

UNIVERSIDAD PABLO DE OLAVIDE

Programa de Doctorado en Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología



Tesis Doctoral

EL GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO: Análisis de los elementos típicos del art. 183 ter del Código penal

Dailys V. Uriarte Quesada

Directora: Dra. Elena Núñez Castaño
Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Sevilla

Tutora: Dra. Carmen López Peregrín
Profesora Titular de Derecho Penal Universidad Pablo de Olavide

Sevilla, noviembre 2015

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
CAPITULO PRIMERO: INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO SEGUNDO: TENDENCIAS POLITICO CRIMINALES DE LA INTERVENCION PENAL.....	29
I. LA EXPASION DEL DERECHO PENAL: EL “MODERNO” DERECHO PENAL.....	29
1. Consideraciones generales sobre el concepto de “moderno” Derecho penal.....	29
2. Principales casusa de la expansión del Derecho penal	42
2.1. La aparición de nuevos riesgos.....	43
2.2. Los nuevos intereses.....	47
2.3. Aumentos de la sensación social de inseguridad.....	54
2.4. Identificación de la mayoría social con la víctima del delito.....	61
2.5. El descrédito de otras instancias de protección.....	64
2.6. La actitud de la izquierda política.....	66
3. Características que se derivan del expansionismo del Derecho penal	69
3.1. Énfasis en el carácter preventivo.....	66
3.2. Anticipación de la tutela penal	74
3.3. Efecto simbólico.....	77
3.4. Administrativización del Derecho penal	81
4. Alternativas al Derecho penal desde el prisma del “moderno” Derecho penal	86
4.1. Derecho penal de intervención	86
4.2. Derecho penal de dos velocidades	91
II. LA INTENSIFICACION DEL DERECHO PENAL EN LA POLITICA CRIMINAL.....	94
1. De la sensación subjetiva de inseguridad en la sociedad de riesgo a la inseguridad ciudadana.....	95
2. La seguridad ciudadana como política criminal.....	104
3. Tolerancia cero.....	114
4. El Derecho penal del enemigo.....	122
4.1. Aproximación al concepto de Derecho Penal del enemigo.....	122

4.2. Principales características del Derecho Penal del enemigo.....	171
4.2.1. Actitud o peligrosidad del autor como reflejo de su tendencia o inclinación al delito.....	173
4.2.2. Adelantamiento de la intervención penal.....	180
4.2.3. Desproporcionalidad e incremento desmesurado de las penas.....	184
4.2.4. Flexibilización y supresión de las garantías procesales.	187
4.3. Los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo.....	190
4.3.1. Principio de legalidad.....	191
4.3.2. Principio de proporcionalidad.....	193
4.3.3. Principio de intervención mínima.....	194
4.3.4 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.....	195
4.3.5. Principio de culpabilidad.....	195
CAPITULO TERCERO: EL DELITO DE <i>GROOMING</i> O CIBERACOSO SEXUAL...	199
I. CONSIDERACIONES PREVIAS: EL DELITO DE ACOSO SEXUAL COMO POSIBLE FUNDAMENTO DEL CIBERACOSO SEXUAL (<i>GROOMING</i>).....	199
1. La configuración del tipo como forma de acoso.....	219
2. La finalidad sexual que se persigue.....	223
3. El medio a través del cual se ejecuta la conducta.....	224
4. Los sujetos que intervienen en el delito.....	225
II. EL DELITO DE CIBERACOSO SEXUAL O <i>CHILD GROOMING</i> REGULADO EN EL ART. 183 <i>TER</i> CP.....	228
1. Concepto extrajurídico del <i>child grooming</i>	228
2. Concepto jurídico de <i>child grooming</i>	245
2.1. Regulación del <i>child grooming</i> en el Derecho comparado.....	245
2.1.1. Sistema anglosajón o <i>common law</i>	246
2.1.2. Derecho comparado en Europa Continental.....	255
2.1.3. Derecho penal Latinoamericano.....	259
2.2. Regulación del <i>grooming</i> en la normativa de la Unión Europea.....	262
2.3. Incorporación del delito al Derecho penal español: las reformas de 2010 y de 2015.....	269
3. Elementos típicos del delito de <i>grooming</i> : análisis del art. 183 <i>ter</i> CP.....	283
3.1. Consideraciones previas.....	283

3.2.	Bien jurídico protegido.....	287
3.2.1.	De la honestidad a la libertad sexual.....	288
3.2.2.	La indemnidad sexual como bien jurídico protegido....	297
3.2.3.	El bien jurídico protegido en el delito de <i>grooming</i>	302
3.3.	Elementos del tipo objetivo.....	305
3.3.1.	Conducta típica.....	305
	A) Tipo básico (art. 183 <i>ter</i> 1, inciso primero CP).....	305
	B) Tipo agravado (art. 183 <i>ter</i> 1, <i>in fine</i> CP).....	337
	C) Tipo específico (art. 183 <i>ter</i> 2 CP).....	345
3.3.2.	Sujetos.....	363
3.4.	Elementos del tipo subjetivo.....	371
3.4.1.	El error sobre la edad del sujeto pasivo.....	373
3.4.2.	Elementos subjetivos del injusto.....	377
	A) Finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 183 y 189 Cp.....	381
	B) Finalidad de que el menor le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pronográficas en las que se represente o aparezca un menor.....	383
3.5.	<i>Iter criminis</i>	384
3.6.	Concursos.....	391
3.6.1.	Análisis de los problemas concursales desde el prisma dogmático.....	392
	A) Relación con el delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.....	392
	B) Relación con los delitos relativos a la explotación sexual y pornografía infantil.....	396
3.6.2.	Análisis de los problemas concursales desde el punto de vista normativo: la clausula concursal del art. 183 <i>ter</i> CP.....	400
4.	El consentimiento del menor como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales.....	404
		415
CAPITULO CUARTO: LA REGULACION DEL DELITO DE <i>GROOMING</i> COMO MANIFESTACION DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....		
I.	CONSIDERACIONES PREVIAS.....	415
II.	LA ADECUACION DE LA REGULACION DEL <i>GROOMING</i> A LAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.....	427
1.	El pederasta como enemigo en el Derecho Penal.....	429

2. El <i>grooming</i> como acto preparatorio de los delitos de abuso sexual, agresión sexual y pornografía infantil.....	439
3. Desproporcionalidad e incoherencia en la imposición de las penas.	446
4. Flexibilización y supresión de garantías penales y procesales.....	449
CAPITULO QUINTO: CONCLUSIONES.....	457
BIBLIOGRAFIA.....	478

Abreviaturas utilizadas

AP	= Actualidad penal
Art., arts.	= Artículo, artículos
CE	= Constitución Política española
Cfr.	= Confrontar
Cit.	= Citado
Coor.	= Coordinador
CP	= Código penal
Dir	= Director
DP	= Derecho penal
DP, PG	= Derecho Penal, Parte General
Ed.	= Edición
P. ej.	= Por ejemplo
LO	= Ley Orgánica

No./Núm.	Número
p./pp.	Página/páginas
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
ss	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que el ordenamiento jurídico camina siempre un paso por detrás de la dinámica de evolución social, y ello porque las estructuras jurídicas se adaptan con dificultad a los cambios sociales, principalmente, por la necesidad de estabilidad del ordenamiento jurídico que se traduce en un presupuesto de seguridad jurídica y de confianza legítima de la sociedad en el mismo. Lógicamente, las legislaciones deben surgir con vocación de permanencia, y ello dificulta su rápida adaptación a las transformaciones sociales que, cada vez son más vertiginosas.

Desde finales del siglo pasado nos encontramos en un constante proceso de transformación social; proceso que no resulta nuevo ni desconocido, pero lo que si es novedoso es el hecho de que estos cambios que se van experimentando son cada vez más drásticos y reiterados. Esto se ha debido, principalmente, a la vertiginosa evolución y acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, junto con el constante dinamismo y crecimiento de la economía globalizada.

De hecho, en los últimos tiempos se ha dado en afirmar que el Derecho penal está en crisis, y es evidente que las transformaciones sociales y tecnológicas por las que pasa el mundo, reforman los horizontes del Derecho penal, que ha variado notablemente, como afirma NUÑEZ CASTAÑO¹, desde la primera Revolución industrial hasta la actual situación de tolerancia cero². Ante

¹ NUÑEZ CASTAÑO, “EL Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, en *Revista General del Derecho Penal*, www.iustel.com, nº 11, 2009, pp. 1 y ss.

² La expresión “tolerancia cero” hace referencia a una forma de prevención a través del castigo severo de infracciones de escasa relevancia, “no dejando pasar, por

esta situación, la concepción clásica del Derecho penal que implicaba, en palabras de V. LISZT, que el derecho penal constituía la infranqueable barrera de la política criminal³, se están alejando claramente del horizonte de los legisladores actuales. Ello implica la renuncia a una concepción en la que los principios limitadores del ius puniendi servían como modo de contención de un legislador influido por las demandas sociales, y tendente a dar una fácil y rápida respuesta a las mismas mediante el recurso al derecho penal. De hecho, las nuevas tendencias que resultan notorias en las últimas reformas legislativas ponen de relieve la existencia de una clara inclinación a la superación del modelo penal garantista, sustentado en los principios tradicionales del Estado liberal y, hasta hace relativamente poco tiempo, el único que se consideraba “legítimo” y “aceptable” en un Estado de Derecho, y a reemplazarlo con el denominado “*Derecho penal de la seguridad ciudadana*”⁴

Es tan notorio el cambio de paradigmas que se está produciendo en los últimos tiempos que el Derecho penal se convierte ahora en instrumento de la

así decirlo, ni una, atajando el mal en sus orígenes, antes de que éste llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad”, cfrs. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la Criminología, Valencia 2002, págs. 330; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las reformas de la Parte Especial del Código penal español del 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, en Revista General del Derecho penal, nº 3, Mayo 2005, Iustel, www.iustel.com .

³ Así afirmaba ROXIN,, Claus, que el Derecho penal garantiza unos límites de intervención del Estado sobre el individuo, mientras que la Política Criminal solamente debe reclamar la atención del legislador y actúa en el ámbito de ejecución de la pena, cfrs. *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid 1976, págs. 33 y ss.

⁴ Cfrs. entre otros, MUÑOZ CONDE, Francisco, “El nuevo derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs.803 y ss; el mismo, *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, págs.25 y ss. ,ZUGALDIA ESPINAR, “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, nº 49, 2004, págs.43 y ss.; DIEZ RIPOLLES, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de ciencias penales*, nº 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, pág. 2.

Política criminal⁵, donde la prevención, la consideración de las consecuencias y la utilización de instrumentos jurídico-penales en la persecución de fines políticos se han convertido en los criterios centrales de justificación de la intervención penal. Consecuentemente, la penetración de la Política criminal en el Derecho penal es cada vez más evidente, como lo prueban el constante aumento de los delitos de peligro abstracto, la penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con “*alta necesidad política de solucionar el problema*”, o la aparición de un Derecho penal simbólico⁶, en el que las normas simbólicas no fracasan porque se sabe *ab initio*, que no van a producir ningún tipo de efectos⁷, características todas ellas de lo que se ha dado en llamar “*moderno*” Derecho penal⁸.

Entre estas transformaciones cabe citar varias. Por un lado, el creciente protagonismo de los medios de comunicación social que se configuran como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas. Así, como afirma CUERDA RIEZU⁹, “*resulta una obviedad afirmar que los medios de comunicación ejercen una tremenda influencia sobre la criminalidad y la justicia penal (...) los medios se nutren de la realidad, pero a su*

⁵ Cfrs. HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, en *Actualidad penal*, 1993-2, p. 635 a 639.

⁶ Cfrs. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 173; sobre el Derecho penal simbólico, vid. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991; DIAZ PITA/FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 7, 2002, págs. 119 y ss.

⁷ Cfrs. DIAZ PITA/FARALDO CABANA, “La utilización simbólica del Derecho penal...”, *ibidem*.

⁸ Sobre el “*moderno*” Derecho penal, vid., entre otros, HASSEMER, Winfried, “Crisis y características...”, cit., págs. 635-646; el mismo, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, Huelva 1997, págs. 37-41; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco “El “*moderno*” Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias”, La Ley 1996, págs. 1339-1341; y SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal de las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001.

⁹ Cfrs. CUERDA RIEZU, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, págs. 187 y ss.

vez ellos mismos influyen sobre la realidad. En algunos casos llegan a generar la propia noticia". Por otro lado, es necesario mencionar el acentuado desplazamiento del ámbito de resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico.

A ello se une un proceso que, derivado de la combinación de las dos circunstancias citadas, implica que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho penal reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes¹⁰.

Señala von BAR¹¹ que "allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad- pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pésima respublica, plurimae leges".

Efectivamente, es innegable la tendencia dominante en la legislación de todos los países de nuestro entorno socio-cultural al recurso al Derecho penal como medio de solución de los distintos conflictos que se plantean, recurriendo bien a la introducción de nuevos tipos penales (que se ha denominado

¹⁰ Así, tal como señala CUERDA RIEZU, "Los medios de comunicación y el Derecho penal", cit., pág. 190, los poderes públicos procesan esa información sobre un hecho delictivo y reaccionan ante ella, no siendo raro (sino muy común) que a partir de esa base se proponga una reforma legal para aumentar la penalidad de tales conductas.

¹¹ Cfrs. von BAR, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorien*, Berlín 1882 (reimpr. Aalen, 1992), pág. 334, citado por SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 17.

“expansión”¹²), bien a una agravación de los ya existentes (o una “intensificación” del Derecho penal¹³), que “cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas de Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal”¹⁴. Se produce, de este modo, la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación del ámbito de riesgos relevantes penalmente, una flexibilización de los criterios de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

Es por ello, que en nuestra opinión, la concepción tradicional del Derecho penal que elevaba a la categoría de irrenunciables el principio de legalidad y, más concretamente, el de intervención mínima, dejando el Derecho penal para aquellos casos en que no se consiguiera una solución racional del conflicto¹⁵, está claramente en crisis e, incluso, en vías de desaparición¹⁶. Por el contrario, en la actualidad lo que claramente se está produciendo es una “hipertrofia legislativa, donde la producción de leyes se encuentra marcada por la ausencia de cualquier criterio de cuño utilitario y, sin duda, generando una sensación de

¹² Cfrs. SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, cit., expresión que considero que en este contexto debe ser entendida como una ampliación de las barreras de intervención del Derecho penal, bien mediante la introducción de nuevos tipos delictivos, lo cual, en mi opinión resulta justificable en determinados supuestos en los que los avances sociales y tecnológicos implican la existencia de algunas lagunas de punibilidad, o bien, en la relativización de determinados principios y garantías tradicionalmente consolidados, que resulta difícilmente justificable.

¹³ Entendiendo ésta como una mayor presión coercitiva de los instrumentos penales en ámbitos en los cuales ya existía una clara y delimitada intervención penal.

¹⁴ Cfrs. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 20.

¹⁵ En este mismo sentido señala BRANDARIZ GARCIA, José Angel, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en Retos de la política criminal actual, *Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, Segunda época, nº 9, p. 35, que “...la responsabilidad de garantía de la convivencia social, en clave de tutela de determinados intereses fundamentales para la vida en sociedad, no reside, ni exclusiva ni primordialmente, en el instrumento penal”.

¹⁶ Cfrs. BRANDARIZ GARCIA, José Angel, *ibidem*, quien, en relación con la seguridad ciudadana, afirma que “...En este ámbito, como en otros, el sistema penal no sólo no opera según la lógica de la ultima ratio, sino que se ve impelido a ir más allá de su función instrumental de protección de bienes jurídicos básicos ante determinados ataques graves a los mismos”.

absoluto desamparo social, combatida, curiosamente, con la producción de más leyes que, nuevamente, no servirán para nada”¹⁷.

Se produce, de esta manera, una especie de “*perversidad del aparato estatal*”, que trata de aportar una solución fácil y rápida a los problemas que surgen en la sociedad; y, para ello, recurre de forma continuada y permanente a la legislación penal, provocando el desplazamiento al plano simbólico (es decir, al de la declaración de principios, dirigida a tranquilizar a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental, esto es, de la protección efectiva¹⁸.

Sin embargo, no es ésta la única de las causas que provocan esta situación, sino que es preciso poner de relieve, aunque sólo sea de modo previo, la posible responsabilidad que los medios de comunicación y otros mediadores sociales podrían tener desde su papel de creadores y canalizadores de opinión; y junto a ello, que desde las instituciones estatales no sólo no se trate de racionalizar y reconducir a sus justos términos las demandas, en ocasiones desmesuradas de determinados sectores sociales, sino que, incluso, se las retroalimente, desde una postura absoluta y exclusivamente populista y electoralista. Claro ejemplo de ello son las últimas reformas que se han producido en nuestro país en el ámbito penal, que se traducen en el incremento desmesurado de pena para determinados delitos, en la introducción de la *prisión permanente revisable*, en la tendencia a hacer radicar el reproche social en las “*conductas o modos de vida*” de los sujetos y no en los hechos efectivamente realizados, en el adelantamiento de la intervención penal a situaciones constitutivas de actos preparatorios o meras sospechas, etc.

¹⁷ Cfrs. GERBER, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pág. 249.

¹⁸ Cfrs. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 21.

Y lo más llamativo de estas nuevas situaciones es que las más relevante reformas penales se realicen siempre en épocas prelectorales o coincidiendo con algún otro conflicto o crisis social, como está ocurriendo en el momento actual¹⁹. Sobre todo cuando la tan “anunciada” reforma penal, en su mayor parte, no hace sino regular de nuevo lo ya regulado y producir una agravación de penas, con lo que se produce no ya una “expansión del derecho penal”, sino una “intensificación” del mismo en determinados ámbitos y comportamientos²⁰.

Sin embargo, por debajo de toda esta reforma que afecta a buena parte de la legislación positiva se está haciendo bastante más que modificar preceptos para agilizar la justicia penal. Casi sin darnos cuenta se están cambiando concepciones antropológicas, sociales y jurídicas muy serias y arraigadas, y permitiendo la formulación de planteamientos que, bajo la apariencia del respeto al modelo de Estado de Derecho, consideran que en determinados supuestos y/o respecto determinadas personas, no sólo se puede sino que se debe regresar a un Derecho penal con “tintes autoritarios”, como único medio idóneo y capaz de garantizar la seguridad de nuestro sistema frente a quienes pretenden socavarlo o destruirlo.

¹⁹ En el sentido de que responder a las demandas sociales mediante un incremento de la presión penal es beneficioso electoralmente, cfrs. LARRAURI PIJOAN, Elena, “El populismo punitivo...y cómo resistirlo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 55, 2006, pág. 15. Del mismo modo, afirma BRANDARIZ GARCIA, José Angel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (direct.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Valencia 2004, pág. 38, que “las crecientes demandas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad”.

²⁰ La clara distinción que debe realizarse entre ambos fenómenos que implica diferenciar entre una “expansión” del derecho penal, encaminada a hacer frente a nuevos ámbitos necesitados de la intervención penal y derivados de la innata evolución que debe existir en todo ordenamiento jurídico, y la “intensificación” de la legislación existente, encaminada a un mayor presión penal con mayores penas, adelantamiento de las barreras de intervención, relajación en la interpretación de las instituciones y garantías de los sujetos, etc., ya fue puesta de relieve por DIEZ RIPOLLES, José Luis, en “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...”, cit.

Afirma NUÑEZ CASTAÑO²¹ que “mala cosa es esta de volver al *homo hominis lupus* hobbesiano. La neutralización del miedo al otro, el reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte, el mismo paradigma de la orientación reinsertadora de las partes, están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos mientras se da paso a un peligroso principio de “tolerancia cero”, de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas. La exigencia de “seguridad” de la sociedad actual está arrinconando a la reclamación de “libertad” del Estado liberal”.

Sin embargo, esta situación no surge de pronto, sino que responde a una evolución imparable tanto en el plano social como en el plano jurídico que hace preciso un análisis tanto de sus causas como de sus consecuencias. Así, las nuevas figuras delictivas surgidas al amparo del auge de la sociedad postindustrial o de riesgo, del sistema económico y de la actividad mercantil, difícilmente podrán encajarse en el ámbito de los tradicionales tipos delictivos, provocando, de este modo, el nacimiento de nuevas víctimas indefensas ante la obsolescencia de un Derecho penal basado en el espíritu y la ideología del siglo XIX, e incapaz de dar respuesta, con las tradicionales instituciones, a los distintos problemas y situaciones que van a surgir. Esta innovación de las modalidades delictivas procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, junto con la posibilidad de su impunidad, derivada de la incapacidad de las figuras e instituciones tradicionales para hacerles frente, puso de relieve la necesidad de crear mecanismos aptos para garantizar el correcto funcionamiento de todo el sistema de un país, que evite la sensación de inseguridad en la sociedad, derivada de la apariencia de impunidad para aquellos que ocasionan los conflictos.

²¹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., pp. 4 y ss.

Con estas nuevas realidades parece que vivimos en un mundo inabarcable y difícilmente controlable, y, si al desconocimiento de las esferas de desarrollo, le sumamos la escasez de bienes que generalmente hemos considerado abundantes, se genera la conciencia del riesgo que estas nuevas realidades suponen y que a la postre, han transformado a la sociedad tradicional en una amenazada por riesgos.

Los riesgos a los que en la actualidad estamos expuestos, provienen directamente de la intervención del hombre en el manejo de estas nuevas realidades, lo que implica que para garantizar el correcto desarrollo en la manipulación de los mismos, surja la necesidad de su regulación en la esfera jurídica. Un control que tranquilice a la opinión pública en la que subyace una sensación subjetiva de inseguridad, que viene incentivada por la cobertura que dan los medios de comunicación a los nuevos peligros que enfrentamos.

Ante esta creciente necesidad de seguridad frente a peligros (reales o presuntos), la sociedad ha recurrido a quien cree el único capaz y responsable de garantizar tranquilidad, el Estado; quien a su vez, para este cometido, ha atribuido sin duda un papel central a su elemento más poderoso dentro del ordenamiento jurídico: el Derecho penal, dejando al margen cualquier otro tipo de política social (de control social) de diferente carácter como respuesta a estos fenómenos.

De este modo, resulta evidente que una de las características de la sociedad postindustrial es la sensación general de inseguridad²²; sensación que, aunque está basada en la existencia real de nuevos riesgos, sin embargo, no parece corresponderse con el grado de existencia objetiva de los riesgos

²² En la misma línea, afirma BRANDARIZ GARCIA, José Angel, "Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabarcables de la política criminal", cit., pág. 40 que "la etapa histórica presente se caracteriza, al margen de otros rasgos nucleares, por un elevado nivel objetivo de peligro, así como por una acusada sensación social de riesgo".

difícilmente controlables o incontrolables propios de una *Risikogesellschaft*²³ que, además, se compensa con la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales. Esta vivencia subjetiva de los riesgos se ve potenciada por las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración (especialmente, en relación con la revolución de las comunicaciones) y la actuación de los medios de comunicación e, incluso, de las propias instituciones estatales encargadas de la represión de la criminalidad, que en la mayor parte de los casos transmiten imágenes sesgadas y parciales de la realidad que fomentan el incremento y la difusión entre la sociedad de la sensación de inseguridad.

Consecuente con ello se produce un incremento de la pretensión social de protección penal que ponga fin, aunque sólo sea formalmente, a esa inseguridad creciente, aún a costa de modificar las garantías básicas y clásicas del Estado de derecho²⁴. A modo de ejemplo, podemos mencionar la demanda de mayor criminalización en el medio ambiente, el orden económico, las nuevas tecnologías, pero también en el ámbito sexual, de violencia doméstica, terrorismo, etc., que quedan claramente alejados del núcleo de riesgos cuyo elemento esencial lo constituyen los avances tecnológicos o científicos.

Así, ineludiblemente se ha producido un desplazamiento de las soluciones problemáticas sociales al ámbito jurídico. Aunado a ello, y casi de

²³ Cfrs. DIEZ RIPOLLES, José Luis, “De la seguridad del riesgo a la seguridad ciudadana”, cit., pág. 4, quien afirma que el sentimiento de inseguridad se ve “potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con las que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompasar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la seguridad colectiva”; en el mismo sentido de afirmar que la percepción subjetiva de los riesgos no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva, cfrs. BRANDARIZ GARCIA, José Angel, “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, cit., pág. 38.

²⁴ Cfrs. SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, cit., págs. 40-41.

forma directamente proporcional, la necesidad de llevar a cabo una respuesta eficaz, de carácter preventivo y, al mismo tiempo, represivo frente a los nuevos fenómenos, es decir, una *hipereficiencia* del Derecho penal en la protección de nuevos bienes, ha venido incrementando la percepción de las disfunciones e insatisfacciones que el sistema penal actualmente presenta para hacer frente a estas exigencias: juicios extensos, expectativas de impunidad, víctimas desprotegidas, entre otros, y que convierten al Derecho penal clásico, en incapaz de responder a las nuevas realidades y nuevos riesgos que experimenta la sociedad. Por consiguiente, dadas las tendencias, ha suscitado la evolución del sistema penal mismo y el nacimiento de lo que hoy se conoce como el moderno Derecho penal.

Desde este prisma, como ya hemos afirmado, el llamado “moderno” Derecho penal, viene a reflejar los dos principales componentes que han caracterizado al Derecho penal en los últimos años, la expansión y la intensificación. Sin embargo, se trata de dos fenómenos claramente diferenciados, que incluso contando con características comunes, tienen un fundamento y una meta radicalmente distintos,

Así, en relación con la *expansión*, que es la manifestación directa de lo que se ha dado en llamar “moderno” Derecho Penal, las principales consecuencias son, por un lado, introducción de nuevos tipos penales, que proviene del desarrollo de las nuevas tecnologías y la evolución del mercado y que en otro momento eran conductas atípicas o bien eran regulados por otros sectores diferentes del ordenamiento jurídico. De este modo, la característica esencial de esta *expansión* que se pone de manifiesto en relación con el moderno Derecho penal, es la sensación de inseguridad o riesgo que se deriva del avance y desarrollo de las nuevas tecnologías.

Por otra parte, se produce una *intensificación* de la intervención penal, que a pesar de los distintos intentos por identificarlas, nada tiene que ver con el

moderno Derecho penal, sino que tiene un fundamento radicalmente distinto, esto es, una agravación de la respuesta penal a delitos previamente existentes, aquellos de especial gravedad que hoy, si bien no forman parte de las nuevas realidades, están cada vez más visibles en la percepción del sentimiento de inseguridad social. No se trata aquí de hacer frente a nuevos riesgos desconocidos por derivarse de la evolución tecnológica, sino de la sensación de inseguridad que se deriva del especial reproche social, y de la gravedad de algunos comportamientos que ya estaban tradicionalmente tipificados, pero respecto de los cuales, la sociedad reclama una mayor represión y control, que le permita sentirse más segura. Es el denominado *Derecho penal de la seguridad*, o de forma más conocida, el *Derecho penal del enemigo*.

Como ya podrá deducirse estas tendencias, originadas de demandas de más delitos y penas más graves, han traído como primera consecuencia una hiperinflación, tanto cuantitativa como cualitativa, del Derecho penal.

Así, podemos señalar que en el moderno Derecho penal hay una marcada propensión a utilizar el Derecho penal no como última, sino como primera o sola ratio, lo que para MUÑOZ CONDE representa “la funcionalización, la inevitable instrumentalización del Derecho penal por una política criminal que se concibe como un instrumento de dirección y configuración social que pretende resolver los problemas más acuciantes y característicos de las sociedades de nuestro tiempo con la ayuda, *prima facie* y no puramente secundaria y accesoria, del Derecho penal”²⁵. Tratando de plasmar en la norma el estado de opiniones colectivas, fundamentadas en una exagerada fe en la capacidad del Derecho penal para solucionar problemas y exigiendo una *hipereficiencia* en la lucha contra la criminalidad.

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, “El moderno Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias”, en La Ley 1996, No. 3, p. 1339.

Esto, a su vez, trae consigo una serie de consecuencias prácticas. En el ámbito de la expansión: la flexibilización de los principios político-criminales, flexibilización de las reglas de imputación, la anticipación de las barreras de protección, y la administrativización del Derecho penal, con lo que se reduce el ámbito de lo impune, pero también el de la libertad.

En lo que respecta a la intensificación, como se ha explicado, no se trata de la regulación de nuevos sectores, sino que va dirigida al incremento de la reacción penal frente a conductas tradicionalmente reguladas, tales como la delincuencia organizada (narcotráfico, terrorismo, tráfico de seres personas), la criminalidad individual grave (delitos sexuales, vida, patrimonio) y la delincuencia habitual leve (marginalidad social), marcando así la tendencia del Derecho penal punitivo.

Basados en esta postura, en la intensificación se pueden resaltar como características esenciales las siguientes: no es el hecho lo que importa, sino la actitud del autor, la inclinación al delito, la peligrosidad criminal. Se presenta también un amplio adelantamiento de la punibilidad convirtiendo en delitos autónomos los actos preparatorios. Junto a ello, hay un incremento desmesurado de las penas que no corresponden ni a la gravedad del hecho, ni al desvalor de la acción, para finalmente plantear la supresión y recorte de garantías procesales.

Todo ello lo que pretende es garantizar la seguridad máxima del ciudadano mediante la prevención de fuentes de peligros, aunque la eficacia de este propósito, signifique el recorte de las garantías penales propias de un Derecho penal consecuente con el Estado democrático de Derecho. Al amparo de esta demanda social de mayor seguridad, esencialmente en ámbitos que ya se encontraban criminalizados surge una de las principales tendencias de política criminal de los últimos tiempos, que ya ha encontrado una amplia y

clara plasmación positiva en nuestros ordenamientos jurídicos: el *Derecho penal del enemigo*(*Feindstrafrecht*)²⁶.

Según expresa su mayor precursor, el Derecho penal del enemigo “Se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que, a efectos prácticos, puedan ser tratados actualmente como personas, es decir, el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente por medio de la exclusión: éstos individuos son actuales no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal del enemigo es, por tanto, una guerra contra aquel que ha decidido apartarse del ordenamiento jurídico, cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo”²⁷.

Desde que se equipara el término enemigo al delincuente y se tiene éste como un no persona que por su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se ha apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, y por lo tanto contra él solo cabe la “guerra” como respuesta, se evidencia las magnitudes de esta política criminal que se fundamenta en un Derecho penal de autor, en el adelantamiento de la intervención penal a momentos muy anteriores a la lesión o incluso puesta en peligro del bien jurídico, reaccionando contra el delincuente con penas desproporcionadas con carácter más que preventivo, inocuidador, y

²⁶ Este término, atribuido al penalista alemán Günter JAKOBS, es mencionado por primera vez en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., en mayo de 1985, bajo el título “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*).

²⁷ JAKOBS, Günter, en ESER/HASSEMER/BURKHARD, *Strafrechtswissenschaft*, p. 53. Cit. por AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit. 2006, pág. 141.

flexibilizando las garantías penales y procesales, en aras de una mayor eficiencia de su aplicación, resulta inaceptable la incorporación de este postulado en los ordenamientos jurídicos.

Independientemente de la legitimidad o no de esta tendencia, lo cierto es que la misma ya tiene una clara plasmación en las legislaciones penales, que están no sólo orientadas a la protección de bienes jurídicos, sino más bien a una legislación excesivamente preventiva. Es por que, en esta tesis se trata de analizar y establecer como los presupuestos de estas tendencias político criminales que se acaba de exponer, ya se han incorporado a la legislación española a través de la penalización de conductas que difícilmente podemos decir que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos que con ellas se pretenden proteger.

Un ejemplo claro de ello, sostenemos que es el delito de *grooming*, también conocido en su versión española como ciberacoso sexual de menores. De hecho, como iremos exponiendo, la incorporación y regulación típica de este delito, responde a una mezcla de las dos tendencias expuestas: por una parte, a la inseguridad que producen las nuevas tecnologías (TIC`s), a causa de la imposibilidad de su control y gestión, así como de la posibilidad de anonimato de quien las utiliza, y el peligro que ello conlleva, especialmente en el caso de los menores (característica típica de lo que de ha denominado “moderno” Derecho penal); y, por otro lado, la respuesta represiva que la sociedad demanda para cualquier tipo de comportamiento que, incluso de manera indirecta y lejana, pudiera tener naturaleza sexual, sobre todo, si va referido a menores, determinando el adelantamiento de las barreras de intervención penal de manera que se convierten en delito autónomos lo que no son sino meros actos preparatorios, así como el castigo de inclinaciones o tendencias de los sujetos activos (característica principal del *Derecho penal del enemigo*). Es, por tanto, el *grooming* una manifestación de ambas tendencias que ya tiene reflejo positivo en nuestro ordenamiento jurídico penal.

De modo genérico, podemos señalar que el "*grooming*" es un nuevo tipo de problema relativo a la seguridad de los menores en Internet, consistente en acciones deliberadas por parte de un adulto de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual. Es decir, constituiría la estrategia básica -e intencional-, de acercamiento al menor y configuraría una etapa previa de "cortejo" o seducción mediante la que el "ciber-abusador" trata de ganarse la confianza de su víctima y establecer con ella un vínculo afectivo que le sitúe en una posición de superioridad idónea para la manipulación y el control emocional del menor, además de asegurarle el silencio de su víctima

Como podemos apreciar, de los conceptos proporcionados, queda puesto de relieve que todos ellos sitúan el núcleo central de esta conducta en la realización de una acción encaminada a establecer una relación con un menor, usualmente proveniente de un adulto, para preparar un encuentro con el mismo, en el que la finalidad sea abusar sexualmente de él. A este respecto, algunos autores añaden que, dado que la finalidad es sexual, puede también consistir en la producción o el intercambio de pornografía²⁸.

Por ello, consideramos que no nos encontramos ante un nuevo delito que sanciona nuevas conductas delictivas que atentan contra nuevos bienes jurídicos que por distintas razones políticas, sociales o culturales el legislador hubiera decidido proteger, sino que modalidades de comisión adaptadas al nuevo entorno tecnológico respecto de tipos delictivos preexistentes. Así, como

²⁸ Además de los ya referidos, en la misma línea, RUBIO LARA expresa que el "fenómeno consiste en realizar actos de acoso sexual a menores con intencionalidad sexual en el que los delincuentes acceden a través del Messenger para captar, por ejemplo, imágenes pornográficas". RUBIO LARA, Pedro Ángel, "*Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles*", en García González, Javier (Coordinador), "*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs.157.

podemos apreciar, a la hora de definir y delimitar estos comportamientos típicos se emplean los tradicionales términos de acoso, abuso, pornografía, etc. Sin embargo, el legislador español, en respuesta a presuntas demandas sociales y en un intento de criminalizar cualquier conducta de naturaleza sexual que pudiera ir referida a un menor, lo incorporó a nuestro Código penal.

Efectivamente, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo por primera vez en nuestra legislación, el delito de *grooming*; y ello sobre la base de las indicaciones provenientes del marco europeo e internacional, concretamente del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Sin embargo, el delito de grooming tal y como hoy lo conocemos, fue regulado en la posterior reforma del Código penal que supuso la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la que si bien no varía la conducta de grooming inicialmente concebida, se introduce un nuevo tipo específico, ampliando todavía más la regulación del tipo penal.

Sobre la base de lo que hemos afirmado, el principal objeto de la presente tesis radica en determinar si la regulación típica del delito de *grooming* que contiene el Código penal español, responde o no a las características de estas tendencias de política criminal que acabamos de exponer, y, concretamente, si se trata o no de una manifestación del Derecho penal del enemigo, con total concordancia entre las características del delito y el postulado de esta política criminal.

Para ello, hemos dividido la presente investigación en cuatro momentos: En primer lugar, en el Capítulo Segundo, analizaremos las tendencias político criminales de la intervención penal que existen en la actualidad; y para ello diferenciaremos, tal como ya hemos señalado, ente la expansión de la intervención penal, como clara manifestación del “moderno” Derecho penal, haciendo una exposición tanto de sus principales causas, como de las consecuencias y características que se derivan de la misma; junto a ello, haremos referencias a las “alternativas” que plantea este moderno Derecho penal respecto del Derecho penal clásico, como son el “derecho penal de intervención” y el “Derecho penal de dos velocidades”. Este capítulo responde a la necesidad de demostrar, cuando analicemos la conducta de *grooming*, que al margen que se le quiera dar el tratamiento de figura novedosa, este delito no es algo nuevo, ni siquiera desde la óptica de su relación con las nuevas tecnologías, sino que, sin pretender adelantarnos al apartado correspondiente, se configura como un mero acto preparatorio de los delitos sexuales que se pretenden cometer, con la salvedad, que se utilizan como medio las tecnologías de la información y la comunicación. Y estas nuevas tecnologías de la información y la comunicación, son el único nexo de unión entre el delito de *grooming* y el moderno Derecho penal.

En el segundo epígrafe, de este mismo Capítulo, se analiza la corriente de la intensificación del Derecho penal en la política criminal, a través de sus más grandes manifestaciones: la seguridad ciudadana y la tolerancia cero, para finalmente recaer, en el Derecho penal del Enemigo. Sobre éste haremos una aproximación al concepto, sus principales características y la contravención que de él se desprende contra los principios del Derecho penal, que nos servirá como base para determinar si el delito de *grooming* es una manifestación propia del Derecho penal del enemigo.

Como paso previo al análisis de si el delito de *grooming* es o no una manifestación del Derecho penal de enemigo, resulta obligado un análisis de la

configuración tanto jurídica como extrajurídica de este fenómeno. Y por ello, dedicamos el Capítulo Tercero a analizar el delito de *grooming* regulado en el art. 183 *ter* Cp. Para ello partiremos del análisis del delito de acoso sexual, regulado en el art. 184 Cp, como posible fundamento del grooming, y si efectivamente las conductas reguladas en el art. 183 *ter* responden o no a las características típicas del acoso. Posteriormente, nos centramos en el concreto análisis del delito de grooming, tanto desde la perspectiva extrajurídica, como desde el tratamiento de esta figura delictiva en el Derecho comparado y en la Unión Europea. Una vez delimitado, el concepto del comportamiento analizado, procederemos a delimitar tanto la regulación en el ordenamiento español, como los elementos típicos del delito que se derivan de la configuración del art 183 *ter* Cp, esto es el bien jurídico, los elementos típicos, el *Iter Criminis*, los problemas concursales que de él se derivan y la nueva cláusula del consentimiento del menor como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto, nos referiremos a la regulación del delito de grooming como manifestación del derecho penal del enemigo, basándonos en la adecuación de la regulación del *grooming* a las características del derecho penal del enemigo. Para ello, haremos especial referencia, tanto a las características del sujeto configurado como pedófilo/pederasta, a la consideración de la conducta típica descrita como mero acto preparatorio, a la desproporción de la pena, y a la flexibilización y supresión de las garantías penales y procesales.

Ahora, no se debe pensar que la incorporación de este delito al ordenamiento jurídico penal español, ha sido producto del capricho del legislador, sino que responde al clamor social de más intervención penal para aquellas conductas que se consideran dignas de mayor protección, especialmente graves y en aumento. El problema es que ninguno de estos factores cuenta con estudios serios en la materia que fundamenten la

necesidad de intervención del Derecho penal sino que se basan en la alarma que crean los medios de comunicación.

Pero la legislación penal por la gravedad de sus consecuencias, debe responder a un fundamento jurídico que radica en la constatación, por un lado, de la existencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y, por otro, de la inexistencia o deficiencia en la protección de ese bien jurídico o de algún aspecto relevante del mismo²⁹. Lo que nunca debe perderse de vista es que ni siquiera el más atroz de los comportamientos justifica que, en un Estado de Derecho, “se renuncie, obvие, manipule o aplique de modo discriminado las garantías constitucionales que reconoce a todos los ciudadanos”³⁰.

Por ello, la incorporación en el ordenamiento jurídico de políticas como las que propone el Derecho penal del enemigo es preocupante, ya que como afirma QUINTERO OLIVARES³¹, no es sólo que se resquebraje el ideal de igualdad, sino que la experiencia enseña que cuando las garantías se rebajan para unos acaban rebajándose para todos y, lo que es peor, los problemas que se invocaron para justificar la “especialidad penal” por lo general no se han resuelto con ella.

²⁹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Problemas de delimitación de la conducta típica del art. 576 del Cp: colaboración con banda armada y conductas afines*, trabajo de investigación inédito, Sevilla 2002, p. 12.

³⁰ *Ídem* p. 13.

³¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *A dónde va el Derecho penal*, Madrid, Civitas, 2004, p. 136.

CAPITULO SEGUNDO
TENDENCIAS POLITICO CRIMINALES DE LA INTERVENCION
PENAL

I. **LA EXPANSION DEL DERECHO PENAL: EL “MODERNO” DERECHO PENAL**

1. **Consideraciones generales sobre el concepto de “moderno” Derecho penal.**

En el presente siglo se han evidenciado grandes transformaciones sociales, marcadas principalmente por el constante y vertiginoso desarrollo de las tecnologías y la economía de libre mercado, lo que se ha manifestado no sólo a nivel local sino de manera internacional, a través del fenómeno ampliamente conocido como la *globalización*.

Al margen de su influencia en el sistema económico, el tema de la globalización, desde la óptica que nos ocupa, ha cobrado importancia en el ámbito penal por las nuevas implicaciones que ha supuesto para esta rama del Derecho. De hecho, algunos autores han trabajado sobre el concepto o características que definen la globalización y cómo este fenómeno ha logrado repercutir en todo el ordenamiento jurídico, y especialmente en el Derecho penal.

Así, GRACÍA MARTÍN³² establece que el proceso de globalización se basa en la desnacionalización de la economía. Esto principalmente, porque las

³² Véase GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*, p. 276-277. Para ZAFFARONI, la globalización no es un discurso sino un nuevo momento de poder planetario. Se trata de una realidad de poder que llegó y que, como las anteriores, no es reversible: la revolución mercantil y el colonialismo, la revolución industrial y el neocolonialismo y la revolución tecnológica y la globalización, son tres momentos de poder planetario. Véase ZAFFARONI, Eugenio

transacciones económicas internacionales ahora se realizan en un mercado global dominado por las empresas transnacionales, que pueden decidir sobre el establecimiento geográfico de sus centros de producción y de distribución de bienes y de servicios en cualquier lugar del mundo. Ello implica que las leyes que regulan su funcionamiento, ya sea en materia fiscal, laboral o ambiental; han dejado de ser nacionales para responder a distintos ordenamientos jurídicos, de hecho, los sujetos que representan estas mega compañías, denominados como *global players*, operan con gran autonomía al margen de los ordenamientos nacionales, lo que en cierta medida dificulta el control para los Estados de la actividad que ejercen, pues los acuerdos que ellos mismos realizan sobre las reglas que regirán las relaciones comerciales entre sí (*lex mercatoria*) no son más que contratos o cuasicontratos privados susceptibles de modificación por otros nuevos.

Por otra parte, y con relación a lo que al Derecho penal concierne, la globalización a la vez, conlleva la aparición de condiciones específicas para el desarrollo de una nueva criminalidad de carácter fundamentalmente económico en razón de sus objetos y marcadamente empresarial³³. Esto deriva precisamente, de esa dificultad de control y del amplio campo de actuación y recursos con que cuentan las empresas del capital, aunado a las facilidades de comunicación y rapidez que proporcionan los avances tecnológicos.

Raúl, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, trabajo presentado en el segundo seminario Internacional de Derecho penal, organizado por CEPOLCRIM, del 22 al 26 de febrero de 1999. Según Velásquez, citado por SANZ MULAS, la globalización equivale a la autonomía de la economía en relación a la política; el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; la descentralización de las estructuras políticas del capitalismo; la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial; la desregulación de los mercados de capitales; la interconexión de los sistemas financieros y de seguridad a escala global; la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas. Véase SANZ MULAS, Nieves, *El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable. El fantasma del enemigo en la legislación penal española*, en *Un Derecho penal comprometido*, Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Muñoz Conde, Francisco y otros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1043.

³³ GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*, op. cit., p. 276-277

Se evidencia desde aquí, como se va formando la relación entre globalización y el ordenamiento jurídico a través de los sujetos que ejercen el control de la economía mundial, a quienes se les debe regular ya no desde una posición local, sino global, para lo que muchos ordenamientos no están preparados ni siquiera logísticamente, en este sentido, advierte DONNA³⁴ citando a Zygmunt Baumann, que la nueva élite global goza de una nueva ventaja enorme frente a los guardianes del orden: las órdenes son locales, mientras que la élite y la ley del mercado libre son translocales. Si los encargados de un orden local se vuelven demasiado entrometidos y molestos, siempre se puede apelar a las leyes globales para cambiar los conceptos del orden y las reglas del juego locales. Y, desde luego, si el ambiente en la localidad se agita demasiado, siempre existe la opción de partir; la globalidad de élite es la movilidad, y ésta entraña la capacidad de escapar, evadirse. No faltará un lugar donde los guardianes locales del orden estén dispuestos a hacer la vista gorda ante una violación del ordenamiento jurídico.

Por tanto, es innegable que en este periodo postindustrial, las empresas del capital y, sobre todo, los avances en el sector de las telecomunicaciones, han venido a jugar un rol importante dentro de la convivencia cotidiana. Pues, como ha quedado expuesto, se han generado no sólo nuevas formas comerciales, que en parte se han dado gracias a las transformaciones tecnológicas, sino que los sujetos que en ellas intervienen tienen grandes facilidades de actuación dentro de los ordenamientos en los cuales se desempeñan, con lo que se dificulta el control sobre sus gestiones en el área local.

