilización de dispositivos tecnológicos, que al facilitar su envío a otras personas también hacen incontrolables su uso y redifusión a partir de ese momento. En la SAPPO 10/2017: “*El acusado Plácido [...] utilizaba redes sociales como Tuenti, o el programa Skype, [...] haciéndose pasar por una menor de entre catorce y quince años, iniciando y manteniendo conversaciones con la totalidad de los 45 menores contactados*”
- **La edad.** El Sexting no es un fenómeno exclusivo de los jóvenes sino que también los adultos pueden difundir fotografías propias de carácter sexual tomadas con el teléfono

7 COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales” en *Menores y las redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Cuerda (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 80.

8 INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, <http://www.sexting.es/wp-content/uploads/guia-adolescentes-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo-INTECO-PANTALLASAMIGAS.pdf>

9 Vid. Sentencia 236/2017, Audiencia Provincial de Pontevedra, de 14 de febrero de 2017. (ECLI: ES:APPO:2017:236). CENDOJ.

móvil. Sin embargo, para la aplicación del art. 183 ter 2 CP es necesario que la víctima sea menor de dieciséis años. En la SAPPO 10/2017: “ [...] *contactó con un total de 45 menores de edades comprendidas entre los 10 y 14 años [...]*”.

- **Contenido sexual.** En una situación de Sexting, el menor es el protagonista de la pornografía infantil, es decir, a efectos del art. 189 CP, de todo material que represente a un menor en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o donde se representen los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. Quedarían fuera del ámbito del Sexting, por tanto, las fotografías que simplemente resultan atrevidas o sugerentes, pero no tienen un contenido sexual explícito. Sin embargo, es cierto que la línea que separa la carga erótica o sexual de un contenido puede resultar, en ocasiones, difusa. En la SAPPO 10/2017: el acusado contactaba con los menores “*para luego comenzar a pedirles fotografías atrevidas, en ropa interior, y en función de la contestación de los menores, desnudos, exhibiendo sus genitales o masturbándose, o interactuando sexualmente con algún amigo también menor desnudos los dos o incluso haciéndose tocamientos mutuos, con la promesa de enviar luego el acusado fotografías del mismo tenor*”.
- **Voluntariedad.** Estos contenidos son generados por los protagonistas de los mismos o con su consentimiento. Es decir, es el propio menor el productor de dicho material pornográfico y el responsable del primer paso en su difusión. En la SAPPO 10/2017: “*Dichas fotografías y vídeos le fueron enviados durante el periodo indicado, por 4 de los 10 menores que han podido ser identificados del total de 45 contactados por el acusado, a través de las referidas redes sociales o a través de la aplicación de mensajería instantánea Whatsapp; concretamente de los menores anterior mencionados, Epifanio (quien contaba entonces con 11 años), Eugenio (quien contaba entonces con 12 años), Evaristo (quien contaba entonces con 12 años), y Faustino (quien contaba entonces con 11 años), enviaron al acusado fotografías y vídeos del tenor descrito, no llegando a enviar archivos de contenido sexual explícito los otros 6 menores también identificados.* ”

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se puede concluir que se tratan de delitos de simple actividad, de manera que se consuma en el momento en que se produce el contacto a través del teléfono, Internet u otras TIC, junto con la propuesta y los actos materiales encaminados al acercamiento, o junto con los actos dirigidos a embaucar al menor¹⁰. Todos estos actos llevados a cabo por el sujeto activo tienen que estar movidos por una finalidad especial marcada por el tipo, en el caso del Child Grooming, el acercamiento tiene la finalidad de cometer agresión sexual, abuso

10 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, S.A., Barcelona, 2016, p. 104.

sexual o pornografía infantil, mientras que el embaucamiento del Sexting tiene la finalidad de obtener pornografía infantil.

III. REGULACIÓN DE LOS DELITOS DE ONLINE CHILD GROOMING Y SEXTING EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

Los delitos de Child Grooming y Sexting están recogidos en el TÍTULO VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, CAPÍTULO II BIS “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.”, concretamente en el artículo 183 ter 1 y 2 del Código Penal español. Estos delitos, como es lógico, no estaban tipificados en nuestro ordenamiento penal de 1995, sino que el legislador, teniendo en cuenta las nuevas realidades sociales y tecnológicas de la época, los introdujo a través de dos posteriores Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015 que reformaron el Código Penal.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

El principal argumento con el que se justifica la necesidad de tipificar el delito de Child Grooming y Sexting es la extensión del uso de Internet y de las Nuevas Tecnologías de la Información con fines sexuales contra menores y la sensación de impunidad con la que cuentan los sujetos que realizan estas prácticas. No cabe duda que Internet facilita notablemente el anonimato y las posibilidades de contactar con menores, sin que las personas responsables de estos tengan conocimiento de ello y puedan establecer los mecanismos necesarios para evitarlo.

Por ello, era necesario que aquellas conductas fueran penadas en el ordenamiento penal, y se consiguió a través de la introducción de la conducta típica del Child Grooming con la LO 5/2010 y del Sexting con la LO 1/2015.

1.1 LEY ORGÁNICA 5/2010: INTRODUCCIÓN DEL CHILD GROOMING EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL.

El denominado ciberacoso sexual a menores u Online Child Grooming se introdujo, por primera vez en el ordenamiento español, como una categoría de acoso, a través de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Tal y como establece la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores crea la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual, por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming»¹¹.

La introducción de este nuevo artículo 183 bis se llevó a cabo mediante la trasposición de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y, aunque sin mencionarlo expresamente en la Exposición de Motivos, del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, elaborado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado por España, el cual en su artículo 23¹² insta a los Estados Parte a que sancionen penalmente al adulto que utilice las TICs para proponer un encuentro a un menor de edad, dejando la limitación de esta a cada ordenamiento jurídico, con el propósito de realizar “actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades” o “la producción de pornografía infantil”, siempre y cuando dicha proposición vaya seguida de actos materiales dirigidos a dicho encuentro.¹³

El nuevo artículo 183 bis CP, se introduce, bajo los parámetros anteriormente dichos, en un nuevo Capítulo dentro del Título VIII del Libro II, dedicado a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Será en el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años”: *“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*

11 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. Preámbulo XIII.

12 En el artículo 23 del Convenio de Lanzarote, se establece que, los Estados Parte, deben “*tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro*”.

13 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, pp. 29, 91, 92

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”. De este modo, el encuentro deberá pretender llevar a cabo hechos constitutivos de agresión o abuso sexual, o relacionados con la pornografía infantil.¹⁴

1.2 LEY ORGÁNICA 1/2015: INTRODUCCIÓN DEL SEXTING EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL Y DE NOVEDADES RESPECTO A REDACCIÓN ANTERIOR DEL CHILD GROOMING.

El contenido del art. 183 bis CP fue ampliado, posteriormente, por la reforma del Código Penal español llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. La justificación de esta reforma, según la Exposición de Motivos, es la trasposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI, así como la llamada de atención del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en relación con la edad prevista en España para que el consentimiento en materia sexual tenga validez.