³⁴ DONNA, Edgardo Alberto, "El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia", en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 70-71.

Cabe agregar, que para lograr el funcionamiento de estas transnacionales, que son las encargadas de ejecutar las transformaciones sociales a gran escala, se ha hecho uso de recursos de la misma magnitud, pues se ha requerido no solo el recurso humano sino también el natural, para poder satisfacer las demandas globales de cada uno de los rubros en los que se desempeñan. Así, podemos decir, que este proceso de evolución, también se ha caracterizado por el incremento del valor que se le da a bienes que tradicionalmente eran considerados abundantes y que hoy empiezan a manifestarse como bienes escasos, por ejemplo el medio ambiente.

En este sentido, se puede decir que con las transformaciones de la tecnología, la economía y la concepción del medio ambiente, hay una generalización de nuevas realidades, que al encontrarse en disposición de manipulación por parte del individuo, generan la conciencia del riesgo, que ellas suponen y que a la postre, han transformado a la sociedad tradicional en una sociedad amenazada por riesgos (*Risikogesellschaft*).

El término “sociedad de riesgos” fue introducido por Ulrich Beck en sus obras: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt, 1988; entre otras. En ellas caracteriza a la sociedad de riesgo como propia de la modernidad avanzada, en la que “la producción social de riqueza va acompañada de la producción social de riesgos”, donde la ganancia de poder que genera el “progreso” técnico-económico, se ve eclipsada por la producción de riesgos”; que, además, frente a los peligros industriales y profesionales propios del siglo XIX y primera mitad del XX, limitados a lugares y grupos, presentan una tendencia a la globalización que les hace superar las fronteras nacionales y de grupos. Estas características están presentes, por ejemplo, en los riesgos procedentes de la energía atómica, la industria química, o del uso de la tecnología genética, etc., característicos de la época actual. Los problemas y conflictos de la sociedad de carencia, entonces, se ven sustituidos por los

conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico técnica, luego dependientes de decisiones humanas³⁵.

Se destaca entonces que, la injerencia del ser humano en estas transformaciones genera mayor preocupación incluso que las catástrofes naturales que de ella también puedan derivar. Así, considera SILVA SÁNCHEZ³⁶ que buena parte de las amenazas a las que los individuos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos que derivan en las aplicaciones de los desarrollos en la industria, la biotecnología, la genética, la energía nuclear, la informática, las telecomunicaciones, etcétera. Por lo tanto, con la aparición de los riesgos han surgido lo que ha llamado, *nuevos intereses* que proteger por las repercusiones directas que suponen en el bienestar individual.

Cabe remarcar, que la constatación de catástrofes con causas distintas a la propia naturaleza y que se vinculan al desarrollo científico-técnico o, a veces, a la propia y directa decisión de una persona o grupo de personas, también pone de relieve la fragilidad de la *seguridad*³⁷ en la sociedad de riesgo frente a situaciones derivadas de la propia acción del hombre³⁸.

³⁵ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 82.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2da edición, Civitas Ediciones, 2001, p. 27.

³⁷ El tema de la seguridad cobra gran importancia dentro de la sociedad del riesgo y se aborda con mayor precisión más adelante. Ver infra Apartado XXX

³⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 196.

Sin embargo, para insertar el concepto de sociedad de riesgo, que parte de un punto de vista sociológico, en la discusión penal, PARIONA ARANA³⁹ expresa que necesita algunas precisiones a fin de determinar su verdadero alcance explicativo, puesto que si bien dicho concepto es válido, no es completo. Así expone, que lamentablemente en el ámbito penal se observa que en muchos casos se ha procedido a absolutizarlo, ya que lo característico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino, sobre todo, la complejidad creciente de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Citando a Schünemann, señala que la característica de la sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada⁴⁰.

Debido a esta complejidad de las relaciones sociales y de los peligros que de ella se derivan —tanto cualitativa como cuantitativamente—, así como también debido a una simultánea menguada capacidad del miembro individual de la sociedad para estimar correctamente los riesgos que están necesariamente unidos a comportamientos humanos, domina en la sociedad una amplia inseguridad y una creciente necesidad —resultante de esto— de un (re)aseguramiento normativo⁴¹.

Precisamente, porque frente a la sociedad de riesgo se exige la protección de los derechos no sólo de los individuos, sino de la generalidad,

³⁹ PARIONA ARANA, Raúl, “El Derecho penal “moderno””, en *Revista Penal*, No. 20, julio, 2007, p. 156.

⁴⁰ Como antes se apuntaba esto se debe a la pluralidad de acciones que se dan para los procesos globales y la pluralidad de individuos que participan en ellos.

⁴¹ PARIONA ARANA, Raúl, *El Derecho penal “moderno”*, op. cit., p. 156.

frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos⁴² que se caracterizan por ser de difícil anticipación.

Por ello, la sociedad de riesgo ha trascendido del ámbito estrictamente académico para influenciar en la conciencia política y cotidiana, pues para ésta última, los riesgos que suponen las nuevas realidades, que se han venido generado desde finales del siglo pasado y continúan desarrollándose vertiginosamente en la actualidad, suelen proporcionar beneficios a la comunidad, por lo que se ha tenido que poner en la balanza si compensa correr dichos riesgos en razón de la utilidad, pero también asumiendo el peligro que conllevan, lo que desde el punto de vista penal se considerarían riesgo permitido o socialmente adecuado⁴³.

La política, por su parte, ha tomado papel protagónico en cuanto a la regulación de estos riesgos, donde el legislador, para dar respuesta a estas nuevas realidades sociales, paulatinamente, como era de esperarse, ha ido recurriendo a su arma más poderosa dentro del ordenamiento jurídico: el Derecho penal.

⁴² DONNA, Edgardo Alberto, *El Derecho penal moderno...*, op. cit., p. 73.

⁴³ Al respecto, PÉREZ CEPEDA, establece que no se concibe una política criminal que no se apoye necesariamente en el concepto de riesgo, al menos en tres aspectos diferentes: primero, en tanto que es la existencia de un riesgo significativo, socialmente relevante, y la necesidad de controlarlo, lo que legitima la intervención penal; segundo, porque la omnipresencia del fenómeno de riesgo [...] obliga necesariamente a plantearse la cuestión del riesgo permitido, esto es, la posibilidad de que ciertos riesgos sean comparados frente a otros, con los consiguientes efectos limitadores en el alcance la incriminación; finalmente, porque las reglas de imputación de responsabilidad se construyen también en buena medida sobre el propio concepto de riesgo. PÉREZ CEPEDA, Ana, *De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal*, en Op. cit. Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, p. 168.

Es así, que el Derecho penal mismo, ha experimentado un fenómeno de crecimiento e hiperinflación en su ámbito de acción, que ha dado paso a lo que hoy se ha denominado como moderno Derecho penal⁴⁴.

Los términos modernización o moderno, se originan del latín *Imodernus*, y se asocian comúnmente a lo nuevo, a lo reciente. Expresa GRACÍA MARTÍN, que lo moderno evoca ruptura con el pasado. Citando a Ignacio Sotelo, agrega que “el adjetivo moderno surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy”, y “el que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que se lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado”, y ello “implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven tiempos nuevos”⁴⁵.

En el mismo sentido, HERRERA VELARDE entiende que modernización implica renovación de una estructura (o de algo) en referencia a lo anterior, a lo antiguo o a lo clásico. Indudablemente cuando hablamos de modernización, hablamos también de modernidad que constituye la coyuntura que respalda cualquier acción o efecto de “atemporizar” algo en contraposición a lo que conocemos como lo clásico o lo antiguo⁴⁶. La idea de modernidad y

⁴⁴ Ello por el supuesto de que si la sociedad va cambiando de forma constante el Derecho, como parte de ésta, debe entrar en sintonía con ese dinamismo y adaptarse a las nuevas realidades que ameriten su intervención. En este sentido, parafraseando a HERRERA VELARDE, el Derecho Penal no es tampoco ajeno a los cambios que ocurren con el devenir del tiempo, por lo que fácilmente podemos inferir también que éste no puede ser ajeno, valga la redundancia, al fenómeno que rodea a la modernidad... entre Derecho y Sociedad existe una mutua interdependencia en tanto y en cuanto el “Derecho es parte de la Sociedad y, en tanto tal, ha de satisfacer las necesidades y resolver los más graves problemas sociales planteados... Si la sociedad con el devenir de la modernidad ha cambiado, el horizonte del Derecho Penal ante el enfrentamiento que hemos graficado, también debe hacerlo. Véase HERRERA VELARDE, Eduardo, *Algo sobre modernización del derecho penal*, Actualidad Jurídica, Tomo 159, 2007.

⁴⁵ GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*, p. 265.

⁴⁶ HERRERA VELARDE, Eduardo, Op. Cit. *Algo sobre modernización...*p. 2.

modernización conjuga una serie de movimientos históricos fundamentales, y ello denota que al tratar sobre este fenómeno no solamente se ingresa al plano de lo novedoso o actual, ya que en esa hipótesis cambiaríamos día a día de modernidad con lo cual este concepto se tornaría hasta en ridículo e insuficiente. Ciertamente, la modernidad no supone un día a día; sin embargo es indudable que este concepto va imprescindiblemente ligado al devenir del tiempo y la forma en que este factor va produciendo variaciones en la vida del hombre. Luego, se podría concluir diciendo que la modernidad – y posteriormente lo que se entienda por modernización – supone cambio en los distintos aspectos que conforman la vida del hombre, de manera que en algunos casos modernidad supondrá evolución y en otros, aunque pocos, se traducirá en una involución⁴⁷.

De esta manera, la modernización en la que vivimos ha calado dentro del ordenamiento jurídico y se ha destacado principalmente en el Derecho penal, por la estrecha relación que éste tiene no sólo con el comportamiento humano, sino con la variación de la percepciones y valores sociales, aunque cabe decir que no es un fenómeno totalmente nuevo.

Según explica GRACIA MARTÍN, hasta hoy la denominación “Derecho penal moderno” había remitido al modelo penal derivado en sus rasgos fundamentales a fines del siglo XVIII y principios del XIX de las invenciones políticas y jurídicas de la Ilustración. El Derecho penal ilustrado fue “moderno” porque supuso una ruptura con el del *Anciène Régime* en todos los aspectos fundamentales. Los nuevos principios político-criminales son la concreción del ideario político derivado por los ilustrados de las doctrinas de la secularización del Estado desarrolladas durante el siglo XVII por el Derecho natural racionalista (especialmente por Grocio y Hobbes, y sobre todo por Pufendorf), que liberaron a la idea y al fin del Estado de la fundamentación teológica y teocrática en que se sustentaron en el *Anciène Régime* (ahora la autoridad

⁴⁷ Ídem

terrenal ya no deriva de la voluntad divina, sino de un contrato social), y arrojaron al recuerdo la comprensión del delito como pecado y lesión de la voluntad divina: únicamente podrá ser delito el hecho socialmente lesivo⁴⁸.

En el debate actual de la Ciencia penal, el calificativo de “moderno” ya no designa al Derecho penal de la Ilustración. Éste habría dejado de ser moderno, y para distinguirlo del que ahora se subroga en este carácter, HASSEMER ha propuesto denominarlo “clásico”, y atribuir el adjetivo “moderno” al del presente en cuanto es una “institución distinta del Derecho penal clásico”⁴⁹.

Como una de sus principales características podemos apuntar que el Derecho penal moderno ha sido un fenómeno cuantitativo que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente en la parte especial⁵⁰. Esta dimensión cuantitativa contiene dos vertientes: por un lado, un aumento en las figuras delictivas con la introducción de nuevos tipos penales, pues las nuevas realidades, antes desconocidas, presentan nuevos bienes jurídicos para proteger y, por otro, el incremento de la respuesta penal en algunos tipos tradicionales con bienes jurídicos históricamente reconocidos. Es decir, en el

⁴⁸ GRACIA MARTÍN, Luís, *La polémica...*, p. 268-269.

⁴⁹ En este punto no nos ocuparemos del debate sobre la utilización del término clásico para designar al Derecho penal de la Ilustración, es destacable reconocer que otros autores lo han denominado como Derecho penal liberal o Derecho penal del Estado social, así brevemente enunciaremos que contra la definición de clásico apunta GRACIA MARTÍN: “La calificación del Derecho penal de la ilustración como clásico, en el sentido que pretende Hassemer, me parece, sin embargo, absolutamente rechazable. Como él mismo declara, por clásico entiende aquí “un ideal, una aspiración por la que medir a dónde debemos dirigirnos, cuáles son los pasos que hay que dar para seguir el buen camino y evitar el malo, y cuáles son los que hay que desandar antes de llegar a las proximidades de la meta”. Bajo ningún concepto, empero, puede ser atendible la pretensión de que sean precisamente los objetos y enunciados históricos del discurso penal de la Ilustración, los que tengan que tomarse como referencia y medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal actual. GRACIA MARTÍN, Luís, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 49-50.

⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luís, *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* op. cit., p. 57.

moderno Derecho penal se pueden diferenciar dos corrientes, la **expansión** que se origina de estos nuevos riesgos, y que supone la tipificación de conductas que estaban reguladas fuera del ámbito penal, y la **intensificación** que ya no responde a las nuevas realidades, sino a una idea de necesidad de mayor seguridad, para lo cual se produce un aumento en la severidad de la sanción penal frente conductas que ya se contemplaban en el ordenamiento jurídico penal.

En este momento, nos ocuparemos de abordar la expansión, cuyo origen, objeto y tratamiento, dista mucho de las políticas que abarcan la corriente de la intensificación que se abordará en un apartador distinto por ser la base central de este trabajo⁵¹.

A primera vista, al incurrir en este fenómeno expansivo, tratado ampliamente por SILVA SÁNCHEZ⁵², que abarca cada vez más conductas, el Derecho penal ha perdido parte de la esencia que lo ha configurado como un Derecho penal del Estado social y democrático, que se entendió siempre como instrumento de defensa frente a un Estado que actuaba en forma indiscriminada y prepotente, basado en conceptos como el carácter subsidiario y fragmentario, y en una serie de principios precisamente limitadores del *Ius Puniendi* (o poder punitivo del Estado), como es destacable para este caso, el principio de intervención mínima⁵³.

Como ya ha quedado ampliamente consensuado en la doctrina, este principio, en resumidas cuentas, manifiesta que el Derecho penal sólo debe intervenir en

⁵¹ Sobre las políticas que responden a la corriente de intensificación del Derecho penal, véase *infra* Capítulo XXX sobre la seguridad ciudadana, tolerancia cero y Derecho penal del enemigo.

⁵² Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...op. cit.*, pp. 15 y ss.

⁵³ En el mismo sentido, véase GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 194.

los casos de ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del ordenamiento jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. De ahí que se diga también que el Derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de “*ultima ratio*”, es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser arreglado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables⁵⁴. Así, el Derecho penal sólo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo.

Pero no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el Derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. El Derecho penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí también su carácter “fragmentario”⁵⁵, pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia. Así, este carácter fragmentario del Derecho penal aparece en una triple forma en la actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, en segundo lugar, tipificando sólo

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 2015, p. 77; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte General*, en GOMEZ RIVERO/MARTINEZ GONZALEZ/NUÑEZ CASTAÑO, 3ª ed., Madrid 2015, pp. 75 y ss, entre otros .

⁵⁵ Manifiesta PRITTWITZ, que la afirmación de que el Derecho penal tiene carácter fragmentario procede de Karl Binding quien lo emplea para distinguir entre aquellas conductas que el legislador ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no han tenido entrada en el Código penal. Continua expresando que Jescheck lo entiende como muestra de la limitación de la punibilidad a acciones que por su peligrosidad y reprochabilidad exigen y merecen de manera unívoca la pena pública para protección de la sociedad. Y Naucke dice haber acuerdo en que el carácter fragmentario del Derecho penal obliga a la contención en la legislación penal, es decir, obliga a convertir en delito a través de la ley el menor número posible de hechos. PRITTWITZ, Cornelius, *El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Dirigido por Carlos María Romero Casabona, Colmares, Granada, 2000, p. 429.

una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales⁵⁶.

Precisamente, la protección de bienes jurídicos, tarea fundamental de todo el ordenamiento jurídico, no significa necesariamente protección a través del Derecho penal, sino también, como dice CLAUS ROXIN, protección ante y antes que el Derecho penal, pues no debe olvidarse que el concepto de bien jurídico se concibió originalmente más como límite que como legitimación de la intervención del Derecho penal⁵⁷.

En el mismo sentido señalaba así FERRAJOLI⁵⁸ que el Derecho penal no es único medio, y ni siquiera el más importante, para prevenir los delitos y reducir la violencia arbitraria. Por el contrario, el progreso de un sistema político se mide por su capacidad de tolerar simplemente la desviación como signo y producto de tensiones y de disfunciones sociales irresolutas como, asimismo, la de prevenir aquella, sin medios punitivos o iliberales, removiendo sus causas materiales.

Sin embargo, una de las tendencias que ha marcado al moderno Derecho penal, ha sido la funcionalización, que a su vez conlleva a la instrumentalización del Derecho penal por una política criminal que no se concibe ya, al modo de Von Liszt, como una mera directriz limitada por la infranqueable barrera del Derecho penal, sino como un instrumento de dirección y configuración social que pretende resolver los problemas más acuciantes y característicos de las

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal*, Op. cit.p. 89.

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Moderno Derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, en La Ley, 1996, p. 1340.

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi, *El Derecho penal mínimo*.

sociedades de nuestro tiempo con la ayuda prima facie y no puramente secundaria o accesoria, del Derecho penal⁵⁹.

Con ello se puede afirmar que la modernización ha supuesto una *involución* del Derecho penal, donde se han retomado tendencias de política criminal que se creían ya superadas, así los principios propios del Derecho penal que eran pilar del garantismo, paulatinamente se han visto cuestionados por los no tan nuevos tratamientos e ideologías que se tienen actualmente sobre la pena, el delito y el delincuente. Se han marcado así profundas diferencias entre el Derecho penal clásico o el “viejo Derecho penal”, como lo llamara HASSEMER, y el moderno Derecho penal.

Pero al ser innegable que el moderno Derecho penal es una realidad que ya se ha visto plasmada en las legislaciones penales de España y a nivel internacional, que han ido experimentando una serie de transformaciones muy profundas sobre los principios que parecen inspirarse, la doctrina ha tratado de describir sus rasgos fundamentales y de determinar el modelo de política criminal y la ideología o la filosofía que sustenta todas esas modificaciones que han dado origen a esta realidad expansiva, y peligrosamente, incontenible, del Derecho penal; mismas que abordaremos a continuación.

2. Principales causas de la expansión del Derecho Penal

Las causas que han determinado la expansión del Derecho penal son muy diversas, pero en lo que parecen todas guardar relación, es que su fundamento se desprende más de la subjetividad social que de una necesidad objetiva de expansión. Ahora, con ello no se quiere decir que no existen nuevas realidades provenientes del desarrollo y evolución de la sociedad misma que merezcan protección dentro del ordenamiento jurídico, sino que ésta protección no

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco,. *El Moderno Derecho penal*, Op. Cit., p. 1339.

necesariamente debe proveerse por medio del Derecho penal, pues éste no es el medio más idóneo para tal efecto, ni ha sido previsto para ello.

Sin embargo, lo cierto es que su incorporación al sistema penal no tiene marcha atrás, y esto se ha debido a una serie de factores que podemos determinar como causas principales de la expansión. Así, se presentan en primer término los *nuevos riesgos* que suponen estas realidades desconocidas y manipuladas por el hombre, surgen con ellos *nuevos intereses* dignos de protección, *hay un aumento de la sensación social de inseguridad* y de *identificación de la mayoría social con la víctima del delito* y no con el delincuente, además ha jugado un rol importante *el descrédito de otras instancias de protección*, de lo que ha derivado que el Derecho penal pase de ser *ultima ratio* a *prima ratio*, y finalmente, *la actitud de la izquierda política* que viene marcada por una concepción populista y electorista que responde a supuesta demandas sociales, a veces sin fundamento objetivo alguno; y aunque puede que hayan otras, éstas creemos que podrían englobarse en las mencionadas con anterioridad, las que pasaremos a analizar con mayor detenimiento a continuación.

2.1 La aparición de nuevos riesgos

Ya se ha abordado que la configuración de la sociedad de riesgo en la que vivimos es originada, principalmente, por los crecientes avances tecnológicos y el marco cambiante de la economía, sin embargo ahora el paradigma del riesgo constituye un referente más “artificial, inconsistente y volátil”⁶⁰ porque, como ha explicado la antropóloga Mary Douglas⁶¹, “el concepto originario de riesgo, al

⁶⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, p. 28.

⁶¹ DOUGLAS, Mary, *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Routledge, London and New York, 1992, págs. 22 y ss.

entrar en el debate político, ha perdido su conexión originaria con la idea de cálculo técnico de probabilidades y su carácter neutral”.

Riesgo significaba la probabilidad de que ocurriera un evento, combinado con la magnitud de pérdidas o ganancias que acarreaba, con lo cual era un concepto estrechamente vinculado al conocimiento científico, pero al irrumpir en la política, se ha transformado en un concepto cultural, que nada tiene que ver con cálculos probabilísticos, porque riesgo significa, ahora, peligro y un alto riesgo significa mucho peligro, perdiendo su connotación neutral originaria para ser identificado en términos negativos. Por tanto, el riesgo es algo que hay que prevenir y neutralizar, no algo que hay que calcular⁶²; es decir, ha adquirido un carácter meramente subjetivo compuesto más de presunciones y percepciones que de datos estadísticos reales sobre los que se fundamente una posible idea de inseguridad.

Ahora, como señala BRANDARIZ GARCÍA⁶³, los principales factores de riesgo se derivan primero de las mutaciones del sistema económico, que inciden sobre las formas de inserción de los individuos en las relaciones productivas⁶⁴. Ello ha traído consigo un declive del Estado de bienestar que ha conducido a restringir los mecanismos públicos de asistencia social y a la carencia de un empleo de calidad, ambas situaciones conllevan a la inseguridad de seguir generando recursos que permitan satisfacer las necesidades futuras. En segundo lugar, hay una crisis de referentes identitarios y de socialización

⁶² DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, p. 28.

⁶³ BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade pública, Xunta de Galicia, Segunda época, No.9.

⁶⁴ Agrega SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...op. cit.*, p. 27, que “la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocos individuos que inmediatamente son percibidos como los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales”, debido a que se ha ampliado la brecha entre las clases sociales y ello tiene una repercusión directa al bienestar individual, por supuesto de las clases más privilegiadas.

básicos, que se evidencian en la mutación de la concepción de la familia y las relaciones de género, de un individuo enmarcado hacia un modelo productivo más que social, un individuo móvil y globalizado sin ningún referente local.

Si a estos dos factores se les suma la progresiva degradación medioambiental, que tiene múltiples consecuencias en la calidad de vida del ser humano y la transformación de las tecnologías de la información y la comunicación, podemos resumir que en la sociedad de riesgo hay una sensación de crisis permanente producto de una quiebra de los sistemas de aseguramiento⁶⁵ que formaban parte del estilo de vida básico en el no tan lejano siglo pasado. Con ello parece ser que lo relevante no es el nivel objetivo de peligro, sino la percepción social del mismo que se basa únicamente en referentes subjetivos enmarcados por la realidad social de cada individuo y no por resultados o probabilidades estadísticas sostenidas científicamente.

Una de las consecuencias negativas que ello supone, es que la configuración del riesgo tiene procedencia humana como fenómeno social estructural, “ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a las que los ciudadanos estamos expuestos provienen de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos”⁶⁶. El concepto de riesgo se evoca, entonces, para referirse al peligro de recibir futuros daños por parte de las acciones de otros y se utiliza, por tanto, para justificar la protección de los individuos frente a esas posibles acciones, nuevamente, sin un referente objetivo que respalde cualquier injerencia penal a este respecto. En este sentido, se produce una fractura entre el nivel objetivo de peligro y la percepción social del riesgo.

⁶⁵ Véase BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”...op. cit. p.7.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...* op. cit., p. 27.

Por otra parte, es innegable que con las nuevas realidades han surgido también nuevas modalidades delictivas vinculadas al progreso técnico y, sobre todo, en espacios abiertos por la tecnología, como es el caso de la ciberdelincuencia, que no representan necesariamente una lesión o puesta en peligro distinta para el bien jurídico, sino otras formas de comisión o de realización de la conducta, que suponen nuevos retos para el Derecho penal en cuanto a la imputación y persecución de la criminalidad, lo que en algunos casos amerita una reestructuración de tipos penales ya regulados, o bien la incorporación de nuevos delitos, que abarquen el medio comisivo que no se encuentra previsto en los tipos penales existentes.

Téngase como ejemplo de este caso, el delito conocido como *phishing*, que consiste en el robo de información confidencial de una persona mediante el uso de medios electrónicos para después abrir cuentas, reclamar beneficios, solicitar tarjetas de crédito o efectuar transferencias bancarias al favor del sujeto activo, causando con ello serios perjuicios económicos para la víctima⁶⁷. Esta conducta que requiere de altos conocimientos y medios informáticos, puede sancionarse en el ordenamiento español, a través del art. 248 CP⁶⁸ o con el 197 CP, según corresponda; son tipos que han debido de crearse para poder regular una conducta que hace algunos años era impensable.

Sin embargo, ello no debe llevar a una expansión indiscriminada del Derecho penal, sino por el contrario restringida y basada en verdaderas necesidades de protección, pues la realidad actual pone de manifiesto que, a pesar de que hay nuevos riesgos, eso no ha significado un aumento en la criminalidad, de hecho

⁶⁷ Véase sobre el phishing, <http://www.gitsinformatica.com/phising.html>

⁶⁸ Ampliamente sobre éste delito, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del art. 248.2 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; MATA Y MARTÍN, Ricardo, Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos, Aranzadi, Navarra, 2007; GUTIÉRREZ FRANCES, María Luz, Fraude informático y estafa: (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos), Ministerio de Justicia, Secretaría técnica, Centro de publicaciones, 1991.

en el caso de España la tasa de criminalidad ha sido sostenida durante los últimos años sin generar un aumento considerable que amerite una mayor intervención penal.

2.2. Los nuevos intereses

La norma penal tiene una función eminentemente protectora, pero lo que realmente la diferencia de otras normas del ordenamiento jurídico, es la severidad de la sanción con la que responde a aquellas conductas que la infringen, de ahí que solo deba intervenir frente a los ataques más graves al individuo particularmente, y a la sociedad en su carácter más general.

Como ha sido ampliamente discutido en la doctrina, el objeto de protección de la norma penal son los bienes jurídicos, y en relación a su concepto, expresa MUÑOZ CONDE que “La necesidad de la convivencia [...] supone la protección de esa convivencia, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse. La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan bienes y, concretamente, como son objeto de protección por el Derecho, bienes jurídicos. Así pues, bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”⁶⁹. Estos, a su vez se dividen en bienes jurídicos individuales, que son los que afectan a la persona individual y bienes jurídicos colectivos, que afectan a la sociedad como tal⁷⁰.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, Op. Cit., p. 63.

⁷⁰ Esta concepción, indican MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, no debe entenderse como una concepción dualista del bien jurídico, por la que se contraponen los bienes jurídicos individuales a los supraindividuales. La convivencia pacífica, asegurado por un orden social o estatal adecuado, es también un bien jurídico del individuo, en tanto es la única forma de que éste pueda autorrealizarse. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, Op. Cit., p. 63. En este sentido explica PÉREZ CEPEDA que los bienes jurídicos supraindividuales, suelen dividirse en dos grandes grupos: a) los bienes jurídicos intermedios, que se configuran

Por otro lado, como ya se ha dejado por sentado, a pesar de su función protectora, el Derecho penal está legitimado para intervenir sólo en los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, lo que ha resultado imprescindible para determinar, dentro del ordenamiento, cuáles son los bienes jurídicos dignos de protección penal, pues como expresa MIR PUIG, “no todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal”⁷¹.

En este sentido, la expansión del Derecho penal ha significado el crecimiento de la intervención penal, tipificando conductas que no eran consideradas delictivas y protegiendo bienes jurídicos en el campo penal, que antes no eran objeto de éste. Para SILVA SÁNCHEZ, esto se debe a que junto a las conductas ya reguladas, por el sistema penal, que significan ya sea una lesión o un peligro para los bienes jurídicos, surgen otras, producto de la conformación de nuevas realidades y del deterioro de las tradicionalmente, sobre las que aparecen nuevos bienes jurídicos dignos de protección penal⁷².

como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal; b) los bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son auténticos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que por ello, su lesión es autónoma. Véase PÉREZ CEPEDA, Ana, *De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal*, en Op. Cit. Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología...p. 164. Sobre el término bienes supraindividuales, GÓMEZ DE LA TORRE, prefiere denominarlos bienes colectivos, pues según dicho autor, el término colectivo, exterioriza la presencia de estos bienes a los integrantes de la comunidad, refleja la condición personalista del modelo, en cambio el término supraindividual, da pie a situar la titularidad del bien jurídico en una institución o entidad situada por encima y diferenciada de las personas. Es decir, es un término que parece referirse a un modelo transpersonalista de la sociedad. Véase GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal*...p. 205.

⁷¹ MIR PUIG, Santiago, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 159.

⁷² Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal*... p. 25

De esta manera, podemos afirmar que en la evolución de las legislaciones penales de la modernidad, se destaca, primero, la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso, nuevos sectores de regulación y, en segundo lugar, esta incorporación de conductas típicas, se ha visto acompañada de una actividad de reforma de tipos ya existentes realizadas a un ritmo muy superior al de épocas anteriores⁷³, cuyo objetivo principal ha sido el endurecimiento de la sanción penal, convirtiendo a la *hiperinflación* en la principal característica del Derecho penal moderno. De ahí las dos corrientes que señalábamos sobre las que se manifiesta en el Derecho penal moderno, la expansión por medio de la creación de nuevos tipos penales y la intensificación, que implica sobre los tipos ya regulados, un incremento de la respuesta penal.

Resulta interesante, en este punto, la analogía realizada por MARTÍNEZ-BUJÁN entre la expansión del Derecho penal y la expresión “*Big Bang*”, utilizada en astrofísica para designar a la teoría que alude al nacimiento del universo tras una gran explosión después de la cual nunca dejó de expandirse, aunque debido a la fuerza atractiva de la gravedad, se fue acelerando cada vez más despacio. Sin embargo, agrega, que recientemente se ha verificado la hipótesis de que el universo se expande cada vez más deprisa, lo que se atribuye al nacimiento de una misteriosa energía oscura que vino a sustituir a la fuerza atractiva de la gravedad. [...] Esto ha sido trasladado como metáfora al terreno de la economía y las ciencias sociales⁷⁴, y como no, al Derecho penal.

Sin embargo, además de la hiperinflación del Derecho penal que ha supuesto este fenómeno, una de las características principales de estos nuevos bienes

⁷³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el código penal español después de la LO 7/2000*, en *Jueces para la democracia*, No. 44, julio, Madrid, 2002, p. 19.

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídicos penales (Especial referencia al ámbito económico)*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, p. 395.

jurídicos, es que son colectivos, de intereses difusos, su contenido tiene un carácter masivo y universal y su menoscabo afecta siempre a la colectividad o a un colectivo; lo que se contrapone con el carácter esencialmente personalista del Derecho penal, que tiene en primer orden de protección a los bienes jurídicos individuales, con lo cual se ha reabierto la discusión entre la teoría del bien jurídico y la concepción de que lo que debe protegerse es la vigencia de la norma⁷⁵.

Para BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, el riesgo que debe evitarse es, con la justificación de dispensar protección a supuestos o reales bienes jurídicos colectivos, caer en una inversión del modelo social, olvidando su esencia personalista, riesgo implícito cuando se aborda la protección de intereses de los que es titular la colectividad⁷⁶. En este sentido, se pronuncia la Escuela de Frankfurt sosteniendo que todos los bienes jurídicos colectivos tienen que conectarse con posibilitar la protección de un bien jurídico individual⁷⁷, sólo así, se legitimaría su protección penal.

Por su parte, como algunos otros doctrinarios, MUÑOZ CONDE es categórico en afirmar que sí se deben proteger penalmente bienes jurídicos colectivos, autónomamente, es decir, desligados de la vida y la salud personal, pero siempre que en la intervención del Derecho penal en esta materia se cumplan determinadas exigencias características del Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho⁷⁸, sin que si quiera se contemple la posibilidad de flexibilización de ningún tipo de principios o garantías.

⁷⁵ Véase sobre el bien jurídico y la vigencia de la norma, JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cuadernos Civitas, Madrid, pp. 59 y ss.

⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 206.

⁷⁷ Ibidem, p. 216.

⁷⁸ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 65.

Ahora, para aclarar a qué bienes colectivos no referimos, cabe decir que la mayoría de estos “nuevos bienes jurídicos” dignos de protección, a los que apunta el Derecho penal moderno desde su corriente expansiva, están integrados en dos sectores principales: el medio ambiente y los delitos económicos.

En lo que se refiere al ***Derecho penal del medio ambiente***, no sólo es el sector de regulación por excelencia del Derecho penal moderno, sino también el campo en que se desarrolla de modo preferente y especialmente intenso, la polémica actual sobre la modernización del Derecho penal y la posición de crisis del Derecho penal liberal.

La trascendencia e importancia del medio ambiente GRACIA MARTÍN, de acuerdo con SCHÜNEMANN, la atribuye a que es el segundo bien jurídico más importante después de la existencia y de la preservación de la especie del homo sapiens⁷⁹. Ahora, sin perjuicio de que es necesaria su protección, el problema es, por una parte, la falta de precisión sobre cuál es el bien jurídico a proteger y, por otra, si es necesaria la protección penal.

En este sentido, tanto los sectores más conservadores, como los llamados sectores progresistas han insistido en dejar de lado todo concepto de bien jurídico en este ámbito⁸⁰, por considerarlo demasiado difuso.

⁷⁹ GRACIA MARTÍN, Luís, Op. Cit. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* p. 80-81.

⁸⁰ DONNA, Edgardo Alberto, Op. Cit. *El Derecho penal moderno...* p. 75. Hay autores que además de los sectores ya señalados, integran como propio del Derecho penal moderno la delincuencia organizada, así para GRACIA MARTÍN, primero, se debe diferenciar la criminalidad económica y empresarial de la criminalidad organizada; mientras en la primera los hechos relativos a la práctica de actividades económicas son inicialmente lícitas, en la segunda, los hechos delictivos relativos a todo un conjunto de transacciones a nivel internacional ya son ilícitas *ab initio* por razón de sus objetos ilícitos. Esto porque al ser la globalización un fenómeno de significado principalmente económico, marcado por el constante desarrollo del comercio internacional y la tecnología, la criminalidad surgida bajo este concepto, también presenta un carácter fundamentalmente económico y marcadamente empresarial. GRACIA MARTÍN, Luís,

Pero, a pesar de la falta de consenso sobre el bien jurídico protegido y el cuestionamiento de si en esta materia debe intervenir el Derecho penal, el legislador español, ha incorporado su regulación en dos capítulos del Título XVI De los delitos relativos al ordenamiento del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente del Código penal, concretamente en el capítulo III referido a “los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, y el Capítulo IV “de los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”, ambos ampliamente reformados con la LO 1/2015.

En relación al otro gran campo de la expansión penal, figuran los delitos económicos. Sutherland definió al delito económico como el cometido por una persona respetable y de elevado status social, en el marco de su profesión, y acuñó el término “delito de cuello blanco” para referirse de modo general al conjunto de estos delitos. Sin embargo, como el mismo autor refiere, tomando en cuenta que el comportamiento delictivo no es exclusivo de una clase social determinada, éste concepto tiene sólo un valor criminológico, pero no uno político criminal ni dogmático⁸¹.

Así, se puede resumir que el **Derecho penal económico** no es más que un sector de la parte especial, que agrupa un cierto número de tipos delictivos en virtud de determinados criterios rectores materiales y formales. Los que, según GRACIA MARTÍN, deberían de definirse mediante un único criterio de validez

*Prolegómenos para la lucha por la modernización...op. cit., p. 96. Así, algunos de los comportamientos que la definen se encuadran en las formas de criminalidad tradicional y otros se manifiesta en la aparición de hechos delictivos que son de nuevo cuño. Sobre la criminalidad económica de la globalización, véase también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...*, op. cit., p. 28; ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, op. cit., p. 480; DONNA, Edgardo Alberto, *El Derecho penal moderno...* op. cit., p. 74.*

⁸¹ Véase GRACIA MARTÍN, Luís, Op. Cit. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* p. 68.

general⁸². Para este autor, la criminalidad económica no es un fenómeno nuevo, pero sí lo son los intereses políticos y científicos actuales por la misma y las tendencias legislativas hacia la construcción y consolidación de un Derecho penal económico⁸³.

Por otro lado, si bien es cierto no es un nuevo sector de regulación penal, el aumento, la complejidad e internacionalización de los delitos económicos ha llevado a los juristas a buscar formas nuevas de imputación, que antes no se consideraban y entre las que sobresale la punibilidad de las personas jurídicas⁸⁴.

Hoy la realización de la mayor parte de la actividad económica, sólo es imaginable y posible a partir de la organización de un conjunto de medios y de personas en la forma de una empresa. De ahí, se ha de reconocer que el Derecho penal económico y del medio ambiente, tiene que ser configurado y comprendido en su mayor parte también como Derecho penal de la empresa⁸⁵. Lo que, hasta cierto punto, sí supone una novedad para la estructuración del Derecho penal.

Como ejemplo de la incorporación de estos nuevos intereses en la legislación penal española, tenemos el delito de administración desleal (art. 252), delitos

⁸² Ídem... p. 71. Lo que advierte MUÑOZ CONDE, traería como consecuencia que el Derecho penal económico se reduciría a los delitos contra la Hacienda Pública, los monetarios, los de contrabando y los relativos a la determinación y formación de los precios. Citado por el mismo autor.

⁸³ GRACIA MARTÍN, Luís, Op. Cit. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* p. 68.

⁸⁴ En este sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia*, en Op. Cit. Problemas actuales del Derecho penal...p. 74. Hay que señalar que en el ordenamiento jurídico español, se prevé expresamente la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la incorporación del art. 31 *bis* del Código penal, por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que fue ampliamente modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁸⁵ Véase GRACIA MARTÍN, Luís, Op. Cit. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* p. 85.

relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278-286), el delito de estafa de inversiones (art. 282 bis), corrupción en los negocios (art.286 bis, ter, quater), la regulación del delito de dopaje, etc. Algunos de ellos incorporados en el Código penal de 1995, otros vienen gestándose desde las reformas del Código penal en 2003, y otros son de reciente creación bajo la LO 1/2015 que supuso la incorporación de algunos de estos tipos y la reforma de los que ya estaban regulados, lo que ha significado la intromisión del Derecho penal en sectores que antes les correspondía regular a otros ámbitos del ordenamiento jurídico.

Para cerrar éste acápite, parece oportuno retornar con la metáfora de MARTÍNEZ-BUJÁN, por lo esperanzador de su contenido, y es que aparte de la teoría del Big Bang, ha surgido recientemente la teoría del Big Crunch, que estima que la expansión de las galaxias posee un límite, o mejor un punto de retorno, a partir del cual el universo no sólo dejará de expandirse sino que, iniciará un proceso inverso, en virtud del cual las galaxias empezarán a contraerse hasta tornar a concentrarse en un punto similar al que dio origen al universo. Pues también puede recurrirse a esta analogía en el Derecho penal que consiste en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar a un regreso a la situación existente en el momento de nacimiento del Derecho penal clásico⁸⁶. Aunque esta idea parezca incluso menos pensable para el Derecho penal que para la astrofísica misma.

2.3 Aumento de la sensación social de inseguridad

Ha quedado expresado que tras estas nuevas realidades generadas por el desarrollo científico y tecnológico, han surgidos nuevos riesgos y con ellos la idea social de que cada vez más estamos expuestos a peligros que no

⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Op. Cit. *Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch...*p. 396.

podemos prever ni controlar, lo que a su vez ha supuesto un aumento de la sensación de inseguridad social respecto a estos cambios.

Sin embargo, si bien es cierto que tras la constante evolución de la que somos parte, se originan nuevos riesgos, ésta sensación de inseguridad la catalogaremos como subjetiva, ya que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales. Así apunta SILVA SÁNCHEZ que “resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables que les afecten personalmente y de modo inmediato. Por ello, más bien puede sostenerse de modo plausible que, y por muchas y muy diversas causas, la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad al riesgo”⁸⁷.

Algunas de estas casusas que han difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, DÍEZ RIPOLLÉS las resume en a) la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, b) las dificultades con las que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana con él, c) la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva⁸⁸.

De éstas, la que más injerencia podría tener, es la generada por los medios de comunicación. Es innegable la importancia de los medios de comunicación en una sociedad democrática, son ellos la mayor manifestación de la libertad de

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 32.

⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01, 2004, p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>

expresión reconocida constitucionalmente por todos aquellos Estados, que dicen llamarse, de Derecho. Su función de transmitir información es un requisito imprescindible de la formación de una opinión pública libre, base de la participación política⁸⁹.

Dentro de esta gama de información que generan los medios, donde abordan diversos tópicos de interés, cabe destacar que el funcionamiento del sistema penal y la realidad de la delincuencia, resulta especialmente relevante⁹⁰ y no sólo porque los ciudadanos tienen derecho a conocer los datos que afectan a su seguridad, sino que la información sobre sucesos criminales afecta, en ocasiones, al funcionamiento de las instituciones públicas⁹¹ [...] y, con ello, cae de lleno en el interés general⁹².

Sin embargo, la cobertura que da la prensa⁹³ a los sucesos delictivos, no debe evaluarse desde una óptica inocente, donde se piense que el único interés que suscita para informar sobre estos hechos, tiene un contenido meramente social, lo cierto es que la criminalidad *vende*, y los medios, como empresas del capital, también se rigen por criterios de mercado y principios de competitividad en relación con otras empresas del sector de la comunicación, esperando al final del día obtener beneficios.

⁸⁹ Véase GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático*, en Op. Cit. Problemas actuales del Derecho penal...p. 93.

⁹⁰ En el mismo sentido expresa ALBRECHT “La criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación”. Véase ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en Op. Cit. La insostenible situación del Derecho penal...p. 480.

⁹¹ Cuando, sobre todo, son las mismas instituciones o miembros destacados que forman parte de ellas, los que son objeto de interés para el sistema penal.

⁹² GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit. *Delincuencia, inseguridad y pena*...p. 93.

⁹³ Sea de forma escrita, radial o televisiva.

Podemos decir entonces, en palabras de ALBRECHT que se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable⁹⁴. Y es que, usualmente, los medios reflejan la realidad y aquí partimos de la general veracidad de las informaciones que transmiten, pero la construcción de la noticia supone un proceso de elección, jerarquización y tematización, que fundamentalmente viene presidido por el interés periodístico, esto es, la atención a la audiencia receptora de la información, así como, por supuesto, la orientación político-ideológica del medio⁹⁵.

Así, la idea de retener a la audiencia como directriz informativa, conlleva a una sobrerrepresentación de los asuntos penales y, además, a la preferencia por la delincuencia especialmente violenta que permite el discurso dramático y emotivo, la visión simplista y escasamente meditada, el escaso interés por la reinserción y el hecho de que el buen funcionamiento judicial no sea noticia⁹⁶.

Dicho esto, es evidente que los medios de comunicación son un factor importante, en la percepción social del riesgo y en su definición, porque la alarma social que ocasionan al presentar una imagen distorsionada de la delincuencia y de los instrumentos para hacerles frente genera por un lado, la

⁹⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, Op. Cit. *El Derecho penal en la intervención...*p. 480.

⁹⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit. *Delincuencia, inseguridad y pena...*p. 93. Así expresa CUERDA RIEZU “Resulta una obviedad afirmar que los medios de comunicación ejercen una tremenda influencia sobre la criminalidad y la justicia penal (...) los medios se nutren de la realidad, pero a su vez ellos mismos influyen sobre la realidad. En algunos casos llegan a generar la propia noticia”. Véase CUERDA RIEZU, *Los medios de comunicación y el Derecho penal*, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, 2001, citado por NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos*, en Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 119.

⁹⁶ Citando a Fuentes Osorio, GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit. *Delincuencia, inseguridad y pena...*p. 93.

percepción de que la delincuencia violenta es muy superior a la realmente existente⁹⁷ y por otro, otorgan gran protagonismo a las víctimas que claman por el castigo, provocando la percepción de que las respuestas judiciales y las leyes son excesivamente benévolas. Precisamente por ello, cualquier resolución judicial absolutoria puede levantar una tormenta mediática e inducir, sin ulterior análisis, una propuesta legislativa⁹⁸. Y es que, como señala VIVES ANTÓN, [...] la pena carcelaria pasa a monopolizar la reacción penal porque es la más visible, la única que recibe el aplauso mediático más allá de cualquier exigencia de rigor⁹⁹.

Por las razones antes enunciadas, podemos afirmar entonces que la percepción social del riesgo derivada de los medios de comunicación, ha dado origen a un aumento de la sensación de inseguridad generalizada. Como lo ha destacado CERVINI, los medios de comunicación social suelen tener una enorme incidencia en la generación y fortalecimiento “del estado subjetivo de inseguridad pública a efectos de propiciar una pretendida solución punitiva o simplemente precipitar la aprobación de reformas legislativas de corte crecientemente represivo, incluso [...] desconociendo los resultados de investigaciones criminológicas responsables y a las necesidades de control social”¹⁰⁰.

⁹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 197.

⁹⁸ Expresa VIVES ANTÓN que cualquier acontecimiento desventurado puede dar lugar a la creación de un nuevo tipo penal. Ciertamente, frente a los excesos se alzan voces, no muchas, que llaman a la reflexión; pero nadie las escucha. VIVES ANTÓN, Tomás y ORTS BERENGUER, Enrique, *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España*, en Op. Cit. *Un Derecho penal comprometido...*p. 1139.

⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás y ORTS BERENGUER, Enrique, Op. Cit. *Reflexiones político-criminales...*p. 1141.

¹⁰⁰ CERVINI, Raúl, *Incidencia de las Mass Media en la expansión del control penal en Latinoamérica*, en Revista de Ciencias Penales, Quinta Época, No. 41, Editorial jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1994, p. 25. En el mismo sentido, resume SILVA SÁNCHEZ “a la vista de lo acontecido en los últimos años, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación. Éstos, por un lado, desde la posición

Sin embargo, expresa SILVA SÁNCHEZ¹⁰¹ que el miedo a la criminalidad no lo crean los medios de comunicación o las instituciones públicas, sino que sólo refuerzan o estabilizan miedos ya existentes. Así el miedo a la criminalidad constituye, fundamentalmente, la concreción de un conjunto de miedos difusos difícilmente aprehensibles, que de algún modo son consustanciales a la posición de las personas en las sociedades contemporáneas. Expresado de otro modo, el miedo al delito aparece como una metáfora de la inseguridad vital generalizada.

En resumen, no son los medios de comunicación los únicos responsables de la generación de ésta sociedad del miedo, sino muchos otros, que ya sea individualmente o en su conjunto le han dado formación. Por ello se puede afirmar que la propia diversidad y complejidad social, con la existencia de una acceso indiscriminado a la información, que a veces es de dudosa calidad, a la que se agrega la falta de verificación sobre su veracidad, es lo que constituye las incertidumbres y ansiedades sociales, que a la larga terminan en demandas de mayor intervención estatal que garantice una mayor seguridad.

privilegiada que ostentan en el seno de la «sociedad de la información» y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo. Además, junto a los medios de comunicación, no cabe negar que, en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de inseguridad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...* op. cit., p. 37. En el mismo sentido indica GÓMEZ DE LA TORRE, “Las consecuencias que se derivan de esta situación hace que en muchos supuestos la vivencia subjetiva de los riesgos sea claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos”. GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 197.

¹⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 37. En este mismo sentido, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático*, en Op. Cit. Problemas actuales del Derecho penal...p. 99.

Para SILVA SÁNCHEZ, estas causas están resumida en tres aspectos concretos: 1) la población experimenta una creciente dificultad de adaptación a sociedades en continua aceleración, 2) las personas se hallan ante la dificultad de obtener una auténtica información fidedigna en una sociedad caracterizada por el alud de informaciones y 3) la aceleración no es sólo una cuestión de la técnica, sino precisamente también de la vida. La lógica del mercado reclama individuos solos, móviles, pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral. De modo que, han ido dando lugar a una inestabilidad emocional-familiar que produce un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas.

Un punto que se debe destacar es que independientemente de las causas que motiven a cada individuo a experimentar un aumento en el sentimiento de inseguridad, la demanda al Estado es la misma, más seguridad, y a que éste responda a tal exigencia con el recurso del Derecho penal mediante la criminalización de comportamientos que tienen lugar en los nuevos ámbitos de riesgo¹⁰².

Así, la seguridad se presenta como la otra cara del riesgo. Ello plantea que, mientras para unos la demanda de seguridad se conecta con un denominado “derecho humano” a la seguridad, para otros con la consecución de seguridad

¹⁰² Para GRACIA MARTÍN, esta realidad, propia de la dinámica de la sociedad moderna, permitiría comprender a ésta como una sociedad de objetiva inseguridad, dimensión objetiva que al combinarse con la subjetiva de inseguridad sentida por los ciudadanos, daría lugar, finalmente, a una sensación general de inseguridad que determinaría a la sociedad a una fuerte demanda de seguridad al Estado. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, Op. Cit. *Prolegómenos para la lucha por la modernización...* p. 64. En el mismo sentido, expresa NUÑEZ CASTAÑO que “El binomio riesgo-inseguridad hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad”. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos*, en Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 129.

como idea directriz en todos los ámbitos de interacción. Surgiendo, de esta manera, las tendencias al empleo indiscriminado del concepto de riesgo fuera de su campo inicial de aplicación, que era el de los riesgos tecnológicos¹⁰³.

Para SILVA SÁNCHEZ la solución a la inseguridad se busca en el Derecho penal. Por ello expresa que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificarlas garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado rígidas y se abona su flexibilización¹⁰⁴.

Sin embargo, sobre este criterio amerita comentar que, por una parte, las demandas de seguridad no han estado dirigidas exclusivamente a estos nuevos riesgos, sino a la criminalidad común, de la que se ha hecho creer que durante los últimos años ha habido un aumento indiscriminado y sobre la cual se debe proteger al ciudadano sin importar el coste; y por otro, el tratar de recurrir a un Derecho penal con garantías flexibles se pierde la naturaleza misma de éste y deja de ser Derecho penal para convertirse en otra cosa.

2.4 Identificación de la mayoría social con la víctima del delito

La identificación social con la víctima del delito y su reivindicación a través del castigo, se ha gestado principalmente por dos factores: Primero, el discurso de la víctima tiene especial reflejo en los medios de comunicación, la llamada

¹⁰³ PÉREZ CEPEDA, Ana, *De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal*, en Op. Cit. Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología...p. 189. Éste punto se desarrollará con mayor detenimiento más adelante.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 41.

opinión pública ocupa el lugar de la víctima del delito en tanto en cuanto es la posición más claramente delimitada y menos matizada, por lo que resulta más fácil identificarse con ella. Además la identificación con la víctima es fácilmente asumible puesto que el delito afecta, en último término, a valores asumidos socialmente¹⁰⁵. Segundo, una característica, que supone los nuevos tipos penales objeto de regulación para el Derecho penal moderno, es que se ven enfocados a la criminalidad del clases económicamente más poderosas, así resultaría difícilmente imaginable, por ejemplo, que la afectación de a gran escala del medio ambiente pudiera ser ocasionada por el actuar de un solo individuo o bien que la criminalidad empresarial organizada pudiera efectuarse por el accionar de una única persona, así explicaría SILVA SÁNCHEZ que “la espada del Estado contra el desvalido delincuente se pasa a la interpretación de la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”.

Esto ha ocasionado que se tienda a perder la visión del Derecho penal como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado y por consiguiente, al estar constituida la mayoría de la sociedad por ciudadanos “de a pie”, la de identificación social se produce con la víctima del delito antes que con el autor. La mayoría tiende a contemplarse a sí misma más como víctima potencial que como autor potencial, lo que según SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁶ viene favorecido por la configuración de una sociedad mayoritariamente de clases pasivas, los llamados sujetos del bienestar.

Así, este fenómeno de la identificación con la víctima conduce, en el planteamiento de algunos autores, a entender la propia institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito (*viktimologische Stafftheorie*). El razonamiento es: ya que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene, al menos en principio, una deuda frente a aquella, consistente en el

¹⁰⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit. *Delincuencia, inseguridad y pena...*p. 89.

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 42.

castigo del autor. En el cumplimiento de esta deuda sólo la pena de prisión y la multa cumplen la deseada función simbólica¹⁰⁷.

El problema es que la posición de la víctima de delito es, por definición, una posición parcial y poco favorable a la racionalidad. Este es uno de los factores que determina que la presión sobre el Derecho penal esté favoreciendo fórmulas autoritarias que tienden a ampliar y a excluir a los delincuentes del sistema general de derecho individuales.

Por otra parte, el debate de que Derecho actual ha cambiado de rumbo y no se basa ya en la criminalidad de los desposeídos, sino sobre todo, la criminalidad de los poderosos, aquellos que controlan el capital, supone introducir un importante error de perspectiva sobre el que conviene alertar. Ello, porque aun con la inclusión de *global players* en el interés penal, sigue siendo posible afirmar que el 80 por 100 de la criminalidad, continúa manifestándose como criminalidad de los marginados (*lower class crime*). Así, como sostiene SILVA SÁNCHEZ la apuesta, que parece decidida, por una expansión del Derecho penal, que conlleve a la relativización de los principios de garantías y reglas de imputación en el ámbito de la criminalidad de los poderosos, siendo criticable en sí misma, puede incurrir además en el error adicional de repercutir sobre la criminalidad en general, incluida la de los *powerless*, en los que no parece pensarse en primera instancia a la hora de proponer las reformas antigarantista¹⁰⁸.

El problema radica en que esto ya no es un riesgo de perspectiva de futuro, sino una realidad, hemos pasado de la expansión dirigida en un principio hacia

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 55-56. Agrega GARCÍA ARÁN que la versión de la víctima suele ser la única que aparece, siempre lamentando la excesiva tolerancia del sistema penal y tachándolo de ser excesivamente blando. Véase GARCÍA ARÁN, Mercedes, Op. Cit. *Delincuencia, inseguridad y pena...*p. 106.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 58.

la criminalidad a gran escala, posible gracias a una organización bien definida y estructurada, con recursos económicos y logísticos suficientes, a la que se pretende enfrentar con un Derecho penal de reglas de imputación más flexibles; a la intensificación, con miras a la criminalidad callejera, al sujeto peligroso que se debe inocular en aras de prevenir posibles conductas peligrosas y “garantizar” una mayor seguridad al ciudadano¹⁰⁹.

2.5 El descrédito de otras instancias de protección

Como decíamos anteriormente, el Derecho penal está supuesto para intervenir sólo en los casos de ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y de forma subsidiaria frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico, por cuanto sólo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso último, en ello se expresa su carácter de “*ultima ratio*”. Sin embargo, sobre la base de la expansión, el Derecho penal ha perdido ese carácter de *ultima ratio* para transformarse en *prima* o *única ratio*, de intervención primera y preferente a cualquier otro ámbito de regulación dentro del Derecho.

Esto se ha debido al descrédito de otras instancias de protección que son las que deberían responder como salvaguardas de derechos y muro de contención de quebrantamientos de normas, previas a la intervención penal y las que, según expone SILVA SÁNCHEZ¹¹⁰, son tres: la moral social, el Derecho civil de daños y el Derecho administrativo. Sin embargo, afirma que éstas, han trasladado al Derecho penal parte de sus competencias debido a la pérdida de la confianza que en ellas tenía la sociedad por algunas razones que se describen a continuación.

¹⁰⁹ Véase infra Capítulo XXX DPE

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal...* op. cit., pp. 61-66.

Las normas de la moral social desempeñan una función de orientación, al permitir predecir en cierta medida la conducta de los demás, de modo que quepa renunciar así al permanente proceso de aseguramiento cognitivo. Pero, entonces, la ausencia de una ética social mínima hace, en efecto, imprevisible la conducta ajena y produce, obviamente, la angustia.

Las sociedades modernas, en las que durante décadas se fueron demoliendo los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no parecen funcionar como instancias autónomas de moralización. Así, ha tendido a convertirse en excepcional el que una conducta, no estimándose contraria a Derecho, se repruebe socialmente como inmoral. Ello, de entrada, tiene el efecto a favorecer el propio desarrollo de la delincuencia. Pero, a la vez, determina que seguramente resulte correcto el diagnóstico de los que piensan que es, en parte, la “liberación” de prohibiciones morales la que conduce al incremento de prohibiciones penales. Jean-Claude GUILLEBAUD lo expresa del siguiente modo: “Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos— y sobre todo una definición elemental del bien y el mal—se desvanecen, son reemplazados por el Código penal”¹¹¹, transfiriéndole así al Derecho penal, la formación de valores. Sólo que la carga que el Derecho penal sufre con tal transferencia resulta insoportable para éste.

Por otra parte, en lo que hace al Derecho civil de daños, éste ha manifestado una tendencia a la objetivización de la responsabilidad, algo que resulta especialmente patente en la evolución del Derecho de daños desde el «modelo de la responsabilidad» al «modelo del seguro». Desde este modelo, en efecto, puede dudarse de que el Derecho civil esté en condiciones de garantizar dos de los aspectos fundamentales de su función político-jurídica clásica. Así, por un lado, si el daño está asegurado es casi inevitable que disminuyan los niveles de diligencia del agente pues el montante de la indemnización habrá de afrontarlo la aseguradora, siendo su repercusión individual, y por otro, el modelo del

¹¹¹ *Ídem...*p. 63.

seguro tiene como resultado un decremento de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales dañosas, pues el sujeto no asume de forma personal las consecuencias que derivan de la conducta infractora.

Finalmente, por lo que hace al Derecho administrativo, el recurso al principio de oportunidad, al que se han ido sumando la imparable burocratización y, sobre todo, la corrupción, han sumido en un creciente descrédito a los instrumentos de protección específicos de este sector (ya preventivos, ya sancionatorios). Se desconfía —con mayor o menor razón, según las ocasiones— de las Administraciones públicas en las que, más que medios de protección, se tiende a buscar cómplices de delitos socio-económicos de signo diverso. Es así que la criminalidad en éste ámbito se ha asentado en forma de corrupción.

Así, estas instancias, por una situación o por otra, han generado la percepción de que no son eficaces para enfrentar en su campo de acción, los riesgos que suponen las transformaciones sociales que se han venido desarrollando en su ámbito de competencia. El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar.

2.6 La actitud de la izquierda política

Los partidos políticos, en general, se han caracterizado por representar dos líneas que los separan en cuanto a ideología política se refiere, así podemos decir, se han dividido en los que representan a la izquierda, usualmente de

carácter más progresista, y los que representan a la derecha, de corte más conservador.

Estas corrientes de pensamiento ejercen influencia, de acuerdo al gobierno imperante, en las decisiones políticas de carácter administrativo y por supuesto en el ordenamiento jurídico a través de los legisladores. Particularmente, en lo que refiere a la regulación penal, se ha quebrado el patrón histórico de que a gobiernos conservadores les corresponde adoptar un tipo de decisiones de política criminal, de orientación obviamente conservadora, y a gobiernos de izquierda les deberían de suceder decisiones de sentido opuesto, es decir, de contenido progresista, donde se defendía la postura de la disminución de la presión punitiva.

Así, DEL ROSAL BLASCO, expresa que los estudiosos del tema manifiestan su desconcierto por la deriva que las políticas criminales oficiales, sobre todo la de los gobiernos progresistas, han tomado en los países occidentales en los finales del siglo XX y comienzos del XXI, porque existía la convicción de que la evolución del Derecho penal, desde los finales de la II Guerra Mundial, había tomado el rumbo de la racionalidad y la definitiva humanización. De modo que, aún con gobiernos conservadores, se daba por descontado que determinados límites de racionalidad ya no se iban a traspasar. Ahora, sin embargo, hay serias dificultades para entender y explicar por qué, súbitamente, ese rumbo, a finales del siglo XX, se ha variado, experimentando un giro de casi 180 grados. Los análisis contemporáneos que se hacen están, pues, claramente destinados a comprender por qué, en sociedades modernas y mucho más igualitarias, que están organizadas políticamente con sistemas democráticos avanzados y consolidados, se está produciendo un Derecho penal de características muy regresivas, más propio de sociedades más primitivas y menos igualitarias y democráticas, y por qué gobiernos de izquierda han abrazado sin pudor discursos y esquemas ideológicos, en materia de política criminal, más propios

de sus adversarios conservadores o, incluso, más propios de regímenes políticos autoritarios¹¹².

Ahora, si bien es cierto, no es fácil brindar explicaciones profundas sobre la evolución de la izquierda política, hay algunas razones del cambio que podemos identificar, entre ellas destacan los argumentos populistas y electoristas que propugnan para satisfacer la creciente demanda de más Derecho penal que invocan, tanto la sociedad que experimenta un aumento en la sensación de inseguridad, como diversos grupos no gubernamentales con interés particulares y muy diversos, como son: asociaciones ecologistas, feministas, consumidores, pacifistas, entre otros, a los que SILVA SÁNCHEZ llama gestores atípicos de la moral¹¹³, que han venido teniendo injerencia en la política legislativa.

Estas demandas, en las que se tacha al Derecho penal de ser muy blando e ineficaz para luchar contra las nuevas formas de criminalidad, han traído consigo la directriz política de no sólo introducir mayor intervención penal, sino que ésta debe ser más fuerte en sus respuestas en pro de la seguridad, para lo

¹¹² DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?...p. 2-3.*

¹¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 67. Así agrega DEL ROSAL que los modelos político -criminales imperantes son regresivos y excesivamente represivos o punitivos, sin embargo, estos se están diseñando e implementando, aparentemente, con un amplio respaldo o consenso social y, especialmente, con un mayoritario apoyo de sectores sociales tradicionalmente opuestos a este tipo de endurecimientos de la legislación penal; ello es así hasta el punto de que, incluso, se puede llegar a afirmar que tales modificaciones regresivas se están adoptando porque lo demandan esos sectores sociales, que no han dudado en unirse a los sectores que tradicionalmente las demandaban. De modo que no sólo ha cambiado el patrón político (gobierno conservador es sinónimo de decisiones político -criminales conservadoras y viceversa), sino que el patrón social de soporte de esas decisiones también se ha visto alterado, porque ya no se puede mantener que las políticas conservadoras sean sólo apoyadas por sectores sociales tradicionalmente privilegiados o favorecidos, ya que también sectores sociales tradicionalmente progresistas y sectores sociales desfavorecidos se han sumado a esos apoyos. Véase DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?...p. 2-3.*

cual cuando sea preciso se deberán flexibilizar garantías penales y procesales, que no obstaculicen la eficacia del Derecho penal.

Lo cierto es, que en sobre la tendencia de la izquierda política, comparto la opinión de MUÑOZ CONDE en la que manifiesta que la tentación de recurrir a un Derecho penal autoritario, de sangre y de lágrimas [...] es grande. Y de ella no se libra ningún partido o grupo político, desde la derecha más conservadora hasta la izquierda más progresista¹¹⁴.

3. Características que se derivan del expansionismo del Derecho penal

3.1 Énfasis en el carácter preventivo

Las características de la globalización y complejidad que muestran los procesos y fenómenos que se producen en la sociedad posindustrial avanzada, el alto grado de incertidumbre generada respecto a los eventuales efectos de múltiples actividades que se desenvuelven en contextos interpersonales e incontrolables por cada sujeto individual, produce dificultades de orientación importantes. Tales rasgos explican que la definición, la percepción y el modo de enfrentar y de gestionar los riesgos han sufrido transformaciones y con ello, también se han producido cambios en la configuración normativa de la sociedad.

Así, se puede decir que el énfasis en el aspecto preventivo, ha sido el *modus operandi* del Derecho penal para enfrentar éstos riesgos y cumplir su misión de protección¹¹⁵, lo que ha resultado en el adelantamiento de la intervención penal

¹¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Derecho penal en tiempos de cólera*, en Op. Cit. Un Derecho penal comprometido... p. 882.

¹¹⁵ Así, algunos afirman que se ha dado lugar al Derecho penal de prevención (*Präventionsstrafrecht*). Véase NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las*

por medio de la acrecentada incorporación al ordenamiento jurídico penal de bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro abstracto, técnicas todas ellas características de un Derecho penal de la sociedad de riesgo, donde no quedan claramente delimitados ni los intereses que se pretende proteger, ni, consecuentemente, la forma en la que los mismos se lesionan.

Por otro lado, siguiendo esta línea preventiva, los legisladores han enfocado la mirada hacia el principio de precaución, tan querido para el discurso del riesgo por ser una potente fuente de inspiración para su gestión jurídica, que habiéndose desarrollado originalmente para el ámbito medioambiental, parte de la idea de que allí donde hay una seria amenaza de daño, la ausencia de una completa certeza científica no debe ser utilizada como excusa para la inactividad legal o administrativa, dado que la ausencia de una fuerte evidencia de amenaza no es lo mismo que la ausencia de amenaza. No obstante, como este principio pudiera servir de base para la adopción de decisiones arbitrarias o infundadas, se insiste en la necesidad de su reconciliación con otros principios legales fundamentales como es el de proporcionalidad o equidad¹¹⁶.

Por ello, se supone, hay tres elementos presentes en todas las declaraciones del principio de precaución: que haya razones serias, basadas en datos científicos, para creer que una tecnología o actividad puede conllevar algún tipo de peligro grave de alcance colectivo, tanto para la salud de las generaciones actuales o futuras o para el medio ambiente; que haya una falta de evidencia plena o incerteza científica respecto a la naturaleza y dimensión del daño y, finalmente, la necesidad y justificación ante lo anterior de tomar medidas para

transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?, op. cit., p. 17.

¹¹⁶ GRACÍA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*, p. 294.

anticiparse y estar en condiciones de prevenir el eventual daño de carácter grave y/o irreversible¹¹⁷.

Visto así, el principio de precaución prueba, o al menos da cuenta, de la transición hacia una nueva etapa en la gestión de riesgos. Se trata de una etapa en la que, de la existencia de riesgos de nuevo tipo, que presentan caracteres novedosos, adquiere tanta o más relevancia la cuestión de la percepción de los riesgos, de su propia definición y evaluación, como paso previo a su gestión y control¹¹⁸.

En el ámbito doctrinal del Derecho penal, ha habido quien ha señalado que "la traslación del principio de precaución al Derecho penal es posible y conveniente, tanto desde una perspectiva dogmática como político criminal, como herramienta más adecuada para contener algunos de los excesos de la sociedad del riesgo"¹¹⁹. El problema es que no todos los riesgos vienen generados de las manipulaciones del hombre sobre el ámbito medioambiental o en el de la salud pública, sino que piénsese en la utilización de éste principio o la del principio de acumulación de forma general para la configuración y aplicación de los tipos penales, donde los riesgos son provenientes de personas individuales; ello supondría una vulneración a los principios sobre los que se

¹¹⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca, Op. Cit. *El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución...*p. 323.

¹¹⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca, Op. Cit. *El Derecho penal ante la globalización...*p. 320. En este sentido expresa MORILLAS CUEVA que La sociedad de riesgo o de la inseguridad conduce, pues, inexorablemente al "Estado vigilante" o "Estado de la prevención". Y los procesos de privatización y de liberación de la economía, acentúan esta tendencia. En este contexto policial-preventivo, la barrera de la intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelanta de modo sustancial. MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*, en Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 04-06, 2001, p. 15. <http://criminetuqr.es/recpc>

¹¹⁹ ROMEO CASABONA, C.M.: "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en VV.AA.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pág. 104.

fundamenta el Derecho penal, principalmente, porque la toma de decisiones legales para la configuración de los tipos, con la vista puesta en la gestión de esos riesgos, se soporta sobre presunciones contra reo a la hora de definir las fuentes que los originan¹²⁰.

Además, cómo es posible aplicar el principio de precaución a la política criminal si uno de los principales problemas con los que se enfrenta la aplicación de este principio es la variabilidad y falta de acuerdo sobre su significado. El enfoque precautorio supone un instrumento de gestión de riesgos utilizado en condiciones de incertidumbre científica, que expresa la necesidad de la adopción de medidas para protegerse de las eventuales consecuencias nocivas del peligro que representa una actividad, sobre la que no se tiene certeza de producción de un resultado lesivo sino una mera posibilidad de ocurrencia.

Basaríamos entonces la intervención penal en la previsibilidad, prohibiendo comportamientos e incluso imputando responsabilidad penal sin que para ello sea requisito previo la incuestionable y probada virtualidad lesiva de la conducta realizada. Ello, sin duda constituiría un cambio del modelo del Derecho penal, ya que supondría insertar el mecanismo punitivo sin esperar a la prueba de la peligrosidad de una clase de comportamiento¹²¹.

Por otra parte, conllevaría a que el postulado del riesgo permitido, ya no podría seguir siendo de ayuda frente a riesgos meramente sospechados e inciertos, por faltar los elementos de conocimiento necesario para identificarlos, evaluarlos, prevenirlos y evitarlos¹²² y porque en la sociedad de riesgo, hay una resistencia a remitir las consecuencias lesivas al azar o a la desgracia, como se

¹²⁰ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?...*p. 33.

¹²¹ MENDOZA BUERGO, Blanca, Op. Cit. *El Derecho penal ante la globalización...*p. 322

¹²² Ídem

inquiére siempre sobre referencias causales, y como los nuevos riesgos remiten siempre a decisiones humanas, entonces se perciben como hechos respecto de los que necesariamente tiene que haber algún sujeto responsable. De este modo se transformaría al caso fortuito en injusto¹²³.

Finalmente, si se identifica la función del Derecho penal con la función de la pena y la medida de seguridad, habría un cambio de acento de la prevención general a la prevención especial, de la prevención *post-delictum* hacia la prevención *ante delictum*, de la prevención jurídica hacia la prevención social¹²⁴.

Sin embargo, nos guste o no, las transformaciones aludidas están influyendo naturalmente en el terreno normativo y, en lo que al Derecho penal atañe, como se ha visto, afectan a los principios en los que basa su intervención frente a conductas arriesgadas.

Para HASSEMER, la marcha triunfal de la prevención ha transformado al Derecho penal en la teoría y en la práctica tan radicalmente que una marcha atrás de nuestra orientación hacia la represión, hacia la retribución y hacia la expiación, como sentido del Derecho penal, se debe revelar como una expresión de pánico a todos u cada uno de los que orientan, sólo aproximadamente, hacia el discurso político interno y político criminal del presente y hacia la comprensión social normativa de nuestros días. Un Derecho penal que renuncia a su orientación hacia las consecuencias y que interpreta su legitimación sólo normativamente, un Derecho penal que se justifica de modo absoluto, no se adecuaría a éste siglo¹²⁵.

¹²³ GRACÍA MARTÍN, Luis, Op. Cit. *La polémica...*p. 286.

¹²⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 04-06, 2001, p. 15. <http://criminetuqr.es/recpc>

¹²⁵ Así agrega que el Derecho penal está en camino de convertirse en un Derecho de defensa contra peligros como lo reflejan las siguientes tendencias: a) Del legislador penal moderno hacia el agravamiento de controles y sanciones, hacia la tipificación del ilícito penal en delitos de peligro abstracto, hacia la lección de bienes jurídicos

3.2 Anticipación de la tutela penal

La anticipación de la tutela penal ha sido destacada como uno de los rasgos que definen al Derecho penal de las últimas décadas¹²⁶. Sin embargo, la determinación de qué se entiende por anticipación de la tutela penal resulta altamente problemática, pues como *prius* lógico, requiere clarificar previamente el objeto de referencia del concepto. Esto es, cuál debe ser el núcleo de la intervención penal respecto del cual cabe hablar de un ámbito previo¹²⁷.

En este sentido, el núcleo lo conformaría el tipo originario, en el que se regula la conducta que representa una puesta en peligro concreta o la lesión de un bien jurídico, las conductas a cuya sanción se destina de modo principal el instrumento punitivo; mientras el ámbito previo lo constituirá toda otra forma de aproximación al bien jurídico que no reúna las características de las anteriores por desenvolverse en un estadio más distante, y cuya criminalización, si bien es posible, sólo puede ser llevada a cabo de modo excepcional.

universales y, al mismo tiempo, ambiguos; b) De la justicia penal hacia la terminación informal de procedimientos penales complejos mediante acuerdos, antes de que se haya aclarado si la acusación habría bastado para llegar a una condena conforme a Derecho; y c) Del discurso político-criminal actual de fomentar primero el temor al delito y luego ponerse a su servicio, en una relación de tensión entre libertad y seguridad darle preeminencia a la seguridad, fomentar escenarios de peligros y adornarlos con propuestas legislativas, ensombrear los derechos fundamentales y desarrollar derecho penales especiales para autores peligrosos. HASSEMER, Winfried, *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, en Op. cit. Problemas actuales del Derecho penal...p. 39.

¹²⁶ Conviene apuntar que la anticipación de la tutela penal bien puede manifestarse como parte de la corriente expansiva del Derecho penal, por medio de delitos de peligro abstracto o la protección de bienes jurídicos supraindividuales, como ser característica de la intensificación a través de la tipificación de actos preparatorios o delitos de intención. Sobre esta última manifestación, véase infra el acápite sobre las “Características del Derecho penal del enemigo” como política más representativa de la intensificación del Derecho penal.

¹²⁷ Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, Op. Cit. *El moderno derecho penal*...p. 15.

Las principales tendencias político-criminales en las que se manifiesta la anticipación de la intervención del Derecho penal¹²⁸, desde la óptica de la expansión es la **protección de bienes jurídicos supraindividuales**, que tiene mucho que ver con la inclinación a la protección decididamente preventiva de bienes jurídicos individuales –como la vida o la salud e integridad corporal, e incluso bienes patrimoniales– mediante tipos de peligro abstracto. Los reparos que desde la perspectiva del Derecho Penal clásico presentan estas figuras han llevado en ocasiones a salvar este obstáculo mediante un rodeo artificioso: la creación de un bien jurídico supraindividual en el ámbito previo del bien jurídico individual¹²⁹.

Y es que el principal problema de estos bienes supraindividuales, es su difícil concreción y delimitación, lo que ha obligado a incrementar de forma significativa el recurso a los **delitos de peligro abstracto** como forma de tipificación en la legislación penal, por cuanto es difícil constatar la lesión efectiva de un bien jurídico, ya que como es sabido, los delitos de peligro son los que comprenden comportamientos que no llevan hacia una afectación inmediata de un objeto del bien jurídico protegido, sino que se crea una situación de la cual se puede desarrollar una afectación, pero que no necesariamente tiene que producirse.

Así, los delitos de peligro abstracto se caracterizan por no exigir la puesta en peligro efectiva del bien jurídico protegido. Se consuman con la realización de la conducta abstracta o generalmente peligrosa descrita en el tipo. El peligro es

¹²⁸ Para exponer las tendencias político-criminales de la anticipación de la intervención, se retomará en este trabajo las presentadas por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, que a continuación desarrollaremos brevemente, enfatizando en los delitos de peligro abstracto.

¹²⁹ Véase los bienes jurídicos colectivos como causa de la expansión tratados en el presente trabajo. En la misma línea SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ agrega citando a BARATTA que "La tendencia expansiva de los sistemas penales hacia la tutela de bienes jurídicos difusos o de funciones y hacia una progresiva anticipación de la esfera de tutela –advierte - son dos fenómenos estrictamente complementarios". Véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, *El moderno derecho penal...*p. 67.

un mero motivo “*ratio*” de creación del delito, no el resultado típico del mismo. El comportamiento se tipifica en atención a su peligrosidad general para el bien jurídico, basados en datos de la experiencia común, por ello se clasifican también de delitos de peligro presunto¹³⁰.

Por consiguiente, para evaluar el riesgo en los delitos de peligro abstracto se utilizará un juicio *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción, a diferencia de lo que sucederá en los delitos de peligro concreto, en los que habrá que recurrir a una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado del peligro¹³¹.

Según HASSEMER, se recurre a ellos en ocasiones para facilitar la imputación del delito, evitando los problemas de prueba de la lesión del bien jurídico, de la relación de causalidad o incluso del dolo de lesión que se plantea en algunos ámbitos, pues además agrega, que los delitos de peligro abstracto son delitos de víctima lejana o, incluso, carecen de ella.

En este sentido, se puede decir que con carácter general, el recurso a la técnica de los delitos de peligro es una manifestación de una política criminal dirigida hacia la prevención y orientada hacia las posibles víctimas¹³². Si bien no es un recurso nuevo dentro del ordenamiento jurídico penal, su utilización indiscriminada cambia por completo los lineamientos que ha tenido el Derecho penal dirigidos hacia peligros concreto o lesiones al bien jurídico, por lo que su implementación debe someter a una estricta evaluación de legitimidad cada

¹³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, Op. cit. El moderno derecho penal...p. 39. En el mismo sentido expresa MARTÍNEZ-BUJÁN que los delitos de peligro abstracto se integran ya con la mera presencia de la acción del sujeto activo, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general de dicha acción para algún bien jurídico y sin que, por ende, se requiera concreción alguna del peligro, que denote una probabilidad inmediata o próxima de lesión. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, en Op. Cit. Un Derecho penal comprometido...p. 794.

¹³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, en Op. cit. Un Derecho penal comprometido...p. 794

¹³² GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal*...p. 227.

delito de peligro abstracto, en relación a criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad¹³³.

3.3 Efecto simbólico

El reproche de que el legislador se sirve ilegítimamente del Derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad se ha convertido en un argumento frecuente en el debate político criminal. Expresan DÍAZ PITA y FARALDO CABANA que el carácter simbólico del Derecho penal de los últimos tiempos no es más que uno de los rasgos propios de lo que se ha hecho llamar “moderno Derecho penal” que encuadra el carácter simbólico de la orientación a las consecuencias, entendiendo por la misma una mezcla entre intervención penal dirigida a la composición de conflictos y adoctrinamiento de la sociedad en cuanto a la percepción de esta intervención como adecuada y necesaria¹³⁴.

Podemos así definir al Derecho penal simbólico como tipos penales reconocidos por el ordenamiento jurídico, que únicamente tiene el fin de actuar como placebo social o marketing de ideologías o de seguridad. Estos tipos penales no se aplican, no se han aplicado o en varios años se han aplicado pocas veces sólo con fines demostrativos, y existen únicamente para darle al ciudadano una perspectiva de política criminal ficticia, que calme sus ánimos y

¹³³ PARIONA ARANA, Raúl, Op. cit. *El Derecho penal...*p. 160.

¹³⁴ DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, *La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995*, en Revista Derecho y proceso penal, No. 7, 2002, p. 120. En el mismo sentido expresa FELIP I SABORIT que sin duda en Derecho penal simbólico es una emanación de la sociedad de riesgo, que en palabra de David Felip i Saborit aparece y se expande por las siguientes causas: 1. Nuevos intereses, 2. Nuevos riesgos, 3. Nuevos y mayores miedos, 4. Cambio de actitud de los agentes sociales hacia el Derecho penal, la víctima y el delincuente; 5. Debilitamiento de otras formas de protección, 6. Desformalización y privatización de la intervención al servicio de una pretendida eficacia, 7. Globalización, y, 8. Integración supranacional. FELIP I SABORIT, David, *Observaciones a la expansión, diez años después*, en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, ROBLES PLANAS, Ricardo (coord.), Editorial Atelier, Barcelona, 2010, p 69-76. Citado por RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal...*p. 79.

angustias y le permita creer que el Derecho penal es solvente en la protección de la sociedad como estructura indispensable para su propia existencia¹³⁵.

Así, CANCIO MELIÁ hace la siguiente reflexión: para la teoría de la prevención general positiva la norma significa una afirmación de una tesis (no matar), una antítesis (la conducta del sujeto atribuible a la falta de comunicación con la tesis) y la pena (que es una contradicción entre la tesis y la antítesis que no es más que la síntesis a través de la pena de que la norma sigue existiendo). Entonces concluye que las normas de Derecho penal simbólico carecen de síntesis, ya que nunca se pena al sujeto infractor aunque exista una tesis y una antítesis¹³⁶.

BARATTA por su parte, define Derecho penal simbólico como la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones es altísima¹³⁷. Entonces, el Derecho penal se ha vuelto un símbolo, la mera representación o apariencia, que sugiere una eficacia estatal dirigida a la solución de conflictos que no se corresponde con la realidad.

Para GRACIA MARTÍN el Derecho penal es simbólico, en el sentido que carecería en general de la capacidad instrumental de prestar eficazmente a la sociedad, y a los individuos que la integran, la seguridad que demandan al Estado ante la amenaza de nuevos riesgos; el legislador empero, recurriría al Derecho penal aun a sabiendas de su incapacidad para resolver eficazmente

¹³⁵ RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2013, p. 63.

¹³⁶ Citado por RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal...* p. 71.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, en AA.VV "Pena y Estado", Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995, p. 53, obra citada en RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, Op. cit. *La expansión del Derecho penal...* p. 67.

esos problemas – mediante la creación de nuevos tipos penales que incluso devienen de imposible aplicación – con el único fin de producir en la sociedad y en los individuos que la integran el efecto meramente aparente, esto es: simbólico¹³⁸.

Agrega HASSEMER que en el Derecho penal simbólico las funciones latentes predominan sobre las manifiestas, por lo que abandonan la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un “mínimo ético” y deviene en instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Por eso cataloga al Derecho penal como un engaño o pura fanfarronada que puede hacer que la sociedad pierda la confianza en sus normas¹³⁹.

Ciertamente, el fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos un alcance inquietante, fácilmente perceptible en las últimas reformas penales. Ello se ha derivado esencialmente de dos situaciones: primero que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho penal reflejar los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en estos debates públicos sobre problemas socialmente relevantes¹⁴⁰. Segundo, hay un acentuado desplazamiento del ámbito de

¹³⁸ GRACIA MARTÍN, citado por DONNA, Edgardo Alberto, Op. cit. *El Derecho penal moderno...*p. 78.

¹³⁹ HASSEMER, Winfried, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ, 1989, p. 30. Citado por RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal...*p. 79. Para GRACIA MARTÍN los efectos simbólicos son consubstanciales a toda ley penal, y en principio, son legítimos, pero tendrían ya una valoración negativa cuando su producción es la única finalidad real de la ley penal, o bien cuando predominan de modo relevante sobre los instrumentales. Este será el caso respecto a las leyes penales cuando se de una “oposición entre realidad y apariencia, entre (lo) manifiesto y (lo) latente y, en definitiva, un engaño. GRACIA MARTÍN, Luis, Op. cit. *La polémica en torno...* p. 276-277.

¹⁴⁰ Agrega DÍEZ RIPOLLÉS que los efectos simbólicos están conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Op. cit. *El Derecho penal simbólico...*p. 3.

resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico que ha generado una hiperinflación de delitos difícil de abarcar para el sistema penal¹⁴¹.

Ahora bien, independientemente de lo que motive la creación de normas de carácter simbólico, la crítica fundamental reside en que no producen ningún efecto, DIEZ RIPOLLÉS señala como efectos de las normas simbólicas (solamente) la demostración de la rapidez de reflejos del legislador, el respeto al consenso alcanzado por distintas fuerzas, la demostración de la capacidad coactiva de los poderes público, etc.; efectos no tienen ninguna relevancia, salvo la de, como manifiestan DÍAZ PITA y FARALDO CABANA, si se permite el símil cinematográfico, “los efectos especiales”. Es decir, con estas normas el legislador deslumbra al ciudadano, lo entretiene y poco más. No es que sean efectos ilegítimos, es que no producen ninguno¹⁴².

La falta de legitimación proviene, pues, de la apariencia de que la intervención penal va de verdad a producir efectos y efectos legítimos para la salvaguarda de bienes jurídicos. Esta ficción, por tanto, no puede ser admitida como un problema adjetivo. No es el fracaso de un programa de decisión lo que convierte a una norma en simbólica, sino la seguridad por anticipado, de que una norma no sirve para nada¹⁴³.

Nos encontramos entonces en una hipertrofia legislativa, donde la producción de leyes se encuentra marcada por la ausencia de cualquier criterio de cuño utilitario y, sin duda, generando una sensación de absoluto desamparo social, combatida, curiosamente, con la producción de más leyes que, nuevamente, no

¹⁴¹ Siendo estos unos de los principales factores que contribuyen a la expansión del Derecho penal y a su función simbólica.

¹⁴² DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, Op. cit. La utilización simbólica del Derecho penal...p. 127.

¹⁴³ Ídem

servirán para nada¹⁴⁴. Y es que, desafortunadamente, el Derecho penal simbólico es más político que jurídico y únicamente responde a fines populistas y electoristas, a un marketing político donde los legisladores para ganar votos simulan estar trabajando en pro de la sociedad, sin que su introducción en la norma penal sea consecuencia de una modificación real de una condición social.

3.4 Administrativización del Derecho penal

Como se ha abordado con anterioridad, el fenómeno de la expansión ha introducido una serie de tipos penales en el ordenamiento (sobre todo la regulación del medio ambiente y los delitos económicos), que suponen la modificación de la propia estructura y del contenido material de los mismos y originan, a la vez, una orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lo que, según SILVA SÁNCHEZ, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son por el contrario, de “intensidad baja”. Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”¹⁴⁵.

PÉREZ CEPEDA expone que la administrativización del Derecho penal consiste en que el precepto penal contenga un injusto, administrativo o de una

¹⁴⁴ GERBER, *Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre, en Novos rumos do Direito penal contemporaneo*, Livro en Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 249, citado por NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. cit. *Las transformaciones sociales...*p. 120.

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 123.

disciplina extrapenal, con algún elemento adicional o selectivo, aplicando una sanción penal¹⁴⁶.

En este sentido, se podría afirmar que la administrativización supone una desviación del objeto de protección del Derecho penal al mezclarlo con lo administrativo, en razón de que la conducta que origina la regulación tiene una raíz de contenido administrativo conminada con una la sanción de carácter penal, sin embargo, al surgir de intereses distintos a los del Derecho penal, las reglas de imputación son difícilmente aplicables a éste y las garantías que le cobijan se ven ampliamente flexibilizadas.

Cuando las tesis clásicas distinguían entre el ilícito penal e ilícito administrativo, le atribuían al primero el carácter de lesión éticamente reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro. Posteriormente, sin embargo, fue consolidándose como doctrina ampliamente dominante la tesis de la diferenciación meramente cuantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, según la cual lo característico de éste último es un menor contenido de injusto¹⁴⁷.

Así se puede citar a WELZEL cuando señala “A partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) están (...) vinculadas con ellas¹⁴⁸.”

¹⁴⁶ PÉREZ CEPEDA, Ana, Op. Cit. *De la sociedad neoliberal del riesgo...*p. 174. Véase también en PEREZ CEPEDA, Ana, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal posmoderno*, Iustel, pp. 322.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 124.

¹⁴⁸ Ídem

Sin embargo, lo decisivo de la referida diferenciación no es sólo la configuración del injusto desde una valoración cuantitativa, sino lo que se pretende proteger, la relevancia del bien, los criterios de imputación desde los que se contempla ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo.

Por tanto, lo fundamental de la diferenciación, como expone SILVA SÁNCHEZ, es el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue la protección de bienes jurídicos concretos, especialmente relevantes, frente a su lesión o puesta en peligro concreta, a través de una imputación individual. El segundo, por su parte, pretende ordenar, de modo general sectores de actividad (reforzar mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene que seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino debe más bien atender consideraciones de afectación general; estadística¹⁴⁹.

Si bien, el acercamiento entre ambas ramas del ordenamiento jurídico, en realidad siempre se ha entendido, como una aproximación del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal en el plano de garantías, y no al revés, como una desformalización del Derecho penal acompañada de la pérdida de garantías, en los últimos tiempos, PÉREZ CEPEDA expresa que producto de la incorporación del principio de precaución en el Derecho penal, se impone más esta última tendencia, en la medida en que, como se ha visto, se incrementan de forma anticipada hechos que pasan a ser por vez primera ilícitos, únicamente en el ámbito penal. Por este motivo se afirma que el Derecho penal pretende gestionar riesgos¹⁵⁰. Pero como manifiesta SILVA SÁNCHEZ, [...] no se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo

¹⁴⁹ Ídem, p. 125.

¹⁵⁰ PÉREZ CEPEDA, Ana, Op. Cit. *De la sociedad neoliberal del riesgo...*p. 179.

determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las “grandes cifras”; el “problema estructural” o “sistémico”)¹⁵¹, por lo que incluso se podría decir que a partir de ahí el Derecho penal se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales.

Sin embargo, si bien el principio de precaución supone un paso adelante hacia la administrativización del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos, no ha sido el único factor que ha incidido en este fenómeno, sino que han influido muchos otros de diversa índole, entre los que vale la pena destacar la desconfianza que ha generado la administración para la resolución eficaz de conflictos ya sea, como se ha apuntado, por una excesiva burocratización que entorpece y retrasa la gestión, o por la creciente y, aparentemente imparable, corrupción que se da en este ámbito, lo que ha venido a extrapolar al campo penal, problemas que son propios de lo administrativo, incriminando ilícitos que nunca antes habían sido de su competencia.

En otra línea, se debe agregar, que una característica que ha marcado la administrativización del Derecho penal de las sociedades posindustriales es la de asumir la lesividad global derivada de acumulaciones o repeticiones, tradicionalmente propias de lo administrativo, donde lo necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión. En esta medida, el Derecho administrativo sancionador ha sido esencialmente el Derecho del daño acumulativo o, también del daño derivado de la repetición, base que ha incorporado como propia el Derecho penal en la configuración de lo que se ha dado en denominar, **delitos de acumulación**.