Con esta última reforma lo que se hace es trasladar la tipificación del artículo 183 bis, en términos muy similares, al nuevo artículo 183 ter. En su apartado primero, se sanciona penalmente el delito de Online Child Grooming, es decir, al *“que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”*¹⁵

Esta reforma de 2015 introduce varias novedades, de entre las cuales la de mayor importancia es la de elevación de la edad del sujeto pasivo, pasando de trece a dieciséis años, lo que, además tiene más sentido en el ámbito de aplicación del delito en cuestión, ya que, precisamente, los menores con mayor riesgo de ser víctima de estas conductas son aquellos que

14 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p. 92

15 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p.93

superan los trece años. En cualquier caso, la ampliación de la edad del sujeto pasivo, implica que su consentimiento carezca de relevancia penal, salvo que exista una proximidad de edad y de grado de desarrollo y madurez con el sujeto activo, de manera que se aplique la excepción prevista en el artículo 183 quater. Por otra parte, no se modifican los hechos constitutivos de delito que se pretenden realizar en el encuentro con el menor, lo que sí que cambia, con respecto al texto original del art. 183 bis, es la alusión a los delitos comprendidos en los artículos 178 a 183 y 189, que, tras la reforma, solo se mencionan los artículos 183 y 189. Con esta modificación, se corrige lo que suponía una reiteración innecesaria de las conductas delictivas a las que debía conducir la acción del sujeto activo, ya que en el artículo 183 se contemplaban explícitamente los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, de manera que no era necesario remitirse a los preceptos en los que se tipifican estas conductas de forma general. Sin embargo, también cabe la interpretación de que la redacción original era acertada, ya que permitía que tuvieran cabida en el tipo situaciones en las que el sujeto pasivo traspasaba, en el transcurso de los hechos, la edad exigida en el tipo.

Aparte de las anteriores, otra de las principales novedades de la reforma es la introducción del delito de Sexting en nuestro ordenamiento penal. El legislador lo que hace es añadir un nuevo apartado al artículo 183 ter donde se sancionan los actos dirigidos a embaucar a un menor de dieciséis años a través de las TIC's para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor: *“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarlo para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.”*¹⁶.

La introducción de este nuevo apartado del art. 183 ter CP, trae causa del artículo 6.2 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que señala lo siguiente: *“Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3 (delitos relacionados con la pornografía de menores), embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor”*. Se encuentran varias divergencias entre el mencionado artículo de la Directiva de la UE y el art. 183 ter 2 que finalmente introduce el legislador en el CP. Entre las

16 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, pp. 94-95

cuales se pueden mencionar que la Directiva castiga al adulto que intente embaucar a un menor para que le facilite material pornográfico mientras que el art. 183 ter 2 no hace tal precisión y permite que el sujeto activo sea tanto un mayor como un menor de edad, o, por otro lado, que la Directiva castiga el embaucamiento con la finalidad de obtención de material pornográfico del menor contactado (“*dicho menor*”), mientras que el artículo 183 ter 2, en su versión definitiva, habla de “*un menor*”, por tanto, podrá ser de aplicación este precepto aún cuando las fotografías o videos que el autor solicite al menor embaucado no sean propios¹⁷.

La exigencia comunitaria iba simplemente encaminada a adelantar las barreras protectoras del derecho penal para con los supuestos de pornografía infantil, no siendo necesario la creación de un tipo penal ad hoc. Pero el legislador español, aun así, optó por incluir un tipo delictivo en el que resulta punible el contacto de un adulto con un menor mediante actos de embaucamiento para que éste le proporcione material pornográfico o le muestre imágenes del mismo contenido en las que se represente o aparezca el menor¹⁸.

Hay que señalar que también se denomina como Sexting la conducta regulada en el art. 197.7 CP. El Código Penal de 1995 en su redacción original tutelaba el derecho a la propia imagen en el marco de la protección de la intimidad a través del art. 197.1, en el cual se tipifica como delito la obtención de imágenes sin consentimiento del titular, que pueda dañar la intimidad de éste. Sin embargo, la principal característica del Sexting es la existencia de consentimiento del titular del bien jurídico, ya que en muchas ocasiones, es la propia víctima quien voluntariamente envía las imágenes de contenido erótico o sexual. Bajo dicha regulación los casos de Sexting eran considerados atípicos por concurrir el consentimiento del sujeto pasivo. Ante las dudas doctrinales y jurisprudenciales que la falta de tipificación expresa había provocado, se incorpora en el proyecto de reforma del Código penal de 2015 el castigo específico del llamado Sexting que ha dado lugar a la inclusión de un nuevo párrafo en el art. 197, dentro de los delitos contra la intimidad. Establece el nuevo art. 197.7: “*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. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que*

17 PÉREZ VALLEJO, A.M. – PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying... cit.*, pp. 141-142

18 *Ciberdelincuencia y redes sociales relacionados con jóvenes y adolescentes*, disponible en <http://www.monografias.com/docs115/ciberdelincuencia-redes-sociales-adolescentes/ciberdelincuencia-redes-sociales-adolescentes.shtml>

*esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido por una finalidad lucrativa”*¹⁹ Se observa, por tanto, que, según el preámbulo XIII del la LO 1/2015, *“Los supuestos a los que ahora se ofrece respuesta (en el art. 197 CP) 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 intimidad.”* agravando la pena cuando se menoscaba la intimidad de una persona menor de edad.

Sin embargo, hay que señalar que las imágenes o grabaciones que constituyen el objeto material de la conducta típica en el art. 197.7 CP tiene que afectar a la intimidad de la víctima, pero no necesariamente tienen que ser pornográficas²⁰, al contrario de como sucede en los supuestos de Sexting del art. 183 ter 2 CP, que necesariamente se tiene que tratar de material pornográfico infantil.

En el supuesto de que la víctima sea menor de edad, y se den los elementos necesarios para poder aplicar ambas conductas, nos encontraríamos ante un concurso real de delitos entre el art. 197.7 y el art. 183 ter 2, siempre que la imagen que el menor facilite sea la suya propia, pudiéndose castigar ambos por separado.

2. ANÁLISIS DELICTIVO

2.1 DELITO DE CHILD GROOMING

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para la determinación del bien jurídico protegido en el delito de Child Grooming se han observado diferentes corrientes doctrinales que se pueden agrupar en tres grupos diferenciados. En primer lugar, autores como Gascón Tascón consideran que el tipo previsto en el artículo 183 ter es un delito pluriofensivo, ya que se ven afectados dos bienes jurídicos: por un lado, la indemnidad sexual del menor, como bien jurídico individual e inmediatamente protegido, por otro lado, la seguridad de la infancia en la utilización de las TICs como bien jurídico colectivo y mediatamente

¹⁹ COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre...”, cit., p. 84

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 186

protegido. En segundo lugar, autores como Cugat Mauri que no identifican el bien jurídico protegido con la indemnidad sexual sino con que lo identifican con el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor que resultaría afectado en el momento en que el sujeto activo realiza la conducta descrita en el tipo penal, sin embargo, esta doctrina es minoritaria²¹. Por último, según la doctrina mayoritaria, y así es como se prevé en nuestro Código Penal al recoger este tipo delictivo en el Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” (Libro II), se considera que, tanto en el artículo 183 ter como en el anterior artículo 183 bis, se protege la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, junto con la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor²².

B) TIPICIDAD

a) TIPO OBJETIVO: CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS

Es en el art. 183 ter.1 CP donde se recoge la conducta típica del delito de Online Child Grooming estableciendo lo siguiente: *“1. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.”*

Por tanto, la conducta típica del delito de Child Grooming descrita en el art. 183 ter.1 CP, requiere que para la comisión de este delito concurren una pluralidad de acciones. En este sentido, los elementos típicos que integran el tipo son, por un lado, el necesario contacto con el menor por determinados medios, proponiéndole concertar un encuentro, y por otro lado, el llevar a cabo actos encaminados al acercamiento.

Conforme al primero de los elementos, el autor debía contactar con el menor y proponerle concertar un encuentro encaminado a llevar a cabo un acto de naturaleza sexual. El contacto con el menor requiere, no solamente el envío del mensaje por parte del adulto, sino también la respuesta

21 PÉREZ VALLEJO, A.M. – PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying... cit.*, pp. 126-127

22 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p. 95

del menor. Dicho contacto debe producirse no de cualquier modo, sino únicamente a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Esto es, el tipo requiere un contacto realizado empleando un medio tecnológico, sin que el físico autor-víctima ganase relevancia penal conforme al tipo delictivo, aunque constituyese la preparación de un ulterior encuentro, éste ya de contenido sexual.

Este contacto, tal y como establece el art. 183 ter 1 CP, debe encaminarse a la comisión de alguno de los delitos del art. 183 y 189 CP. En el primero de ellos, se castiga como responsable de abuso sexual a la persona que realice actos de naturaleza sexual con un menor de dieciséis años, o como responsable de un agresión sexual si dicho acto sexual se lleva a cabo empleando violencia o intimidación. Por su parte, el art. 189 castiga al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil, o a aquel que capture o utilizare a menores de edad con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico.²³

Por otro lado, el tipo del anterior art. 183 bis CP no requería que los contactos y las propuestas efectuadas por parte del *groomer* al menor fuesen reiteradas, por ello, bastaría con un solo contacto/propuesta para integrar el tipo, pese a que, de forma general, en este tipo de delitos las comunicaciones suelen ser reiteradas.

Con respecto al segundo de los elementos típicos, se requiere que se realicen por parte del sujeto activo actos materiales encaminados al acercamiento. En la redacción de este artículo, el legislador no dejó claro lo que se entiende por actos de este tipo, por lo que podrían producirse dudas sobre si el acercamiento tenía que ser necesariamente físico o podía ser también tecnológico. Partiendo de la consideración del delito de Child Grooming como acto preparatorio de un delito contra la indemnidad sexual de los menores de carácter más grave, se ha defendido una interpretación restrictiva del tipo, en el sentido de que los actos materiales encaminados al acercamiento requieran que la conducta trascienda al mundo virtual para entrar en el presencial o físico. Deben tratarse, por tanto, de actos materiales que condujesen al encuentro físico con el menor, como, por ejemplo, acudir el autor al lugar del encuentro, mandar al menor un billete para que éste pudiese acudir y no a un mero supuesto de encuentro “virtual” con el mismo para practicar sexo cibernético.²⁴

²³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, arts. 183 y 189.

²⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015, pp. 161-165

Surge una problemática en cuanto al sujeto activo del delito de Child Grooming. En la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, a través de la cual se incluye dicha figura delictiva al ordenamiento español, se señalaba, explícitamente, “*la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores*”. Con tal precisión, se pretendía que las conductas realizadas por un menor hacia otro resultaran atípicas. Sin embargo, finalmente, el legislador español optó por la cláusula neutra habitual “*El que*” para referirse al sujeto activo, de manera que lo convierte en un delito común, en el que cualquiera podría ser autor del mismo, tanto un adulto como un menor de edad. A pesar de que algunos autores entienden que debe realizarse una interpretación restrictiva admitiendo como típica solo la conducta llevada a cabo por un adulto, se entiende que la descripción del delito no admite tal interpretación, si bien es cierto que no todas las acciones realizadas por menores serán punibles, puesto que hay que tener en cuenta que el art. 183 quater, el cual posteriormente se analizará, prevé una excepción relacionada con el consentimiento del menor²⁵.

En lo que al sujeto pasivo se refiere, deberá ser menor de dieciséis años. En el texto original del delito de Child Grooming, con la LO 5/2010 se consideraba sujeto necesitado de esta protección al menor de trece años porque se entendía que este era el límite adecuado por ser la edad legal de consentimiento sexual. Sin embargo, las incoherencias legislativas existentes en torno a la edad del menor y su sexualidad o, más exactamente, la eficacia de su consentimiento en materia sexual, hizo que desde un primer momento surgieran dudas sobre la elección de ese límite. Esto, junto con la ya mencionada crítica del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, provocó que en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, se elevase la edad a los dieciséis años. Sorprende, no obstante, la omisión a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, tanto en el texto original como después de la reforma del CP. Resulta incomprensible que no se equipare a determinados sujetos con discapacidad con los menores, en lo que a la prestación válida de su consentimiento se refiere, tal y como ocurre en otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Pareciera que el legislador no concibiera a una persona con discapacidad accediendo a las redes sociales u otras TICs y que, por eso, no fuera necesaria la protección²⁶

25 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p. 96

26 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, pp. 96-97

b) TIPO SUBJETIVO

El delito descrito en el art. 183 ter.1 CP es un delito doloso, por lo que es necesario que el sujeto activo actúe con dolo, es decir, con conciencia y voluntad de querer hacer el daño. Además del dolo, deberá concurrir un elemento subjetivo de lo injusto, es decir, la finalidad de cometer determinados delitos contra la indemnidad sexual del menor²⁷. En el delito de Child Grooming, el contacto y la propuesta de concertar un encuentro tienen que ir dirigidos a la comisión de cualquiera de los delitos descritos en los art. 183 y 189 CP, referidos, respectivamente, a agresiones y abusos sexuales contra menores de dieciséis años y a la pornografía infantil.

Lo que mayor dificultad presenta es el conocimiento de la edad del menor. No es tan extraño que el sujeto activo ignore la edad del sujeto pasivo o crea que este cuenta, por ejemplo, con diecisiete años, cuando en realidad tiene solo quince. En este caso, el desconocimiento o la falsa creencia relativa a la edad del sujeto pasivo, supone un error de tipo cuya consecuencia será la impunidad, tanto si es vencible, es decir, que excluye la responsabilidad penal, como si es invencible, ya que no se prevé la punición de la realización imprudente de los hechos²⁸. Un ejemplo de esto sería la Sentencia 4723/2013 de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2013²⁹, en la cual se absuelve al acusado del delito del art. 183 bis CP (actual 183 ter) por desconocimiento de la edad de la menor con la que contactó a través de una red social. El argumento que se establece en el Fundamento jurídico segundo II, de la citada sentencia, para proceder a la absolución por el delito de Child Grooming es el siguiente: “[...] siendo requisito necesario, para estar en presencia del presente tipo penal, que el acusado tenga conocimiento o pudiera conocer, que la persona con la que contacta por cualesquiera de las vías que recoge el artículo, tiene 13 años, lo que, como más arriba se ha expuesto, no consta conociere el acusado, debiendo mencionarse aquí, de nuevo, que ni cuando se registró Sara en la red social de referencia, abriendo la oportuna cuenta, hizo constar su verdadera edad -pues para poder registrarse al efecto puso que tenía 14 años por el motivo ya mencionado-, ni tampoco consta que en algún momento durante esos dos meses aproximadamente -antes de conocerse en persona- que estuvieron "tuiteando", le hubiere comunicado al acusado que tan solo tenía 12 años; y tampoco fueron aportadas al procedimiento ninguna de las comunicaciones a que se contraían los contactos habituales a través de la red que ambos se cruzaron, de las que pudiera desprenderse, de algún

27 VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online... cit.*, pp. 161-165

28 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p. 102

29 Vid. Sentencia 4723/2013 de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2013 (ECLI: ES:APV:2013:4723)

modo a la vista de su contenido, que el acusado tenía la posibilidad de conocer que aquella era menor de 13 años.”