Así, los **delitos de acumulación** se definen porque aisladamente el potencial de lesión o puesta en peligro para el bien jurídico de la conducta tipificada es

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 126.

mínimo o irrelevante, pero adquiere un gran lesividad si se acumulan a ella la realización de la misma conducta por otros miembros de la sociedad. Por tanto, la legitimación de la respuesta penal y su intensidad no se hace depender de la entidad de la conducta concreta sino de la agregación a la misma de posibles daños producidos por comportamientos futuros de otras personas¹⁵².

Esta tesis entiende que es posible sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante, porque materialmente le sería imposible siquiera representar una peligrosidad abstracta), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta si se realiza también por otros, el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico. Son estos los llamados delitos cumulativos o acumulativos (*Kumulationsdelikte, accumulative harms*) cuya relevancia penal, expone SILVA SÁNCHEZ, se pretende asentar en la adopción de una perspectiva aparentemente ajena al modo de pensar del penalista: *What if everybody did it? ¿Qué ocurriría si todos lo hicieran?*¹⁵³

Como es evidente, la utilización de la técnica de acumulación, encierra el riesgo de cambio de modelo de sociedad al quebrar garantías que delimitan la finalidad de la prevención. En primer lugar, se prescinde del principio de lesividad y proporcionalidad, cuya vigencia nos tenía que llevar a hacer depender la entidad de la respuesta penal de las lesiones o riesgos ocasionados directamente por la conducta en sí, mientras que en estos delitos la intensidad de la respuesta penal se hace depender de peligros vinculados a posibles futuras conductas también de escasa relevancia realizadas por otras personas.

¹⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 222.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...*p. 131.

En segundo lugar, se quebranta la garantía que se exterioriza en el principio de culpabilidad, que hace que la responsabilidad penal deba ser siempre personal, es decir, por los propios actos, no por los que eventualmente otros hayan realizado o vayan a realizar¹⁵⁴, porque, por supuesto, la pena no se distribuye entre el conjunto de aportaciones individuales, sino que se asigna a cada sujeto por separado.

4.- Alternativas al Derecho penal desde el prisma de la expansión del Derecho penal

4.1 Derecho penal de intervención

Esta postura tiene su origen en la Escuela de Frankfurt, siendo uno de sus principales expositores HASSEMER. Se caracteriza como una estrategia, que sin dejar de reconocer las nuevas necesidades sociales de intervención, pretende mantener la configuración conceptual del Derecho penal que inició en la Ilustración. Esto debido a que resultan inaceptables las transformaciones que la problemática de la sociedad de riesgo parecen exigir al Derecho penal clásico, las que recaen sobre todo, en la concentración de los esfuerzos punitivos en torno a la tutela de un consolidado catálogo de bienes jurídicos de titularidad individual, sólo amparados frente a riesgos graves y evidentes, y segundo, en la vigencia de un elaborado sistema de imputación de responsabilidad, asentado sobre un rico elenco de garantías individuales, tanto materiales como procesales, con lo cual el Derecho penal se vería privado de sus señas de identidad.

Por lo tanto, para evitar la desnaturalización de este Derecho penal clásico y atender al mismo tiempo las demandas de control social ligadas a los problemas sociales originados en la sociedad de riesgo, propone crear un

¹⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 224.

nuevo Derecho de intervención (*Interventionsrecht*), que se encontraría en medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, entre el Derecho civil y el Derecho público.

Así, HASSEMER expone que “para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales (*poenale*), pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva”¹⁵⁵.

Este Derecho de intervención sería el encargado de ocuparse de esa nueva criminalidad, la cual sería admisible que abordara con unas reglas de imputación y unas garantías penales y procesales menos estrictas, lo cual debería acompañarse con la previsión de unas sanciones de menor gravedad que las penales¹⁵⁶.

En este sentido, HIRSCH plantea la objeción de cuál es el verdadero motivo de que en el Derecho de la intervención deban establecerse garantías menos pretenciosas. Porque un Derecho sancionatorio anclado entre el Derecho penal y el Derecho de las contravenciones de ningún modo puede quedar por debajo de las garantías existentes en las contravenciones, entre ellas se cuenta,

¹⁵⁵ HASSEMER, Winfried, *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, en Festschrift für Günter Berman, Baden-Baden, 1997, p.175 y ss. Citado por Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 154.

¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried, Viejo y nuevo Derecho penal, en *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 67-72, citado por DÍEZ RIPOLLÉS, José L., Op. Cit. *De la sociedad del riesgo...*p. 6.

particularmente, al igual que en el Derecho penal, la prueba de la concurrencia de todos los elementos del delito¹⁵⁷.

Sin embargo, el mismo HASSEMER establece que si bien con esta propuesta, la forma de responder a los problemas modernos ya no sería recargando el tradicional Derecho penal con adiciones modernizadoras, sino desarrollando respuestas jurídicas adaptadas a los retos de la modernización social, estas respuestas deben ser todavía diseñadas¹⁵⁸. Con lo cual, para debatir a profundidad el tema aún está pendiente la elaboración conceptual que explique los lineamientos en concreto.

De este modo, el Derecho penal quedaría reducido al Derecho penal básico (*Kernstrafrecht*), cuyos límites pueden ser discutidos, pero que no estaría limitado a bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, la salud, el honor o el patrimonio¹⁵⁹, sino que se incluirían también los bienes jurídicos universales que, en última instancia, realizan los intereses de los ciudadanos, en tanto que sin su protección no pueden vivir con otros en sociedad, como la autenticidad de la moneda, la seguridad de las centrales nucleares o el funcionamiento del sistema administrativo. En todo caso, la intervención en este campo habría de reducirse a las puestas en peligro graves y evidentes y los bienes jurídicos universales deberían ser formulados del modo más preciso posible y siempre funcionalizados al servicio de los bienes jurídicos individuales¹⁶⁰. En relación al *Kernstrafrecht* se trataría, por tanto, de mantener

¹⁵⁷ HIRSCH, H. J, *El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad*, en Derecho penal, obras completas, tomo II, trad. M. C. Alastuey Dobón, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 61 y 62.

¹⁵⁸ HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 45.

¹⁵⁹ Cfrs. HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del Derecho Penal*, AP, 1993-2, pág. 645; el mismo, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, Revista Penal, 1997, págs. 40-41.

¹⁶⁰.- Cfrs. HASSEMER, Winfried, *Crisis y características*, cit., pág. 645.

los principios garantistas y, en este sentido y al menos mientras el Derecho penal imponga la privación de libertad, la imputación individual del injusto y de la culpabilidad serían elementos irrenunciables de un Derecho penal propio de un Estado de derecho¹⁶¹. En resumen, la solución pasa, en los términos señalados, por eliminar parte de la modernidad.

Desde un sector doctrinal, aún aceptando que la propuesta de HASSEMER constituye, sin duda, una alternativa interesante a la actual situación, se plantea, sin embargo, la existencia en su argumentación de aspectos susceptibles de crítica o, al menos, de reflexión teórica en dos puntos. En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la creación de medios preventivos o alternativos al Derecho penal no siempre consigue evitar conductas lesivas para un bien jurídico con un coste menor para la libertad de los individuos que el inherente a la amenaza de la pena. Desde luego que para el individuo infractor la sanción no penal es (o al menos así debería ser) menos gravosa que la penal, pero el coste social que supone al limitación de la libertad de la generalidad de los individuos impuesta por unas normas que incrementen hasta límites insospechados las medidas de prevención o los controles puede ser muy superior al que supondría la amenaza de la pena¹⁶². Entiendo que el fallo de esta argumentación puede radicar, precisamente, en lo que se trata de evitar. Entender el Derecho penal como “ultima ratio” es incompatible con convertirlo en el centro de la regulación jurídica de la vida y relaciones sociales. Desde este prisma considero que no deben elaborarse ni buscarse medios “alternativos” al Derecho penal, sino que (y entendido exclusivamente desde una óptica argumentativa) es el Derecho penal quien debe ser “alternativo”; esto es, la actividad jurídica y social de los miembros de una determinada comunidad debe desarrollarse y regirse por medios diferentes y al margen del

¹⁶¹.- Cfrs. HASSEMER, Winfried, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, cit., pág. 39.

¹⁶².- Cfrs. ARROYO ZAPATERO, Luis, *Derecho penal económico y Constitución*, Revista Penal, 1997, pág. 5.

Derecho penal, y únicamente en el supuesto de ataques graves que los otros medios han sido incapaces de resolver es cuando debe entrar en funcionamiento el Derecho penal. Ciertamente es que, en ocasiones, esos otros medios no siempre consiguen evitar las conductas lesivas para el bien jurídico, pero ello implica la necesidad de abogar por una regulación “extrapenal” más acorde con las necesidades y exigencias actuales y no un mayor intervencionismo del Derecho penal.

Por otro lado, el extraer del Derecho penal la sanción de las conductas relacionadas con los nuevos sectores característicos de los problemas de las sociedades actuales puede, de un lado, restar eficacia a la intervención (que se vería privada, entre otras cosas, de la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones) y, de otro, crear un Derecho penal “*de clases*” en el que el ladrón convencional siga sufriendo pena, mientras que el delincuente económico o el ecológico quedan fuera del Derecho penal¹⁶³.

Considero que la argumentación que acabo de exponer conlleva cierto grado de demagogia. No se trata de admitir la existencia de dos clases de delincuentes o de dos clases de Derecho penal; por el contrario, deberá ser penado tanto el ladrón convencional como el delincuente económico, siempre y cuando sus conductas estén previstas en la ley penal, y para ello deben respetarse los principios penales básicos y las garantías jurídicas con ellos establecidas. Ello implica tanto que las conductas realizadas por delincuentes económicos que supongan un ataque grave contra bienes jurídicos fundamentales ante los que el resto de los medios han fracasado deben incluirse dentro de la ley penal, como que aquellos casos que ofrecen una solución “extrapenal” o “alternativa al Derecho penal” por muy fundamental que sea el bien jurídico y por muy grave que sea el ataque al mismo, deben mantenerse al margen del Derecho penal. Evidentemente, el hecho de que el

¹⁶³.- Cfrs. SILVA SANCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal*, cit., págs. 157-166.

delincuente sea “económico” o “de cuello blanco” no supone una especie de carta blanca de actuación, pero tampoco presuponen de modo automático la intervención del Derecho penal en cualquiera de sus actuaciones.

4.2 El Derecho penal de dos velocidades

La segunda estrategia doctrinalmente planteada constituye, como la precedente, una aceptación resignada de las nuevas demandas sociales que se le plantean a la política criminal y un intento por reducir su impacto sobre el Derecho penal hasta ahora vigente; se distingue de la anterior en que se muestra dispuesta a que tales exigencias sociales tengan una directa aunque limitada repercusión en la configuración del Derecho penal¹⁶⁴.

Formulada por SILVA SÁNCHEZ destaca, ante todo, que lo deseable sería reconducir al Derecho administrativo sancionador la mayoría de los nuevos objetivos de control social que dimanan de la sociedad de riesgo, pero como eso parece hoy por hoy una alternativa irrealizable, parte de la constatación de una realidad que es la expansión del Derecho penal y la coexistencia, por tanto, de varios Derechos penales distintos con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas. “No se trata de volver a un Derecho penal liberal que nunca existió en los términos en que ahora se representa, pero tampoco de aceptar sin reparos el proceso de desnaturalización del sistema de garantías del Derecho penal”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Una de las fundamentaciones que realiza SILVA SÁNCHEZ radica en que, según su percepción, oponerse a la modernización, por lo demás, en absoluto equivale a propugnar un Derecho penal de clases en el que el ladón convencional siga sufriendo una pena, mientras que el delincuente económico o ecológico quedaría al margen del Derecho penal. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 157-158.

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 157.

Propone por tanto, estructurar dos clases de Derecho penal. El primero sería el Derecho penal clásico, que permanecería anclado en la protección del catálogo de bienes jurídicos tradicionales y en donde seguirían rigiendo los habituales y rigurosos criterios de imputación y garantías del presunto delincuente. Junto a él surgiría un nuevo Derecho penal, un Derecho penal de segunda velocidad, que se ocuparía específicamente de esas perturbaciones sociales modernas que está sacando a la luz la sociedad de riesgo. Este nuevo sector del Derecho penal abordaría la criminalidad moderna con especial atención a las condiciones necesarias para su efectiva persecución: Se asumiría el carácter colectivo de la mayor parte de los bienes jurídicos tutelados, se adoptarían estructuras típicas lo suficientemente laxas y, en general, se aligerarían los criterios de imputación y se flexibilizarían las garantías individuales; la contrapartida de todas esas cesiones sería sin embargo, la renuncia a la previsión de la pena de prisión para estos comportamientos, que deberían ser castigados únicamente con penas pecuniarias y privativas de derechos¹⁶⁶.

En este punto, cabe remarcar dos características esenciales del Derecho penal de la segunda velocidad, primero, la flexibilización de las garantías político-criminales solamente estaría dirigida a un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal, pero las infracciones no se sancionarían con penas de prisión y segundo, en la medida en que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad, requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez procedería, mantener un sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derecho o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente

¹⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., Op. Cit, *De la sociedad del riesgo...*p. 5.

personal. La ausencia de penas corporales permitiría flexibilizar también el modelo de imputación¹⁶⁷.

Una asunción limitada de esta tesis la realiza MARTÍNEZ-BUJÁN quien, sin embargo se sustrae a la dinámica argumental que contrapone criminalidad clásica y criminalidad moderna, y acepta la segunda velocidad para infracciones, de procedencia clásica o moderna, singularmente económicas que sean de menor gravedad, mientras que la delincuencia grave, cualquiera que sea su origen, debe permanecer en la primera velocidad¹⁶⁸.

A su vez, TAMARIT SUMALLA, es sensible a la idea de las dos velocidades desde su percepción que se precisa un Derecho penal más extenso pero más suave; de todos modos su distinción entre un Derecho penal con pena de prisión o sin ella no se construye en torno a la dicotomía entre criminalidad clásica y criminalidad moderna, sino en función del rango constitucional del bien tutelado en comparación con el que posee la libertad personal afectada por la pena de prisión¹⁶⁹.

Sin embargo, nunca más acertada resulta la afirmación de MENDOZA BUERGO cuando expresa, que aunque alentada por el afán de preservar las garantías y las reglas de imputación propias del Estado de Derecho y de no dejar sin respuesta los conflictos que surgen en la actual configuración de las sociedades europeas, esta propuesta, conlleva el peligroso defecto de que la desformalización y flexibilización propia del Derecho penal con la que se responde a los nuevos ámbitos, se extienda a todo el sistema. Así indica: “El

¹⁶⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 159-162.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, Op. Cit. *Algunas reflexiones sobre la moderna...*p. 407-409/429-430.

¹⁶⁹ TAMARIT SUMALLA, José M., *Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista*, en Revista de Derecho y proceso penal, No. 5, 2001, p. 50-52, citado por DÍEZ RIPOLLÉS, José L., Ob. Cit, *De la sociedad del riesgo...*p. 7.

Derecho penal es todo él en su conjunto Derecho penal. Por tautológica y evidente que pueda parecer tal afirmación, lo cierto es que incriminar un comportamiento supone ya insertarlo en la rama que ocupa la cúspide de las posibles reacciones punitivas y eso, por sí sólo, obliga ya a adoptar en todo caso las máximas garantías y a exigir las reglas de imputación que se estiman adecuadas y necesarias según el sistema. Es la cualidad de la sanción penal lo que determina el establecimiento y el respeto a ciertas reglas, categorías y principios, sea cual sea la gravedad de los hechos sancionados, y sea cual sea la entidad de la pena¹⁷⁰.

II. LA INTENSIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA POLÍTICA CRIMINAL

A lo largo de los epígrafes anteriores, hemos puesto de relieve cuáles eran la características esenciales de lo que se ha denominado “moderno” Derecho penal, y una de sus principales manifestaciones cual es la *expansión* del Derecho penal. Resulta evidente, por todo lo dicho, que esta necesidad expansiva, y de incorporación de nuevos intereses y de nuevas conductas típicas, deriva de la evolución de la sociedad hacia una sociedad de riesgo, respecto de la cual, la principal característica radicaba en la aparición de nuevos riesgos para los individuos y para la sociedad en sí misma, que ocasionan un sentimiento generalizado de *inseguridad*. Sentimiento que se manifiesta en la petición de una intervención cada vez más amplia del Derecho penal, en los ámbitos de libertad de las personas.

Pero, como veremos, esa sensación de inseguridad no queda ahí, esto es, no se refiere en exclusiva a una expansión de la intervención penal a ámbitos hasta ahora desconocidos para la misma; sino que esa sensación de inseguridad incontrolada se plasma también en la exigencia de una mayor

¹⁷⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 184.

seguridad, y no sólo ante nuevos riesgos, sino incluso ante peligros ya conocidos y afrontados tradicionalmente en el ordenamiento jurídico penal. Se trata de otra de las manifestaciones que ya habíamos puesto de relieve, la *intensificación* de la intervención penal. Aquí, ya no estamos ante nuevas realidades y nuevos peligros ocasionados por la evolución social, sino ante el incremento de la respuesta penal, con mayores penas y adelantamiento de la intervención penal, en ámbitos ya tradicionalmente regulados por el ordenamiento jurídico penal. A estas tendencias, radicalmente diferentes de las relativas a la expansión propiamente dicha, nos referiremos en los siguientes epígrafes.

1. De la sensación subjetiva de inseguridad en la sociedad de riesgo a la inseguridad ciudadana

Cuando hablábamos de las principales causas de la expansión del Derecho penal se citaba, como una de ellas, el aumento de la sensación social de inseguridad, misma que venía generada por esos nuevos riesgos y nuevos intereses que se despendían del desarrollo económico y de los avances tecnológicos.

Esto principalmente, porque las nuevas figuras delictivas que se podrían generar de las nuevas realidades, en principio desconocidas, no encajaban en la regulación de los tradicionales tipos penales y, por tanto, las conductas que recaen, sobre todo, en el ámbito económico o medioambiental, quedarían impunes. De ahí, se deriva la necesidad de su incorporación al sistema normativo penal y de crear mecanismos aptos que le hagan frente de manera eficiente, y eviten esa sensación de inseguridad social¹⁷¹.

¹⁷¹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en Revista General de Derecho penal, No. 11, 2009, p. 11.

Para ello, la sociedad recurre a la única institución que considera capaz y responsable de proveer la seguridad que tanto necesita, esto es, el Estado, a quien le exige su intervención para apaciguar los miedos que surgen a partir de los nuevos riesgos.

Como ya se puede inferir, la intervención estatal con fines securitarios basada primordialmente en la criminalización de cada vez más conductas, siempre va a implicar la disminución de las esferas de libertad del individuo, de hecho, la dicotomía que presentan la seguridad y la libertad como bienes jurídicos, requiere de cierta conciliación que permita su coexistencia¹⁷², de lo contrario podemos afirmar que se constituyen como dos bienes inversamente proporcionales, a mayor seguridad menor libertad.

Sin embargo, para el ciudadano de la modernidad, la prioridad es su tranquilidad y mantenerse a salvo de los peligros, para lo cual, no duda no sólo en permitir, sino en exigir, una mayor injerencia y represión del Estado en el ámbito de los derechos y las libertades, renunciando a sus propias esferas de libertad si con eso se garantiza un mayor nivel de seguridad¹⁷³.

El problema es que la seguridad absoluta que pretende el ciudadano no existe, y lo mismo aplica para la libertad, porque la libertad individual tiene el límite de la libertad del otro, aunque se debe buscar el equilibrio para tampoco llegar al punto de restringir al ser humano y tenerlo permanentemente controlado y vigilado, sin ningún espacio para configurar y desarrollar

¹⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco, "El nuevo Derecho penal autoritario", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., p. 806; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 8.

¹⁷³ PEREZ CEPEDA, Ana, La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal posmoderno, *Iustel*, pp. 29-59. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 10.

libremente su personalidad¹⁷⁴. Lo mismo ocurre en el caso de la seguridad, porque la seguridad absoluta es un bien imposible de garantizar, ya que eso significaría una ausencia total de peligro, y lógicamente, escapan de las manos los riesgos incontrolables sobre los que no se tiene certeza de su producción.

Por otra parte, la exigencia de máxima seguridad a costa de las libertades individuales genera fricciones con los principios y garantías del Derecho penal, que están pensados para establecer límites a la estructura estatal y no al ciudadano, pues de lo contrario se produce un cambio en las funciones del Derecho penal, que deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y se transforma en un instrumento de una política de seguridad¹⁷⁵, en el que lo que interesa no es la respuesta al delito sino la prevención¹⁷⁶ del delito futuro, que a su vez da lugar a lo que se conoce como Derecho penal de prevención (*Präventionsstrafrecht*).

Ahora, esta prevención frente a delitos futuros sumada a la criminalización de nuevas conductas derivadas de estos nuevos riesgos, como ya sosteníamos¹⁷⁷, ha llevado a un continuo proceso de expansión del Derecho penal y a la discusión de las políticas de persecución que se ajusten a los nuevos intereses.

¹⁷⁴ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 8-9; MUÑOZ CONDE, Francisco, "El nuevo Derecho penal autoritario", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., p. 806.

¹⁷⁵ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 17

¹⁷⁶ Véase RAMÓN RIBAS, Eduardo, "La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del Derecho penal de doble vía ¿Al Derecho penal de cinco vías?", en FARALDO CABANA, Patricia (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 194 y ss.; ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, "Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia Vs. Seguridad pública*, Granada, 2005, pp. 110 y ss.

¹⁷⁷ Véase supra, expansión del DP

De esta manera, se ha incrementado el recurso a la protección de bienes jurídicos colectivos, a los delitos de peligro abstracto¹⁷⁸, a la anticipación de la intervención penal y a la flexibilización de las reglas de imputación¹⁷⁹.

Además de las implicaciones que estas formas tienen para la concepción del Derecho penal, principalmente, del Derecho penal clásico, sobre estos cimientos que se construyeron para posibilitar esa intervención del Derecho penal frente a los nuevos riesgos, el discurso se ha dirigido hacia la inseguridad que genera la criminalidad común, que nada tiene que ver con las conductas provenientes de los avances tecnológicos y el desarrollo económico, pretendiendo incorporar al concepto mismo del riesgo, la existencia de los “otros”, es decir, las personas excluidas del modelo de bienestar¹⁸⁰.

En palabras de NUÑEZ CASTAÑO, “hay tendencias que en torno a las demandas de la sociedad de riesgo, pretenden incluir dentro de los ámbitos de la expansión, algunos aspectos que poca o ninguna relación tenían con los riesgos procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, la violencia doméstica, delincuencia patrimonial convencional o bien otros sectores como la criminalidad organizada

¹⁷⁸ Sobre los delitos de peligro abstracto, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., pp. 952-956; CUERDA RIEZU, “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, *Estudio sobre consumo*. No. 35, 1995, p. 72; HASSEMER, Winfried, *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, en Op. cit. Problemas actuales del Derecho penal...p. 39; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, Op. Cit. *El moderno derecho penal*...p. 15.

¹⁷⁹ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “Viejas y nuevas tendencias politicriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia Vs. Seguridad pública*, Granada, 2005, pp. 110 y ss.

¹⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01, 2004, p. 9. <http://criminet.ugr.es/recpc>

o el terrorismo”¹⁸¹. Estableciendo una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el progreso tecnológico y el sentimiento de inseguridad callejera ligado al miedo de sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas¹⁸².

Tratar de legitimar una intervención penal equiparando los riesgos derivados de las nuevas tecnologías con aquellos asentados en la vida cotidiana, implica un grave error de planteamiento que dará lugar a soluciones claramente ilegítimas, pues ambos responden a fuentes de riesgo radicalmente distintas tanto en su origen como en los sujetos que interviene, en la naturaleza de los comportamientos y en las consecuencias nocivas que producen¹⁸³.

Y es que, si se toma en consideración que la intervención penal en el ámbito de la expansión, o de lo que definíamos como “moderno” Derecho penal, persigue a los poderosos, a las clases económicamente más elevadas, que son los agentes de los nuevos riesgos, resulta evidente que no es posible establecer ningún nexo de unión ni aspecto común, ni relación alguna entre ellos y las demandas sociales que reclaman actuaciones más enérgicas contra

¹¹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., pp. 16 y 18. Manifiesta que hoy la expansión se materializa en la delincuencia organizada, delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual; delincuencia más tradicional que afecta bienes jurídicos individuales básicos. Parece claro que en este grupo de conductas ya se han perdido con nitidez las referencias al original concepto de expansión, a aquel que pretendía atender a las nuevas formas de criminalidad inherentes a la sociedad tecnológica y mundializada. Se trata, ni más ni menos, que de intensificar intervenciones penales en el núcleo de la delincuencia clásica.

¹⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Ma., *La expansión del Derecho penal...* op. cit., 32-42; DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* ob, cit., p. 10.

¹⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...* ob, cit., p. 11. MENDOZA BUERGO, Blanca, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo”, en AGRA DOMINGUEZ, GARCÍA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS eds. *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Atelier, 2003, p. 72; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 20.

la delincuencia clásica¹⁸⁴. De este modo, desde un planteamiento *expansivo* del Derecho penal, cuyo centro se establece en el debate sobre la criminalidad de los poderosos, lo que parece ocultarse es la intención o la finalidad de una *intensificación* de la intervención penal, que sigue centrada en los marginados, en las clases menos privilegiadas¹⁸⁵. En estos casos ya no se utiliza una intervención penal de corriente expansiva, pues los delitos que regulan estas conductas se encuentran desde hace tiempo recogidos en las normas penales, sino una respuesta penal más severa, en la que sólo el recurso de la inocuización puede garantizar los niveles de seguridad pretendidos socialmente.

Y esta tendencia intensificadora de la intervención penal, se refleja en numerosos instrumentos internacionales en materia penal; en ellos se evidencia, que si bien algunos están referidos a los nuevos riesgos de la modernidad, quizás los de mayor trascendencia práctica, se refieren a aspectos de la delincuencia clásica y de aquella en la que la tecnología tiene un papel secundario¹⁸⁶.

¹⁸⁴ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 20.

¹⁸⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...*ob, cit., p. 9-14. Agrega que "las pretensiones de interpretar el conjunto de la nueva política criminal expansiva como una corriente emancipadora que aspiraría controlar de una vez por todas la criminalidad de los poderosos, son especialmente desafortunadas. Sin perjuicio de reconocer que la modernización del Derecho penal tiene un marcado componente de esa naturaleza, el cual se ha de mantener, lo que está sucediendo con el incremento actual de la intervención penal tiene en la mayoría de ocasiones poco que ve con eso. [...] Lo que la población demanda son actuaciones enérgicas contra la delincuencia clásica. Las exigencias de actuación sobre la delincuencia de los poderosos, sin desaparecer, ocupan un lugar secundario. [...] Hay una generalizada aceptación de que las conductas asociales no delictivas, que se desenvuelven en el campo de la marginación, son ineluctablemente la antesala de la delincuencia".

¹⁸⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...*ob, cit., p. 13.

De esta forma sobre la base de la necesidad de expansión del Derecho penal por las características que se derivan de la Sociedad de riesgo, se pasa sin justificación ni fundamento alguno a la sociedad de la seguridad ciudadana, esto es, de la expansión a la intensificación del Derecho penal¹⁸⁷, traducido en una especie de Derecho de policía (*Polizeirecht*) cuyo objetivo es el control y la coerción. Y todo ello, aplicando las características esenciales del Derecho penal de la expansión, sobre todo en lo que respecto al adelantamiento de la intervención penal se refiere, a supuestos que nada tienen que ver con el mismo, es decir, la intensificación de la intervención penal en relación con la delincuencia tradicional. De este modo, el recurso a bienes jurídicos colectivos y a delitos de peligro abstracto que se justificaba en relación con los nuevos ámbitos de peligro derivados de la sociedad de riesgo, se materializan en el tipificación expresa de conductas que son meros actos preparatorios e, incluso, ni siquiera eso, alejándose por completo de una potencial lesión del bien jurídico. Y a diferencia, de lo que ocurre en el ámbito del “moderno” Derecho penal, esta técnica de tipificación no responde a una dificultad en delimitar cual pudiera ser el interés protegido y su consecuente lesión, sino a una mayor presión penal, adelantando el momento de intervención respecto de bienes jurídicos perfectamente delimitados y con una protección penal ya tradicional, criminalizando los estadios previos a esa lesión del bien jurídico, hasta convertir en delitos, comportamientos carentes por completo de cualquier potencialidad lesiva

¹⁸⁷ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 23. Afirma que “El Derecho penal en la actualidad, ha dejado de responder a las demandas de expansión características de una sociedad de riesgo, para pasar a una intensificación, como respuesta a una mayor intervención del Derecho penal en ámbitos tradicionales a través de una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una mayor seguridad”. Por su parte, BRANDARIZ GARCÍA, agrega que “Hay una sensación social de incertidumbre ante una pluralidad multifactorial de peligros que se trasmuta cada vez más en una inseguridad tomada en un sentido mucho más estricto, esto es, en inseguridad ciudadana”. Véase, BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade pública, Xunta de Galicia, segunda época, No. 9, p. 14.

Si se analizan las razones de estas nuevas tendencias, uno de los factores más importantes son los medios de comunicación que transmiten imágenes parciales y sesgadas de la realidad fomentando la sensación de inseguridad.

Así sostiene BRANDARIZ GARCÍA que “la representación de la realidad criminal construida por los medios de comunicación suele sustentarse en una serie limitada de estereotipos de carácter acusadamente simplista y de fácil consumo, dentro de lo que se representa como causa de la delincuencia las deficiencias del sistema penal, caracterizado siempre como demasiado benigno. Tal retórica incentiva la demanda social de endurecimiento de la respuesta al delito, que tiende a perpetuar la preocupación prioritaria por la inseguridad ciudadana y dificulta cualquier estrategia político-criminal fundamentada científicamente”¹⁸⁸.

De hecho, la sensación de inseguridad, aunque está basada en la existencia real de nuevos riesgos, se cataloga como subjetiva, precisamente, porque no parece corresponderse con el grado de existencia objetiva de los riesgos¹⁸⁹. Con lo cual es pertinente afirmar que el riesgo ante la criminalidad es una

¹⁸⁸ BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabundables de la política criminal”, en Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade pública, Xunta de Galicia, segunda época, No. 9 P. 19. Ampliamente sobre la influencia de los medios de comunicación, SANZ MULAS, Nieves, “Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia Vs. Seguridad pública*, Granada, 2005, pp. 1-31; ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en Op. Cit. La insostenible situación del Derecho penal...p. 480; GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, en *Problemas actuales del Derecho penal...* op. cit., p. 93; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Op. Cit. *Viejo y nuevo Derecho penal...*p. 197.

¹⁸⁹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p.13. BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabundables de la política criminal”, op. cit., p.7.

construcción social, en la que el efectivo peligro criminal cumple un papel relativamente secundario¹⁹⁰.

Esto se demuestra en que, a pesar de que hay un tendencial estancamiento de las tasas de criminalidad, la severidad del sistema penal español se ha incrementado de forma notable¹⁹¹, lo que evidencia una desproporción entre el delito y la reacción del Derecho penal.

En efecto, la política estatal se ha basado en la incertidumbre y el miedo para ofrecer seguridad y con ello recuperar la legitimidad parcialmente perdida del Estado ante el desarrollo económico y el descredito de sus instancias de protección, por una supuesta incapacidad de las estructuras convencionales del Derecho penal para abarcar la delincuencia reiterada de los marginados¹⁹². “Se trata de contraer el temor al delito, mitigar la indignación y el miedo ciudadanos y de restaurar la credibilidad en el sistema de control del delito”¹⁹³.

Lo que resulta impresionante, es que la sociedad ha acogido de buena manera la hiperinflación penal, tanto en sentido cuantitativo como cualitativo,

¹⁹⁰ BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, op. cit., p.8.

¹⁹¹ ZUGALDÍA ESPINAL, José M., “seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del “Código penal de la seguridad” y el pensamiento funcionalista)”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., p.1125; BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, op. cit., p. 5-6.

¹⁹² En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada, (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., pp. 55 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...ob*, cit., p. 14.

¹⁹³ BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, op. cit., p. 17-18 Agrega que la adopción de medidas sustancialmente dirigidas a apaciguar sus temores, calmar su agresividad o satisfacer en general sus pulsiones psicosociales. De la misma idea, ZUGALDÍA ESPINAL, José M., “seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del “Código penal de la seguridad” y el pensamiento funcionalista)”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., p.1122.

aunque ello implique una reducción de los principios y garantías del Derecho penal y por consiguiente una disminución de sus espacios de libertad. De hecho, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social, pues la protección penal aparece como el único instrumento eficaz de reacción¹⁹⁴.

Sin embargo, el apoyo que el ciudadano brinda a este tipo de políticas securitarias, deriva de que tiene la errónea creencia de que las leyes penales están diseñadas para el delincuente y no para el buen ciudadano apegado a Derecho, que se ve más como víctima potencial que como autor potencial¹⁹⁵, la equivocación está en no tener en cuenta que las leyes han sido creadas para todos. Y ello implica que la vulneración de los derechos y garantías que pudiera pensarse para el “delincuente”, conlleva también la vulneración de los del “buen ciudadano”, porque a la larga, las normas aunque se hayan creado pensando en unos pocos, son aplicables a todos¹⁹⁶.

Estamos entonces como afirma DIEZ RIPOLLÉS¹⁹⁷, ante un desarme ideológico del discurso político-criminal, que se deja guiar por demandas coyunturales mediáticas y populistas, demandas que no suelen fijar predominantemente su atención en la criminalidad derivada de los nuevos riesgos, sino en la delincuencia tradicional.

¹⁹⁴ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 15.

¹⁹⁵ Véase supra identificación social con la víctima.

¹⁹⁶ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Ídem*, p. 10

¹⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...*ob, cit.,p. 12. En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., pp. 929-934; PEREZ CEPEDA, Ana, La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal posmoderno, lustel, pp. 59 y ss.

2. La seguridad ciudadana como política criminal

El discurso penal desde finales del siglo XX ha estado marcado por una obsesión por la seguridad (*Sicherheit*); desde hace ya algunos años, este tema ha pasado a ser parte de la agenda político-criminal y, por supuesto, ha traído consigo reformas legislativas que suponen una inclinación a la superación del modelo penal garantista, reemplazando el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho por el Derecho penal de la seguridad ciudadana¹⁹⁸. Así, podría verse como claro ejemplo que después de las constantes reformas, sobre todo las de 2003 y más recientemente las de 2015, el Código penal español de 1995, llamado Código de la democracia, pasó a llamarse el Código de la seguridad.

El problema radica en que esta inclusión del discurso de seguridad ciudadana, se ha usado siempre por Estados autoritarios como pretexto para restringir derechos fundamentales y libertades en aras de una mayor eficacia frente al “desorden” y la “inseguridad”, el “caos” y el “libertinaje” que según los inspiradores de estas políticas amenazan la paz de la convivencia social en un

¹⁹⁸ En el mismo sentido, expresa MAQUEDA ABREU que en la última década la idea de seguridad nuevamente preside las iniciativas represivas que se imponen en la política penal. Así, desde el punto de vista político, el Derecho penal se presenta como un instrumento insustituible de comunicación social, entre cuyos fines se encuentra el actuar como medio de reafirmación simbólica de valores. El orden, la seguridad, la estabilidad, la eficiencia frente a la desorganización, la inquietud y el temor que se dejan sentir en las sociedades de nuestros días se reconducen a un miedo generalizado frente a la criminalidad. Véase MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Políticas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pág. 1287. Expresaba por su parte RADBRUCH: “La existencia del orden jurídico era más importante que su justicia y su adecuación a un fin, en cuanto son estas las grandes tareas secundarias del Derecho, pero la primera por todos igualmente aceptada, la seguridad, esto es el orden, la paz”. Véase RADBRUCH, Gustav, citado por BUSTOS RAMIREZ, Juan, *In – seguridad y lucha contra el terrorismo* en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, “Cedant arma togae”, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 403.

momento determinado¹⁹⁹. Con lo cual, las garantías constitucionales del proceso penal, el concepto de privacidad, el valor dado a la libertad individual, la idea de sociedad abierta, las relaciones inter-género, las necesidades y dificultades de los grupos etarios más jóvenes de la sociedad, por sólo dar algunos ejemplos, se ven re-articulados, re-definidos y reinterpretados desde la perspectiva del discurso de la Seguridad²⁰⁰. Pero, sobre todo, la

¹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, en *Revista General de Derecho penal*, No. 3, mayo 2005, www.iustel.com. En palabras de Zaffaroni, la puesta en relieve de políticas de seguridad ciudadana es extremadamente delicada porque precisamente “la consigna antiliberal postula que es menester ceder garantías para aumentar la seguridad, o sea que da por sentada una relación inversa entre garantías y seguridad”. Citando a ZAFFARONI, DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., p. 477. Ello definiría que una acentuación de la seguridad lleva necesariamente a un estado policial e incluso a un estado de terror porque la justificación de protección del ciudadano a través de políticas de seguridad con la restricción de derechos fundamentales siempre fue el justificativo encontrado por Estados autoritarios para combatir lo que alegaban ser caos e inseguridad. Véase CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, *Derecho penal del enemigo y Derechos fundamentales*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, op. cit. pág. 335.

²⁰⁰ Hay autores que afirman que el término de seguridad viene estructurado desde las relaciones internacionales y era más referido a la seguridad externa utilizada por los ministerios de defensas principalmente, así surge el término de la securitización (*securitization*), concepto desarrollado por Barry BUZAN, Ole WAEVER y Jaap de WILDE en su obra *Security: A New Framework for Analysis* donde describe “procesos en los cuales el ‘acto de habla’ de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un ‘tema de seguridad’, desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como ‘amenaza existencial’, que evoca y justifica medidas extremas”. La idea central de la securitización consiste en identificar una causa plausible, real o construida, de amenaza, de manera que ésta pueda ser presentada públicamente como objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza en cuestión. BUZAN/ WAEVER/ WILDE, *Seguridad: Un nuevo marco para el análisis*, 1998. Sin embargo, el término se fue extrapolando a la política interna y con ello al Derecho penal, lo que en su momento originó por ejemplo el C.A.S.E. *Collective [Critical Approaches to Security in Europe]* (Colectivo de Enfoques Críticos sobre la Seguridad en Europa), que era un colectivo de investigadores activos en aulas, revistas y foros, que se fue conformando como escenario de intercambio y discusión, desde donde estas distintas, pero todas críticas perspectivas se entrecruzaban para tratar los bloques conceptuales y normativos de “seguridad” que desde los años setenta y ochenta del siglo XX se fueron instalando en Europa. En especial la idea o el concepto de securitización estuvo en el centro de su atención, publicando incluso en el año 2006 un Manifiesto en el que se trabajaron detalladamente desde distintas perspectivas las posibilidades

principal afectación se produce sobre la libertad porque se establece una primacía de la seguridad frente a ella, debido principalmente a que el ciudadano medio ya no es el agente del Estado liberal que reclamaba al Estado ámbitos de libertad, sino un sujeto paciente, dependiente directa o indirectamente del Estado, en cuanto necesita ser protegido de riesgos que deben ser controlados por terceros²⁰¹, porque, precisamente al Estado se le define de acuerdo al grado y al tipo de seguridad que procure brindar a sus ciudadanos y habitantes.

Ahora bien, este no es un nuevo escenario, la seguridad como fin de la institución estatal, es tal vez la idea más antigua entre las que han inspirado y

discursivas y analíticas del concepto de la securitización, ya no sólo en el campo de las relaciones internacionales, sino también en muchos otros como la política en general, las ciencias del medio ambiente, los riesgos cibernéticos, el cambio climático, y claro, también, el sistema penal. Así, aplicando la teoría de la securitización en el campo político-criminal, BOHM, la define como el proceso discursivo por el cual un cierto objeto de referencia es declarado en peligro y necesitado de protección mediante el sistema penal o para-penal (es decir, no formalmente penal pero puesto en funcionamiento como anexo al sistema penal); y resume los pasos de los procesos de securitización en el ámbito de la política criminal y el sistema penal del siguiente modo: primero: Definición de un objeto de referencia, segundo: Transformación de la conflictividad en problema político, tercero: Alcance de una audiencia relevante, cuarto: Transformación del problema político en cuestión de seguridad, quinto: Transformación de la cuestión de seguridad en amenaza existencial y sexto: Habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal. Véase BÖHM, María Laura, *Securitización*, Manuscrito aprobado para su publicación en: Revista Penal, No. 32 (Julio), 2013 (en edición) p.15-17.

²⁰¹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 130. De la misma manera comenta DEMETRIO CRESPO que se trata, en definitiva, de un detrimento de la libertad basado en la lógica funcional del *Estado preventivo*, que preconiza un *modo de actuar proactivo* frente a los riesgos, y no como sería propio del *Estado de Derecho*, delimitando *reactivamente* de acuerdo con determinados principios y garantías. Véase DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 481. Según el sociólogo Sygmunt Bauman es necesario recuperar las capacidades de la política perdidas en la postmodernidad, y en el neoliberalismo, a fin de recomponer el nexo entre individuo y sociedad, y así poder dar a la libertad y la seguridad el lugar que les corresponde. Citado por BÖHM, María Laura, *Políticas de seguridad y neoliberalismo*, Manuscrito para la obra: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crimen, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (en imprenta), p.7.

justificado la formación de los Estados. Existe, en este sentido una línea conductora casi explícita entre los teóricos del Estado más difundidos y aceptados. Según Hobbes el fin del Estado, es decir del Leviatán, residía en procurar la seguridad física de los súbditos. Para John Locke el fin primordial consistía en asegurar el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de los individuos. Más tarde Rousseau planteó como fin del Estado la seguridad general de las partes “firmantes” del Contrato Social por el cual el Estado quedaba constituido. Immanuel Kant, por su parte, entendió que el Estado debía procurar en la sociedad un nivel de seguridad que condujera a la paz. Autores más modernos volcaron la idea de la seguridad como fin del Estado hacia el colectivo humano, entendiendo así, por ejemplo Carl Schmitt, que se trata de la seguridad del pueblo, mientras que Emile Durkheim entendió que el fin reside en la seguridad de una determinada conciencia colectiva. Michel Foucault explicó que en la lógica del poder soberano emergente en el siglo XII se trataba de procurar la seguridad del soberano y su territorio, mientras que en el Estado desarrollado posteriormente fundamentalmente a partir de la consolidación de Estados de corte moderno y liberal el fin del Estado residiría fundamentalmente en procurar la seguridad de una población, sus bienes y sus procesos económicos²⁰².

Lo que es innegable, es que esta idea securitizadora ha resurgido en el presente, por la innovación de las modalidades delictivas procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, que puso de relieve la necesidad de crear mecanismos aptos para garantizar el correcto funcionamiento de todo el sistema de un país, que evite la sensación de inseguridad en la sociedad,

²⁰² Citados por BÖHM, María Laura, *Políticas de seguridad y neoliberalismo*, Manuscrito para la obra: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crímen, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (en imprenta), p.4-5.

derivada de la apariencia de impunidad para aquellos que ocasionan los conflictos²⁰³.

En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, las propuestas securitarias han obtenido “un plus de legitimidad dialéctica (...) por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del Derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo”²⁰⁴. Parecería así que el binomio riesgo-inseguridad hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad²⁰⁵.

Sin embargo, la áreas de intervención sobre las que actualmente se ocupan las políticas de seguridad no son nuevas, no suponen nuevos riesgos desconocidos por la sociedad hasta ese momento, por el contrario la intervención penal responde a las demandas sociales actuales, que lo que reclaman son actuaciones más enérgicas contra la delincuencia clásica, la procedente de la marginalidad social y económica, la que produce una sensación de inseguridad en el actuar cotidiano de las personas; muy lejos de aquellos atentados contra el medio ambiente o maquinaciones de ingeniería financiera que entran dentro de los ámbitos de discusión del moderno Derecho penal. Como afirma DÍEZ RIPOLLÉS, las identificaciones sociales de las mayorías ciudadanas con las víctimas de la delincuencia no parecen conducir a una reacción frente a los poderosos y su criminalidad²⁰⁶. Así agrega, que se establece una ecuación de igualdad entre el sentimiento de inseguridad ante los nuevos riesgos masivos que desencadena el proceso tecnológico y el

²⁰³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 127.

²⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., Op. Cit. *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...*p. 2-3.

²⁰⁵ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 129.

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José L., Op. Cit. *De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...*p. 12.

sentimiento de inseguridad callejera ligado al miedo de sufrir un delito en el desempeño de las actividades cotidianas²⁰⁷. Por lo tanto, la naturaleza de la intervención no radica en aportar soluciones a nuevos conflictos, sino en incrementar la presión y coerción penal sobre ámbitos ya tradicionalmente regulados y protegidos²⁰⁸, lo que no responde a los ámbitos de la expansión.

Se identifica así el núcleo del problema. El Derecho penal en la actualidad, ha dejado de responder a las demandas de expansión características de una sociedad de riesgo, en la que se hacía necesaria una ampliación de los ámbitos y modos de intervención del Derecho penal a fin de dar respuesta a los nuevos riesgos procedentes de los avances tecnológicos de una sociedad, para pasar a demandar una mayor intervención del Derecho penal en los ámbitos tradicionales a través de una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una mayor seguridad, contra una delincuencia que se encuentra incorporada a los textos penales desde hace largo tiempo, y recurriendo para ello a un incremento desmesurado de las penas, a un adelantamiento de la intervención penal, a una modificación y flexibilización de las instituciones clásicas²⁰⁹. Con lo cual el proceso de expansión del Derecho penal ha pasado a ser una intensificación del mismo.

Para DEL ROSAL BLASCO, ciertamente, las políticas penales han experimentado un giro punitivo que ha puesto fin a una supuesta “era de indulgencia” y se han orientado ahora, a hacer frente, de forma enérgica y decidida, no sólo al delito sino a todo un conjunto de conductas incívicas o antisociales que bordean los límites del Derecho penal [...] La justificación de ese cambio de estrategia se sustenta, por una parte, en un mensaje alarmista

²⁰⁷ Ídem...p. 10.

²⁰⁸ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal*...p. 135.

²⁰⁹ Ídem...p. 138.

acerca de la situación de "inseguridad"²¹⁰ en la que la delincuencia ha puesto a los pacíficos y honrados ciudadanos, víctimas reales o potenciales de los comportamientos criminales, y, por otra, en la ineficacia que los planteamientos indulgentes del pasado han demostrado para contener una delincuencia creciente, lo que ha provocado un crecimiento y una glorificación del estado penal que, aparte de ser impensable en los momentos inmediatamente anteriores, ha generado unas cifras de encarcelamiento de las poblaciones inéditas en la Historia²¹¹ y con ello una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario²¹².

El Estado pretende con la política de la seguridad, crear un efecto simbólico de fortaleza e hipereficiencia, respondiendo de forma casi inmediata a las demandas sociales, que por su parte cada vez piden más "mano dura" contra la delincuencia, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social²¹³, pero como bien decía GARLAND²¹⁴ el punitivismo bien puede

²¹⁰ Para Bauman, la inseguridad general se concentra en el miedo por la inseguridad de la persona; éste a su vez apunta a la figura ambivalente, imprevisible del extraño. El desconocido en la calle, el merodeador de las casas...alarmas contra robos, vecindarios vigilados y patrullados, portones del complejo habitacional; todo sirve al mismo fin: mantener alejados a los extraños. Agrega que Esta sensación de seguridad, sin embargo, no se genera porque realmente se esté más seguro, sino porque es deseado y necesario sentirse seguro. "Mientras que la modernidad tradicional posicionaba la seguridad por encima de la autodeterminación y de esta manera movilizaba el deseo de cada vez más libertad, la libertad entronada por la postmodernidad genera una nostalgia respecto de la reinstalación de la seguridad y la solidaridad". Zygmunt Bauman, citado por DONNA, Edgardo Alberto, Op. Cit. *El Derecho penal moderno...* p. 69.

²¹¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?...*p. 11

²¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial...*p.15.

²¹³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 131.

²¹⁴ NIETZSCHE, 1956, p.205; DURKHEIM, 1973, p. 199. Citados por GARLAND, David, *The limits of the sovereign state, Strategies of crime control in contemporary society*, en The British journal of criminology, No. 4, 1996, p. 445.

plantearse como un símbolo de fuerza, pero debe ser interpretado como un síntoma de autoridad débil y controles inadecuados.

En España, ha quedado más que claro que, esa orientación hacia el punitivismo penal que se inaugura, con toda su crudeza, en las distintas reformas del año 2003²¹⁵, tiene en su punto de mira a la delincuencia que genera la inseguridad ciudadana de la delincuencia de las poblaciones desposeídas y no honorables, por *status* o por origen, y cuyo ¿final? hasta el momento viene representado por las reformas realizadas en el 2015, que implican un “vuelta de tuerca” todavía mayor en la presión e intensificación penal en determinados ámbitos de delincuencia tradicional.

Así se ve como estas categorías de parias (jóvenes desempleados e indigentes, transeúntes y drogadictos, inmigrantes postcoloniales sin papeles o sin arraigo), "han alcanzado relevancia en el espacio público, pero su presencia es indeseable y sus actividades intolerables, porque son la viva y amenazante encarnación de la generalizada inseguridad social producida por la erosión de la estable y homogénea clase asalariada y por la descomposición de las solidaridades de clase y cultura que ella sostenía dentro de una claramente circunscrita estructura nacional"²¹⁶ con lo que es más que evidente que se ha abierto el camino a la criminalización de la pobreza.

²¹⁵ Ya desde el año 2002 la campaña del PSOE denunciaba el incremento de la inseguridad, la presentación del plan socialista era “Freno a la impunidad, prioridad de las víctimas, seguridad para todos”. Por su parte, el gobierno del PP respondió con su plan de lucha contra la delincuencia, con la promesa de “barrer a los pequeños delincuentes de las calles españolas”.

²¹⁶ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*,...p. 18. Como nos recordaba BARATTA, “los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de los ciudadanos “respetables” y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados – desocupados -, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc.) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública (...)”Citado por DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 481.

Sin embargo, el nuevo régimen emergente de regulación de la inseguridad social es versátil porque demuestra una gran capacidad de agregar a sus objetivos, conforme se vayan definiendo nuevos espacios de inseguridad (a veces creados o incentivados por los medios de comunicación o los activistas sociales de todo tipo), nuevos arquetipos sociales a los que incorpora como generadores de dicha inseguridad, como es el caso de los "depredadores sexuales", los maltratadores domésticos o, últimamente, los conductores temerarios.

Así se pueden identificar tres grandes bloques de comportamientos sobre los que esencialmente incide esta nueva tendencia de intervención penal:

- 1.- La delincuencia organizada, concentrada en el narcotráfico, terrorismo y tráfico de seres humanos,
- 2.- la criminalidad individual grave, identificada con la naturaleza violenta y/o sexual que afecta bienes jurídicos individuales clásicos y
- 3.- la delincuencia leve, que se centra en los ámbitos de marginalidad, inmigración y exclusión social, refiriéndose a la comisión reiterada de infracciones patrimoniales de carácter leve en los que, en muy pocas ocasiones, ocurren hechos violentos²¹⁷.

Como podemos ver, bajo esta perspectiva, quedan ya muy lejos aquellos nuevos riesgos y nuevos intereses de los que se hablaba a fin de "flexibilizar" los instrumentos de intervención penal para dar respuesta a la sensación de inseguridad que esos riesgos desconocidos e incontrolados comportaban. Ahora de lo que se trata es de dar una respuesta punitiva inmediata, eficaz y más dura, en ámbitos que tradicionalmente habían sido regulados por nuestras legislaciones (terrorismo, criminalidad organizada, libertad sexual, patrimonio, etc), pero que, en la actualidad, han cobrado relevancia por la extensa

²¹⁷ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 138.

cobertura mediática, que ha hecho creer que estas conductas, extremadamente peligrosas, han tenido un aumento significativo, sin que tales afirmaciones conlleven ningún dato objetivo que así lo demuestre.

Por tanto, el Derecho penal de la seguridad ciudadana pretende transmitir a la sociedad un mensaje de que se está haciendo todo lo posible a fin de garantizar su seguridad. Obviando que la seguridad absoluta no existe, o si existe, es mediante la renuncia a muchos de los derechos y libertades garantizados constitucionalmente.

De esta forma, se inicia por los legisladores un nuevo camino que abandona la referencia de la sociedad de riesgo, y la existencia de nuevos peligros incontrolables procedentes de los avances tecnológicos; sin embargo, las concesiones flexibilizadoras realizadas bajo su amparo, se han mantenido para supuestos que nada tienen que ver con los derivados de nuevos riesgos. Se trata no ya de riesgos incontrolados y desconocidos que puedan producirse por el avance de las nuevas tecnologías o de la propia sociedad; sino de peligros que se derivan del concreto actuar de determinados sujetos, que bien por el desvalor de su comportamiento, bien por el del resultado producido, o bien, por la reiteración de determinadas conductas criminalizadas, ocasionan un especial rechazo en la sociedad. Aquí el peligro no se deriva de un riesgo tecnológico, sino de un individuo peligroso, y la máxima entonces radica en la “inocuización” de estos sujetos apartados de manera habitual del orden jurídico.

3. Tolerancia Cero

En el último punto sobre el que recae la intervención penal (criminalidad individual leve), la gravedad del comportamiento es prácticamente inexistente, pero sí es relevante la potencial peligrosidad que los sujetos que *habitualmente* realizan este tipo de comportamientos suponen para la sociedad, al haberse

posicionado en un *modus vivendi*²¹⁸ contrario al respeto y cumplimiento de las normas, es decir, al haberse situado en una contravención permanente del ordenamiento jurídico. Con ello, la peligrosidad y su control, pasa a primer término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento por excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria a Derecho²¹⁹.

Así ha surgido la expresión *tolerancia cero* que hace referencia a una forma de prevención a través del castigo severo de infracciones de escasa relevancia, “no dejando pasar, por así decirlo, ni una, atajando el mal en sus orígenes, antes de que éste llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad”²²⁰. En ella, la víctima individual es apenas tenida en cuenta, todos podemos ser víctimas y por tanto, el motivo de la intervención es la seguridad de todos en general, no la posible lesión de un bien jurídico en particular²²¹.

Estas tendencias han sido encuadradas bajo el rótulo *law and order*, cuya lógica encuentra pleno acomodo en las corrientes en las que la pretensión de seguridad es prioritaria y tienen como resultado la búsqueda y aseguramiento del máximo de seguridad en todos los órdenes. Se muestran como síntoma de un afán preventivo total²²².

²¹⁸ Durante mucho tiempo se prestó atención casi exclusivamente a los delitos graves. Sin embargo, los delitos menores y algunas formas de desorden público suelen tener efecto acumulativo que ha despertado el interés político criminal. Véase DONNA, Edgardo Alberto, Op. Cit. *El Derecho penal moderno...* p. 73.

²¹⁹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 139.

²²⁰ HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción a la criminología, Valencia, 2002, p. 330. Citado por NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 116.

²²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial...*p.12.

²²² PÉREZ CEPEDA, Ana, Op. Cit. *De la sociedad neoliberal del riesgo...*p. 193

De un tiempo a esta parte, han proliferado por doquier leyes que, sobre todo, desatienden las condicionantes del principio de proporcionalidad, aplicando sanciones penales a conductas cuyo contenido lesivo es nulo o, al menos, más que discutible, estableciendo cargas punitivas exageradas dada la entidad del daño causado por el delito, incurriendo en dobles castigos, multiplicando los efectos penológicos de la reincidencia o relajando notablemente las garantías procesales²²³.

Máximo ejemplo son las leyes de *three-strikes*²²⁴ en los Estados Unidos que significa que, al tercer delito, se le impone al sujeto una condena que,

²²³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*,...p. 15.

²²⁴ La expresión *three strikes*, proviene del lenguaje del béisbol, juego en el que si el bateador (*striker*) batea tres veces la bola, de forma fallida, queda eliminado (*three strikes and you're out*), de ahí la analogía aplicada en el ámbito de la legislación penal. El primer Estado que implementó estas leyes fue, en el año 1993 (aprobándose en referéndum la Iniciativa 593), el Estado de Washington, en el cual, la comisión de un tercer delito grave violento significaba una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad a prueba (*parole*). California, en 1994 (Proposición 184), fue el siguiente, si bien, en este caso, su norma fue mucho más severa porque no exigía que los delitos previos fueran violentos, sino que bastaba con que fueran delitos mayores (*felonies*), es decir, delitos que se castigan con privación de la libertad en la prisión del estado, no en cárcel del condado. Los delitos mayores pueden variar desde el hurto menor con antecedentes y posesión de cantidades pequeñas de drogas hasta secuestro, violación, lesiones y homicidio. Cualquier delito mayor nuevo, sin importar lo leve que sea, puede ser castigado con la ley de los *three strikes* si el acusado tiene uno o más antecedentes de delito mayor grave o violento, que son los que define el Código Penal de California en sus secciones 667.5(c) y 1192.7(c), y que incluyen: allanamiento de morada con intención de robo, lesiones, secuestro, homicidio, la mayoría de los delitos sexuales tales como violación y agresión sexual a menores, cualquier delito en el que se use un arma, haya o no lesionados, cualquier delito en el que se causen lesiones corporales graves, incendio premeditado, delitos que impliquen el uso de dispositivos explosivos o la comisión de cualquier de estos delitos en grado de tentativa. Un sujeto que es condenado por un delito mayor nuevo con un antecedente de *strike* es enviado a prisión (no puede ser enviado a un centro de rehabilitación o ser sometido a *probation* por el doble de tiempo que le correspondería sin ese antecedente, debiendo cumplir, además, como mínimo con el 80% de la sentencia impuesta, sin posibilidad de reducciones o conmutaciones por buena conducta y trabajo en prisión (que van de un tercio a la mitad de la sentencia impuesta). Si se tienen dos o más antecedentes de *strike*, la condena es de 25 años a cadena perpetua, sin posibilidad de reducciones por buena conducta o trabajo. Después de cumplir con la sentencia mínima determinada (25 años en una sentencia de 25 años a cadena perpetua), tiene derecho, sin garantías, a libertad a prueba. En la ley inicial de 1994, la imposición de estas

dependiendo de los Estados, puede significar desde 25 años de prisión hasta la cadena perpetua²²⁵. Lo mismo aplica para Gran Bretaña donde con el *Justice for all* (2002), se propuso la implantación de una sentencia indeterminada para delincuentes sexuales y delincuentes violentos a los que se hubiera valorado y considerado como peligrosos, de modo que el reo, después de cumplir el tiempo establecido en la sentencia, podría permanecer en la prisión hasta que una junta de libertad condicional (*Parole Board*) estuviera completamente satisfecha de que el riesgo había disminuido como para que esa persona sea puesta en libertad y sometida a supervisión en la comunidad, lo que podría significar una reclusión de por vida²²⁶.

condenas era siempre obligatoria, pero, a partir del año 1996, gracias a una sentencia del Tribunal Supremo de California, caso *People v. Superior Court (Romero)*(1996) (13 Cal.4th 497), bajo determinadas circunstancias, el juez, a petición del fiscal o de oficio, puede eliminar o retirar uno o más antecedentes de strike, si bien esta decisión es apelable por la fiscalía y está sujeta a revisión por el Tribunal de Apelaciones y el Tribunal Supremo. Generalmente, los jueces que dictan sentencia desechan o eliminan un antecedente únicamente debido a su antigüedad y si el nuevo delito es leve y el acusado no tiene historial de violencia. Finalmente, una reforma del año 2000, aprobada con el 60,8% de los votos favorables en un referéndum celebrado el día 7 de noviembre (Proposición 36), permitió no imponer la condena de 25 años a cadena perpetua para los delincuentes toxicómanos, con dos antecedentes de strikes, y condenados por un nuevo delito no violento de posesión de drogas, pudiéndose sustituir ésta por el sometimiento a un programa de deshabituación. El Tribunal Supremo de los EE.UU., en sus conocidas sentencias de los casos *Ewing v. California* (538 U.S. 11) y *Locker v. Andrade* (538 U.S. 63), dictada s ambas el 5 de mayo de 2003, mantuvo la constitucion alidad del sistema californiano. Véase DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*,...p. 15.

²²⁵ El Alcalde de la ciudad de Nueva York, Rudolph Giuliani, era el mayor propagandista de esta política en la que calificaba a los marginados directamente de "basura".

²²⁶ Hasta la posterior reforma, operada por la *Criminal Justice Act 2003*, de acuerdo con las previsiones de la *Powers of Criminal Courts Act 2000*, el tribunal podía establecer una sentencia extendida de libertad vigilada de hasta 10 años para delincuentes sexuales y de hasta de 5 años para delincuentes violentos, siempre que la sentencia principal fuera de 4 o más, siempre que le período normal de libertad condicional se estimara insuficiente para prevenir nuevos delitos o asegurar la rehabilitación. La Ley de 2003 introduce expresamente el concepto de "delincuente peligroso", con presunciones de peligrosidad, según los casos, y, para él, se puede dictar, en función de diversos presupuestos legales: una sentencia automática de cadena perpetua; una sentencia de prisión para la protección del público; o un nuevo tipo de sentencia extendida. Véase DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, Op. Cit. *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*,...p. 16.

En España, se ven claros ejemplos de la política tolerancia cero desde la reforma de 30 de septiembre del 2003, en la que el legislador español la adopta para combatir la delincuencia callejera de baja intensidad, o comportamientos simplemente molestos socialmente o de dudoso merecimiento de pena, pero que inciden directamente en la vida cotidiana de los ciudadanos que nutren principalmente el cuerpo electoral que se sienten afectados por este tipo de hechos aunque sólo raramente inciden directamente en su estilo de vida (*“life style crimes”*)²²⁷.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros donde se afirma que “la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada [...] pues son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”²²⁸. Esta idea quedó evidenciada en el uso del criterio de habitualidad como elemento justificador de un enorme incremento de la represión punitiva de los delincuentes más desfavorecidos económica y socialmente.

²²⁷ Estas teorías se dirigen al ámbito de la criminalidad que más se deja sentir en la vida cotidiana, de ahí que se les denomine “Criminología de la vida cotidiana”. La imagen que se emplea para describirlas es la de las “ventanas rotas” (broken windows): si en una casa hay una ventana rota que da al exterior, ello índice más a entrar a los ladrones que una casa que da una imagen de solidez y no tiene desperfectos. Estas opiniones fueron lanzadas por primera vez en 1982, en un breve artículo, por WILSON y KELLING, publicado en *The Atlantic Monthly*; y ha sido luego desarrollada por ellos mismos y por William BRATTON, construyendo un movimiento criminológico que algunos califican como “realismo de derechas”. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial...*p.11.

²²⁸ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, Op. Cit. *Las transformaciones sociales y el Derecho penal...*p. 149.

Bajo la Ley Orgánica 11/2003, la habitualidad fue incorporada desde varios escenarios, por un lado se utilizó para convertir en delito y castigar con pena de prisión, la realización en el plazo de un año de cuatro faltas contra la propiedad, constitutivas de hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito (400 euros). Según la exposición de motivos de ésta reforma las cuatro sustracciones se toman como síntoma de una delincuencia profesionalizada que hace de este tipo de hechos su medio de vida²²⁹, lo que a simple vista, entre otros, violenta el principio de *ne bis in idem* en los casos en los que el infractor ya haya sido juzgado y condenado por una de esas faltas.

Esta regulación ha incrementado todavía más su presión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, dado que, al desaparecer las faltas, la sustracción de cualquier cantidad inferior a 400 euros, se configura ya como *delito leve* de hurto, en el art. 234.2 Cp, con lo cual desaparece esa necesidad de realizar una *fictio iuris*, a fin de convertir en delito de hurto habitual, lo que era la reiteración de faltas. Sin embargo, lo que pudiera parecer una regulación más beneficiosa para el delincuente, no lo es en realidad, puesto que queda expresamente excluida la posibilidad de aplicación del *delito leve de hurto*, cuando “al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente por tres delitos comprendidos en este título siempre que sean de la misma naturaleza”, determina que devenga inaplicable el tipo privilegiado contenido en el art. 234.2 Cp, siendo de aplicación el tipo cualificado contenido en el art. 235 Cp, en los casos en que se trate de un delincuente *habitual*²³⁰.

²²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial*...p.5

²³⁰ Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO. Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, GOMEZ RIVERO (direct.), vol. II, 2ª ed., Madrid 2015, pp. 43 y ss. donde pone de manifiesto que en algunos supuestos esta nueva regulación implicará una grave vulneración del principio de proporcionalidad al imponer a hechos de escasa gravedad, penas notoriamente elevadas y, por tanto, desproporcionadas.

Por otro, en forma de reincidencia constatada por condenas anteriores, se transforma además en un modo de súper agravación de la pena (Cfr. Art. 66 5ª) cuando dice: “cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título de este código, siempre que sean de las misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate”²³¹.

Otro concepto peculiar de habitualidad se maneja en el art. 173, 2 que castiga como delito contra la “integridad moral”, con penas de hasta tres años de prisión, al que “habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge” o una de las personas ligadas con el sujeto activo por alguna de las relaciones de carácter familiar o afinidad que se mencionan en el precepto (ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad). La determinación de lo que deba entenderse por *habitualidad*, debe atenderse a lo establecido en el apartado tercero de ese precepto que determina que “para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. Se atiende, nuevamente, al carácter violento del delincuente, basado en la reiteración de comportamientos, sin que se acredite respecto de ninguno de ellos un especial desvalor de resultado en relación con la lesión del bien jurídico. Es más esta lesión del bien jurídico se configuraría, justamente, por la propia reiteración de la conducta violenta.

Por otra parte, la tolerancia cero se ha expresado en otros ámbitos como puede verse en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España

²³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial...*p.7.

para los cuales la aplicación de una pena de prisión de más de un año, supone su expulsión del territorio nacional (art. 89, 1), lo que constituye una reacción punitiva desproporcionada²³².

Lo que se desprende de todo ello es el regreso del Derecho penal del autor, donde la reacción penal no es tanto por el hecho cometido, como la personalidad del autor, tomándose el hecho sólo como síntoma de esa personalidad. Sin embargo, en contraposición con los lineamientos pretendidos por la expansión del Derecho penal, la corrupción administrativa y empresarial, las estafas masivas, el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos etc. cometidos por personajes “poderosos”, que viven lujosamente en barrios cerrados protegidos con seguridad privada, que han sido “limpiados” por la policía de la presencia de vecinos “indeseables” y pequeños delincuentes, contra los cuales se ha aplicado la política de tolerancia cero²³³, no son catalogados como peligrosos, sino por el contrario, son el tipo de ciudadanos que se ven afectados por estos delincuentes molestos y recurrentes.

Por supuesto, se ha criticado el Derecho penal de autor por su incompatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, dado que se ha utilizado siempre por Estados autoritarios para incrementar la represión punitiva de los marginados sociales que comenten delitos de escasa gravedad, y tiene sus orígenes en la figura del “*delinquente per tendenza*” del código penal fascista italiano y la del “*Gewohnheitsverbrecher*” de la Ley sobre el delincuente habitual que fue una de las primeras medidas que adoptó el régimen nacionalsocialista alemán en 1943, para imponer el internamiento en “custodia de seguridad”, es decir, el “lager” o campos de concentración, por tiempo indefinido, a los habituales incluso en delitos de escasa gravedad como hurtos. Idea que estuvo a punto de llevar a la esterilización de los asociales, “para

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial...*p.6

²³³ LASCANO, Carlos, Op. Cit. *La insostenible modernización del Derecho penal basada en la tolerancia cero...*p. 168.

prevenir una herencia indeseable”, como proponía entre otros Edmund Mezger²³⁴.

Y es que la principal crítica que se eleva contra la tolerancia cero, es que el atropello de principios garantistas no ha supuesto ninguna eficacia a mediano y largo plazo. Se ha comprobado que no hace bajar el número total de delitos cometidos, ni siquiera el de los delitos menores, sino simplemente desplaza el lugar de comisión de los mismos a otras zonas, verdaderos “ghettos” en los que ni siquiera se atreve a entrar la policía, o provoca que el desplazamiento sea a la comisión de otro tipo de delitos, incluso más graves. Lo que sí, en cambio, ha provocado es un aumento del gasto policial, de la actividad judicial y del número de condenas y, por consiguiente, un aumento de la población penitenciaria. Incluso ha provocado un aumento de las quejas por violencia y excesos policiales²³⁵.

4 El Derecho penal del Enemigo

4.1. Aproximación al concepto de Derecho penal del enemigo

Cuando SILVA SÁNCHEZ postulaba el Derecho penal de dos velocidades como respuesta a la expansión, donde la primera velocidad, era representada por el Derecho penal de la cárcel, en el que habrían que mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos y la segunda velocidad para los casos en que por no tratarse de pena de prisión, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización, preguntaba si cabría implementar una tercera velocidad en la que el Derecho penal de cárcel concorra con una amplia flexibilización de garantías, reglas de imputación y criterios procesales.

²³⁴ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el Derecho penal nacionalsocialista, 4ta ed., Valencia, 2003, p. 252-306.

²³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, Op. Cit. *Las reformas de la parte especial*...p.12-13.

En este sentido, admitía que ésta política podría ser aplicable a la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado²³⁶, y es que visto el tratamiento que se le da a la criminalidad leve con la política de la tolerancia cero, parecería insuficiente este tipo de intervención penal para la delincuencia organizada o en la criminalidad individual grave, siendo que en estos delitos la incidencia en la sociedad es mucho más alta, porque los sujetos que en ellos participan se han apartado por completo del orden social, lesionando o poniendo en peligro de forma grave, bienes jurídicos muy importantes.

Es sobre este lineamiento que trata el término de Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), atribuido al penalista alemán Günter JAKOBS, quien lo menciona por primera vez en el Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt a. M., en mayo de 1985, bajo el título “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*).

En una primera instancia, señala que el *Derecho penal de enemigos* surge como una construcción relacionada estrictamente con la anticipación de la punibilidad para determinados autores, casos y bienes jurídicos, de carácter claramente temporal o pasajero, y opuesta a la definición del autor como *ciudadano* a quien, por lo mismo, se le debe aplicar un *Derecho penal del ciudadano* (*Bürgerstrafrecht*)²³⁷. Se identifica entonces bajo la rúbrica del

²³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 163-167.

²³⁷ DURÁN MIGLIARDI, Mario, *El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., 2006, pág. 731-732.

Derecho penal del enemigo, un conjunto de normas que, al “correr” la frontera de la criminalización a estados previos a la afectación del bien jurídico²³⁸, saltaban las barreras de lo que debía ser un Derecho penal respetuoso de las garantías ciudadanas.

Sin embargo, aunque en ésta época la concepción del enemigo la presenta de forma descriptiva e incluso crítica, posteriormente, en 1999, robustece el término con nuevos elementos y ya no parece tan convencido de su rechazo; para, finalmente, en 2003, recomponerlo por completo, afirmando de plano, que, el concepto “*no en todo caso pretende ser peyorativo*”, y señalando que éste no es siempre *atribuible* a quien lo aplica, sino que también puede ser *provocado* por su destinatario, con lo cual, en principio, estaría tomando partido por la aceptación de esta clase de Derecho penal²³⁹.

Así, JAKOBS expresa que el Derecho penal del enemigo “Se trata del restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que, a efectos prácticos, puedan ser tratados actualmente como personas, es decir, el tratamiento de individuos hostiles está regulado jurídicamente por medio de la exclusión: éstos individuos son actuales no-personas. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal del enemigo es, por tanto, una guerra contra aquel que ha decidido apartarse del

²³⁸ Por ello, JAKOBS postula que la incriminación de conductas en el ámbito previo a la comisión efectiva del hecho delictivo, no puede considerarse como actos preparatorios, tentativa o conductas de consumación, sino sólo en la medida en que a las personas que participan en dichos actos se les considere como *enemigos* a quienes no se les concede el estatus de ciudadanos. Citando a JAKOBS, DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit, pág. 732.

²³⁹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”?* Una aproximación crítica al concepto, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, op. cit., pág. 2.

ordenamiento jurídico, cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo”²⁴⁰.

Partiendo del concepto mismo, lo primero que se debe destacar del Derecho penal del enemigo es que según sus postulados, el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico²⁴¹, la vigencia de la norma, continua manifestando JAKOBS “...la expectativa de un comportamiento correcto no puede ser mantenida contrafácticamente de modo ilimitado; más aún: no debe ser mantenida ilimitadamente, ya que el Estado ha de procurar una vigencia real del Derecho, por lo que tiene que proceder contra los quebrantamientos del Derecho cuya próxima comisión se percibe. Una expectativa normativa dirigida hacia una determinada persona pierde su capacidad de orientación cuando carece del apoyo cognitivo prestado por parte de esa persona. En tal caso, [...]”

²⁴⁰ JAKOBS, en ESER/HASSEMER/BURKHARD, *Strafrechtswissenschaft*, pág. 53. Cit. por AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, op. cit. 2006, pág. 141. Al respecto, ALCÓCER POVIS brinda una definición diciendo que “se trata del soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el establecimiento de fenómenos sociales –digamos, graves- como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc. Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad. Asimismo, se habla de la aparición de un sustento doctrinal que nos muestra la existencia de un Derecho penal de doble dirección: con garantías para las personas y sin garantías para las no-personas”. Véase ALCÓCER POVIS, Eduardo, *El derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?*, en *Revista de Derecho penal*, 2006, pág. 10. En criminología David Garland, describe el fenómeno como la “criminología del otro” (*criminology of the other*) vs. La “criminología del sí mismo” (*criminology of the self*). La criminología del otro designa el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al ciudadano común, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como distintos a nosotros, como una amenaza al grupo social y, por tanto, como por fuera de ese grupo social; las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad. Citado por BÖHM, María Laura, *Securitización*, *Revista Penal*, No. 32 (Julio), 2013, p.12.

²⁴¹ JAKOBS, Günther, *¿Terroristas como personas en Derecho?*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 80.

la expectativa normativa es sustituida por la orientación cognitiva, lo que significa que la persona –la destinataria de expectativas normativas- muta para convertirse en fuente de peligro, en un problema de seguridad que debe abordarse de modo cognitivo”²⁴².

En este sentido, si no se responde a la expectativa de la norma, entiéndase al cumplimiento de la misma, de forma inmediata, el sujeto se transforma en un peligro, la norma no está diseñada para la protección del individuo sino para esperar la obediencia por parte de éste, es el sujeto destinado a la norma y no al revés, por lo cual, no importa la entidad del bien protegido, porque en realidad no hay más bien protegido que el *status quo*, la norma por el hecho de ser norma y con total independencia de sus fundamentos racionales. Todo lo que no sea obediencia ciega, con margen sólo para ocasionales errores o alguna caída aislada en la tentación, nos convierte en enemigos y nos despoja de los derechos como ciudadanos²⁴³. Por tanto, se debe rendir fidelidad a la norma, sin cuestionamiento, no hay alternativas a la obediencia, “no hay espacio alguno para la discrepancia y la diferencia”²⁴⁴.

Se le dice al ciudadano que si quiere seguir siendo persona y tratado como tal, en lugar de verse reducido al trato que recibe un animal, tiene que seguir siendo obediente²⁴⁵. Aquel que se comporta de manera permanente fuera del pacto social, no recibirá tratamiento dentro de él. Así la persona es el destino

²⁴² Citando a JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 362.

²⁴³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, op. cit., pág. 909.

²⁴⁴ ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 93.

²⁴⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 921-922.

de expectativas normativas correspondientes a roles, porque ser persona significa tener que representar un papel²⁴⁶.

De esta manera, cuando se fundamenta la función de la sanción penal en la preservación del derecho y no en la protección de bienes jurídicos, se puede hablar –y ello es sumamente peligroso hoy- no de transgresores de la ley, sino de traidores al Derecho: el derecho defendiendo al derecho, contra posibles traidores²⁴⁷.

Por tanto, este derecho será aplicado declarando la “guerra a las no personas (*Unpersonen*)”, los enemigos, aquellos que no presentan seguridad cognitiva de funcionar dentro del marco normativo, o que se encuentran separados de él de forma permanente. “Los enemigos no son efectivamente personas” (*Feinde sind aktuelle Unpersonen, en el original alemán*). No pueden ser tratados como tales²⁴⁸, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas²⁴⁹. El sentido radica en que las personas, aquellas que cumplen con la norma y que por tanto se han ganado esa categoría, gozan de un derecho a la seguridad que debe ser proporcionado por el Estado.

Y es que, para éste postulado, la categoría de persona no es algo intrínseco con lo que todo ser humano nace; por ello, esta privación y negación de la

²⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luís, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, pág. 25. Así manifiesta Kai AMBOS: En la aplicación del Derecho penal del enemigo yace el reconocimiento de la capacidad del autor de cuestionar de manera fundamental –y no sólo marginal- la vigencia de la norma. Véase AMBOS, Kai, *Derecho penal del enemigo...op. cit.*, pág. 142.

²⁴⁷ APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 197.

²⁴⁸ Citando a JAKOBS, MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2da ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 69.

²⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, pág. 47.

condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico. En este sentido, pues, dice DEL LAGO, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada”.²⁵⁰

De esta manera, se puede inferir que la “persona” es algo distinto de un ser humano; este es el resultado de procesos naturales, y aquélla un producto social que se define como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y de una conciencia [...]”²⁵¹. Se entiende, así, que lo que define a la persona es, pues, el obrar vinculado al *deber* o por una *obligación*, un deber no de ser fiel a la norma, sino en evitar no reconocerla mediante un comportamiento que la infrinja²⁵²; se comprende fácilmente que

²⁵⁰ JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pág. 755, citado por AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 133. Esta privación y negación de la condición de persona a determinados individuos sólo resulta posible en la medida en que se reconozca que la cualidad de persona, esto es, la personalidad, no es, en principio, algo dado por la naturaleza, sino más bien —y así parece que tiene que ser aceptado y reconocido— una atribución normativa, ya sea de carácter moral, social y/o jurídico. En este sentido, pues, dice DEL LAGO, “una persona existe sólo en tanto que su ‘humanidad’ no ha sido revocada o anulada”. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 23.

²⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 25.

²⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho penal del Enemigo y el Estado democrático de Derecho*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, op. cit., pág. 813. DONNI señala que la categoría del enemigo, que aquí ha de entenderse es como enemigo público (*hostis*), esto es enemigo de las instituciones, de la sociedad, del Estado, y que se coloca por tanto en una línea no ocasional de ruptura del pacto social, en vez de como mero adversario privado (*inimicus*). Continúa expresando que “esta diferenciación puede asumirse dentro de una lógica binaria, o bien *fuzzy*. Según la lógica binaria, no existen matices entre el enemigo y el amigo, o entre el ciudadano y el enemigo; se trataría de dos categorías incomunicables, de lógicas irreconciliables: una de diálogo y la otra de guerra, una respetuosa de todos los derechos fundamentales y políticos, la otra no. Sin embargo, se pueden admitir matices entre los dos opuestos, porque no existe (salvo en casos excepcionales) una realización “pura” del Derecho penal que sea sólo amistosa o sólo belicosa. Sus diversas formas sugieren que resultan más útiles definiciones de tipo enciclopédico, antes que “de tipo diccionario”. Por lo tanto, adoptando esta segunda

todo individuo que no obre de ese modo ha de quedar *excluido* del concepto de persona²⁵³.

En otras palabras, el sujeto de imputación jurídico-penal destinatario de las normas no es un ente natural o psicofísico, sino una persona configurada socialmente.

Así, según la óptica de JAKOBS, la concepción real de persona, que dirige la orientación, no se genera por el mero hecho de ser postulada, sino, por el contrario, han de concurrir además determinadas condiciones. Por ello, manifiesta que la proposición “en Derecho, todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona” es incompleta; además, ha de determinarse quién debe procurar cuáles de las condiciones para convertir en realidad esa concepción, y en este contexto debería resultar evidente que la responsabilidad de un suficiente apoyo cognitivo queda anotado en el deber de la propia persona, al menos en lo que se refiere a la prestación, fiable a grandes rasgos, de fidelidad al ordenamiento²⁵⁴.

postura, se podrían tener formas del Derecho penal del enemigo incluso “dentro” de manifestaciones diarias del Derecho penal ordinario”. Véase DONINI, Massimo, el Derecho penal frente al “enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, op. cit., pág. 607-608. Sin embargo, JAKOBS manifiesta que ambas categorías no pueden confundirse ni mezclarse, pues el Derecho que se aplica a uno es completamente diferente del que es aplicable al otro, como el mismo diría, quien confunde persona y no persona podría confundir lo que es guerra con proceso penal. Independientemente de cuál sea la fundamentación teórica del concepto de persona que se estime más correcta, es cierto, sin duda, que el ordenamiento jurídico parte de un concepto de persona entendido como construcción normativa en algunos de sus ámbitos particulares, sobre todo en el Derecho civil y en el Derecho público. A este respecto es clásica ya la doctrina de KELSEN. “La llamada persona física” —dice— “no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre. GRACIA MARTIN, Luís, pág. 34-35.

²⁵³ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 25.

²⁵⁴ JAKOBS, Günther, op. cit., pág. 82-83. En discrepancia señala APONTE, “Polémica es, sobre todo, su visión funcionalista del Derecho penal y la legitimación de éste a partir de nuevas funciones atribuidas a la pena, como es la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente (...) más aún, lo es, su filosofía de la fidelidad ciudadana al derecho”. Véase, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 164.

Por lo tanto, desde la perspectiva del Derecho penal del enemigo aquello que habría que demostrar antes que nada es precisamente el status de enemigo, pues al constituirse como no persona,²⁵⁵ éste ya no se configura como un sujeto, sino meramente un objeto del Derecho.

En resumen, enemigo es todo aquel que con sus comportamientos y/o en sus actitudes diverge de la propensión a la obediencia con que se delimita al ciudadano. Ciudadano es el que de hecho obedece y/o que en general quiere obedecer a todas las normas del sistema, si bien puede caer en ocasionales desfallecimientos de ese propósito o en errores aislados que lo hagan ser incongruente con él. Por eso el delincuente no meramente ocasional o irreflexivo no es ciudadano²⁵⁶.

Así, “el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede verlos como personas que delinquen, personas que hayan cometido un error, o individuos que deben ser impedidos de destruir el ordenamiento jurídico mediante coacción”²⁵⁷.

De esta manera, se puede decir que una norma penal contendría el siguiente mensaje triple:

- a) al que obedezca no puede imponérsele ningún castigo;
- b) al que desobedezca puntualmente o sin intención de cuestionamiento radical se le impone la sanción típica;
- c) al que desobedezca reiteradamente o al que (aún sin desobedecer: adelantamiento de las fronteras de la punibilidad) tenga intención de

²⁵⁵ AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, op. cit., pág. 136.

²⁵⁶ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 907-908.

²⁵⁷ Citando a JAKOBS, CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit. pág. 329.

desobediencia radical (enemigo) se le puede imponer cualquier castigo o medida²⁵⁸.

Según GARCÍA AMADO, en resumen el Derecho penal funcionaría con arreglo al siguiente esquema:

- a) existe un modelo de ciudadano, normativamente sentado, por cuanto que ciudadano es el que acata las normas;
- b) el ciudadano que no tiene la actitud debida de acatamiento actual o futuro de las normas es un contramodelo, encierra una propuesta de “ciudadanía” distinta;
- c) el castigo de tal ciudadano refuerza la vigencia no de las reglas, sino del modelo de ciudadano, pues las reglas son contingentes en sus contenidos, en cuanto lo que importa es la actitud de sumisión de los sujetos²⁵⁹.

En este punto, surge el interrogante de ¿quién determina quiénes son los enemigos? La respuesta de SCHMITT no podría ser otra: el político, o sea, el soberano. En caso de conflicto extremo es el soberano (político) *quien decide si la alteridad del extraño en el conflicto concretamente existente significa la negación del modo propio de existencia y si por ello es necesario defenderse y combatir, para preservar el propio, peculiar, medio de vida*²⁶⁰.

Todo esto pone en evidencia que la condición de enemigo no es algo que preexista al Derecho penal y, en consecuencia, es el Derecho penal del

²⁵⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, pág. 902-903.

²⁵⁹ *Ibidem*, pág. 921.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los “extraños”*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, op. cit., pág. 1143.

enemigo el que crea los enemigos del Derecho penal y no al revés²⁶¹. Para FARALDO CABANA²⁶², en la definición de enemigo se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que esta arrinconado a la utilización militar del término, que fue preponderante en otros momentos históricos, como el caso de las dictaduras argentina y chilena en las que se caracterizó a los disidentes como “enemigos internos”. De ello deriva entonces, que el enemigo será aquel, a quien por la emergencia de turno, el legislador le asigne tal categoría.

GROSSO GARCÍA expone que si se retoma la idea de que el enemigo es una amenaza constante, habría que establecer primero un marco general de lo que es esa amenaza y luego entrar a identificar por qué determinadas conductas son indicativas de la existencia de esa amenaza. Pero si lo que se hace (como en efecto sucede) es identificar al enemigo a partir del tratamiento que el legislador penal le da a determinadas expresiones de la criminalidad, lo que implícitamente se está afirmando es que la condición de enemigo es algo que decide el legislador penal y no algo que exista en el mundo²⁶³.

Ante esta negación de la condición de persona a los infractores habituales de la norma surgen diversas críticas, partiendo la mayoría de ellas de la idea de que la categoría de no persona es el vehículo de una nueva antropología de la desigualdad²⁶⁴, en ningún caso admisible, pues además de ser proclive a la desinstitucionalización, el Derecho penal del enemigo, en el estudio de

²⁶¹ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 12.

²⁶² Añade la idea de Carl SCHMITT cuando en su obra “El concepto de lo político”, manifiesta que el enemigo tiene que ser convertido en delincuente, a lo que agrega que el delincuente acaba convirtiéndose, a su vez, en enemigo. Véase FARALDO CABANA, Patricia, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (Dir.), Nuevos retos del Derecho penal de la era de la globalización, Valencia, 2004, p. 310.

²⁶³ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 10.

²⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi, El Derecho penal del enemigo, en Jueces para la democracia, No 57, Noviembre, 2006, pág. 6.

JAKOBS, también puede concebirse como una forma institucional o institucionalizada de derecho, fundada empero en la exclusión²⁶⁵.

En Derecho penal, el sujeto tanto de la imputación como del castigo no puede estar constituido por una persona *normativa* o *jurídica*, esto es, entendida como una construcción social y normativa, sino que aquél no puede estar representado por nada más que por el *hombre*, por el *individuo* humano²⁶⁶. Individuo que solo por el hecho de serlo tiene derechos inalienables, sobre todo al respeto de la dignidad humana. Por lo tanto, la calidad de persona es una atribución²⁶⁷.

²⁶⁵ APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 169.

²⁶⁶ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 38.

²⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 371. Véase nota 87. El Derecho penal debe partir de que tanto los conflictos para los que proyecta decisiones como las consecuencias que establece tienen lugar en un mundo físico y en una realidad social “protagonizada por la interacción de personas dotadas de un *psiquismo* que tiene sus estructuras” Como ya indicara MAIWALD, en Derecho penal “sujeto de la imputación es el *hombre*, si y en la medida en que actúa responsablemente”. Por eso mismo, el sujeto de las consecuencias jurídico-penales también es el *hombre* y no la persona, tal como lo enfatiza SCHÜNEMANN al decir que “el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso”. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 37. Por lo que, la diferencia directriz *enemigo-persona* es una contradicción, porque sólo quien se comporta como persona puede ser catalogado como enemigo. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 45. Como dijera Arthur KAUFMANN, el centro de gravedad y el quicio de una fundamentación jurídica no funcionalista es el concepto de persona, pues éste constituye la medida indisponible del Derecho correcto. La *persona responsable* constituye “el polo superior, del que pende toda teoría jurídica”, si es que quiere reconocerse al Derecho como algo distinto a un mero ejercicio de fuerza o poder, es decir, si quiere reconocerse a aquél como un orden que se impone en virtud de su carácter *obligatorio*, y no como uno que se impone por medio de meros actos de coacción de un *poder* superior. “Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto que norma jurídica” —dijo WELZEL— “tiene que reconocer a esta persona como *persona*”. En caso contrario, la regulación queda reducida a mera fuerza o coacción, y esto “convierte al hombre en mero objeto de una influencia física, hace de él una cosa entre cosas”. Por el contrario, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 30.

En este línea expresa MUÑOZ CONDE que en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano nadie puede ser nunca definido como no persona.[...] ²⁶⁸.

Así comenta GRACÍA MARTÍN: “esta idea de la dignidad humana vinculante para el Derecho constituye, a mi juicio, el argumento decisivo contra el Derecho penal del enemigo. [...] Un Derecho penal del enemigo podría encontrar un espacio legítimo únicamente en el caso de que el Derecho penal “ordinario” tuviera como destinataria a la persona o, si se prefiere, al ciudadano, pues un despojo de estas condiciones deja al descubierto al individuo humano, y dicho despojo aún dejaría un espacio de legitimidad para una regulación jurídica que, aun siendo diferente y excepcional, no entrara en conflicto con la dignidad del ser humano” ²⁶⁹.

De lo contrario, “remite a un tiempo de la filosofía penal del derecho y teoría criminal política premodernas, que sólo percibía al criminal como quebrantador de normas, como el “extraño” del que había que deshacerse. La tradición moderna, al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los derechos humanos y del ciudadano como fundamentos de Derecho penal y Derecho penal procesal, y permitir observar al criminal como partícipe del contrato social” ²⁷⁰.

²⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y le Derecho penal de su tiempo, ob. cit, pág. 119. Para GRACIA MARTÍN, este concepto, aunque lo suscribe, no es suficiente pues señala que tales reglas de la imputación no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado. Por lo que, según su opinión, JAKOBS no encontraría dificultades serias para superar estas objeciones de MUÑOZ CONDE, pues el concepto de persona que utiliza Jakobs, en cambio, y como ya se ha visto en detalle, está por encima del ser humano, pues es sólo una construcción normativa que se atribuye a los hombres, si bien *no a todos*. Véase GRACIA MARTÍN, op. cit., pág. 41-42.

²⁶⁹ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 33

²⁷⁰ Citando a HASSEMER, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 172.