Caso contrario es el de la STS 692/2017, de 22 de febrero de 2017³⁰, en la cual, el procesado contactó por la red social Tuenti, a través de un perfil falso, con una menor de 12 años con retraso madurativo con la que efectuó numerosos contactos a diario, también por Whatsapp, hasta que, posteriormente, un día el procesado acudió a la localidad de la menor y concertaron una cita en la cual el acusado penetró a la menor causándole diversas lesiones himeneales. A pesar de que el acusado y su defensa alegan que este no tenía consciencia de la edad que tenía la menor, este motivo es desestimado, en primer lugar, por la propia manifestación de la menor, que declaró que primero le dijo al acusado que tenía quince años y después especificó doce, en segundo lugar, por el hecho de que los padres de la denunciante manifestaran en el Juicio oral de manera reiterada que llegaron a contactar con el acusado antes de que se desplazara a la localidad, expresándole que su hija tenía doce años, e incluso que presentaba un retraso madurativo, y, por último, porque el propio Tribunal cuando compareció la menor en la vista oral del juicio, a pesar de que ya habían transcurrido dos años desde la fecha de los hechos, pudieron apreciar que la menor presentaba un aspecto marcadamente "aniñado", de tal forma que no representaba la edad que tenía en ese momento sino menos edad.

La misma consecuencia se derivará del denominado error al revés, es decir, en aquellos supuestos en los que el sujeto activo cree que está contactando con un menor de dieciséis años y, en realidad, era mayor³¹

C) PENALIDAD

Como se ha mencionado anteriormente, que el artículo 183 ter.1 CP comience con “*El que*” da a entender que sujeto activo puede ser cualquier persona con independencia de la edad, a pesar de que el concepto del delito de Online Child Grooming, generalmente, ha ido vinculado a la acción delictiva que lleva a cabo un adulto contra un menor. Sin embargo, existe la Sentencia 43/2013 del Juzgado de Menores en la cual se castiga a un menor de diecisiete años por un delito de Online Child Grooming. Por tanto, a la hora de establecer la responsabilidad penal del sujeto activo en este tipo de delitos, cabe hablar por un lado de la responsabilidad cuando el sujeto es mayor de edad

30 Vid. Sentencia 692/2017, Tribunal Supremo, de 22 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:692). CENDOJ.

31 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, p. 102.

(adulto) y, por otro, de la responsabilidad cuando se trata de un menor de edad de entre los catorce y dieciocho años.

Cuando es un adulto quien lleva a cabo la conducta tipificada en el art. 183 ter 1 CP, el propio artículo determina la pena que se debe establecer a dicha persona. En tal sentido, aquel adulto que lleve a cabo un delito de Child Grooming “*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.*”³². Por su parte, cuando es un menor mayor de catorce años y menor de dieciocho años quien lleva a cabo dicho delito, le será de aplicación la LORPM³³, como comentaré en uno de los apartados siguientes.

D) TIPO AGRAVADO

En relación con la modalidad del delito de Child Grooming, se prevé una cláusula final en el art. 183 ter.1 CP donde se establece la imposición de las penas en su mitad superior “*cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”. Por tanto, basta con que el sujeto actúe de modo violento, intimidante o engañoso, para concertar el encuentro del menor, con independencia de que surta efecto en el menor concreto. Se considera extraña la alusión a la coacción debido a la imposibilidad de actuar de modo violento a través de Internet, es decir, sin contacto físico, salvo que se admita una interpretación extensiva de la violencia y tenga cabida también la intimidación. De este modo, se identificaría con actos dirigidos a doblegar la resistencia del menor para que acepte el encuentro. Sin embargo, de ser así, la alusión a la intimidación se encontraría vacía de contenido. Menor recelo despierta la circunstancia del engaño, si bien tiene que ser entendido en sentido estricto.³⁴

2.2 DELITO DE SEXTING

A) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La conducta incluida en los supuestos de Sexting del art. 183 ter 2 también va dirigida a la protección de la indemnidad sexual, por ello se recogen en el TÍTULO VIII del CP sobre “Delitos

32 Art. 183 ter. 1 introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

33 Vid. artículo 1 LORPM: “*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.*”

34 TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, pp. 102-103

contra la libertad e indemnidad sexuales”. Sin embargo, la tipificación de este delito también se dirige a tutelar la intimidad del sujeto que cedió voluntariamente su imagen para una utilización privada, y que ve vulnerado su derecho a la intimidad cuando la misma es difundida sin su consentimiento. A pesar de que la difusión de tales imágenes puede causar graves problemas al menor y afectar a su derecho a la intimidad, en principio no parece que afecte a su adecuado desarrollo sexual.³⁵

B) TIPICIDAD

a) TIPO OBJETIVO: CONDUCTA TÍPICA Y SUJETOS

El art. 183 ter.2 CP establece al conducta típica del delito de Sexting estableciendo lo siguiente: “2. *El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.*”.

El Sexting tiene como elemento típico el realizar actos encaminados a embaucar al menor a través de las TICs. Esto supone aclarar que embaucar significa, según la RAE, engañar prevaliéndose de la inexperiencia del engañado . Por tanto, no se exige solamente un mero contacto, sino que se tendría que dar una solicitud directa de material pornográfico infantil con la necesidad de que concurra engaño en la conducta.

En este contexto, surge una importante cuestión, y es que en la versión del Proyecto de Ley Orgánica 2013 para reformar el CP de 1995, las imágenes pornográficas debían pertenecer al menor embaucado (el tipo propuesto se refería a “dicho menor”), ahora pueden corresponder a cualquier menor (puesto que el tipo habla de “un menor”), por lo que la tipicidad de este nuevo delito se aumenta todavía más.³⁶ En este sentido, cuando el sujeto pasivo envía material pornográfico de otro menor estará cometiendo un delito del art. 189 CP.

La finalidad que se busca con el embaucamiento es la comisión del delito de pornografía infantil contenido en el art. 189 CP. En este artículo, como se ha mencionado anteriormente, se define la pornografía infantil como todo material que represente de manera visual a un menor

³⁵ COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre...”, cit., p. 96

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online...*, cit., pp. 180-182

participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, además de toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales³⁷.

En lo que al sujeto activo se refiere, el art. 6.2 Directiva 2011/93/UE, en el cual se inspira el art. 183 ter 2 CP, establecía que la conducta típica era realizada por un adulto. Sin embargo, al igual que sucede con el Child Grooming, el legislador español quiso que el delito de Sexting fuera común, por ello, lo introdujo a través de la partícula “*El que*”, lo que permite que el sujeto activo sea tanto un mayor como un menor de edad.