Por otro lado, si se parte de que contra el enemigo sólo es posible la coacción, pues ha perdido su estatus de persona por considerarse una mera fuente de peligros para la sociedad al no demostrar ni pretender ninguna fidelidad a las normas, se genera así la impresión de que existen hombres que básicamente se comportan o bien conforme a Derecho o bien contra el Derecho. Por lo tanto, si la coacción se dirige a los que representan una fuente de peligros por comportarse contra el Derecho, lo que decide sobre la pertenencia al grupo de los enemigos no es el hecho, sino las características del autor²⁷¹.

Por consiguiente, si el “Derecho penal del enemigo” no busca estabilizar normas (prevención general positiva), sino que demoniza (excluye) a determinados grupos de infractores, lo que nuevamente recuerda mucho al “Derecho penal de autor” que propugnaron los penalistas nazis, según el cual lo relevante no era el hecho delictivo cometido, sino la “perversión”, “inclinación o tendencia al delito” o “peligrosidad criminal” que pudiera tener su autor²⁷².

Hay ejemplos históricos de regímenes jurídicos contruidos sobre el modelo de las “no personas” o los enemigos, cuya fuerza de evocación es tan intensa que desbaratará cualquier concepción conceptual deseosa de recuperar aquel concepto, de “domesticar” aquella categoría mediante un uso que, en todo

²⁷¹ AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 137-138.

²⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 49. Así mismo, refiere Kai AMBOS, al mencionar que en las Jornadas de Profesores de Derecho Penal que tuvieron lugar en *Frankfurt am Main* en el año 1985, JAKOBS todavía utilizaba el concepto de Derecho penal de enemigo como un topos para el análisis crítico-descriptivo del Derecho penal alemán vigente. Éste comprendía disposiciones que transformaban el autor penal en una mera “fuente de peligros”, en un “enemigo del bien jurídico”, privándole así de su esfera privada y de su estatus como ciudadano. Véase AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 132. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, pág. 368. Así manifiesta: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o:sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro, pág. 355.

caso, quedará en una peligrosa situación de inestabilidad hacia el abandono de demasiadas garantías²⁷³.

Téngase como ejemplo los casos en los que, desde la Inquisición con sus enemigos “las brujas”, pasando por la Alemania del nacionalsocialismo y sus “judíos, o más recientemente la guerra de Irak después de septiembre 11 con los “terroristas”, la categoría de no persona o enemigos, han servido como justificación de los más atroces crímenes.

En todos estos casos, la persona se juzga en virtud de lo que es o de lo que se cree que es; se lo juzga sobre la base de su potencial peligrosidad, que se estima además que le es inherente, más que por aquello que efectivamente ha cometido²⁷⁴.

Por ello, la sustitución de la perspectiva del “hecho”, por la perspectiva del “sujeto” como “fuente de peligro” de futuros hechos delictivos, invierte la fundamentación de la intervención penal y su finalidad²⁷⁵. Siendo así, el Derecho penal del enemigo ya no se preocupa por la protección de bienes jurídicos sino por combatir la peligrosidad del autor, esto demuestra la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho.

En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la “actitud interna” del autor²⁷⁶. La

²⁷³ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 642.

²⁷⁴ Citando a FERRAJOLI, Luigi, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 169.

²⁷⁵ ASUA BATARRITA, Adela, *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 240.

²⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 373.

actitud del autor interesa en cuanto a la manifestación de ésta por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El resultado inmediato que se genera es que una vez producido el “etiquetamiento” del hecho, pero en realidad también del autor, se pueden derivar consecuencias de *status*, una suerte de cualificación personal que incide sobre el régimen de las medidas de prevención, sobre las cautelares, sobre la prueba, sobre la ejecución penal, sobre la cooperación internacional, sobre la extradición, pero también sobre las medidas premiales, etc²⁷⁷. Precisamente porque el autor es “símbolo” de la enormidad de un hecho y su castigo debe “expresar” públicamente la restauración de los valores pisoteados, la inevitabilidad de la pena y el mensaje moral de la lucha contra él²⁷⁸.

En conclusión, desde todo punto de vista y teniendo en cuenta las terribles consecuencia que de él se derivan, es completamente inaceptable la reutilización del Derecho penal de autor pues se delinque en cuanto se actúa no en cuanto se es.

Sin embargo, para la postura mantenida por JAKOBS, existirían entonces dos clases de Derecho penal: uno limitado, racional, para personas titulares derechos y deberes; y otro, para enemigos, de carácter ilimitado, al margen del Estado de Derecho. Fundamentando en criterios de eficacia, admite JAKOBS, el derecho del Estado a “procurarse seguridad ante individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos” ya que son peligrosos, y un derecho de los ciudadanos “a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir tienen un derecho a la seguridad”²⁷⁹.

²⁷⁷ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 624.

²⁷⁸ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 633.

²⁷⁹ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, *El Derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades) del concepto y su justificación*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, op. cit., pág. 331.

Esto significa, entonces, que el Derecho Penal del enemigo tiene que constituirse en referencia a algún paradigma sustancialmente diferente al del Derecho Penal ordinario y que sus reglas sean unas completamente diferentes a las de éste, pues de lo contrario, si fueran coincidentes, ya no se trataría de ningún ordenamiento distinto de carácter excepcional y autónomo²⁸⁰.

Esto evoca el caso de la Alemania nacionalsocialista donde, como se comentaba con anterioridad, el famoso penalista alemán MEZGER, en los informes que redactó en 1943 para el régimen nacionalsocialista acerca de un proyecto de ley sobre el tratamiento de “Extraños a la comunidad”, decía lo siguiente:

“En el futuro habrá dos (o más) Derechos penales:

- un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y
- un Derecho penal (completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo deben incluirse a la persona en cuestión... Una vez que se realice la inclusión, el Derecho especial (es decir, la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas... Esta separación entre diversos grupos de personas me parece realmente novedosa (estar en el nuevo Orden; en él radica un nuevo comienzo)”²⁸¹.

Así comenta MUÑOZ CONDE, que el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que

²⁸⁰ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 22.

²⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho...*p.193-202.

en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder²⁸². “No puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal”²⁸³.

De manera que el “modelo del enemigo” ya no remitiría a previsiones de carácter “excepcional”, de vigencia necesariamente temporal y para situaciones de “crisis de legitimación” del Estado, sino que se inserta como el “otro polo” del Derecho penal ordinario, como se adelantaba, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, una intervención penal de “tercera velocidad”²⁸⁴, en la que se rebajan los criterios de imputación del Derecho penal del hecho y las garantías procesales, a la vez que se incrementa la intensidad de la coacción (pena, o medida de incoerción) sobre el infractor peligroso²⁸⁵, aunque si bien no le niega el carácter de Derecho a este Derecho penal de excepción, señala claramente que tendría que quedar reducido “a la mínima expresión”. Podría decirse que GRACIA MARTÍN no opinaría distinto si es que el Derecho penal del enemigo no entra en conflicto con la dignidad del ser humano, pero agrega que, en tales circunstancias, este Derecho penal no sería un Derecho penal de excepción, sino un ámbito particular del Derecho penal²⁸⁶.

Por su parte, CANCIO MELIÁ señala que el concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales. Sin embargo, como derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo integra nominalmente el sistema jurídico-penal real: “Derecho penal del ciudadano” es

²⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág 75.

²⁸³ *Ibidem*, pág. 83-84.

²⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 163-164.

²⁸⁵ ASUA BATARRITA, Adela, op. cit., pág. 244.

²⁸⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 927.

un pleonasma, “Derecho penal del enemigo”, una contradicción en los términos”²⁸⁷.

Para SHEEREER, el Derecho penal del enemigo es algo así como una simple reacción, una respuesta-de-facto del Estado, por lo tanto no puede ser Derecho penal, no en la concepción liberal del Estado de Derecho. [...] El sistema punitivo es la materialización misma del poder estatal –y no sólo estatal- y punta de lanza del Estado de policía. Si esto, como señala ZAFFARONI, es así, entonces no puede existir algo así como un Derecho penal del enemigo. Existiría en todo caso una legislación penal del enemigo, o una legislación punitiva del enemigo, pero nunca un derecho penal del enemigo, ya que “En la medida en que el discurso jurídico legitima el poder punitivo discrecional y, por ende, renuncia a realizar cualquier esfuerzo por limitarlo, está ampliando el espacio para el ejercicio del poder punitivo por los sistemas penales subterráneos”²⁸⁸.

Y es que como señala MUÑOZ CONDE, los “(...) derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la de presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho...”²⁸⁹.

Por lo tanto, resulta vital resaltar que no se puede racionalizar el uso del Derecho penal al margen del Estado de Derecho, aun cuando se trate de

²⁸⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 343.

²⁸⁸ Citando a ZAFFARONI, SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 923.

²⁸⁹ Cit. por MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, op. cit., pág. 333.

crímenes muy graves. El Estado, en ningún caso, puede actuar de manera semejante a un delincuente, no puede, parafraseando a JAKOBS, actuar como un “enemigo”. Y es que precisamente, como se argumentaba con anterioridad para referirnos al caso de los terroristas, por muy significativo que sea el delito o por el gran desvalor que conlleve la conducta, ello no lo convierte en un acto de guerra, sino en una contravención a la norma, muy grave si se quiere, pero una contravención al fin.

Una respuesta de este Derecho penal, como la que propone JAKOBS, basada en la eficacia de su aplicación, vendría a retomar la premisa de que “el fin justifica los medios” y aquí radica lo criticable esta posición, precisamente en legitimar el medio en función del fin perseguido²⁹⁰. Se debe partir de que “a buenos fines buenos medios” y no existe forma alguna de darle vida a este concepto sino por el uso de las garantías penales propias del Estado de Derecho. Con lo cual, bajo ningún concepto, la validez puede derivarse en ningún caso de la eficacia²⁹¹. Porque además de todo, aún con la severidad con la que se pretende aplicar en el Derecho penal, la función del Derecho penal del enemigo es puramente simbólica, puesto que no evidencia ninguna competencia a la solución de los problemas actuales, despertando posibilidades de solución que no pueden cumplirse en la realidad²⁹².

Las perspectivas planteadas, pueden a grandes rasgos, englobarse en cuatro maneras distintas de percibir el “Derecho penal del enemigo”: la primera (JAKOBS), que lo entiende como una nueva forma de ejercicio del Derecho penal, que al lado de la “forma tradicional” debe obtener un reconocimiento y ser objeto de análisis científico y de construcción dogmática, para evitar que se

²⁹⁰ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, op. cit., pág. 335.

²⁹¹ DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 495.

²⁹² SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, op. cit., op. cit., pág. 933.

confunda con el *Derecho penal del ciudadano*. La segunda (CANCIO MELIÁ), que lo identifica como aquello que no es ni puede ser Derecho penal, que encontraría la utilidad del concepto en permitir identificar qué, de lo que hay en el interior de la legislación penal, es y qué no es Derecho penal; en tercer lugar (SILVA SÁNCHEZ), se entiende el Derecho penal del enemigo como clase de derecho penal que pretende afrontar determinadas formas excepcionales de criminalidad, que requieren de medidas más drásticas que las del Derecho penal garantista, pero que sólo es aceptable en forma transitoria y excepcional, y en cuarto lugar (APONTE), aquella que entiende que el Derecho penal del enemigo no es cosa distinta que una estrategia eficientista complementaria a la estrategia militar, mediante la cual se pretende combatir al enemigo interior²⁹³.

Sin embargo, concuerdo plenamente con MUÑOZ CONDE cuando señala que no cree que se ayude mucho a clarificar esta postura negándole al “Derecho penal del enemigo” el carácter o incluso el nombre de “Derecho penal”, pues el problema principal que aquí se plantea no es una cuestión de nombres, sino de contenidos²⁹⁴.

Y es que no es seguro que todo lo que últimamente se quiere identificar como Derecho penal del enemigo pueda, en rigor, recibir tal calificativo, tampoco que el Derecho penal del enemigo sea una perversión abusiva del Derecho penal democrático, que constituye algo que no es ni puede ser Derecho, o que se trate de una tercera vía del Derecho penal con carácter excepcional. Se discute, si se trata del producto de una coyuntura derivada de las circunstancias y en consecuencia es algo transitorio, o si, por el contrario, es una nueva manera de hacer Derecho penal, que tiene pretensiones de permanencia y

²⁹³ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 25.

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo, op. cit., 87-88.

obliga a replantear las bases de lo que hasta ahora se entendía que debía ser Derecho penal democrático²⁹⁵.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho penal del enemigo sería una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal *moderno*, es decir, de la actual tendencia del Derecho penal que, en general, da lugar, formalmente, por un lado, a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél y por otro, a una intensificación en la regulación de los ya existentes; y materialmente, según la opinión mayoritaria, a un desconocimiento, o por lo menos a una clara flexibilización o relajación y, con ello, a un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho²⁹⁶. Nuevamente, cabría aquí preguntarse si la modernización del Derecho penal planteada desde esta óptica es una evolución o una involución.

²⁹⁵ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 4.

²⁹⁶ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 2. CANCIO MELIÁ expresa que la evolución político-criminal puede resumirse en lo esencial en dos fenómenos: el llamado “Derecho penal simbólico” y lo que puede denominarse “resurgir del punitivismo”. [...] Amabas líneas de evolución, la “simbólica” y la “punitivista” (...) constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Así, expresa que en la “Parte Especial” de este Derecho penal simbólico, corresponde especial relevancia –por mencionar sólo este ejemplo-, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos²⁹⁶. Véase CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 345. En sentido opuesto se manifiesta TERRADILLOS, pues considera que no hay una línea de continuidad entre la expansión penal en el ámbito económico o la primacía de las fuentes simbólicas por un lado y, por otro, el Derecho penal del enemigo. Éste no puede presentarse como la continuación “natural” de aquéllas, porque no lo es. Aunque se lucre, de manera espuria, de ciertas líneas argumentales que, desde la ingenuidad, han aceptado la relativización de los principios limitadores propios del Derecho penal clásico, cayendo en el candoroso error de olvidar que, una vez derogados algunos de esos principios para supuestos concretos, se abre el portillo para que el edificio garantista entero se resquebraje. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, op. cit., pág. 1014.

Descrito de esta manera se permite concluir que, si por Derecho penal del enemigo se debe entender el uso abusivo e hipertrófico del Derecho penal como instancia de solución de conflictos, mediante la inflación punitiva, el recorte de garantías y el incremento desmedido de las penas, habría que decir que el Derecho penal del enemigo no es nada nuevo y que, por el contrario, se trata de una vieja práctica contra la cual ha venido librando su lucha el Derecho penal liberal desde sus inicios²⁹⁷.

Para ZAFFARONI, no es ninguna novedad que se teorice una *represión penal plural*: por un lado, para los *patibularios* (*¡Mátenlos!*) y para los *locos y molestos* (*¡Fuera de aquí!*), y, por otro, para los *ocasionales* (*Gente más perocida a uno que se equivoca*)²⁹⁸. Las técnicas y los justificativos de supresión de garantías no se modificaron mucho; tal vez se hayan convertido en más sofisticadas consecuencias de los avances tecnológicos, pero permanecen semejantes en su esencia²⁹⁹.

En este sentido, expresa SILVA SÁNCHEZ que el Derecho penal del enemigo debe utilizarse para enfrentar la nueva criminalidad organizada y la delincuencia grave de los tiempos modernos, pero debe manifestarse como un instrumento de emergencia, siendo expresión de una especie de Derecho de guerra, en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional del conflicto,

²⁹⁷ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 27. De la misma manera, FERRAJOLI expone que es característica de la cultura de la emergencia el cambio de las fuentes de legitimación del sistema punitivo, que regresa, en lo sustantivo, a los viejos sistemas sustanciales propios de la tradición penal autoritaria, y, en lo procesal, a técnicas inquisitorias. Citando por TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., op. cit., pág. 1014. Así mismo, GRACIA MARTÍN expresa que este tipo de legislaciones de emergencia, no pueden ser partícipes de la idea del Derecho y desde el punto de vista material no se les debe poder reconocer otro rango que el de meros dispositivos de coacción. Por otro lado, si es cierto —y, a mi juicio, lo es— que, como observa *Elías Díaz*, no es lo mismo Estado *con* Derecho que Estado *de* Derecho, en los Estados totalitarios no puede reconocerse a ningún Estado de Derecho. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 4.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los “extraños”*, op. cit., pág. 1117.

²⁹⁹ CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 340.

renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción, [...] nos hallaríamos frente a un mal pero un mal menor pues, [...] sería una pura acción defensiva frente a sujetos excluidos, [...] lo que, para que sea considerado legítimo debe basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad, y eficacia³⁰⁰.

Por consiguiente, según esta propuesta, aparecería un “Derecho penal de la emergencia”, como espacios temporales dentro del Derecho penal “normal”. Si este fuera el caso, el peligro radica en que puede transformarse en regla y lo provisional convertirse en una constante del sistema³⁰¹ con carácter permanente. Como apunta el mismo SILVA SÁNCHEZ, el problema es que nos ubiquemos en una perenne emergencia, pues con dicha tendencia, se podría ya pronosticar que el círculo del Derecho penal de los enemigos tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer³⁰².

En esta línea, ZAFFARONI alega que en estos últimos ocho siglos, toda teorización legitimante del tratamiento penal diferenciado para *enemigos* o *extraños* se basó en emergencias, o sea, en amenazas a la supervivencia misma de la humanidad o de la sociedad que asumían el carácter de *guerras* y que, por ende, *reducían el derecho penal a derecho administrativo y las penas a coerción directa*³⁰³.

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 166.

³⁰¹ Véase TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., op. cit., pág. 1014. Así mismo, SCHEERER considera que el Derecho penal del enemigo es Derecho de crisis, y en la misma medida en que las crisis son fenómenos “habituales” de sistemas políticos de poder –en el cual la conquista, el sometimiento y la desmantelación del poder político se basan en la creación o utilización de situaciones de crisis – también lo es el Derecho penal del enemigo. Así, SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 926.

³⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 166.

³⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en derecho penal, estudios de criminología y política criminal, op. cit., pág. 82. Para este autor, las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo, ya desde la Inquisición,

Y es que precisamente, a pesar de ser un tema de la modernidad se dice que el Derecho penal del enemigo es un replanteamiento de conceptos de exclusión que vienen infiltrados en el Derecho desde tiempos antiguos, porque sus cimientos o bases conceptuales son de épocas que le anteceden. La consideración del delincuente habitual como un enemigo —o más concretamente, lo que viene a ser lo mismo: como un “*tumor canceroso* que debe ser *eliminado* del cuerpo político”— se puede entender presente ya en la teoría del pacto social de la sofística griega del siglo V a. C. en el mito de Prometeo, Zeus ordena “*que al incapaz de participar del honor y la justicia lo eliminen como a una enfermedad de la ciudad*”³⁰⁴.

Sin embargo, el concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*. El *inimicus* era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político era el *hostis*, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. “El *extranjero*, el

aquellos se fundaban en el ataque de Satán y de las brujas, así considera como el primer discurso de emergencia el *Malleus maleficarum* o Martillo de las brujas, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger, en 1484, y sancionado como manual de inquisidores por bula de Inocencio VIII del 9 de diciembre de ese mismo año. Véase también, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, Teorías actuales en el Derecho penal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1998, p.618. Para SILVA SÁNCHEZ, la noción de exclusión nació, de hecho asociada a la marginalidad y a la pobreza. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, op. cit., pág. 987.

³⁰⁴ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 12. ZAFFARONI plantea que la prehistoria del Derecho penal del enemigo puede buscarse en Protágoras y en Platón. Esté último desarrolló, por vez primera en el pensamiento occidental, la idea de que el infractor es inferior por su incapacidad para acceder al mundo de las ideas puras y, cuando esta sea irreversible, debe ser eliminado. Protágoras sostenía una teoría preventiva general y especial de la pena, pero también postulaba un Derecho penal diferencial: los incorregibles debían ser excluidos de la sociedad. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pág. 1126.

extraño, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba *fuera de la comunidad*³⁰⁵.

Ciertamente, la fundamentación que JAKOBS le atribuye al Derecho penal del enemigo es de carácter, más que dogmático, filosófico³⁰⁶, basado principalmente, como él mismo aduce, en HOBBS y KANT, sin dejar de lado a otros grandes filósofos de la época.

Se puede decir así que, a grandes rasgos, los fundamentos (filosóficos) del Derecho penal del enemigo parten de (a) El enemigo, al infringir el contrato

³⁰⁵ La palabra *hostis* proviene de la raíz sánscrita *ghas-*, que alude a comer, lo que explica su origen común con *hostería*. *Hostire* también significa matar y *hostia* tiene el sentido de víctima. Para ZAFFARONI el *hostis* no ha desaparecido nunca de la realidad operativa del poder punitivo ni de la teoría jurídico-penal (...). Se trata de un concepto que en versión original y matizada, a cara descubierta o con mil máscaras, a partir de Roma, atravesó toda la historia del derecho occidental y penetró en la modernidad, no sólo en el pensamiento de juristas sino también en el de algunos de sus más destacados filósofos y teóricos políticos, recibiendo especial y hasta regocijada bienvenida en el Derecho penal. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en derecho penal, estudios de criminología y política criminal*, Dykinson, 2006, pág. 22-25. En el mismo sentido German ALLER destaca que en la antigua Roma, el *hostis populi romani* era el enemigo del pueblo romano y significaba que era objeto de venganza pública. Véase ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 89. Según SCHÜNEMANN el concepto de enemigo no provino de la Teoría del Estado, sino de la Teoría del Derecho de gentes, y posee su significación especial en la teoría de la escolástica cristiana sobre la guerra justa. Desde el concepto de la guerra justa que se remonta a Agustín, trabajado en particular por Tomás de Aquino, y llevado a su máxima expresión en la escolástica del siglo XVII, el soberano puede entablar guerra defensiva contra quien ataca (el enemigo), para restablecer la paz y el orden anterior, en tanto que la guerra, como así también las medidas en particular adoptadas en ella, fueran necesarias para estos fines. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, *¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, op. cit., pág. 977.

³⁰⁶ Sin embargo, la visión de éste Derecho penal del enemigo también contiene dosis de política que se destacan tanto en la selección de los enemigos como en la reacción que contra ellos pretende tener el Derecho penal. En este sentido ALCÓCER POVIS, Eduardo, *El derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?*, en *Revista de Derecho penal*, 2006, pág. 8, señala que al hablar del "*Derecho penal del enemigo*" se hace referencia a una singular forma de manifestación de poder estatal de reelaboración dogmática reciente, así como de conocida raigambre filosófica y política.

social, deja de ser miembro del Estado, está en guerra contra él; por lo tanto, debe morir como tal (Rousseau)³⁰⁷; (b) quien abandona el contrato de ciudadano pierde todos sus derechos (Fichte)³⁰⁸; (c) en casos de alta traición contra el Estado, el criminal no debe ser castigado como un súbdito, sino como un enemigo (Hobbes)³⁰⁹; (d) quien se convierte en peligroso por transgredir la

³⁰⁷ Para ROUSSEAU: *Todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como ciudadano. El proceso y el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien; reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y que en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.* Citado por ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 101 Es determinante en ROUSSEAU el concepto de la guerra y la introducción expresa de la pena de muerte por su carácter de enemigo, pues quien se encuentra fuera del contrato social no puede ser tratado dentro de él. Sin embargo, señala ZAFFARONI que ROUSSEAU es contradictorio, pues parece referirse sólo a los asesinos y no a cualquier delincuente y, además, sólo admite que se le quite la vida a quien no se puede conservar sin peligro y, como si esto fuese poco, en el mismo libro afirma que el Estado sólo puede tener por enemigo a otro Estado y nunca a una persona. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La legitimación del control penal de los "extraños"*, op. cit., pág. 1135. (ver cita núm. 58). SCHÜNEMANN plantea que no es posible remitirse ni a ROUSSEAU ni a FICHTE, quienes, según las propias citas de JAKOBS, quieren tratar a todos los delincuentes de igual modo (mal, es decir, como enemigo). Por consiguiente, sus planteamientos no deben ser tomados como fundamentación del Derecho penal del enemigo. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 979.

³⁰⁸ En el mismo sentido para FICHTE: "Quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se encontraba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos. Asimismo, expresa: (...) quien no lo cumple [el contrato de ciudadanía], no está incluido en él, y quien está incluido en él lo cumple necesaria y enteramente. Quien no participa en él, no participa en ninguna relación jurídica, y está legítimamente excluido y a todos los efectos de la acción recíproca con otros seres semejantes en el mundo sensible". Cfr. ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 100.

³⁰⁹ Para HOBBS: Mientras no se tenga la garantía de que los demás no van a incumplirlas (a las leyes naturales), todos retienen el derecho originario de defenderse por los medios y con las fuerzas que tuvieren, esto es, el derecho a todo o el derecho a guerra [...] De donde se sigue que el Estado retiene su derecho primigenio, esto es, el derecho de guerra contra le discrepante, como contra un enemigo. Citado por ALLER,

ley puede sufrir cualquier daño que se considere necesario (Locke)³¹⁰; (e) quien amenaza constantemente a la sociedad y al Estado, quien no acepta el “estado comunitario legal”, debe ser tratado como un enemigo (Kant)³¹¹.

Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 98-99. La fundamentación de la postura de HOBBS radica en que no admite la resistencia al soberano, que le importaría reintroducir el *bellum omnium* contra *omnes*, la guerra de todos contra todos, y precisamente por eso, quien resiste el poder del soberano no es penado, sino sometido a contención forzada, porque no es un delincuente sino un enemigo que, con sus resistencia reintroduce la guerra. Por grave que sea un delito, su autor no es un enemigo, pero quien resiste al soberano es el enemigo, porque se vuelve *extraño* o *extranjero* al salir del contrato con su propio acto de resistencia. Véase ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., pág. 1137. Citado por ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 98-99. Así, HOBBS, también expresa: *El daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que si se tiene en cuenta que no está ni sujeto a la ley, y, por consiguiente, no pudo violarla, o que habiendo estado sujeto a ella y declarando que ya no quiere estarlo, niega, como consecuencia, que pueda transgredirla, todos los daños que puedan inferírsele deben ser considerados como actos de hostilidad [...] al rechazar la condición de súbdito, rechaza la pena que ha sido establecida por la ley, y, por consiguiente, padece ese daño como enemigo del Estado.* Así contra el enemigo es válido cualquier tipo de medida, pues por no pretender estar sujeto a la ley esta no se le puede aplicar, ni siquiera para el castigo, dice textualmente “los castigos que están estipulados por la ley sólo son aplicables a los súbditos, no a los enemigos”. De la ley natural que ordena perdonar las ofensas deriva que el perdón es precisamente un modo de “conceder la paz”, pero el perdón está excluido para los enemigos, pues si la paz “se concede a quienes perseveran en su hostilidad, ya no será entonces paz, sino miedo”. Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 16-17. Incluso trasciende en la aplicación de la pena, o medida si se quiere, a los enemigos que puedan ser inocentes, a sus ascendientes y descendientes, así plantea “El castigo de ciudadanos inocentes es contrario a la ley de la naturaleza, pero no lo es en el caso del enemigo inocente, pues “en la guerra, la espada no hace distingos, ni tampoco los hace el vencedor entre culpables e inocentes”; por ello, la venganza no sólo debe aplicarse al rebelde, sino que también “a los padres [y] a la tercera y cuarta generación de descendientes suyos que aún no han nacido y que, en consecuencia, son inocentes del hecho por el que tienen que padecer”. GRACIA MARTÍN, Luís, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 16-17. En efecto, como observa PÉREZ DEL VALLE, ello parece ser una consecuencia necesaria, pues el proceso contra los enemigos no tiene como fin la imposición de una pena, sino la venganza, y sería discutible que para una venganza en estado de guerra fueran necesarias garantías. Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, ob cit., pág. 18.

³¹⁰ Para LOCKE: Al transgredir la ley de la naturaleza, el delincuente pregona vivir según una norma distinta de aquella razón y equidad común, que es la medida que Dios puso en las acciones de los hombres para su mutua seguridad, y así se convierte en peligroso para la estirpe humana; desdeña y quiebra el vínculo que a todos asegura contra la violencia y el daño, y ello, como transgresión contra toda la especie y contra

la paz y seguridad de ella, procurada por la ley de la naturaleza, autoriza a cada uno a que por dicho motivo, según el derecho que le asiste de preservar a la humanidad en general, pueda sofrenar, o, donde sea necesario, destruir cuantas cosas le fueron nocivas, y así cuasar tal daño a cualquiera que haya transgredido dicha ley [...] Y Caín estaba tan plenamente convencido de que todos y cada uno tenían derecho de destruir tal criminal que, después de asesinar a su hermano, exclamó: “Cualquiera que me hallare me matará”; tan claramente estaba este principio escrito en los corazones de toda la estirpe humana [...] En verme libre de tal fuerza reside la única seguridad de mi preservación, y la razón me obliga a considerarle a él como enemigo de mi valeduría y posible rapiñador de mi libertad, que es el vallado que me guarda; de suerte que quien intenta esclavizarme, por ello se pone en estado de guerra conmigo [...] Y esta es la obvia diferencia entre el estado de naturales y el de guerra, los cuales, por más que los hubieren algunos confundido, son entre sí tan distantes como un estado de paz, bienquerencia, asistencia mutua, y preservación lo que sea de uno de enemistad, malicia, violencia y destrucción mutua. Véase ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 100. Se nota ya en LOCKE la relevancia de los conceptos de peligrosidad y la necesidad de procurarse seguridad por parte de los individuos. De la misma manera retoma el concepto de causar cualquier daño necesario contra el delincuente que no pretenda vivir según la norma. Sin embargo, la norma para LOCKE, no es validad por ser impuesta por el soberano sino por tener carácter divino, por eso, como crítico de la monarquía absoluta, quien realiza un acto de resistencia legítimo reclamando el respeto de los derechos anteriores al contrato estatal, es un ciudadano que ejerce su derecho; para HOBBS, como defensor del estado absoluto, es un enemigo al que es menester contener con fuerza ilimitada, sin respetar siquiera los márgenes de la pena, porque ha dejado de ser un súbdito. Quien para LOCKE ejerce el derecho de resistencia la opresión es para HOBBS un enemigo peor que un criminal. Para LOCKE el soberano que abusa del poder pierde su condición de tal y pasa a ser una persona más; para HOBBS es el súbdito que resiste el abuso de poder del soberano quien pierde su condición y pasa a ser un enemigo. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, op. cit., pág. 1137-1138.

³¹¹ KANT es uno de los más citados por JAKOBS como precursor del Derecho penal y así señala: *En los Estados no se concibe una guerra penal, porque entre ellos no existe la relación de superior e inferior. Por tal motivo, una guerra de exterminio que llevara al aniquilamiento de ambas partes y a la acumulación de todo derecho, haría imposible una paz perpetua, a no ser que fuese la paz de los cementerios para toda la humanidad. También: Al derecho esta unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción. El sujeto a de estar también autorizado a obligar a cualquiera, con quien entre en conflicto sobre lo mío y lo tuyo acerca de tal objeto, a entrar con él en una constitución civil.* Así, establece que la guerra sólo puede ser declarada a un individuo y no a un Estado pues no hay relación de superioridad entre uno y otro. Citado por ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto...* op. cit., pág. 101. De la misma manera, SCHÜNEMANN refuta que JAKOBS pueda remitirse a Immanuel KANT como su avalador, ya que la concepción kantiana de Derecho penal, acerca de lo cual JAKOBS no dedica una palabra, está muy lejos de toda posibilidad de hacer una interpretación en el sentido de un Derecho penal del enemigo. [...] Según KANT, la comisión de un delito convierte a “quien lo comete en incapaz de ser ciudadano del Estado”. Pero en su concepción, el Estado no reaccionaria con la expulsión o con alguna medida

Lo cierto es que independientemente de su origen o si son acertados, estos argumentos filosóficos (como se dijo, ya empleados por los Estados autoritarios del siglo XX, más específicamente por el Tercer Reich) son retomados en la actualidad como fundamentación del Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, en cada época los enemigos han venido variando y han sido catalogados de acuerdo a las necesidades o realidades concretas de cada momento histórico. Por ello, teniendo en cuenta los problemas sociales de la modernidad, no es de extrañar que, precisamente, las últimas propuestas de JAKOBS remitan a un variado universo de candidatos a ser tratados bajo las pautas del “Derecho penal del enemigo”: la delincuencia organizada en general, el terrorismo, el narcotráfico, la delincuencia sexual del sujeto peligroso, la delincuencia habitual, y tendencialmente la delincuencia de especial gravedad. Así señala “que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, relativa a las drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su imbricación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro

protectora de la sociedad, es decir, dirigida a un fin, sino exclusivamente con la pena retributiva. Véase SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., pág. 979. Así, en la misma línea de LOCKE, FEUERBACH respondió a KANT en 1798 publicando su *Anti-Hobbes* que, en rigor de verdad, fue un *Anti-Kant*. FEUERBACH defiende los derechos anteriores al contrato, afirmando que en el estado natural también existen derechos. Citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, ob.cit., pág. 1138. De la misma manera, Carl SCHMITT plantea los argumentos de amigo-enemigo, pues estos *conceptos junto con el de lucha adquieren su sentido real por el hecho de que están y se mantienen en conexión con la posibilidad real de matar físicamente. La guerra procede de la enemistad, ya que ésta es una negación óptica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad.* Citado por AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 126. Sin embargo, SCHMITT no dice en modo alguno que el “enemigo” no sea una persona. [...] Profesa (...) el enemigo no es una persona injusta, inmoral, y menos un criminal. El enemigo es simplemente aquel a quien se combate por razones que atañen a la cosa pública. DONINI, Massimo, op. cit., pág. 610. Por lo tanto, en el sistema de SCHMITT no hay lugar para el “enemigo de la humanidad” en el sentido de LOCKE, puesto que humanidad y la agrupación en amigos y enemigos se excluyen mutuamente. AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 126-127.

modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratados como persona en Derecho”³¹².

Por lo tanto, cabría distinguir, como expresa GROSSO GARCÍA, al menos cuatro grupos. En un primer grupo, se ubicarían aquellos que, sin asumir una particular actitud de enemistad declarada contra la sociedad, constituyen, sin embargo, una fuente constante de peligro e inestabilidad para la misma, entre ellos estarían los inimputables, los delincuentes famélicos, ciertas conductas de minorías o inmigrantes, etc. En un segundo grupo, se ubicarían los delincuentes habituales, tales como distribuidores minoristas de drogas, ladrones profesionales, delincuentes sexuales, estafadores, falsificadores, etc. Un tercer grupo estaría conformado por los miembros de organizaciones criminales de toda índole, que atentan contra intereses específicos de la sociedad, tal es el caso de las grandes corporaciones criminales, como la mafia, los grandes cárteles de traficantes de droga, las bandas de sicarios y secuestradores, delincuentes financieros, informáticos, etc.; en un cuarto grupo se ubicarían los delincuentes políticos, los terroristas, los miembros de organizaciones separatistas o de sectas religiosas extremistas, etcétera³¹³.

Como aclara SILVA SÁNCHEZ, “el tránsito del ‘ciudadano’ al ‘enemigo’ se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva y, finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas” y “en ese tránsito, más allá del significado de cada hecho delictivo concreto, se manifestaría una dimensión fáctica de peligrosidad a la que habría que hacer frente de un modo expeditivo”³¹⁴.

³¹² JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pág. 42 [La pena estatal. Significado y finalidad, 2006] Citado por AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit, pág. 134.

³¹³ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 14-15.

³¹⁴ Citado por GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 6.

No se puede obviar que en la actualidad, el caso más concreto que cabe destacar como acreedor de la categoría de enemigo es el terrorista, sin embargo, en el ámbito tratado hasta el momento la exclusión del terrorista es autoexclusión: se ha convertido a sí mismo en terrorista o ha incumplido de otro modo sus deberes, y por ello es heteroadministrado en el marco de lo necesario³¹⁵.

Siendo así, el Derecho penal dirigido específicamente contra terroristas tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin de la pena y de los tipos penales correspondientes. El derecho penal del ciudadano, la garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse en – ahora viene el término anatematizado – Derecho penal del enemigo, en defensa frente a un riesgo³¹⁶.

Frente a este riesgo que supone un grupo terrorista, el Derecho penal del enemigo sólo puede responder con la inocuización, y así se ha plasmado ya en las legislaciones penales, como sucede en el caso de España donde el condenado por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas, tras la reforma realizada por las LLOO 1/2015, y 2/2015, ambas de 30 de marzo, tendrá como límite mínimo de cumplimiento de pena para optar a la suspensión de la ejecución veintiocho o treinta y cinco años, según sea el delito cometido.

Otro caso es el de las organizaciones criminales que se conciben como un verdadero Estado extranjero con el que se está combatiendo una guerra de la

³¹⁵ JAKOBS, Günther, op. cit., pág. 90-91.

³¹⁶ JAKOBS, Günther, ¿Terroristas como personas en Derecho?, op. cit., pág. 885-86. Si bien todavía parece posible, evidentemente, tratar al “delincuente habitual” “no como un individuo peligroso, sino como una persona que actúa equivocadamente” - esto es: todavía como persona y como ciudadano-, lo cierto es que resulta difícil hacerlo en el caso de “autores por tendencia o con el autor que se hace miembro de una organización”. En cualquier caso, quien debe ser tratado como enemigo es el terrorista, que niega de hecho “la legitimidad del ordenamiento jurídico por principio” y “pretende destruirlo”. JAKOBS, *HRRS* 3/2004, pág. 92. Cit. por AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo...op. cit., pág. 134.

que depende la supervivencia de la sociedad, por lo que los integrantes y dirigentes de éstas no pueden ser tratados como el resto de los ciudadanos³¹⁷. Se trata, para ser precisos, de un tipo de desviación y de peligrosidad social, donde a la capacidad criminal de los particulares (...) se une el espesor criminal de las organizaciones que integran. El aspecto macrojurídico, por lo tanto, prevalece sobre el individual³¹⁸.

Si por tanto, como expresa DONINI, “el tipo de autor aquí es seguramente particular (como integrante de una organización criminal), lo que caracteriza el rigor punitivo de los instrumentos penales al respecto no es sin embargo una valoración personal –como encontramos, no obstante, en las medidas de seguridad – sino una aproximación mucho más generalizadora de derecho sustancial: el autor es peligroso porque es organizado contra el Estado o la sociedad civil junto con otros autores. No se trata sólo de un concurso de personas de tipo profesional, sino de asociaciones criminales estables”³¹⁹.

Sin embargo, aunque suscribo esta afirmación plenamente, resulta un tanto incompleta, esto en dependencia de la determinación del enemigo que se haga, el enemigo por su condición de sujeto peligroso no necesita como requisito *sine qua non* conformar una asociación criminal estable, pues en algún caso, su característica personal de peligro puede quedar manifiesta por actos concretos

³¹⁷ DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 739-740.

³¹⁸ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 623. Sobre este aspecto, FEIJOO SÁNCHEZ plantea 1. Desde un punto de vista político-criminal general, una vez que es evidente que existe un interés político en actuar de forma especial contra las organizaciones criminales, hay que determinar dogmáticamente cuál puede ser el fundamento de una mayor penalidad para dichas organizaciones. 2. Desde un punto de vista político-criminal de la parte especial, hay que tratar tanto la existencia como la legitimidad de tipos penales específicos para comportamientos relacionados con organizaciones criminales más allá del tradicional delito de asociación criminal. Véase FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit, pág. 836. Véase la rigurosidad de la respuesta penal para las organizaciones en el caso del narcotráfico regulado en el art. 369 bis CP.

³¹⁹ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 624. Por eso, en un aspecto macro, el Derecho penal del enemigo puede ser reducido a un Derecho penal de organizaciones criminales, pues sobre éstas en general basa la respuesta de guerra por poner en grave riesgo al Estado.

o modo de vida que practique, que por sí solos merezcan el etiquetamiento de enemistad para la sociedad.

Así, el desborde normativo que ha versado sobre las organizaciones criminales, lleva a la conclusión de que se está empezando a aplicar, más que flexibilización de garantías penales, el Derecho penal del enemigo, pues las regulaciones de la materia son tan ambiguas que producen graves excesos, a tal punto que en muchos casos no existe una participación en un hecho delictivo concreto sino que se participa de forma abstracta y generalizada en las actividades de la organización³²⁰ y por ello se sanciona con un excesivo componente de severidad.

Véase como ejemplo de ello, la regulación de las organizaciones y grupos terroristas, tras la reforma realizada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, en los arts. 571 y 572 CP, donde se sanciona no sólo a los que promovieren, constituyeren, organizaran o dirigieren una organización o grupo terrorista, sino a todo aquel que participe activamente o forme parte de ellos.

Finalmente, no se podría dejar fuera de la consideración como enemigo al “depredador sexual”; prueba de ello son las constantes transformaciones que han tenido las legislaciones penales en materia de delitos sexuales, donde cada vez se emplean más los términos de delincuente peligroso en las regulaciones para definir a esta categoría y justificar con ello el adelantamiento de la intervención penal y los incrementos desproporcionados en las penas.

Así, lo refleja la criminalización de conductas meramente “inmorales” en el ámbito sexual y en relación sobre todo con los menores e incapaces para los casos de pornografía infantil donde se castiga la mera posesión para uso personal de material pornográfico donde bien pueden haber participado o no menores, ya que puede simplemente, haberse utilizado su voz o imagen

³²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit, pág. 838.

alterada o modificada (art. 189 CP), criminalizando ex post a alguien que directamente ex ante no ha participado en el delito que implica el atentado y lesión directa del bien jurídico a proteger en estos casos.

Sumado a los tipos de enemigos, un elemento que JAKOBS introduce y resulta muy peligroso en la sociedad actual de la globalización, es el referido al problema del multiculturalismo, dejando entre ver que las diferencias de procedencia, marcan pautas en el comportamiento y dependiendo de su origen pueden ser peligrosas por los aspectos culturales diversos que conllevan; así expresa: “A esto se le agrega la fuerza explosiva del así llamado multiculturalismo –un simple absurdo: o las diferentes culturas son simples añadiduras a una igualdad jurídica de base; entonces se trata de multicolorismos de una cultura. O –y ésta es la variante peligrosa- las diferencias marcan a las identidades de los pertenecientes; pero entonces la base jurídica común tan sólo se degrada hacia un simple instrumento de vivir junto a otros y, como cualquier instrumento, abandonado cuando ya no se necesita (...). Así que la sociedad va a continuar teniendo enemigos que se mueven entre ella –abiertamente o con piel de oveja-”³²¹.

Con su concepción de multiculturalismo, JAKOBS aboga por la uniformidad social, dejando entrever aquel viejo concepto del extranjero como peligroso, siendo ya esta una categoría *per se* para ser tratado como enemigo, promoviendo aún más la exclusión social, la exclusión de grupos enteros de población. Ya aquí la evaluación de la personalidad peligrosa va más allá del tipo de delitos que se cometan, sino que estaría condicionada por un aspecto meramente cultural.

De esta manera queda evidenciada una cuestión que resulta muy problemática: la diversidad de individuos y conductas que son incluidos bajo el rótulo de enemigos; pues conduce a pensar que los enemigos contra los cuales

³²¹ Citando a JAKOBS, APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 185.

lucha el Derecho penal del enemigo, no son de una misma y única naturaleza, porque de no hacerse ninguna diferencia puede muy bien suceder que quien era enemigo sea considerado infractor, y quien era infractor pase a ser considerado enemigo³²². La categoría de enemigo puede variar de un momento a otro en dependencia de la política criminal, de la emergencia actual, del gobierno de turno o del valor o interés sobre un bien determinado en un momento concreto.

Entre otras cosas, la gravedad radica en que el Derecho del enemigo es aplicable para todos, pues JAKOBS no hace verdadera distinción en cuanto a la punibilidad entre unos y otros, sino que por el hecho de ser no personas corren con la misma suerte, entiéndase la falta de garantías penales y procesales, en la medida de lo necesario.

Y es que sólo el Derecho penal del ciudadano es un Derecho penal de todos; el Derecho penal del enemigo es contra aquellos que atentan permanentemente contra el Estado³²³. Es oposición elemental del “Bien” contra el “Mal”. Por lo tanto, el concepto nuclear es el de enemigo: lo irreconciliablemente opuesto. La rotulación como “enemigo” no se reduce a constatación de una actitud personal. Significa el comienzo de una declaración de guerra³²⁴.

Estamos entonces frente a un Derecho penal dual, uno que *tutela de bienes jurídicos* y como estatuto de garantías, y en particular como *garantía* de los asociados frente al poder del Estado (*Magna Charta* del reo), y otro Derecho penal, que tutela, en vez de los *bienes*, a los *ciudadanos* frente a los *enemigos*, y que más que asentarse sobre formas y contenidos de *justicia*, siente la

³²² SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 918.

³²³ GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal” del enemigo y los enemigos del Derecho penal, en CANCIO MELIÀ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, op. cit., pág. 965.

³²⁴ TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., op. cit., pág. 1016.

urgencia de vencer *una lucha*, en defensa del Estado, de las instituciones y de los particulares, contra quienes se han empeñado en esa lucha³²⁵.

Consecuentemente, la relación con el enemigo ya no se determina por el Derecho, sino por la coacción³²⁶. Con este instrumento, entonces, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. Sobre el plano puramente descriptivo, algunos fenómenos se caracterizan seguramente por el hecho de no conocer, respecto a los destinatarios de la intervención penal, la categoría del “diálogo” que marca cada vez más el Derecho penal contemporáneo: fenómenos donde, por el contrario, el diálogo se desvanece, y es reemplazado por las categorías de la “lucha” y de la “defensa”, o, incluso, de la “guerra”³²⁷.

Por lo tanto, la respuesta a los enemigos viene caracterizada por su criminalización, por la utilización del *ius puniendi* de forma más agresiva y violenta contra él, y siendo que se le declara la guerra, incorpora consecuentemente la “militarización de la justicia”³²⁸. Aquí ya ni siquiera se habla de un Estado de policía, sino de una reacción de mayor trascendencia y severidad contra el sujeto catalogado como peligroso por apartarse definitivamente de la norma, se incorpora como medio de respuesta la guerra misma contra el enemigo.

La esencia del concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro

³²⁵ Citando a JAKOBS por DONINI, Massimo, op. cit., pág. 604.

³²⁶ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 27.

³²⁷ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 615.

³²⁸ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 5.

especialmente significativas³²⁹. Esto se debe a que el autor no es peligroso por el hecho de que pueda ocasionar lesiones o peligros concretos al bien jurídico en particular, sino que el concepto de peligro se deriva de que el sujeto es peligroso para el Estado mismo, para la sociedad en general.

La calificación del contrario como enemigo sirve para justificar cualquier forma de medidas represivas, como afirma HOBBS: “un daño infligido a quien es enemigo declarado no puede calificarse de castigo” sino que habrá de ser considerado como “acto de hostilidad”³³⁰.

Siendo así, el enemigo afectaría más la seguridad cognitiva de la norma y por ello sería necesario imponer una pena mayor “por su mayor culpabilidad en este sentido”. Pero lo que no tiene en cuenta JAKOBS es que su culpabilidad no es mayor por ser más infiel a la norma, sino que genera inseguridad cognitiva porque se espera que en el futuro siga siendo culpable³³¹. Por tanto, la mayor pena no tiene que ver con la culpabilidad por el hecho que ha sucedido sino por lo que se espera de cara al futuro.

Desde esta perspectiva, el enemigo es un foco de peligro y como tal solo es posible aplicarle una medida de seguridad, por consiguiente sería apropiado pensar que el Derecho penal del enemigo en realidad es *un derecho de las medidas de seguridad* aplicables a los imputables peligrosos, aunque tales medidas se muestren en ocasiones bajo la apariencia formal de penas³³². El extraño no es persona porque no puede cometer un delito, sino sólo representar un peligro, como “un animal fugado del zoológico”³³³, por tanto a él no se le

³²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 345.

³³⁰ Citado por FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 6.

³³¹ Citando a JAKOBS, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 824.

³³² DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 748.

³³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, La legitimación del control penal de los “extraños”, op. cit., pág. 1127.

podría aplicar la pena sin más, así las medidas empleadas contra éste tendrán necesariamente la función del enjaulamiento del peligroso.

Como señala con razón el propio JAKOBS “en el ámbito del efecto preventivo – especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina pena”³³⁴. Es llamativo que JAKOBS acepte sin problemas que las medidas de seguridad son sanciones que forman parte del Derecho penal del enemigo, cuando con respecto a los ciudadanos sostiene que se trata de sanciones de tipo policial o cuasipolicial así como que acepte que el autor que sufre una pena no se le conciba como una persona competente³³⁵.

Por eso la reacción contra esa segunda clase de individuos –“no personas”, enemigos– se mediría por las necesidades de neutralización de su peligrosidad, conforme a criterios de eficacia para asegurar la estabilidad del orden jurídico, la seguridad cognitiva de que las fuentes de peligro (los sujetos fuente de peligros) están bajo control. Así las medidas contra el enemigo, de acuerdo a su peligrosidad, pueden tener un carácter multidireccional que va desde las finalidades de atemorización (recuérdese que el Estado no dialoga con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos), hasta la exclusión permanente o incluso la eliminación física, todo en dependencia de lo que se considere necesario para neutralizar el peligro. El sistema de garantías, que caracteriza al Derecho penal del Estado, retrocede para dar paso al nudo ejercicio del poder penal del Estado, a la exhibición de la fuerza como expresión de autoridad³³⁶. Por lo tanto, es al Estado al que le quedan las opciones de dar al enemigo el

³³⁴ JAKOBS cit. por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 823.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ ASUA BATARRITA, Adela, op. cit, pág. 241. En el mismo sentido expone GARCÍA AMADO “El Derecho penal del enemigo trata personalidades para someterlas o cuando esto no es posible, aislarlas de la sociedad”. Véase GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 899.

mero trato de delincuente y aplicarle simplemente el Derecho penal de ciudadanos, o añadirle el plus de otras formas de represión. Y el Derecho penal no debe ser, según se ve, cortapisa para esa libertad del Estado. El Estado tiene derecho a tratarlo como delincuente y aplicarle el Derecho penal de ciudadanos, si quiere y en la medida que quiera. Es el enemigo el que no tiene derecho a exigir el tratamiento y con ello, sus limitaciones y garantías³³⁷. La idea de seguridad ha excluido toda posibilidad de reinserción social³³⁸.

La idea de neutralización, recuerda mucho a las propuestas del insigne Franz von LISZT a finales del siglo XIX, cuya influencia es patente en el diseño de las legislaciones y las prácticas penales del siglo posterior. En su programa, construido sobre “la idea del fin en Derecho penal”, admite la inocuización, incluso a perpetuidad, frente a los incorregibles: “ese ejército de enemigos fundamentales del orden social” compuesto no sólo por los “delincuentes habituales”, sino también por “mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos sexos y alcohólicos, rufianes y *demimondaines*...”³³⁹.

Así, con respecto a la inocuización destacan dos cuestiones: a) La forma de ejecución de la pena de prisión para delincuentes peligrosos; b) Qué hacer con los sujetos culpables que mantienen su peligrosidad criminal después de cumplir la condena³⁴⁰.

Se propugna entonces un decidido aprovechamiento de los efectos inocuizadores de la pena, a cuyo fin se ha de proceder a una generalización e incremento sustancial de las penas de prisión; su cumplimiento debe tener restringida al máximo la obtención de beneficios penitenciarios, para prevenir

³³⁷ Ibídem, pág. 912-913.

³³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 832.

³³⁹ Citado por ASUA BATARRITA, Adela, op. cit., pág. 241.

³⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 824.

una reducción de su duración o un aligeramiento del régimen de cumplimiento³⁴¹.

Por tanto, la repuesta válida contra el enemigo es la inocuización, que bien puede comprender una medida de seguridad indeterminada, el aislamiento permanente o incluso el exterminio *del peligroso*.

De esta manera, se han de potenciar medidas sancionadoras, específicamente destinadas a combatir la peligrosidad más allá de lo que pueda hacerlo la pena misma. Se propugna la revitalización de un Derecho de medidas, asegurativo para éste tipo de delincuentes, con la vuelta a la acumulación y cumplimiento sucesivo de pena y medida y la potenciación de los internamientos de seguridad antes y después del cumplimiento de la pena³⁴².

Tal sería el caso de ciertas medidas policiales y judiciales autoritarias, restrictivas, vulneradoras y degradantes de las personas y sus derechos, como la confesión bajo tortura, las incomunicaciones prolongadas, las detenciones sin motivos o sin control jurisdiccional, así como la realización de prácticas antes prohibidas, como las intervenciones telefónicas o de correo electrónico, que hoy aparecen legislativamente autorizadas –incluso por un Poder Ejecutivo sin control jurisdiccional – en el contexto de la nueva peligrosidad³⁴³.

³⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, op. cit., pág. 585.

³⁴² *Ibidem*. Tal es el caso de la estrategia extendida en Estados Unidos de las teorías de la inocuización selectiva o de la neutralización selectiva (*selective incapacitation*). SILVA SÁNCHEZ señala como “la premisa mayor de la teoría de inocuización selectiva es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes (*high risk offenders*), respecto a los cuales cabe determinar que han sido responsables de la mayor parte de hechos delictivos y predecir que lo seguirán siendo. De modo que la inocuización de los mismos –esto es, su retención en prisión el máximo tiempo posible – conseguiría una radical reducción del número de hechos delictivos y, con ello, importantes beneficios al menor coste”. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 827.

³⁴³ DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 752.

Según JAKOBS, hasta diez años de pena privativa de libertad por la mera pertenencia a una organización terrorista, o las investigaciones encubiertas, o las escuchas indiscriminadas, o la prisión preventiva por riesgo de reiteración delictiva, y más cosas no son, *per se*, ataques al Estado de Derecho, sino que sólo lo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad o de proceso penal ordinario³⁴⁴.

Ante este punto, comparto la postura de FEIJOO SÁNCHEZ que la peligrosidad criminal individual no se combate con sanciones estandarizadas, por lo que (...) deben tener en cuenta la peligrosidad individual y no una ficticia peligrosidad relacionada con el tipo de delincuente³⁴⁵. Por lo que, la privación de libertad –o la deportación – de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad y, por lo tanto, el sufrimiento que se le impone es una pena entendida como mera contención, un encerramiento que crea un puro impedimento físico³⁴⁶.

Por otra parte, JAKOBS es de la idea que al enemigo se le debe dar la oportunidad de retornar al redil mientras no esté definitivamente perdido³⁴⁷, le preocupa la asimilación de todo delincuente a enemigo no porque sea fuente de injusticia o exceso, sino porque supone la posibilidad de negarle la posibilidad de retornar a la sumisión y porque dificulta la reparación del daño que causó³⁴⁸.

³⁴⁴ JAKOBS, Günther, ¿Terroristas como personas en Derecho?, op. cit., pág. 92.

³⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, op. cit., pág. 829.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El enemigo en derecho penal, estudios de criminología y política criminal, op. cit., pág. 19.

³⁴⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., pág. 919.

³⁴⁸ *Ibídem*, pág. 911.

Finalmente, GOMES y otros, destacan las premisas básica a tomar en cuenta para la imposición de la sanción “penal” a un enemigo, así señalan que (a) El enemigo no puede ser castigado con una pena, sí con una medida de seguridad (por ejemplo, no con la destinada a los inimputables, que tiene carácter curativo, sí con una medida de seguridad para detener a imputables); (b) no debe ser castigado de acuerdo con su culpabilidad, sino de acuerdo a su personalidad; (c) las medidas contra el enemigo no miran principalmente al pasado (lo que se ha hecho), sino al futuro (o que él representa un peligro futuro); (d) no es un Derecho penal retrospectivo, sino prospectivo; (e) el enemigo no es un sujeto de Derecho, pero sí objeto de coacción; (f) el ciudadano, incluso después de delinquir, continúa con su estatus de persona; y el enemigo pierde ese estatus (lo importante es sólo su peligrosidad); (g) el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma; el Derecho penal del enemigo combate preponderadamente peligros; (h) el derecho penal de enemigo debe adelantar el ámbito de protección de la norma (anticipación de tutela penal) para alcanzar los actos preparatorios; (i) incluso cuando la pena sea intensa (y desproporcionada), incluso así, se justifica la anticipación de la protección penal; (j) en cuanto al ciudadano (autor de un homicidio ocasional) se espera que él exteriorice un hecho para que se produzca la reacción (que viene a confirmar la vigencia de la norma); en relación con el enemigo (el terrorista, por ejemplo), debe ser interceptado prontamente, en el estado previo, en razón de su peligrosidad³⁴⁹.

Desafortunadamente, muchos son los lamentables casos de gobiernos autoritarios que han aplicado cualquier tipo de medidas contra los catalogados “enemigos”, basados en la justificación del peligro que representan para la sociedad en su conjunto, téngase como ejemplo paradigmático la ya referida propuesta de ley sobre “los extraños a la comunidad” elaborada por Edmund MEZGER: “el exterminio de partes de la población que contienen pueblos y razas peligrosas” además de la conformación de dos Derecho penales; uno

³⁴⁹ GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, op. cit., pág. 964.

para la generalidad y otro para determinados grupos de personas: el delincuente por tendencia³⁵⁰.

En la actualidad, después de los ataques a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, el propio BUSH estilizó el concepto de enemigo como concepto de lucha: *“We are the target who boast they want to kill: Kill all Americans, Kill all Jews and kill all Christians. We’ve seen that type of hate before, and the only possible response is to confront it and to defeat it. This new enemy seeks to destroy our freedom and impose its views. We value life; the terrorists ruthlessly destroy it... We wage a war to save civilization itself. We did not seek it, but we will fight it and we will prevail”*³⁵¹.

Téngase como otro ejemplo el caso de Colombia. En una de sus intervenciones en Bogotá, en octubre de 2004, JAKOBS concluyó: “[...] la democracia debe conservar sus fundamentos, ella vive de requisitos concretos”, el ajuste de los individuos a la normatividad, al Derecho, es uno de ellos. Pero éstos vienen desapareciendo, son “democracias amenazadas” por violencias múltiples³⁵². Se entiende de esta manera que para vivir en una democracia el individuo como tal debe cumplir requisitos, cuando el ciudadano quebranta la norma pone en peligro la democracia misma, por lo que para garantizarla se puede responder contra él de la forma que se considere necesaria, incluso con la guerra.

³⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, op. cit., pág. 239 y ss.

³⁵¹ “Somos el objetivo que se jactan querer matar: matar a todos los americanos, matar a todos los judíos y matar a todos los cristianos. Hemos visto ese tipo de odio antes, y la única respuesta posible es enfrentarlo y vencerlo. Este nuevo enemigo busca destruir nuestra libertad e imponer sus puntos de vista. Valoramos la vida; los terroristas la destruyen sin piedad ...Libramos una guerra para salvar a la civilización misma. Nosotros no buscamos, pero vamos a luchar y vamos a prevalecer”. Wahlkamfrede, Atlanta/Georgia, 8-11-2001, véase el texto completo, http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushtext_110801.html

³⁵² Citado por APONTE, Alejandro, op. cit., pág. 189 – 190.

FERRAJOLI es de la idea que el Derecho penal, o mejor, la represión salvaje y desregulada cubierta bajo el noble título de Derecho penal, pierde no sólo su legitimidad, sino también su eficacia. Porque pierde su asimetría con el crimen. Así agrega que para repeler o neutralizar un acto de guerra, se responde con la guerra de defensa o con la movilización general contra el Estado agresor. A un crimen, aunque sea gravísimo, se responde con el derecho penal, es decir, con la punición de los culpables, que puede ser muy severa; por tanto, no con ejércitos o bombardeos, sino con la policía y, por consiguiente, con el esfuerzo y la capacidad investigadora dirigidos a establecer las responsabilidades y a neutralizar la compleja red de las complicidades que les diera y siga dándoles soporte³⁵³. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala³⁵⁴.

Es, por lo tanto, el principio del diálogo el que convierte en verdaderamente compatible la democracia con la ciencia, y no, desde luego, la ley de la guerra³⁵⁵.

Por su parte, SCHEERER señala que el Derecho penal del enemigo es un instrumento para la superación de crisis políticas (o como mínimo politizadas). Las correspondientes crisis pueden ser “verdaderas” o “escenificadas”. En cualquier caso, la población debe creer en la crisis o por lo menos evitar de manera efectiva que puedan articularse dudas. [...] En primer lugar, se hace al enemigo responsable de la crisis de la falta de seguridad y orden. Así el gobierno evita que se le recrimine su imposibilidad de cumplir con su cometido primordial de aseguramiento de la seguridad y el bienestar dentro del Estado. Cuanto más éxito tenga en atribuir la culpa de la crisis al enemigo, mejor será la

³⁵³ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 7-8.

³⁵⁴ SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 922.

³⁵⁵ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 684.

legitimación del gobierno. En segundo lugar, la declaración como enemigo dentro del Estado proporciona al “grueso” de la población el sentimiento tranquilizador de ser inocentes en la crisis y que sólo tienen que luchar contra el enemigo para volver a recuperar el Estado deseado. En tercer lugar, la polarización y la presión para el aislamiento del enemigo ejerce incluso un poder sobre la población de someter el “consenso coercitivo” a favor del estatus *quo* y su análisis de la amenaza. El riesgo del disenso abierto es demasiado alto, se corre peligro sin embargo de que, cuando se rechace la conformidad, se esté siendo justo con el enemigo³⁵⁶.

Un punto esencial que debe notarse es que estas formas de intervención penal tienen una larguísima legitimación en la opinión pública, y por tanto las instituciones del Estado o las internacionales que valoran un tipo de intervención “de lucha” y “de guerra” *contra* estos fenómenos, y los respectivos autores, gozan de gran popularidad³⁵⁷, entre otras cosas porque estamos ante un Derecho penal que sirve a una política criminal que busca la efectividad en el corto plazo para resguardar la “seguridad social”.

Por lo tanto, se constata la presión de la sociedad y de diversos subsistemas del sistema social, singularmente el económico y el político, para que el sistema penal resulte eficaz y efectivo en la lucha contra esa delincuencia, así como sus indisimuladas advertencias de que si la ciencia jurídico-penal no lo adapta a tales exigencias con la configuración de un Derecho penal de guerra, el Derecho penal que conocemos y las estructuras conceptuales que lo conforman están condenadas a la irrelevancia³⁵⁸.

³⁵⁶ SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 927.

³⁵⁷ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 616. Y es que, como ya se ha abordado ampliamente, en el contexto actual, la interacción de los medios de comunicación y los discursos políticos intensifican la seducción de imágenes de “combate” contra el delito y la difusión de los estereotipos sobre enemigos de la sociedad.

³⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, op. cit., pág. 586.

En este punto, para explicar el papel del Derecho penal, el término que introdujo HASSEMER resulta muy clarificador: “el engaño”, el cual se dirige únicamente “a la producción de la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador decidido”³⁵⁹, retomando el simbolismo que caracteriza al Derecho penal de la actualidad sin importar de qué tipo de política criminal se trate, o hacia quien vaya dirigida.

Por otra parte, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama “Derecho penal del enemigo” está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal “normal”³⁶⁰. De lo contrario, la primacía del Estado por encima del Derecho o un Derecho de lucha en situaciones de necesidad, conformarían el Derecho penal del Estado de excepción³⁶¹.

Para CALLEGARI, sin embargo, las medidas excepcionales preconizadas por el Derecho penal del enemigo pueden ser utilizadas pero solamente en tiempos excepcionales, tales como el estado de sitio, de defensa³⁶².

³⁵⁹ Citados por SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 933.

³⁶⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 370.

³⁶¹ SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 920.

³⁶² CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 331.

No obstante, discrepo ante esta postura, pues en los “tiempos excepcionales” se produce situaciones excepcionales que implican un cambio o flexibilización en algunos derechos y garantías que el Derecho penal ordinario aplica en el Estado del Derecho, pero esto se produce precisamente por encontrarse en una situación pasajera o carácter temporal, el Derecho penal del enemigo pretende establecer un trato con carácter excepcional a determinados sujetos de forma indefinida, se considera una emergencia pero ésta terminará en función de que se extinga el peligro que representa un individuo en concreto.

El problema, pues, ha de plantearse en términos de si en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho se puede legitimar la existencia de un “Derecho de lucha contra los enemigos” como “complemento” del *Derecho* penal y, por ello, como una *excepción* a éste que no tendrá el carácter de “Derecho” porque el contenido de sus regulaciones será únicamente el ejercicio de la coacción y de la fuerza³⁶³.

Algunos autores comentan que partiendo que al enemigo, al extraño, se le combate con la guerra y que no se trata de una respuesta jurídica sino militar, ya no estamos hablando ni siquiera de Derecho, tal y como se conoce, pues el Derecho es precisamente lo opuesto a la guerra³⁶⁴. Porque una cosa es la flexibilización de las garantías (constitucionales o fundamentales), y otra distinta es la flexibilización de los principios tradicionales del Derecho penal³⁶⁵.

MODOLELL es partícipe de la idea de que se trate de un verdadero Derecho penal es cuestión de definición. Lo que es en la sustancia punitiva, pero no en las garantías y en la forma. Una pena sin derecho no es Derecho penal, sino

³⁶³ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 31.

³⁶⁴ GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, op. cit., pág. 7, en el mismo sentido, FERRAJOLI, Luigi, op. cit., pág. 3.

³⁶⁵ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, op. cit., pág. 335.

violencia³⁶⁶. Y es que, la posibilidad de aplicar un Derecho penal al margen del Estado de Derecho, a un individuo calificado como enemigo es prácticamente imposible sin infringir los derechos fundamentales del ser humano en la mayor parte de los Estado democráticos, derechos que indudablemente constituyen límites infranqueables al *ius puniendi* del Estado³⁶⁷.

De esta manera se puede concluir que la posibilidad de que el Estado en relación con los enemigos pueda actuar al margen del Estado de Derecho, incluso en estado de emergencia, no es admisible. A partir del momento en que permitamos esta violación con justificación excepcional, estaremos abriendo un peligroso precedente para que otras restricciones vengan a ser hechas, siempre con la justificación de la protección de los ciudadanos. Soy de la postura de que cuanto más se respeten las garantías fundamentales, más democrático un Estado será. “El llamado discurso de las garantías no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis (...) Es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho, que deben regir para todas las personas”³⁶⁸.

En conclusión, como expresa SCHEERER, nunca mejor dicho, frente a la pregunta de quiénes podrían ser perjudicados o beneficiados por este Derecho penal del enemigo, debe decirse desde un punto de vista jurídico-penal, que el Derecho penal del enemigo perjudica a corto plazo y en forma directa y

³⁶⁶ DONINI, Massimo, op. cit., pág. 647. Aunque, ya para MUÑOZ CONDE hablar de Derecho penal, incluso tal y como lo entendemos hoy, es hablar de violencia “pues violento son los casos de los que se ocupa principalmente el Derecho penal y violenta es la respuesta que le da a esos casos”.

³⁶⁷ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luís, op. cit, pág. 333.

³⁶⁸ DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, op. cit., pág. 481.

perceptible a aquellos que son señalizados como enemigos. Y a mediano plazo y directa pero imperceptiblemente, a todos³⁶⁹.

4.2. Principales características del Derecho Penal del enemigo

De todo lo que hemos expuesto hasta el momento, se pueden ya extraer algunas de las características esenciales que conforman el Derecho penal del enemigo. Así, algunos autores como GOMES Y BIANCHINI³⁷⁰, mantienen un amplio elenco de estas clasificándolas de la siguiente manera:

- (a) La flexibilización del principio de legalidad (descripción vaga de los delitos y las penas);
- (b) la inobservancia de principios básicos como el de ofensividad, de exteriorización del hecho, de la imputación objetiva, etc.;
- (c) aumento desproporcionado de las penas;
- (d) creación artificial de nuevos delitos (delitos sin bienes jurídicos definidos);
- (e) endurecimiento sin causa de la ejecución penal;
- (f) anticipación exagerada de la tutela penal;
- (g) limitación de los derechos y garantías procedimentales y fundamentales;
- (h) concesión de premios al enemigo que se muestra fiel al Derecho (se premia ser un delator, colaborador, etc.);

³⁶⁹ SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, op. cit., pág. 934.

³⁷⁰ GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, "Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal", en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pp. 965-966.

- (i) flexibilización de la prisión provisional (acción controlada);
- (j) infiltración descontrolada de agentes policiales;
- (k) uso y abuso de medidas preventivas y cautelares (escuchas telefónicas sin justa causa, quiebra de sigilos no fundamentados en contra de la ley);
- (l) medidas penales dirigidas contra quien ejerce una actividad lícita (bancos, abogados, joyeros, etc.).

Sin embargo, desde una perspectiva más general, la doctrina había diferenciado estas características en cuatro grandes bloques³⁷¹:

- a) la “actitud del autor” o su “peligrosidad criminal” en relación con su tendencia o inclinación hacia el delito,
- b) un amplio adelantamiento de la punibilidad;
- c) un incremento desmesurado e injustificado de las penas, y
- d) la “flexibilización” de determinadas garantías procesales individuales.

Veamos cada una de ellas

³⁷¹ En este sentido, de un modo u otro estas características generales han sido puesta de relieve por diversos autores, así JAKOBS “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” en *la ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004, pp. 53 y ss; CANCIO MELIA, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, p. 37; GRACIA MARTIN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 07-02, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, pp. 9 y ss; DEMETRIO CRESPO, Eduardo “El Derecho penal del enemigo Darf nich sein. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, en *Revista General del Derecho penal*, nº 4, nov- 2005, www.iustel.com, p. 13; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en *Revista General de Derecho penal*, No. 11, 2009, pp. 29 y 30.

4.2.1.- Actitud o peligrosidad del autor como reflejo de su tendencia o inclinación al delito³⁷²

Para el Derecho penal del enemigo, la conservación del orden social y de la vigencia de la norma es de vital importancia, en aras de garantizar a la sociedad una “mayor o absoluta” seguridad, que en principio podría derivarse del avance de los medios tecnológicos y de la globalización de los comportamientos. Se trataría, por tanto, de hacer frente a una serie de conductas que se perciben como “peligrosas” para la sociedad³⁷³. De modo que, cada vez más, se considera que el delincuente ya no es miembro de la sociedad, considerándolo algo distinto dado que ni se rige ni se motiva por sus normas³⁷⁴. En definitiva, todo aquel que de modo reiterado y habitual, realice una conducta que suponga un riesgo o vulneración de las normas básicas de convivencia social³⁷⁵ debe ser

³⁷² A este respecto, señala MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del enemigo*, op. cit., pág. 37 que “la primera observación que se le puede hacer a Jakobs es que su «Derecho Penal del enemigo» recuerda mucho al «Derecho penal de autor» que propugnaron los penalistas Nazis”. Ello determina que al centrarse en combatir a determinados grupos de personas, se abandone el hecho como fundamento del Derecho penal, convirtiéndose en manifestación de planteamiento totalitarios contenidos en el histórico Derecho penal de autor, cfrs. DEMETRIO CRESPO, Eduardo “El Derecho penal del enemigo *Darf nich sein.*” Op. cit., pp. 15 y ss

³⁷³ Es, por ello, que las características propias del Derecho penal del enemigo suelen manifestarse en nuestras legislaciones fundamentalmente en tres grandes bloques de comportamientos: 1.- la *delincuencia organizada*, esto es, la relativa esencialmente a narcotráfico, terrorismo y tráfico de seres humanos; 2.- *criminalidad individual grave*, mediante la realización de acciones de naturaleza violenta y/o sexual respecto de bienes jurídicos tradicionales; y 3.- *la delincuencia leve*, centrándose en los ámbitos de marginalidad, inmigración y exclusión social, en relación con la comisión de reiteradas de este tipo de infracciones, cfrs. SILVA SANCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ. “La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona 2003, pp. 113 y ss .

³⁷⁴ Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 22.

³⁷⁵ Por otro lado, estas circunstancias fundamentarían respecto de los comportamientos de estos individuos un significado adicional de “negación frontal de los principios políticos o socio-económicos básicos de nuestro modelo de convivencia”, y, por ello, representarían “peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad” o quebrantos de normas “respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son especialmente vulnerables, más allá de las lesiones de bienes jurídicos

excluido de la sociedad y del ordenamiento de la misma y, por lo tanto, tratado como un enemigo.

De este modo, cuando estamos ante sujetos *potencialmente peligrosos*, que de manera *reiterada y habitual* se han situado en un *modus vivendi* contrario al respeto y cumplimiento de las normas sociales y jurídicas, es decir, *haberse situado en una contravención permanente del ordenamiento jurídico*, es preciso que esta peligrosidad y obviamente su control pase a primera línea de los intereses, metas y fines de la política criminal y de la regulación normativa de los legisladores. Se trataría, por tanto, de *inocuir* a determinados tipos de delincuentes que pudieran considerarse peligrosos para la sociedad, y en esta lucha, el delincuente pasa a tener la consideración de *enemigo* al que hay que excluir y negar su condición de ciudadano y de persona sujeto de derechos³⁷⁶.

Desde este prisma de que el Derecho penal va dirigido a ciudadanos, esto es, aquellos individuos respecto de los cuales existen expectativas de que van a cumplir las normas sociales, el *enemigo* sería entonces, el sujeto peligroso, aquel individuo que debido a su actitud persona, a su *modus vivendi*, a su ocupación profesional, o a su incorporación a una organización delictiva de forma permanente -no sólo de manera incidental-, defrauda persistentemente las expectativas normativas formuladas por el derecho, lo que determina que lo

de titularidad individual. CANCIO MELIÁ, Manuel, “*Derecho penal*” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, en JdP, No. 44, 2002, p. 22. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 102.

³⁷⁶ Este es el discurso que ha elaborado principalmente JAKOBS, en el cual se contraponen los conceptos de ciudadano e individuo, y según el cual, al individuo que se muestra peligroso hay que tratarlo como enemigo social y, consecuentemente, privarle del status de ciudadano a causa de su tendencia a persistir en el delito, cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 25 a 33.

ha abandonado de forma presuntamente duradera³⁷⁷ y consecuentemente deben quedar excluidos de la sociedad.

En resumen, mientras que, el autor de un hecho es una persona que si bien ha dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado –de modo coactivo- a equilibrar el daño, a pesar de su hecho, ofrece garantías de que se conducirá a grandes rasgos como *ciudadano*, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico³⁷⁸, el *enemigo* es un individuo que hace de la contravención de las normas sociales y jurídicas su forma de vida³⁷⁹.

³⁷⁷ JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal, ante los desafíos del presente”, en MUÑOZ CONDE (coord.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, p. 59. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ agrega, que ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan generalmente en la comisión de hechos delictivos contra bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, como asesinatos, lesiones, daños, etc., pero no son estos hechos los que constituyen la base de las regulaciones del Derecho penal del enemigo, pues en cuanto tales, los mismos en nada difieren de los realizados incidentalmente por los ciudadanos vinculados a y por el Derecho. Los datos concretos que sirven de base a las regulaciones específicas del Derecho penal del enemigo son la habitualidad y la profesionalidad de sus actividades, pero sobre todo su pertenencia a organizaciones enfrentadas al Derecho y el ejercicio de su actividad al servicio de tales organizaciones. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal*, Op. cit. p.165. Expone GRACIA MARTÍN, que en lo que refiere a las organizaciones, además de las organizaciones terroristas, y de la criminalidad de Estado, existe un amplio abanico de actividades delictivas que por sus objetos se pueden denominar como inequívocamente ilícitas, en el sentido de que se oponen de raíz y frontalmente a valores sociales fundamentales e incluso a las estructuras sociales básicas, entre ellas, el tráfico de drogas, monedas, armas, órganos humanos, personas, etc., que no podrían concebirse sin la utilización de sólidas redes logísticas y el establecimiento de estructuras organizativas. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 170.

³⁷⁸ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, p. 36.

³⁷⁹ Cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *passim*; el mismo, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial, 20, Madrid 2000, pág. 140; *vid.*, una exposición más detenida al respecto en DIEZ RIPOLLES, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *cit.*, págs. 19 a 21; MUÑAGORRI LAGUIA, “Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003, pág. 242.

De esto se infiere, como ya hemos señalado, que en el Derecho penal del enemigo lo relevante no es el concreto hecho delictivo cometido, sino “la actitud del autor”, la “inclinación o tendencia al delito” o, incluso la peligrosidad criminal que pudiera tener³⁸⁰. Lo que conduce a un cambio desde el Derecho penal que se fundamenta en la valoración del hecho realizado, que sólo enjuicia la peligrosidad objetiva de actos y de planes exteriorizados de agresión a bienes jurídicos, para basarse de nuevo en la persona del delincuente (y no en el hecho por él realizado), en un claro retorno hacia un Derecho penal de autor³⁸¹, basado en características de autor, tan repulsivamente recordado -con su mayor y más reciente expresión, en el nacionalsocialismo-, que al parecer, erróneamente, se creía ya superado, y en el que lo realmente relevante es la actitud de permanente desprecio hacia el ordenamiento jurídico³⁸².

Y es que, bajo este postulado, la esencia del trato diferencial entre el ciudadano y el enemigo consiste precisamente, en que a éste último, el Derecho le niega su condición de persona, excluyéndolo del ordenamiento jurídico y caracterizándolo bajo el aspecto de ente peligroso o dañino³⁸³. Recordemos, que es el propio JAKOBS, quien en su planteamiento ofrece la

³⁸⁰ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en Revista General de Derecho penal, No. 11, 2009, p. 29.

³⁸¹ Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “EL Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., pp. 23 y 24; CANCIO MELIA, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 88 y ss.

³⁸² Así, afirma DIEZ RIPOLLES, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, cit., pág. 21, nota 57 que “se puede afirmar de una lectura cuidadosa de Jakobs (...) que su construcción del derecho penal del enemigo no se edifica sobre el delincuente reincidente o habitual, sino sobre el individuo que rechaza de forma persistente el ordenamiento jurídico y muestra así su disponibilidad a delinquir, quizás plasmada ya en algún comportamiento delictivo. Ello no obsta a que en algunos pasajes tienda a referirse a la habitualidad delictiva”.

³⁸³ ZAFFARONI, Eugenio R., *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 18.

siguiente fundamentación: “Los enemigos no son efectivamente personas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*)”³⁸⁴

Así sostenía ZAFFARONI³⁸⁵, que en el Derecho penal del enemigo, aunque se le reconozcan ciertos derechos, al individuo se le niega su carácter de persona por considerársele como algo meramente peligroso y, por tanto, necesitado de pura contención. Porque no es la cantidad de derechos de los que se priva a alguien lo que cancela su condición de persona, sino la razón misma en que se basa esa privación de derechos, es decir, cuando se priva a alguien de algún derecho sólo porque se lo considera puramente como ente peligroso.

En otras palabras, el delincuente supone un peligro como el de un “animal salvaje escapado del zoológico” al que se debe procurar contener o derribar, pues si bien es posible que no cause ninguna afectación inmediata, representa un riesgo latente, donde la producción de un mal es cuestión de tiempo. Y, en la misma línea, afirma JAKOBS, que “quien persistentemente se comporta como demonio no puede ser tratado como persona de Derecho, al menos en lo que

³⁸⁴ Cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 60; y también en, “La autocomprensión del Derecho penal”, cit., págs. 53 y ss. Algunos autores consideran que Jakobs emplea al concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo, cfrs. PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004, Tomo II, págs. 696 y ss. Sin embargo, lo cierto es que Jakobs se ha reafirmado en la necesidad de admitir el Derecho penal del enemigo, con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Así, afirma categóricamente que “*quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento persona; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido*”, cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”; cit., págs. 55 y ss. En mi opinión su postura no puede ser más clara.

³⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio R., *El enemigo en el Derecho penal*, *ibídem*.

concierno a la confianza en que cumplirá sus deberes, pues entonces falta el cimiento cognitivo indispensable para ello”³⁸⁶.

Las críticas a este planteamiento han sido intensas y numerosas, en la línea de advertir del enorme peligro que esta construcción representa para el Estado de Derecho y para una concepción humana y democrática del Derecho penal³⁸⁷. Reproches que se basan, principalmente, en que en aras de lograr una seguridad cognitiva de un comportamiento respetuoso de las normas, no se puede privar a los individuos de la categoría de persona que es un “postulado elemental de una protección irrestricta de la dignidad humana”, siendo todo ello incompatible con los principios básicos y esenciales del Derecho penal, como proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, etc.

Junto a ello, además, se contravienen los cimientos del Derecho penal mismo, que se basan en la protección de bienes jurídicos individuales y no sólo colectivos –la paz y el orden- y que procuran la integración social, incluso del delincuente, lo que solamente se puede lograr si el Derecho penal se caracteriza, precisamente, por su esfuerzo por ser un esquema para el enfrentamiento formal y materialmente adecuado del comportamiento desviado³⁸⁸.

³⁸⁶ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 41, citado por KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, 2011, p. 173.

³⁸⁷ Cfrs. MUÑOZ CONDE, quien afirma que “en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el «enemigo» ni nadie puede ser definido como «no persona»”, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia 2000, pág. 75; el mismo, *De nuevo sobre...*, op. cit.; el mismo, “Comentarios a los Congresos...”, cit., págs. 336 y 337; AMBOS, “Feindstrafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, págs. 1 y ss.; incluso ha llegado a equipararse el Derecho penal del enemigo con el retorno a ideas nazis, así GERBER, “Direito penal do inimigo”, cit., pág. 253 quien afirma que “... en el campo del Derecho, el que mas encuentra en el «nazi-fascismo» (expresión literal del autor) sus puntos de identidad es el denominado Derecho penal del enemigo”, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 25.

³⁸⁸ KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., p. 179.

Es evidente, que la consideración como enemigo (no-persona), que implica la posibilidad de privarle de determinados derechos individuales, es la primera incompatibilidad y quebrantamiento de los principios de un Estado de Derecho. Y así, este planteamiento debe ser radical y absolutamente rechazado sin ningún tipo de matizaciones, o en palabras de ROXIN, el concepto de “*Feindstrafrecht*” debe rechazarse tanto cuando se utilice como concepto puramente descriptivo, como denunciatorio crítico o como afirmativo legitimador³⁸⁹. Y es que, finalmente, un delito por grave y reprochable que parezca, sigue siendo un delito y no una declaración de guerra contra todo un orden normativo.

³⁸⁹ Cfrs. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª edición, Munich 2006, págs. 55 y ss, citado por NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 26.; también MUÑOZ CONDE, afirma que “*en la medida en que el planteamiento funcionalista de Jakobs también sea compatible con sistemas dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-criminal característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos*”, cfrs. Edmund Mezger y el *Derecho penal...*, ibidem. Pero incluso admitiendo el planteamiento del Derecho penal del enemigo como inevitable e imparables, dado que son muchos los ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho penal como medio de lucha contra el enemigo, surge de inmediato la cuestión formulada por Eser en el Coloquio celebrado en Berlín en Octubre de 1999: “*Esta frialdad que se deduce de la concepción del delito reducida a la lesión normativa asusta aún mas, cuando se contraponen el frente construido por Jakobs entre un «Derecho penal del ciudadano» respetuoso del Estado de Derecho y un «Derecho penal del enemigo» emanado del poder estatal. Enemigos como «no personas», es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quien es «ciudadano» y quien «enemigo». ¿Quién puede decir realmente quien es el buen ciudadano o el mayor enemigo? ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer sistemas jurídicos, por muy coherentes que puedan ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se pueden derivar- y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica*”, cfrs. ESER, “Consideración final de Albin Eser”, traducción de M^a del Carmen Gómez Rivero, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004, pág. 472.

4.2.2.- Adelantamiento de la intervención penal

La intervención penal, desde el prisma de un derecho penal fundamentado en la valoración de un hecho, suele suceder a la producción de una lesión efectiva o puesta en peligro de un bien jurídico concreto. Por el contrario, en el Derecho penal del enemigo se anticipa ese momento en el que el Derecho penal entra en acción a un momento anterior, esto es, en un estadio previo a esa efectiva lesión o puesta en peligro, es decir cuando el peligro es más prematuro y atenta, por lo general, contra un bien jurídico con un mayor nivel de abstracción³⁹⁰.

Ello, porque como se apuntaba, en el Derecho penal del enemigo, cobra más relevancia la actitud y personalidad del autor que el hecho delictivo cometido, por lo que no se pretende castigar lo que el sujeto hizo en el pasado sino el peligro que este concreto sujeto representa en el futuro³⁹¹. Es decir, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva -orientada hacia el hecho futuro-, en lugar de, como es habitual, retrospectiva -que tiene como punto de referencia el hecho cometido³⁹².

³⁹⁰ POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, 2ª ed. Mergablum, Sevilla, 2012, p. 34.

³⁹¹ POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 34. Agrega que en definitiva, importa tanto el mal cometido como el mal -que conforme a la peligrosidad realmente existente- puede llegar a cometerse.

³⁹² Sobre esta idea, véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo*, en Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas, 2005, p.19. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 29; Del adelantamiento de la punibilidad como característica KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., p. 172; CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, “Derecho penal del enemigo y Derecho fundamentales”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, p. 330, del mismo modo, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 357; GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 106.

Se trata principalmente de una defensa frente a peligros, eliminando el riesgo que estos suponen para mantener la configuración normativa o la vigencia del ordenamiento jurídico, para lo cual se utiliza la técnica legislativa de la criminalización de conductas en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico³⁹³.

Se hace preciso señalar, que sobre el amplio adelantamiento de la punibilidad, ya decía PRITTWITZ³⁹⁴ que esta criminalización se constituye, de cierta forma en el Derecho penal del riesgo, en el que describe un cambio en el modo de comprender el Derecho penal “y de actuar dentro de él”, que lo justifica no por sus actos, sino, por sus efectos y consecuencias, y que se caracteriza por el hecho de que el delincuente es interceptado mucho antes de la lesión del bien jurídico y se lucha contra él por su presunta peligrosidad. Aquí no se trata tanto de garantizar los derechos del delincuente, concretamente la libertad, sino de la seguridad de los otros³⁹⁵, es decir, del resto de la sociedad que pudiera verse afectada por su presunta peligrosidad. Ahora bien, es preciso recordar aquí que la implementación del adelantamiento de las barreras de intervención, se inició como producto de la expansión del Derecho penal, que responde a una estructura radicalmente distinta a la de la intensificación. Efectivamente, en aquellos casos de tipificaciones propias de la *expansión del Derecho penal*, la principal característica era la protección de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, y consecuentemente, la necesidad del adelantamiento de la intervención penal a una fase previa a la efectiva lesión del mismo (entre otras cosas por la dificultad que implica su delimitación) mediante el recurso fundamentalmente a la técnica de los *delitos de peligro*. Sin embargo, tal como también hemos expuesto ya, las características y estructura

³⁹³ Véase JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, pp.293-324.

³⁹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 327.

³⁹⁵ SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 919.

propia de los casos de *intensificación* del Derecho penal, no se compadecen en absoluto con las de la expansión, sino que responden a fundamentos radicalmente distintos, si bien con el mismo origen del binomio seguridad/inseguridad, con directa trascendencia en el caso de la intensificación en la libertad.

Precisamente, JAKOBS³⁹⁶ explicaba la técnica de adelantamiento de las barreras de protección penal, como una tensión entre libertad y seguridad. A su juicio, el Derecho penal optimizaba la protección de bienes jurídicos (la paz pública o el orden social) por encima de la optimización de esferas de libertad, que sería más propia del Derecho penal del ciudadano. En el Derecho penal del enemigo, se reduce entonces el ámbito de libertad del sujeto, adelantando la barrera de protección a un estadio anterior, con el fin de neutralizar el peligro sin esperar que el bien jurídico ulterior fuera efectivamente lesionado.

Una manifestación clara de la anticipación de la punibilidad, es la elevación a la categoría de delito autónomo, de lo que no son sino meros actos preparatorios de delitos ya regulados, conductas hasta ese momento impunes en la mayoría de los casos, estableciendo la intervención penal en supuestos alejados, incluso, de la puesta en peligro del bien jurídico³⁹⁷. Esta técnica de tipificación, conlleva una criminalización de conductas que tienen lugar en el ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, y hasta de su tentativa, sino que en muchos casos carecen de cualquier potencialidad lesiva respecto del bien jurídico, pero que encuentran su razón de ser en la teórica falta de

³⁹⁶ POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 35.

³⁹⁷ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 29. En el mismo sentido apuntaba GRACIA MARTÍN, que una manifestación del Derecho penal del enemigo está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad ya a momentos en que los actos realizados sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006, pág. 1056.

seguridad cognitiva³⁹⁸ que genera el sujeto que los comete, reflejando con ello una prevención exagerada frente a peligros presuntos.

De hecho, hay casos, en los que las conductas tipificadas, ni siquiera pueden considerarse como un acto preparatorio, y que carecen de cualquier lesividad en relación con el bien jurídico que pretende protegerse. Así, por ejemplo, la apología indirecta del terrorismo, regulada en el art. 578 CP, que tal y como está concebida, no es más que la manifestación de ideas, que el legislador considera, no que pueden dar lugar a la comisión de un delito, sino que producen indignación en las víctimas, y, por lo tanto, merecen una anticipación de la tutela penal³⁹⁹.

³⁹⁸ Cuando comenta a Hobbes, PÉREZ DEL VALLE establece que la anticipación de la punibilidad “está relacionada directamente con la búsqueda de seguridad cognitiva: el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en estado natural y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar (...) y para ello, necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en realidad”. Véase PÉREZ DEL VALLE, CPC, No. 75, 2001, pp. 598 y 608.

³⁹⁹ En el art. 578 del Código penal, se incluye una especie de apología del terrorismo consistente en el enaltecimiento o justificación de los terroristas o sus actividades, y que se configura como una apología “menos rigurosa” en la que sería suficiente con que de la acción se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación de un clima de aceptación social del terrorismo, A este respecto, señala NUÑEZ CASTAÑO, Elena “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 38, que esta interpretación no puede ser aceptada desde un Estado de Derecho; y tales comportamientos o manifestaciones por más repulsa moral, social o política que merezcan, no expresan sino opiniones o creencias, especialmente rechazables en el momento en que son formuladas, pero que tienen perfecta cabida en el marco del ejercicio legítimo de la libertad de expresión”. Como manifestación de esta tendencia, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 199/1987, de 16 de diciembre que “*la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos*”. Y de la emisión de opiniones se trata en este precepto, aspecto reconocido por el Tribunal Supremo que en el Auto de archivo de la querrela contra Otegi por proferir “vivas” a ETA, de 23 de Mayo de 2002 se refiere al art. 578 como un *delito de opinión*, afirmando que “*versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratado de igual modo como delito de apología la apología del terrorismo, lo que conduciría directamente al absurdo*”. Sobre la base de este planteamiento legislativo y jurisdiccional, la pregunta sería, tal como señala NUÑEZ CASTAÑO, ibidem, nota 121, que “deberíamos

4.2.3.- Desproporcionalidad e incremento desmesurado de las penas

La primera expresión de la desproporcionalidad en las penas, viene marcada en que la sanción para estos actos preparatorios que se conforman como delitos autónomos, no parece considerar ni que son conductas lícitas en su origen, ni lo lejos que están de una lesión a un bien jurídico concreto, llegando en muchos casos a equipararse con aquellas que efectivamente lo lesionan o al menos son idóneas para ponerlos en peligro. Sobre ello sostiene GRACIA MARTÍN que “la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo”⁴⁰⁰.