El delito de Sexting del art. 183 ter 2 CP es introducido por la LO 1/2015, misma ley que incluye la modificación, con respecto a la anterior LO 5/2010, de elevar la edad del sujeto pasivo de los trece años hasta lo dieciséis años. Por lo tanto, el sujeto pasivo en este delito serán los menores de dieciséis años.

b) TIPO SUBJETIVO

Al igual que el Child Grooming, el delito de Sexting es un delito doloso, es decir, el sujeto activo tiene que actuar con conciencia y voluntad de querer hacer el daño. Además del dolo, deberá concurrir el elemento subjetivo de lo injusto, en este caso, la finalidad de este ciberdelito es embaucar al menor para obtener material pornográfico.

C) PENALIDAD

El delito de Sexting puede ser cometido tanto por un mayor como por un menor de edad. En este sentido, cuando el sujeto activo es mayor de edad la pena, determinada en el propio art. 183 ter 2 CP, será de prisión de seis meses a dos años. Cuando, por el contrario, el sujeto activo sea un menor de edad de entre catorce y dieciocho años, se le aplicará la LORPM, según su artículo primero, como bien se explica en el apartado siguiente.

Este último precepto lleva aparejada una pena de prisión inferior a la del apartado primero (Child Grooming), ya que no exige una propuesta de encuentro ni actos materiales tendentes a conseguirlo, por lo que su potencial lesivo para los bienes jurídicos del menor es teóricamente inferior. Asimismo, hay que destacar que la pena privativa de libertad del apartado primero es

³⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 189. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

alternativa a una pena de multa, algo que no sucede en el apartado segundo, lo que resulta incoherente con el planteamiento general de estos delitos, pues una persona que ha contactado con un menor, le ha propuesto un encuentro con el objetivo de cometer algún delito de naturaleza sexual y ha realizado actos materialmente tendentes a encontrarse con él puede ser castigado con una pena de multa, mientras que quien realiza actos dirigidos a embaucar a ese mismo menor para obtener material pornográfico, recibirá inexcusablemente una pena de prisión³⁸.

3. RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE CHILD GROOMING Y SEXTING CUANDO EL INFRACTOR ES MENOR DE EDAD.

Cuando el infractor es menor de edad hay que diferenciar si se trata de un menor de catorce años o se encuentra en una edad comprendida entre los catorce y los dieciocho.

Los menores de catorce años de edad son inimputables penalmente, y a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, concretamente, en el artículo 3: *“Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.”*³⁹

Cuando es un menor con edad comprendida entre los catorce y dieciocho años, lógicamente no se le va a poder aplicar las penas comprendidas en el art. 183 ter CP, sino que le sería de aplicación alguna de las medidas previstas en la LORPM, la cual, según su artículo primero, va a *“exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”*. En este supuesto, lo que se pretende es adaptar la norma penal a la realidad de los menores, por lo que, más que penas, se aplican medidas orientadas a la reeducación⁴⁰. Por ello, a la hora de decidir qué medida sería la adecuada para el menor que ha realizado alguno de estos delitos, lo relevante no va a ser de manera prioritaria el hecho, pues como establece el art. 7 de la LORPM, a la hora de decidir la medida lo que se va a tener especialmente en cuenta son la edad, las circunstancias personales, familiares y sociales y el interés del menor.⁴¹

38 PÉREZ VALLEJO, A.M. – PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying... cit.*, p. 143

39 PÉREZ VALLEJO, A.M. – PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying... cit.*, p. 108

40 *Responsabilidad en los ciberdelitos cometidos por menores*, disponible en <http://replicantelegal.com/responsabilidad-en-los-ciberdelitos-cometidos-por-menores/>.

41 COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre...”, cit., p. 87

Un ejemplo de que el sujeto activo puede ser un menor de edad es la Sentencia 43/2013 del Juzgado de Menores de Orense de 13 de mayo de 2013⁴², por la cual se condena por un delito de Child Grooming del art. 183 bis (actual 183 ter1) a un menor de diecisiete años que contacta con una menor de 12 años a través de varias redes sociales (Tuenty, y posteriormente Whatsapp), enviándole reiterados mensajes a la menor proponiéndole quedar con ella para realizar actos sexuales, a sabiendas de que esta le había confirmado en varias ocasiones que tenía doce años y no catorce como ponía en su perfil. Ante las reiteradas negaciones de la menor y la insistencia del acosador, la madre y la hermana de esta tuvieron conocimiento de los hechos y decidieron denunciar al menor. La medida que se le impone como condena tiene en cuenta "las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y la edad de éste en el momento de dictar sentencia", tal y como establece el art. 39 LORPM. Se determinó que el menor de diecisiete años presentaba un comportamiento antisocial en la niñez y adolescencia derivado de determinados problemas en la niñez en el marco de las circunstancias familiares, por ello, finalmente se decide imponerle una medida multidisciplinar, en los términos del art. 7.1 h) LORPM, es decir, diez meses de libertad vigilada con asistencia a curso de desarrollo afectivo sexual de cuarenta horas de duración, previendo, en caso de incumplimiento, la sustitución de esta medida por internamiento en régimen semiabierto por el tiempo que le reste de cumplimiento.

4. EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El artículo 183 quater CP contiene una cláusula extintiva de la responsabilidad penal estableciendo lo siguiente: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”*

Esta cláusula, de alcance limitado al no aplicarse más allá de los delitos contenidos en el Cap. II bis CP, tiene su explicación en el incremento efectuado por la reforma del CP de 2015 de la edad del consentimiento sexual de los menores, pasando de los trece a los dieciséis años. Según la Directiva 2011/93/UE, esta es la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos sexuales con un menor. Dicha prohibición se dirige a

⁴² Vid. Sentencia 43/2013, Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013 (ECLI: ES:JMEOU:2013:43). CENDOJ.

terceros, y en general, a los adultos, e implica la presunción de que todo acto sexual con un menor de dicha edad es abusivo y, por ende, delictivo.

Sin embargo, en la citada Directiva, se deja al criterio de los Estado el fijar la edad del consentimiento sexual y contempla una cláusula para excluir el delito de abuso sexual si el comportamiento sexual desarrollado tiene lugar en circunstancias de proximidad en edad y grado de madurez o desarrollo entre los sujetos intervinientes. Esto supone la posibilidad de excluir la existencia de delito en el supuesto de comportamientos sexuales entre menores, alguno de los cuales o todos ellos se encuentren por debajo de la edad del consentimiento sexual, o incluso, excepcionalmente cuando haya relaciones sexuales con adultos próximos a la minoría de edad.

Surge el problema de que no se ha establecido una diferencia de edad concreta para considerar la falta de proximidad o asimetría de la edad, y se ha adicionado un elemento valorativo igualmente inseguro y de difícil determinación en el caso concreto, es decir, cual es la proximidad en grado de desarrollo o madurez, lo que supone atender tanto al desarrollo físico como psicológico del menor.

Por tanto, el consentimiento solo será libre y eficaz en la medida en que se cumplan los presupuestos legales para su validez, esto es, cuando el autor sea una persona próxima al menor en edad y en grado de madurez. En suma, dado el consentimiento libre por el menor, el hecho no vulneraría la indemnidad sexual de este, ya que habría hecho expresión de su libertad sexual positiva. Ahora bien, habrá que examinar caso por caso si dicho consentimiento ha sido libremente emitido y si se dan los requisitos de proximidad.⁴³

IV. PROBLEMAS CONCURSARES

Hay que tener en cuenta una cuestión importante y controvertida sobre los problemas concursales que se dan en estos cibercrimitos. En primer lugar, el delito de Child Grooming es configurado como un acto preparatorio, por tanto nos debemos plantear qué ocurre si, producido el encuentro, se inician los actos de ejecución o se llegan a consumir alguno de los delitos contra la indemnidad sexual previstos en los artículos 183 y 189 del Código Penal. En este caso, el legislador optó por establecer una cláusula concursal específica por la que las penas del delito de cibercoso sexual a menores se impondrán “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso*

43 BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Delitos contra la libertad...” *cit.*, p. 208

cometidos”. De este modo, se obliga a que si el encuentro llega a producirse y se consuma alguno de los delitos previstos en el artículo 183 o 189 del Código Penal, no se producirá un concurso de normas sino de delitos. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia del TS, se considera que la mejor resolución del concurso es considerando la existencia de un concurso de normas y no de delitos, por atentar al mismo bien jurídico, ya que si no se vulneraría el principio *non bis in idem*.

Esta cláusula concursal no se extiende a las modalidades de ejecución del segundo apartado. De este modo, si se produce el contacto a través de las TIC’s y se realizan actos dirigidos al embaucamiento del menor, y, posteriormente, se llegan a mostrar las imágenes pornográficas o se consigue que el menor las facilite, estaremos ante un concurso de normas y será de aplicación el principio de subsidiariedad, en favor del delito de utilización de menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico, regulado en el artículo 189 CP.⁴⁴

V. CHILD GROOMING, SEXTING Y LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Ambos delitos tipificados en el art. 183 ter CP están sumamente relacionados con el delito de pornografía infantil descrito en el art. 189 CP. En este sentido, será castigado por un delito de Child Grooming quien a través de las TICs proponga concertar un encuentro con un menor con el objetivo de cometer un delito de pornografía infantil del art. 189 CP. Por lo tanto, como se acaba de explicar, en el caso de que finalmente se efectúe dicho encuentro y se consuma el delito de pornografía infantil, las penas del ciberacoso sexual se impondrán sin perjuicio de la pena correspondiente del art. 189 CP.

Sin embargo, surge una cuestión controvertida en cuanto a la relación que hay entre el Sexting y los delitos de pornografía infantil. Es este sentido, tenemos dos posturas. Por un lado, como se establece en la STS 1055/2017, de 21 de marzo de 2017⁴⁵, para un sector doctrinal el delito de Sexting “*no deja de ser más que una tentativa del delito de pornografía de menores del art 189 CP*”. Por tanto, la introducción del delito descrito en el art. 183 ter 2 CP al ordenamiento interno español ha resultado innecesaria, ya que en el artículo 189 se castiga captar o utilizar a menores de edad “*con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte*”. De este modo, se entiende que una conducta como la descrita en el nuevo artículo 183 ter apartado segundo ya era

⁴⁴ TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito... cit.*, pp. 105-106

⁴⁵ Vid. Sentencia 1055/2017, Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:1055). CENDOJ.

punible en cuanto tentativa del artículo 189, y por tanto, la introducción de esta novedad legislativa no aporta nada a lo ya existente, existiendo ya mecanismos legales anteriores para castigar tales conductas. Además este nuevo precepto del art. 183 ter no incluye una cláusula concursal como sí lo hace el apartado anterior, por lo que se entiende que si el autor del embaucamiento recibe, efectivamente, material pornográfico de algún menor, no será de aplicación el artículo 183 ter 2, sino el artículo 189 CP, por concurso de normas⁴⁶.

Por otro lado, otra parte de la doctrina española que ha analizado la cuestión ha considerado que las leyes que regulan los delitos relativos a la pornografía infantil tienen como finalidad específica proteger a los menores que claramente son víctimas de un abuso o de un engaño para conseguir captar las imágenes que luego se van a utilizar como pornografía infantil, por lo que carece de sentido utilizar dicha figura para castigar por un delito sexual en los que el menor, de manera voluntaria y como manifestación de su sexualidad, envía fotos de Sexting. Este último supuesto quedaría fuera del ámbito de protección de los delitos de pornografía infantil, sin perjuicio que, de circular dichas imágenes en la red pudieran acabar en páginas de pornografía infantil, el cual es uno de los riesgos que acompañan al Sexting, la falta de control para el titular de la imagen respecto a la distribución de la misma. Es por ello que resulta necesario señalar las diferencias entre ambas conductas, la pornografía infantil remite a supuestos en los que las imágenes de los menores son explotadas con fines sexuales, donde el menor aparece claramente como víctima de dicha explotación sexual, en tanto los supuestos de Sexting parten de situaciones de auto explotación o auto producción, dado que es el propio menor el que envía dichas imágenes. Por tanto, la principal razón en apoyo de dicha conclusión se encontraría en el componente de explotación y abuso que acompaña a las conductas de pornografía infantil, elemento que no encontramos en los supuestos de Sexting⁴⁷.

VI. MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE A ESTE TIPO DE DELITOS.

Estos delitos de Child Grooming y Sexting pueden ser evitados, para ello es muy importante que tanto los Estados, como los padres, educadores y los propios menores tomen medidas de precaución a la hora de utilizar las TICs.

De este modo, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE, anteriormente mencionados, prevén medidas de prevención primarias y secundarias. En cuanto a las primeras, se trata de llevar a cabo campañas de sensibilización dirigidas al público en general, que tienen

⁴⁶ PÉREZ VALLEJO, A.M. – PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying... cit.*, p. 143

⁴⁷ COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre...”, cit., p. 96

obligación de organizar e impulsar los Estados parte para informar a un público inespecífico sobre la existencia de estos ciberdelitos sexuales. Este sería el ejemplo de una de las campañas publicitarias de Movistar contra el Grooming, que junto con los Cuerpos de Seguridad del Estado, quiso lanzar un video para hacer ver a los jóvenes los peligros que hay detrás de las pantallas. El video se llama “Love Story”⁴⁸ y narra la historia de amor de dos adolescentes que se conocen a través de Internet, cuando ambos deciden encontrarse cara a cara acaban siendo dos hombres de avanzada edad. El mensaje que se manda al final este vídeo es tan importante como impactante: *“Miles de adultos se hacen pasar por menores para acosar a otros. Son tantos que incluso ellos se podrían encontrar. No aceptes solicitudes de cualquiera, cualquiera no es tu amigo.”*

Por su parte, las medidas de prevención secundaria se basan en la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas legislativas necesarias para promover la sensibilización en cuanto a la protección y los derechos de los niños por parte de las personas que mantienen contacto habitual con ellos en los sectores de la educación, la sanidad, la protección social, la justicia y las fuerzas del orden, así como en los ámbitos relacionados con el deporte, la cultura y el ocio, de manera que se garantice que estas personas posean los conocimientos adecuados sobre este tema, así como la necesidad de que las partes adopten las medidas procedentes para que los niños reciban a lo largo de su educación primaria o secundaria información sobre los riesgos que conlleva el uso de las TICs sin el control necesario.⁴⁹

En cuanto a las labores de prevención de profesorado, es necesario que los profesores se adecuen al nuevo contexto tecnológico en el que se desarrollan sus alumnos. Por ello, lo más importante es que los profesores tengan una buena formación acerca de los riesgos que se encuentran en Internet, así como crear metodologías que permitan transmitir esos conocimientos al alumnado en el transcurso escolar. Por ejemplo, en Aragón el propio Ayuntamiento de Zaragoza, en colaboración con varios IES y colegios, creó “Programa de prevención del uso de las Tecnologías” para el profesorado, con el objetivo de que en las aulas se conciencien a los alumnos sobre las ventajas, pero también sobre los riesgos que conlleva el uso de las TICs⁵⁰.

Por su parte, los padres son los que tienen una mayor responsabilidad en este contexto. Lo más importante es que haya una buena comunicación intrafamiliar, creando un clima de confianza, intentando que el menor les informe de todo aquello que visita o hace en Internet, y sobre todo para informales en el caso de que sea acosado. Además es muy importante que los padres, de forma

48 *Love Story*, Movistar España. https://www.youtube.com/watch?v=j_tu656N2QI

49 VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online...*, cit., pp. 115-116

50 *Programa de prevención del uso de las Tecnologías*
<https://www.zaragoza.es/contenidos/sectores/adicciones/guiaprofesoronoff17.pdf>

continua adviertan a los menores sobre no contactar con desconocidos, ni enviar datos personales o imágenes que puedan ser comprometidas, al igual que pautar una serie de horarios para usar Internet, e incluso comprobando las paginas web que el menor ha visitado durante ese tiempo. Estas son algunas de las pautas de prevención que se pueden seguir, teniendo en cuenta que estas pautas se tienen que llevar a cabo siempre respetando la intimidad y privacidad del menor.

VII. CONCLUSIÓN

No hay más que mirar a nuestro alrededor para observar la gran influencia de las nuevas tecnologías en la vida de la mayor parte de la sociedad. Estas nuevas tecnologías crean importantes ventajas como poder estar comunicados con prácticamente todo el mundo, en todo tiempo y lugar. Sin embargo, a pesar de las innumerables ventajas, también nos encontramos con que detrás de las pantallas existen diversos riesgos generados por aquellas personas que usan las TICs para peligrosos fines. Por ello, hay que dejar claro los grandes riesgos que conlleva el uso de las nuevas tecnologías, sobre todo, por parte de los menores, los cuales no son conscientes de dichos peligros.

Sobre todo son las redes sociales las que han abierto un sin fin de posibilidades a los delincuentes sexuales que juegan con la inocencia de los niños, los cuales no ven más allá que, por ejemplo, una simple solicitud de amistad de una persona nueva, el hacer nuevas relaciones de amistad, el tener tantos “me gusta” en las fotos. Sin embargo, detrás de esa solicitud, de esa relación internauta o de esos “me gusta” se encuentra una persona totalmente distinta a la que se muestra ante el menor, que solo quiere aprovecharse de su ingenuidad para satisfacer su libido sexual, sin pensar en los graves problemas tanto físicos como psicológicos que pueden generar en el menor.

Por ello, es muy importante que el legislador se haya actualizado a los nuevos tiempos, en los que el uso de Internet y de las redes sociales entre los jóvenes está en auge. Ha sido fundamental su labor para no dejar impune esas malas prácticas que se llevan a través de las TICs, pero sobre todo ha sido importante para aumentar la protección de los menores que las usan.

De esta forma, la gran alarma social que estas malas prácticas crearon, hizo que en 2010 el legislador, influenciado también por los instrumentos internacionales⁵¹, decidiera llevar a cabo una reforma del Código Penal de 1995, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, para, entre

51 Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

otros fines, proteger a los menores de los “depredadores sexuales” que, a través de Internet o de cualquier TIC, habían encontrado una forma más sencilla y rápida de ponerse en contacto con las que iban a ser sus próximas víctimas, gracias al anonimato que las TICs les ofrecen, permitiéndoles crear perfiles falsos asemejados en edad, gustos o cualidades de los menores que pretenden agredir o abusar sexualmente, o de los cuales pretenden conseguir pornografía infantil. Así es como por primera vez se introduce el Child Grooming o ciberacoso sexual a menores en España en el nuevo art. 183 bis CP, castigando a quien contactaba a través de las TICs con un menor de trece años, proponiendo un encuentro para cometer actos de naturaleza sexual y llevando a cabo actos encaminados al acercamiento. Por lo que se castigaba el acto preparatorio de los delitos de abuso o agresión sexual o pornografía infantil.

Sorprende la redacción del art. 183 bis, ya que solo protegía a los menores de trece años, dejando desamparados al resto de menores a partir de los trece años, siendo estos los principales usuarios de las redes sociales o demás plataformas. De este modo, en 2015 el legislador tuvo en consideración lo anteriormente dicho y llevo a cabo otra reforma, reubicando este delito en el art. 183 ter CP, en la que una de las novedades más importantes fue la elevación de la edad en este ciberdelito hasta lo dieciséis años, así todos los menores quedan amparados por dicha protección. A pesar de que la descripción de la conducta típica era similar, lo que sí se modificó fueron los delitos que se pretendían cometer con este acercamiento al menor, que pasaron de incluir del art. 178 al 183 y 189, a solo el 183 y 189. A tal respecto, considero adecuada la limitación de los delitos-fin, el Child Grooming es un delito en el cual el sujeto pasivo es un menor de dieciséis años, por lo que no es necesario hacer mención a los artículos del CP que castigan las agresiones y abusos sexuales en general, teniendo un artículo específico que regula las agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años. Frente a la opinión de autores que consideraban mejor la redacción anterior porque así se protegía a la víctima de este ciberdelito que cumplía la mayoría de edad durante los hechos, considero que cuando una persona contacta con un menor de dieciséis años proponiéndole un encuentro con la finalidad de cometer una agresión o abuso sexual, o con el fin de obtener pornografía infantil, la intención de esa persona es cometer dichos delitos mientras la víctima es menor, por tanto, en el supuesto en que por el trascurso del tiempo los delitos citados se cometiesen con la mayoría de edad, seguiría estando presente la conducta típica del Child Grooming, ya que la intención era cometerlos con un menor, por lo que se debería castigar tanto por el acto preparatorio como por el delito correspondiente en su caso. A pesar de las mejorías que introdujo la nueva Ley Orgánica de 2015, opino que la mayor deficiencia es que el legislador no aclaró lo que se entendía por acto material encaminado al acercamiento.

Por tanto, con la introducción del Child Grooming lo que se pretende proteger es el bien jurídico de la indemnidad sexual de los menores de dieciséis años, los cuales se configuran como el sujeto pasivo de este delito. No obstante, surge una controversia sobre el sujeto activo del Grooming, ya que en textos internacionales, y en general, la conducta típica de este delito se asociaba a la realizada por un adulto contra un menor, sin embargo, al igual que consideró en su día el legislador español, opino que es acertada la introducción de estos delitos con la partícula “*el que*”, convirtiéndolos en delitos comunes. Por lo general, los que más usan Internet y las redes sociales son los jóvenes, y es posible que un menor también pueda llevar a cabo estas conductas, y no por ser menor tiene que salir impune de ellas, aplicando en estos casos, no las penas del CP sino las medidas reeducativas de la LORPM, según el caso concreto. Sin olvidarnos de la cláusula de exención que se recoge en el art. 183 quater, excluyendo la responsabilidad penal en casos en que entre víctima y delincuente hay proximidad de edad y de grado de madurez, esta cláusula, por tanto, da sentido a que se permita que estos ciberdelitos sean cometidos por menores.

En este tipo delictivo, por tanto, va a ser necesario que exista un contacto entre el delincuente y la víctima menor de dieciséis años a través de cualquier TIC, y que el primero proponga un encuentro sexual con el segundo, independientemente de que finalmente se dé ese encuentro físico. Por lo que, si finalmente se da dicho encuentro y se consuma alguno de los delitos del art. 183 o 189 CP, según la cláusula concursal del legislador, se impondrán las penas tanto del art. 183 ter 1 como la del delito-fin en cuestión. No obstante, hay que recordar que el Tribunal Supremo ha reconsiderado que tanto en el art. 183 ter como en los arts. 183 y 189 CP se protege el mismo bien jurídico, por lo que, realmente, se da un concurso de normas, en virtud del cual se aplicarían las penas de los delitos-fin, para no vulnerar el principio *non bis in idem*.

Por su parte, la LO 1/2015 también introduce el delito de Sexting por primera vez en el ordenamiento español, mediante la adhesión de un nuevo apartado al art. 183 ter. Se trata, por tanto, del embaucamiento a través de las TICs de un menor de dieciséis años con el fin de obtener material pornográfico. En estos casos, lo más característico es que el material se envía de forma voluntaria por el menor, sin perjuicio de que posteriormente esas imágenes sean difundidas, sin el consentimiento de este, por el receptor. Por ello, el mayor riesgo del Sexting es la pérdida de control sobre tu propia imagen una vez que la introduces o se la envías a alguien por Internet. El bien jurídico protegido, por tanto, será la indemnidad sexual, al igual que la intimidad en el último de los casos.

Lo que el legislador parece regular en el art. 183 ter 2 CP es una tentativa de pornografía infantil del art. 189 CP, lo cual hace que para una parte doctrinal la introducción de este delito sea superflua. Por su parte, hay quien defiende que entre el Sexting y el delito de pornografía hay una

principal diferencia que se encuentra en la voluntariedad, por parte de la víctima, de enviar el material sexual en el delito de Sexting. Bajo mi punto de vista, observo que el delito de Sexting del art.183 ter 2 no deja de ser una tentativa de la pornografía infantil. El legislador no incluyó, como en el Child Grooming, una cláusula consursal por la que se penara el Sexting sin perjuicio del delito de pornografía, por ello, en todo caso en el que el menor finalmente envíe material de contenido sexual, aún de forma voluntaria, el receptor será castigado por el delito de pornografía infantil, ya que nos encontraríamos ante un concurso de normas, por el cual será de aplicación el principio de subsidiariedad a favor del de pornografía infantil. Por ello, considero este ciberdelito como una tentativa, ya que solo se penará por este en el caso de que no se llegue a efectuar el delito del art. 189 CP.

Una cuestión que me ha llamado mucho la atención, es que los ciberdelitos tenidos en cuenta en este trabajo, es decir, el Child Grooming y el Sexting, solo protegen a los menores de dieciséis años como personas especialmente vulnerables, pero no se protege contra estas conductas a las personas discapacitadas, las cuales son igual o incluso en determinados casos, más vulnerables que los menores. Me parece extraño que el legislador haya obviado nombrar a las personas con discapacidad, cuando en el art. 189 CP sobre pornografía infantil, el cual está estrechamente relacionado con estos ciberdelitos, sí que se alude a este tipo de personas especialmente vulnerables. Considero que en el propio título del Capítulo II bis, donde se encuentra el art. 183 ter, se debería nombrar tanto a los menores de dieciséis años como a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, ya que estas últimas también pueden utilizar las TICs y ser sujetos pasivos de un ciberdelito sexual.

Por último, hay que tener en cuenta que el Child Grooming o el Sexting son delitos que se pueden evitar, y la mejor forma es mediante la prevención. Es necesaria la intervención de los Estados, impulsando campañas de concienciación sobre los graves peligros que se encuentran en Internet, pero más necesaria es la educación de los menores. Esta educación tiene que radicar en la familia, estableciendo una serie de pautas en cuanto al uso de las TICs, pero también en las propias aulas, donde el profesorado debería dedicar sesiones escolares para concienciar y advertir a los menores estos riesgos. Ya que como dice el refrán, *“es mejor prevenir que curar”*.

BIBLIOGRAFÍA

- *Responsabilidad en los ciberdelitos cometidos por menores*, disponible en <http://replicantelegal.com/responsabilidad-en-los-ciberdelitos-cometidos-por-menores/>.
- PÉREZ VALLEJO, A.M .– PÉREZ FERRER, F., *Bullying, cyberbullying y acoso con elementos sexuales: desde la prevención a la reparación del daño*, Dykinson, S.L, Madrid, 2016.
- CENDOJ, <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
- COLÁS TURÉGANO, A., “Los delitos de género entre menores en la sociedad tecnológica: rasgos diferenciales” en *Menores y las redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrouting, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Cuerda (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- INTECO (actualmente INCIBE), OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN, *Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, <http://www.sexting.es/wp-content/uploads/guia-adolescentes-y-sexting-que-es-y-como-prevenirlo-INTECO-PANTALLASAMIGAS.pdf>, consultado el 7 de mayo de 2018.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *El nuevo delito de acoso o stalking*, Wolters Kluwer, S.A.,Barcelona, 2016.
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, <https://www.boe.es/>.
- *Ciberdelincuencia y redes sociales relacionados con jóvenes y adolescentes*, disponible en <http://www.monografias.com/docs115/ciberdelincuencia-redes-sociales-adolescentes/ciberdelincuencia-redes-sociales-adolescentes.shtml>
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., *El delito de Online Child Grooming o propuesta sexual telemática a menores*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2015.
- Real Academia Española, www.rae.es/

- BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Las agresiones sexuales. Los abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.” en *Derecho Penal. Parte Especial*, ROMEO, et al. (coord), Comares, Granada, 2016.
- *Programa de prevención del uso de las Tecnologías*
<https://www.zaragoza.es/contenidos/sectores/adicciones/guiaprofesoronoff17.pdf>

ANEXO LEGISLATIVO

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- 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.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- 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.
- Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007.
- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia 823/2015, Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal), 24 de Febrero de 2015. Fundamento de Derecho Primero. (ECLI: ES:TS:2015:823). CENDOJ.
- Sentencia 236/2017, Audiencia Provincial de Pontevedra, de 14 de febrero de 2017. (ECLI: ES:APPO:2017:236). CENDOJ.
- Sentencia 4723/2013, Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de octubre de 2013 (ECLI: ES:APV:2013:4723). CENDOJ.
- Sentencia 692/2017, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 22 de febrero de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:692). CENDOJ.
- Sentencia 43/2013, Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013 (ECLI: ES:JMEOU:2013:43). CENDOJ.
- Sentencia 1055/2017, Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2017. (ECLI: ES:TS:2017:1055). CENDOJ.