Es decir, se establecen penas elevadas en supuestos en los que ni la gravedad y desvalor de la acción ni los del resultado la justifican de forma alguna, especialmente en consideración a que son actos preparatorios⁴⁰¹, es decir, sin tener en consideración que se ha producido un evidente adelantamiento de las barreras de intervención penal.

preguntarnos desde cuando las opiniones son criminalizables en un Estado de Derecho, y de ser así, lo que deberíamos es cuestionarnos si efectivamente estamos ante un Estado de Derecho”.

⁴⁰⁰ Pone como ejemplo que la pena establecida en el art. 577 del Código penal, tras la reforma de la LO 2/2015, aunque ya existía con la anterior regulación pero en el art 576, para los actos preparatorios de colaboración con organizaciones terroristas o grupos terrorista es de cinco a diez años de prisión, que es superior a la tentativa de homicidio y a la de casi todos los tipos de lesiones consumadas. Véase GRACIA MARTÍN, Luís, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 1056. De nuevo en, GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 109. En el mismo sentido, POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 35. Agrega que a pesar de que técnicamente se castigan como consumados actos que en sí serían preparatorios se mantiene para ellos una penalidad contundente.

⁴⁰¹ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 30.

Esto es así, porque mediante el Derecho penal del enemigo, el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, combate peligros⁴⁰², y, por ello, como se apuntaba, en él “la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁴⁰³, con lo cual su gravedad resulta indiferente frente a la posibilidad de que su autor presente características que lleven a considerar que los puede volver a cometer.

Incluso se puede afirmar que para muchos de estos casos, por no decir que en todos, la mayor desproporción es la sanción misma, sin importar si es privativa de libertad o no, esto, en el entendido, de que las penas son completamente innecesarias, porque para brindar protección a los bienes jurídicos que podrían llegar a ser lesionados, ya existen en el ordenamiento otros delitos que prevén las conductas, por lo que retipificándolos solamente generan una hiperinflación penal, tanto en la configuración de tipos penales como en el aumento de las penas.

Por otra parte, en delitos especialmente graves, el Derecho penal del enemigo responde de lleno con la exclusión, añadiendo la idea de inocuidad en su teoría de la pena para enemigos, intentando justificar que el enemigo también presenta una mayor culpabilidad y por ello todavía cabe hablar de penas⁴⁰⁴.

⁴⁰² GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 106.

⁴⁰³ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 40.

⁴⁰⁴ *Ídem*. Sobre la desproporcionalidad de la pena como característica, Cfr. CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 330, del mismo modo, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 357. KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, Op. cit., p. 172. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: op. cit.*, p.18.; GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 109. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 30.

Pero, en resumen, se trataría de una legislación de lucha o de guerra contra el enemigo cuyo único fin sería su eliminación del orden social⁴⁰⁵.

Para estos casos, puede verse un ejemplo de dureza extrema con el régimen de prolongación de la pena de prisión en España, de hasta cuarenta años para los delitos de terrorismo, que se introdujo tras la reforma de 30 junio de 2003, que entró en vigor el mismo día de su publicación, sin apenas posibilidades de reducción y concesión de la libertad condicional, tal y como lo establecen ahora los arts. 76 y 90 CP⁴⁰⁶. Lo que para casi cualquier persona mayor de dieciocho años, representaría una sentencia de por vida, volvemos a lo mismo...inocuidación. Y ello se manifiesta todavía más claramente en instituciones como la *prisión permanente revisable*, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, o la medida de *libertad vigilada*, una vez cumplida la condena, que se incorporó en el ordenamiento jurídico penal español con la LO 5/2010, de 22 de junio.

Sin embargo lo realmente lamentable, es que este tipo de legislación ni siquiera es defendible desde un prisma de eficacia o utilidad, porque el hecho de que exacerbar las finalidades preventivas aporte algún resultado útil es algo que aún está por probar. Lo que si se consigue efectivamente es la estigmatización de determinadas personas, pero que ello dé lugar a evitar nuevos delitos dista de ser claro⁴⁰⁷. No hemos llegado al punto tal de obediencia a la norma, en el que los posibles infractores consulten las leyes penales antes de delinquir.

⁴⁰⁵ Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal*, Op. cit. pp. 141 y ss.

⁴⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: op. cit.*, p.18. Se presentan como ejemplos de penas desproporcionadas, las de tráfico de drogas de los arts. 368, 369, 370 CP; terrorismo, arts. 571 y ss.; prostitución de menores del art. 188; pornografía infantil art. 189.2 CP, por citar algunos.

⁴⁰⁷ SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, "La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, p. 916.

4.2.4.- Flexibilización y supresión de garantías procesales

De la configuración del delincuente como enemigo, se deriva el hecho de que no se le reconocen los mismos derechos y garantías, tanto penales como procesales, que a aquellos que respetan el ordenamiento jurídico y ostentan, por tanto, la condición de ciudadanos⁴⁰⁸.

Una manifestación en el ámbito procesal, dejando a un lado las claras violaciones a los principios básicos del Derecho penal que se han venido manifestado a lo largo de este trabajo, son la reducción considerable de las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, se introducen medidas amplias de intervención de telecomunicaciones, se amplían los plazos de detención policial para el cumplimiento de “fines investigadores”, y en el plano teórico, se reivindica incluso la tortura⁴⁰⁹.

Véase como claro ejemplo, la Patriotic Act 2001 de Estados Unidos aprobada tras los atentados del 11-S, que permiten al FBI, sin control judicial, detener a ciudadanos, o recabar de las empresas datos sobre la intimidad de sus clientes y trabajadores, entre otras muchas violaciones de derechos fundamentales⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 30. De la flexibilización de garantías como característica, Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, Op. cit., p. 172; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, op. cit., p. 29; CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 330, del mismo modo, CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 357. GRACIA MARTÍN, Luís, *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 110-111. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003*, Op. cit., p.19.

⁴⁰⁹ GRACIA MARTÍN, Luís, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 1058.

⁴¹⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: op. cit.*, p.20.

Señala BRANDARIZ GARCÍA, que “el ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los prisioneros de Guantánamo, donde desde enero de 2002, se hacían en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas con la intención para transmitir mensajes de seguridad y –al tiempo- de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades, en una situación de no-Derecho, en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazo, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas”⁴¹¹.

Igualmente, están las medidas excepcionales de detención gubernativa por tiempo indefinido de extranjeros sospechosos de terrorismo en Inglaterra; o la aceptación como prueba sancionada legalmente en muchos países, de la declaración del “arrepentido”, en los casos de terrorismo y criminalidad organizada como la *Chiamata di correo*, en Italia o el “testigo protegido”, en la Ley sobre crimen organizado en México⁴¹².

En el caso de España, existen prácticas jurisprudenciales que admiten como prueba de cargo contra un acusado la “declaración del coimputado”⁴¹³ o la utilización como medio de prueba de grabaciones audiovisuales obtenidas de

⁴¹¹ BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Valencia, 2004, p. 59.

⁴¹² MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: op. cit.*, p.20.

⁴¹³ Cfr. STS 20 de julio de 1998: caso Marey, véase ampliamente en MUÑOZ CONDE, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003, p. 69 y ss.

una forma que violan la intimidad porque no respetan determinados principios y garantías⁴¹⁴.

Téngase como ejemplo claro, las reformas que supuso la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, mediante la cual el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa. Así mismo, se regula por primera vez la interceptación de mensajes de electrónicos, el registro y la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, incluso desde dispositivos pertenecientes a personas distintas del investigado. Se introduce la figura del agente encubierto en Internet que podrá investigar en la red mediante el uso de una identidad falsa. Con el único requerimiento de que para efectuar estas medidas, siempre será necesario contar con autorización judicial⁴¹⁵, salvo en casos de urgencia que podrá ser sustituida temporalmente por la autorización del Secretario de Estado del Ministerio del Interior, a la espera de la posterior ratificación judicial.

Todas estas características se encuentran presentes en el Derecho penal del enemigo y desafortunadamente ninguna de ellas representa la aplicación de mayores limitaciones al *ius puniendi*, sino por el contrario, suponen una disminución, cuando no sustitución, de las garantías penales y, por tanto, del

⁴¹⁴ Cfr. STC 18/2003, de 23 de octubre: “caso autopista de Andalucía”, anuló una sentencia del TS en la que se había condenado a unos funcionarios por cohecho, utilizando como prueba una grabaciones telefónicas decretadas por el juez instructor a raíz de una denuncia anónima. Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003*: op. cit., p.20

⁴¹⁵ Véase la modificación del artículo 579 y el nuevo artículo 579 bis y las nuevas medidas de investigación tecnológica reguladas en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la LECrim.

Estado de Derecho. Con lo cual, nuevamente se denota que en aras de una mayor seguridad se le permite al Estado un obrar sin ningún tipo de restricciones, lo que a la larga llevará inevitablemente al autoritarismo.

4.3. Los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo

En este punto podemos señalar que los derechos fundamentales serán estudiados en cuanto derechos jurídico-positivamente vigentes en un orden constitucional, ya que el local exacto de esa positivación jurídica es la Constitución. Según GOMES CANOTILHO, la positivación de los derechos fundamentales significa la incorporación en el orden jurídico positivo de los derechos considerados naturales e inalienables del individuo. No basta cualquier positivación. Es necesario asignarles la dimensión de *fundamental rights* puestos en el lugar cimero de las fuentes de Derecho: las normas constitucionales. Sin esa positivación jurídica los “derechos del hombre son esperanzas, aspiraciones ideales, impulsos, o, aun, por veces, mera retórica política”, pero no derechos protegidos bajo la forma de normas (reglas y principios) de derecho constitucional. En palabras de CRUZ VILLALÓN: donde no exista constitución no habrá derechos fundamentales. (...). De ahí la conclusión del autor en referencia: los derechos fundamentales lo son en cuanto tales, en la medida en que encuentran reconocimiento en las constituciones y de este reconocimiento se derivan consecuencias jurídicas⁴¹⁶.

Se ha empezado esta parte haciendo referencia la importancia de suscribir los derechos a la Constitución para darles el carácter de derechos fundamentales, con el cometido de resaltar la importancia que de ellos deriva, porque, precisamente, los principios de los que hace uso el Derecho penal tal y como lo

⁴¹⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria de Constitucao*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, pág. 377, cit. por CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 325.

conocemos hoy, están basados en el respeto a los derechos fundamentales de todos los individuos, que sólo por el hecho de serlo, gozan de la categoría de personas. Por tanto, estos principios, tal como se debe, gozan de una base constitucional, como es propio de un Estado democrático de Derecho.

En este apartado se analizará, por tanto, la relación que existe entre los principios del Derecho penal y el Derecho penal del enemigo, desde la premisa de que entre ambos no existe ninguna compatibilidad.

4.3.1.- Principio de legalidad

El principio de legalidad evoca el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Como señalan MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN “es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley”⁴¹⁷.

El principio de legalidad de los delitos y las penas con el que surge el Derecho penal, requiere de participación a través del proceso de formación de la ley, de taxatividad y determinación de los hechos como también de las penas en relación a ellos y necesariamente de futureidad de la ley, en cuanto respeto básico al principio de conocimiento, que es el fundamento del principio de legalidad. El Estado debe asegurar al ciudadano el conocimiento de lo punible⁴¹⁸.

En este punto se podría decir que, desde el análisis efectuado, al Derecho penal del enemigo se le puede reprochar que infringe el mandato de certeza o

⁴¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal parte general*, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 99.

⁴¹⁸ BUSTOS RAMIREZ, Juan, In–seguridad y lucha contra el terrorismo, op. cit., pág. 406

determinación del principio de legalidad, en la medida que recurre a formulaciones legales amplias e indeterminadas que no permiten precisar suficientemente la conducta prohibida⁴¹⁹. Pues no es (sólo) un determinado “hecho” lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus “complejidades” ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal⁴²⁰.

El mandato de certeza no rechaza el recurso a ciertas técnicas de tipificación que facilitan la adaptación de los tipos penales a la multiformidad y dinamismo de la realidad. Las leyes penales en blanco, la accesoriedad administrativa y las cláusulas generales o indeterminadas son precisamente instrumentos legales que contribuyen a esta labor de adaptación de los tipos penales. Afirma GARCIA CAVERO, que en consecuencia, la denunciada porosidad de los elementos típicos utilizados en la legislación penal del enemigo no permite considerar de plano ilegítimo este recurso típico. [...] En consecuencia, el Derecho penal del enemigo que recurre a cláusulas generales en los tipos penales no es necesariamente ilegítimo, pues podrá admitirse cuando sea la única forma de reprimir eficazmente dicha criminalidad y se recurra a conceptos generales con el núcleo de significación asegurado. Lo contrario sería dar origen a una legislación penal que no cubre el mínimo de aseguramiento cognitivo necesario para la credibilidad en el sistema penal⁴²¹.

⁴¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 943. De la misma manera expone DURÁN MIGLIARDI El Derecho penal del enemigo se caracteriza por la informal, imprecisa y ambigua técnica de redacción utilizada por el legislador para tipificar las infracciones que conforman ese derecho, y con el que claramente se busca vulnerar, a través de una redacción oscura, el mandato de determinación y taxatividad del principio de legalidad de los delitos y las penas. Véase DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 738.

⁴²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, op. cit., pág. 364.

⁴²¹ GARCÍA CAVERO, Percy, op. cit., pág. 944-945.

Ahora bien, no es ilegítimo por este motivo, como tampoco lo es el Derecho penal tradicional que utilice cláusulas genéricas siempre que la regulación penal respete la seguridad cognitiva. O dicho de otro modo, lo que convierte en ilegítimo al Derecho penal del enemigo no es el hecho de emplear cláusulas genéricas que es cierto que en algunos casos pueden admitirse, sino que junto a ellas se vulneran además el resto de principio que consagran los derechos y garantías reconocidas constitucionalmente.

4.3.2 Principio de proporcionalidad

Este principio presupone que la pena o medida de seguridad debe ser proporcional al hecho cometido, por tanto, no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito⁴²².

JAKOBS señala que las penas en el Derecho penal de enemigos no tienen por qué ser proporcionadas, ya que, mientras en el Derecho penal de ciudadanos –en la terminología del *Leviathan*, de los *súbditos* – la equidad o justicia distributiva exige que no se castigue al inocente pues los excesos de penas son actos de hostilidad y de terror, en el Derecho penal del enemigo, el mal al inocente que no es súbdito no es contrario al derecho natural, siempre que conlleve un beneficio para el cuerpo político y no implique una violación de un pacto anterior. Por eso, se afirma, que es legítimo que la venganza frente a súbditos que deliberadamente han negado la autoridad de la *Common-wealth* se extienda a sus padres y hasta la tercera o cuarta generación⁴²³.

El Derecho penal del enemigo pregona la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados a favor de la

⁴²² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 85.

⁴²³ Citando a JAKOBS, DURÁN MIGLIARDI, Mario, op. cit., pág. 736.

peligrosidad del agente⁴²⁴. Como se ha visto la respuesta penal no es necesariamente ajustada a la gravedad del delito, pues según el adelantamiento de la barreras de protección, lo que se mide no es la gravedad del hecho, sino la peligrosidad del individuo, lo que conlleva a imponer una pena según se estime necesario para neutralizarlo y garantizar la seguridad de las personas y del Estado mismo.

4.3.3 Principio de intervención mínima

Este principio, también llamado de subsidiariedad o *ultima ratio*, establece que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataque muy graves a los bienes jurídicos más importantes⁴²⁵. Desde ya se encuentra una contradicción entre este principio y el Derecho penal del enemigo, pues en este último lo vital no es la protección de bienes jurídicos, sino la peligrosidad del delincuente o la vigencia de la norma y, por consiguiente, del ordenamiento jurídico. Siendo así, este principio aplicado al Derecho penal del enemigo se redactaría de la siguiente manera, “el Derecho penal del enemigo sólo debe intervenir cuando el sujeto presente gran nivel de peligrosidad social o su quebrantamiento de la norma sea de forma reiterada”.

GRACIA MARTÍN resalta otro aspecto, diciendo que aunque en virtud del principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* haya que partir de la impunidad general de los actos preparatorios, esto no supone que el Derecho Penal no pueda penar excepcionalmente algunos actos preparatorios diferenciados por su especial peligrosidad, como es el caso por ejemplo de la conspiración, de la proposición y de la provocación para delinquir en relación con ciertos delitos graves; en la medida en que los actos preparatorios punibles tengan señalada una pena inferior a la de la tentativa del delito correspondiente y, por supuesto,

⁴²⁴ CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 335.

⁴²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 72.

a la de la consumación, su punibilidad no será contraria al principio de proporcionalidad⁴²⁶.

Sin embargo, según señala el propio JAKOBS, los actos preparatorios, de ejecución, la tentativa, etc., deberán ser punibles pues, es precisamente aquí donde se manifiesta el adelantamiento de las barreras de punibilidad, lo relevante este en la peligrosidad del sujeto, no en la puesta en peligro que represente el acto realizado para el bien jurídico.

4.3.4 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

Expresan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social (así se catalogan la vida, la propiedad, la integridad física, etc)⁴²⁷. Por tanto, el Derecho penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, así sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de la intervención penal.

En el Derecho penal del enemigo quedó sentado que no es la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos lo que fundamenta su intervención, sino la peligrosidad del sujeto, la protección de bienes jurídicos es aplicable solamente en el caso del Derecho penal del ciudadano.

4.3.5 Principio de culpabilidad

En Derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la pena, se

⁴²⁶ GRACIA MARTÍN, Luís, op. cit., pág. 21-22.

⁴²⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 59.

refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con amenaza de pena; por otro lado está la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena, que implica determinar la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada; finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado, en este sentido, impide la atribución al autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia⁴²⁸.

En este caso nos interesa referiremos al segundo significado, la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena, que implica determinar la magnitud exacta que, en el caso concreto, debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada en la realización de un hecho. Sin embargo, desde el esquema del Derecho penal del enemigo, la pena no vendría determinada por la culpabilidad del sujeto (entendida, ahora si, como la atribución de responsabilidad por la realización de un hecho delictivo), sino por la peligrosidad general que este individuo (considerado “enemigo” por sus características personales como pudiera ser la pertenencia a una banda armada u organización criminal) *puede llegar a* representar para la convivencia social, es decir, incluso en aquellos casos en que la peligrosidad misma solo sea “presunta” y no esté demostrada.

De este modo, la severidad desproporcionada de la pena alegada por JAKOBS, no sólo no encontraría el fundamento legítimo que supone la constatación de la culpabilidad del sujeto, sino que en muchos casos ni siquiera en una potencial peligrosidad constatada.

Lo que se pretende con el análisis realizado hasta el momento, es demostrar que el Derecho penal del enemigo, íntimamente relacionado con los nuevos

⁴²⁸ Ídem, p. 93.

postulados del Derecho penal moderno, de la seguridad ciudadana y de la tolerancia cero, no es sólo una teoría (a mi juicio la más grave) con posibilidad de implementación gracias a la acogida social que experimenta, sino que es ya una realidad plasmada en las legislaciones penales, no sólo de España, sino de casi todos los países occidentales con una tendencia no sólo expansiva sino permanente.

Una de las cosas más temibles es que la posibilidad de involucrarnos con el Derecho penal desde el otro lado de la acera (entiéndase como imputados), nunca estuvo más cerca. Si se parte del precepto de que la identificación social con la víctima, en parte se origina porque nos sentimos más víctima potenciales que delincuentes potenciales, estamos muy lejos de la realidad, porque cuando la política criminal es tan cambiante, en cuanto a la determinación de autores se refiere, de hoy a mañana, basta con una reforma penal, se puede pasar a ser considerado infractor de la norma y peor aún, enemigo; sabiendo ya la implicaciones de tal categoría.

En este sentido, el “ciudadano común” puede pensar que el Derecho penal moderno no lo afecta en la medida que no pertenece a ninguna a ninguna empresa, que no tienen trato directo con el medio ambiente de forma relevante y menos es parte de a una asociación delictiva; o en el caso de la tolerancia cero, al no ser marginales, inmigrantes, desempleados o delincuentes de “poca monta” no tiene por qué llegar a repercutir en él ésta política criminal, todos ellos pensamientos un poco inocentes, pero lógicos en cierto modo; lo absurdo sería creer que el Derecho penal del enemigo no los llegaría a tocar porque está referido únicamente a terroristas y grandes organizaciones criminales, o porque cuando se trata de delitos graves, por ejemplo, los delitos sexuales, nadie se piensa capaz de cometer un abuso sexual...nada más lejos de la realidad, sólo con una lectura del código penal, que contiene tipos penales con las características antes enunciadas, se puede uno dar cuenta que cada vez más, todos estamos expuestos a cometer cualquier tipo de delitos.

Ya hemos señalado, en reiteradas ocasiones a lo largo del presente trabajo, que el ámbito de los delitos sexuales es uno de los principales campos de acción del Derecho penal del enemigo, y ello sobre la base tanto de incremento de la respuesta penal a delitos de naturaleza sexual, como de la criminalización de comportamientos carentes por completo de aptitud lesiva respecto del presunto bien jurídico a proteger, como también de la configuración como delitos de lo que no son sino actos preparatorios de los verdaderos atentados sexuales; este sería el caso del delito de ciberacoso (o *grooming*, según el término al inglés) como una tipificación propia del Derecho penal del enemigo, evidenciando que en su contenido se reflejan todas, o al menos buena parte, de las características que integran esta política criminal. Es por ello que dedicamos el siguiente capítulo a la determinación de su naturaleza, contenido y alcance, para posteriormente analizar, si efectivamente su específica tipificación constituye una manifestación del Derecho penal del enemigo en esta materia.

CAPITULO TERCERO

EL DELITO DE GROOMING O CIBER ACOSO SEXUAL

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS: EL DELITO DE ACOSO SEXUAL COMO POSIBLE FUNDAMENTO DEL CIBERACOSO SEXUAL (*Grooming*)

Como punto de partida de los comportamientos que, como posteriormente veremos, el legislador considera constitutivos de un delito de *grooming*, también denominado como ciberacoso sexual, es preciso señalar que, de manera genérica, lo que se está tratando en este tipo penal, son conductas consistentes en un acoso a la víctima, marcadas por una clara y evidente finalidad sexual. Son, pues, dos los aspectos fundamentales a tratar como referentes de la tipificación del delito de *grooming*: el relativo a su configuración como modalidad de acoso, y el referente a su naturaleza eminentemente sexual. Ello nos obliga a determinar que existe plena coincidencia entre las conductas del tipo penal que estamos analizando, y aquello que pudiera ser *acoso*, y, esencialmente, *acoso sexual*, por cuanto la finalidad sexual se encuentra claramente presente en el tipo penal estudiado. En definitiva, puede considerarse que el *acoso sexual* pudiera ser el fundamento del *ciberacoso a menores* o *grooming*.

Señalan MARTÍNEZ GONZALEZ y MENDOZA CALDERON⁴²⁹, que el acoso se trata de un fenómeno social que se encuentra presente en muchas parcelas de la vida humana y de la convivencia en sociedad, así en el ámbito laboral, familiar, escolar, afectivo o sentimental, etc., y que, además, no se encuentra restringido a un concreto tipo de sujetos, sino que acepta cualquier tipo de variable a este respecto, edad, sexo, condición sociocultural, etc. Sin embargo, indican las mencionadas autoras que sí existe un nexo común entre todos ellos, y es que “se traducen en formas de conducta de hostigamiento y persecución”,

⁴²⁹ Cfrs. MARTINEZ GONZALEZ, Isabel/MENDOZA CALDERON, Silvia, “El acoso en Derecho penal: una primera aproximación a las principales formas de acoso”, en *Revista penal*, nº 18, 2006, pág. 188.

cuyo elemento característico es la reiteración de una misma acción de hostigamiento dirigida a una concreta persona que se puede manifestar de diversas maneras, bien de manera clara y directa mediante insultos, amenazas, actos violentos o vejaciones, o bien de forma sutil o indirecta, a través de actos solapados o de embaucamiento que no manifiesten claramente la presión que se está ejerciendo sobre la víctima⁴³⁰.

Es evidente, tal como señala MENDOZA CALDERON⁴³¹, que tradicionalmente el fenómeno del acoso, nos conducía de manera inexorable al *acoso sexual*, sin embargo con posterioridad fue ganando fuerza la posibilidad de que pudieran verse afectados otros bienes jurídicos, como la integridad moral, intimidación, salud, etc, y ello determinó la inclusión de otras formas de acoso distintas de las tradicionalmente concebidas con naturaleza sexual⁴³². Sin embargo, todas ellas responden a la misma idea central de reiteración de comportamientos de hostigamiento dirigidos al mismo o mismos sujetos pasivos⁴³³. Y con ello, normalmente se afectan a varios bienes jurídicos, como integridad moral, libertad, libertad sexual, etc.⁴³⁴.

⁴³⁰ Como podemos ver, la esencia de las conductas de acoso se centra en la existencia de una reiteración de actos encaminados a hostigar a la víctima, creándole un estado de angustia o depresión. Sin embargo, como veremos, en relación con el delito de *grooming*, la descripción típica del mismo, permite que la realización de una única acción aislada configure el tipo penal.

⁴³¹ Cfrs. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores: Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 17 y ss.

⁴³² Así, por ejemplo el acoso laboral o mobbing, introducido en el art. 173.1 apartado segundo del Cp, tras la reforma realizada por la LO 5/2010; el acoso inmobiliario, en el mismo precepto, pero en su apartado tercero; el *stalking*, incluido por la LO 1/2015, como modalidad típica del delito de coacciones en el art. 172 *ter* Cp; el *sexting*, regulado en el art. 197.7 Cp, tras la LO 1/2015, etc.

⁴³³ Así, señala MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pág. 42 que es obligado reconocer que no cabe hablar de acoso en aquellos casos en los que se produzcan comportamientos hostiles, amenazante o humillantes que representen hechos absolutamente aislados. El acoso requiere de un comportamiento reiterado, constante...; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco, "Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal", en MARTINEZ GONZALEZ (direct.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia

Partiendo de esta idea de reiteración de comportamientos, primera que, como veremos, ya se incumple en relación con del delito de *grooming*, el segundo de los aspectos a analizar es de la naturaleza sexual del mismo, lo que tiene conexión directa con el delito de *acoso sexual* recogido en el art. 184 Cp ya desde el Código penal de 1995. De este modo, la naturaleza o finalidad sexual del comportamiento realizado se convierte en el núcleo esencial que tiene relevancia para el legislador.

Del análisis de las últimas reformas penales, es evidente que uno de los sectores que mayores cambios legislativos ha sufrido es el de los denominados delitos sexuales (o delitos con connotación sexual). Y esto no sólo ha ocurrido en España, sino en todo nuestro entorno jurídico-cultural. En este sentido señala CANCIO MELIA, que las modificaciones han sido tan trascendentes tanto cuantitativa como cualitativamente que “puede afirmarse que han estado sometidas en los últimos años a una verdadera cascada de cambios”⁴³⁵.

2011, pág. 20; MARTINEZ GONZALEZ, Isabel, “Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral”, en MARTINEZ GONZALEZ (direct.), *El acoso*, op. cit., pág. 63 y ss. Afirmando que en estos casos es preciso una *obligada reiteración delictiva*, cfrs. CORTES BECHIARELLI, Emilio, “El nuevo delito de grave acoso en el ámbito laboral”, en JUANES PECES (direct.), *Reforma del Código penal*, Madrid 2010, pp. 109 y ss; ALONSO ALAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en DE TOLEDO Y UBIETO, GURDIEL SIERRA, CORTES BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, pp. 66 y ss.

⁴³⁴ Un análisis de que el acoso implica la afección de varios bienes jurídicos, vid en MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 42 a 46.

⁴³⁵ Ley 1577/1989. Véase CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, en La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 6. También en CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, La Ley, No. 4181, 1996, p. 2. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo”, en Código penal, Tecnos, 1996, p. XXIII, expone “desde el principio, se alcanzó ya en el CP 1995 un «punto álgido» de un «síndrome de Penélope» legislativo, tejiendo y destejiendo continuamente el entramado de la Ley”; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995”, AP, 1996, p. 597 y ss.

Parte de esta situación, la genera el hecho de que los delitos contra la libertad sexual han sido uno de los grandes retos que ha tenido que afrontar el legislador para adecuar la configuración de los tipos penales a las necesidades punitivas de represión de este tipo de conductas conforme van cambiando los tiempos, la configuración y la mentalidad y pensamiento de la sociedad⁴³⁶.

Ya a partir de los 80's, la necesidad de reforma legislativa se había hecho sentir en el ámbito jurisprudencial, e incluso puede decirse que ciertos aires de cambio y movimientos de adaptación de las nuevas actitudes sociales habían sido anticipadas, en cierta medida por la praxis de un sector jurisprudencial sensible a la nueva valoración y percepción de la sexualidad por parte de la sociedad española⁴³⁷. Ya, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había visto en la frecuente necesidad de unificar criterios dispersos y homogenizar tendencias a veces contradictorias en relación con los delitos sexuales.

Así se puede decir que el punto de partida de las reformas penales en materia sexual, se origina en la profunda reforma estructural llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, donde, aunque no fue el único sector que sufrió cambios, muy probablemente la materia de Derecho penal sexual tenía el

⁴³⁶ Sobre todo porque los delitos contra la libertad sexual siempre han tenido un matiz moral, que ha venido evolucionando con el paso del tiempo, así, lo que antes se consideraba digno de protección era la honra de la familia, del marido, eso era lo que representaba el valor social, y por supuesto no se pensaba en la libertad sexual (menos de la mujer). Por ello, por ejemplo, se sancionaba el adulterio y se premiaba al hombre que matara a su mujer adúltera y su amante, con el uxoricidio. El uxoricidio era una atenuante de los delitos de homicidio y lesiones, aplicable al marido o padre que atacara al amante de su esposa o corruptor de su hija (menor de 23 años) o a ésta, si fuesen sorprendidos *in fraganti*. La pena establecida para este delito, en el caso de que les diera muerte o les causara lesiones graves, era el destierro, y la exención de pena en caso de que las lesiones fueran leves. Véase sobre el uxoricidio, CARUSO FONTÁN, Ma. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 31. Quien considera que la existencia de la figura de uxoricidio, y la diferenciación de trato para ambos sexos, son razones suficientes para decir que lo que en primer término se estaba protegiendo era la honra del hombre, junto con el riesgo de filiación ilegítima, con su correspondiente proyección patrimonial.

⁴³⁷ HERRERA MORENO, Myrian, *Recientes posiciones jurisprudenciales sobre los delitos sexuales*, p.339.

mayor grado de desarrollo, de hecho, la primera modificación fue relativa a la rúbrica de las conductas tipificadas, así el Título IX del Libro II del Código penal dejó de denominarse “Delitos contra la honestidad” y se sustituyó por “delitos contra la libertad sexual”.

La denominación de este Título del Código penal había sido muy criticada por la doctrina⁴³⁸, alegando un sector de la misma que el bien jurídico que debía protegerse no era la honestidad sino la libertad sexual⁴³⁹. Esto en el entendido de que la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, surge como un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, con autonomía propia por los graves ataques que contra ella se pueden derivar, no siendo suficiente para abarcar toda su dimensión la protección genérica de la libertad⁴⁴⁰.

Esto surge además, porque la consideración de la “honestidad” como bien jurídico protegido conllevaba una evidente confusión entre delito y pecado,

⁴³⁸ En este sentido, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Ariel, 1989, p. 113; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra la libertad sexual”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 513-514; ORTS BERENGUER, Enrique, *El delito de violación*, Universidad de Valencia, 1981, p. 13; CREUS, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, 4ª ed., Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 179; MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, 1989, pp. 20-30; BOIX REIG, Javier, “Del estupro”, en COBO DEL ROSAL, Manuel y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, Tomo II, Madrid, 1993, p. 335. ASÚA BATARITA, Adela, Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico, p.10-19, <http://www.cienciaspenales.net>, también en la obra colectiva *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz 1998, pp. 47-101.

⁴³⁹ Así lo señalaba ya JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 5ª ed., Buenos Aires, 1942, pág. 192. Posteriormente, se fue sumando la práctica totalidad de la doctrina, y más tardíamente la jurisprudencia, cfrs. COBO DEL ROSAL, Manuel Y ZABALA LOPEZ-GOMEZ, Carlos, *El acoso sexual*, Madrid, 2006, p. 21.

⁴⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 206. En el mismo sentido, LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996, p. 106.

atendiendo a parámetros más éticos o religiosos que a conceptos jurídicos mediante la referencia a la moralidad sexual⁴⁴¹, que es un concepto variable.

Efectivamente, según DE VEGA RUÍZ, el problema de establecer la honestidad como bien jurídico es que se correría el peligro de que hoy fuere delictiva una determinada conducta que mañana iba a dejar de serlo. “Hay que ir a conceptos perdurables. Lo malo o lo bueno tiene que serlo siempre, para siempre. Si lo malo o lo bueno mañana ya no lo es, quiere decir que nunca fueron realmente ni malos ni buenos”⁴⁴². Incluso el mismo término honestidad que, como se ha apuntado, tenía en aquellos tiempos un equivalente moral, en la actualidad ha variado de dimensiones, y así en su concepción social, honestidad viene siendo equivalente a honradez⁴⁴³.

⁴⁴¹ Sobre la relación con la moral, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la libertad sexual: ¿Libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Nuevas tendencias en política criminal, Una auditoria al código penal español de 1995*, Bdf, Buenos Aires, p. 181; KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998, p. 71-82.

⁴⁴² Añade que la legislación moralizante fue históricamente superándose, dejando atrás conceptos hoy inadmisibles. Quedaban muy lejos la *Lex Julia de adulterio* (castigaba al que *sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit*), o las penas del Código Canónico al considerar ilícita toda unión extramatrimonial, la *fornicatio spiritualis* o incluso el simple beso *osculum illecebrosum*. [...] El Derecho Canónico endureció todo cuanto al sexo se refería si se producía fuera del sacramento. El Derecho Romano, en cambio, fue indiferente al problema a no ser que pusiera en peligro el matrimonio, la demografía o la procreación. Mas por la costumbres en sí, no tomaba partido en el tema. DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 20-21.

⁴⁴³ LÁZARO CARRETER manifiesta que en nuestros días se llama honesto a lo que en antaño se calificaba como honrado [...] tiempos en los cuales, como dice irónicamente, la honradez habitaba al norte y la honestidad al sur del ecuador corporal y en los que se delimitaba con precisión el significado de ambos términos al definirse – por los académicos dieciochescos – la honradez como “aquel género de pundonor que obliga al hombre de bien a obrar siempre conforme a sus obligaciones, y cumplir la palabra en todo”, y la honestidad como “moderación y pureza contraria al pecado de la lujuria”. Ahora, como destaca, se ha acabado la distinción entre honestidad y honradez, siendo esta última prácticamente jubilada, tras invadirse – por la honestidad – casi completamente el territorio semántico de la honradez. LÁZARO CARRETER, Fernando, “*Honestidad*”, en *El dardo en la palabra*, Galaxia Gutemberg, Círculo de lectores, Barcelona, 1997, p. 561 y ss., Citado por POLAINO-ORTS, Miguel, *Los delitos*

Por tanto, con el cambio de rúbrica, se ha dejado atrás cualquier teoría que preconice la pecaminosidad, la inmoralidad o la perjudicialidad del sexo, de manera que sólo podría sancionarse penalmente hablando, aquellos comportamientos, de naturaleza sexual que pretendan imponerse mediante violencia, intimidación y/o engaño⁴⁴⁴.

Sin embargo, un sector de la doctrina penal, donde esencialmente destaca la tesis del profesor BAJO FERNÁNDEZ⁴⁴⁵, pensaba que la rúbrica antigua (Delitos contra la honestidad) no era criticable por sí misma, en tanto que no se proponía designar en su dicción literal el objeto típico de tutela, sino que la misma se limitaba a poner de manifiesto – según afirmaba el Profesor GIMBERNAT ORDEIG⁴⁴⁶ – el carácter común de las figuras que el título comprendía, es decir, la honestidad – o para mejor decir, la deshonestidad – como elemento caracterizador de las acciones allí tipificadas.

El problema de mantener la denominación Delitos contra la honestidad, sin que ésta reflejara el bien jurídico protegido, sería la contradicción que presenta con las demás rúbricas, porque las denominaciones que encabezan los demás Títulos del Código penal usualmente hacen referencia al objeto de tutela. Así la libertad sexual como concepto jurídico pretende la protección, en el ámbito

sexuales a la luz del Código penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril), p.152.

⁴⁴⁴ DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio*, en *La Ley*, p. 1052.

⁴⁴⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel, *La actualización del Código penal de 1989*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1989, p. 31.

⁴⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, fasc. III, 1969, p. 489 y ss.

penal, de la autodeterminación sexual de la persona, entendida como un ejercicio básico y esencial de la libertad razonada del individuo⁴⁴⁷.

No obstante, a pesar de que en general el cambio fue bien recibido, por los motivos que anteriormente se aducían, se realizó la crítica de que bajo esta rúbrica, no quedaban cubiertos todos los bienes jurídicos que eran regulados en el entonces Título IX, p. ej. delitos de exhibicionismo, provocación sexual, rapto, varios de los delitos relativos a la prostitución y aquellas conductas que recaían sobre menores o incapaces, que son sujetos que carecen de esta libertad⁴⁴⁸.

Ello llevó a MUÑOZ CONDE⁴⁴⁹ a afirmar que la libertad sexual no constituía el único ni siquiera el más importante de los posibles bienes jurídicos que en todo el título venían a consideración, sino que era más una aspiración político-criminal y una pauta a seguir como criterio en la interpretación de los tipos penales que un bien jurídico protegido común a todos ellos. Y agregaba, que a partir de ahí quedaba abierta la posibilidad de seguir considerando estos delitos como “Delitos contra la moral sexual” en la medida en que esta denominación sirve para acoger no sólo los ataques a la libertad sexual entendida *stricto sensu*, sino también otros bienes jurídicos distintos o no exactamente coincidentes con ella, pero que igualmente son dignos de protección penal.

Y es que no ha sido el único que ha propuesto modificar la rúbrica para que se ajustara mejor a los delitos ahí comprendidos, de la misma manera, entre la doctrina se proponían otros títulos como “delitos contra la moral sexual”, “delitos contra la libertad sexual”, o la más genérica “delitos sexuales”. Aunque el

⁴⁴⁷ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Javier, *La aplicación del principio non bis in idem en la correcta interpretación del delito de abusos sexuales, Comentario a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2004*, p. 73.

⁴⁴⁸ BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.136. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, 1989, pp. 20-30.

⁴⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *La reforma penal de 1989...op. cit.*, p. 29.

legislador optó, finalmente, por delitos contra la libertad sexual, categoría que mantuvo en la reforma del Código penal de 1995, el llamado Código de la democracia, en el que por supuesto, también se dieron modificaciones sobre los delitos sexuales.

Una de ellas fue la introducción del delito de acoso sexual en el Código penal de 1995. Sin antecedentes en la legislación penal española⁴⁵⁰, el delito de acoso sexual viene regulado por vez primera como figura autónoma en el mencionado cuerpo normativo, la razón de su aparición se debe a una enmienda *in voce* presentada en el seno de la Comisión por Izquierda Unida e Iniciativa por Cataluña que introdujo el entonces artículo 175 bis en el seno de los debates parlamentarios de la L.O 10/1995. El resultado de su tramitación, no exenta de matizaciones y polémicas, se materializó en el derogado artículo 184 C.P, que integraba como precepto único el Capítulo III del Título VIII del libro II del vigente texto punitivo, recogiendo el denominado *quid pro quo* (una solicitud de relaciones a cambio de), cuando este era realizado por una persona que se prevalía de una situación de superioridad docente, laboral o análoga⁴⁵¹.

Así establecía: *“Al que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral o docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”*.

⁴⁵⁰ Aunque para algunos autores, se contaba con el antecedente de las previsiones de los artículos 383 y 384 del Código penal de 1973 en cuanto a las solicitudes sexuales de los funcionarios en algunos puestos, bien entendido que los sucesores de aquellos artículos son los actuales arts. 443.1 y 443.2. Véase sobre esta afirmación, ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (perspectiva jurídica y criminológica, Dykinson, Madrid, 2001, p. 94

⁴⁵¹ SÁNCHEZ, Esther y LARRAURI, Elena, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17.

El delito de acoso sexual ha recibido numerosas críticas desde su incorporación al texto penal, partiendo la primera de ellas de su propia denominación, dado que a pesar de referirse al *acoso sexual*, el término acosar no se encontraba presente en la conducta típica, lo que conllevaba a la polémica de si bastaría con un único acto de solicitud de favores de naturaleza sexual a una persona⁴⁵² o si la habitualidad de este comportamiento era lo que determinaba la tipicidad del mismo⁴⁵³. Así, señala acertadamente MUÑOZ CONDE⁴⁵⁴, que en el acoso sexual la solicitud puede ser de un acto aislado, aunque el término de acoso sea el resultado de varios actos reiterados de hostigamiento, molestias, etc, acompañados de frases o gestos de evidente contenido sexual. Sin embargo, la propia configuración del delito como “acoso”, parecía requerir que la solicitud expresada fuera reiterada.

⁴⁵² Cfrs. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 21 y 22, donde considera que “Acosar gramaticalmente sería perseguir sin dar tregua ni reposo, existiendo un componente de insistencia molesta, de reiteración, que para nada se reflejó en la tipificación”, de modo similar a como ocurre con la regulación actual del delito de *grooming*, cuya configuración típica no contiene el requisito de que se trate de actos reiterados. En este mismo sentido, cfrs. ALONSO ALAMO, Mercedes, “Los nuevos delitos de acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001, p. 1756; HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo Código penal. Parte general y parte especial*, Madrid 1996, p. 368.

⁴⁵³ Sobre el concepto de habitualidad Cfr. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 CP: el maltrato habitual”, en NÚÑEZ CASTAÑO (Directora), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009, pp. 183 y ss, que considera que lo que aporta el art. 173.2 CP es un concepto fáctico donde lo relevante radica en que la afección al bien jurídico se produce por la reiteración de actos de violencia que dan lugar a un estado de agresión permanente o a un clima de violencia dentro de un determinado entorno. Otra interpretación se derivara de una concepción subjetiva de la habitualidad donde lo relevante sería que las situaciones violentas fueran expresión de que el sujeto se ha formado un hábito o tendencia a su realización configurando el tipo contenido en el art. 173.2 CP como un delito *habitual o de hábito* donde lo relevante es que se pueda acreditar este hábito o tendencia del autor. Indica NÚÑEZ CASTAÑO que lo habitual en dicho precepto es la conducta agresiva y no el agresor ya que un planteamiento inverso nos conduciría a épocas pretéritas en las que la personalidad o la vida del sujeto constituían la esencia del reproche penal, siendo esto inadmisibles en un Estado de Derecho. Cfr. asimismo, NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “El delito de maltrato habitual: entre la violencia de género y la violencia doméstica”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 12, 2009, pág. 32.

⁴⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Directora), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia, 2011, pág. 20.

El segundo grupo de críticas a esta tipificación surge sobre todo desde el prisma de que se trataría de una disposición que no vendría a cubrir ninguna laguna legal en la materia; por el contrario, la práctica totalidad de la doctrina proclamaba el carácter innecesario del precepto, sobre la base de que el tipo penal previsto no era más que una repetición disfuncional del delito de amenazas condicionales. Sosteniendo a este respecto que esos comportamientos, cuando no existía el específico tipo penal, podían ser castigados al amparo del delito de amenazas condicionales, o bien, como forma imperfecta de ejecución de otros delitos sexuales, configurando una tentativa de agresión o abuso sexual según los casos⁴⁵⁵.

En esta última línea, ALONSO PÉREZ, apoya la tesis de que nos encontramos ante un acto preparatorio de otros delitos sexuales, declarado punible por expreso deseo del legislador. Sostiene este autor, que en realidad no se castigan comportamientos sexuales impuestos de uno u otro modo, sino

⁴⁵⁵ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 12. En el mismo sentido, Para DEL ROSAL BLASCO, la figura del acoso sexual es probablemente uno de los mayores fracasos de los que contiene el texto punitivo, sin duda alguna, porque el legislador ha prestado oído a posiciones demagógicas muy extremas e irreflexivas, añadiendo que su presencia en el Código penal de 1995 es, como mínimo, absolutamente innecesaria, porque el ámbito de relevancia típica que pretender comprender, o bien debería considerarse suficientemente cubierto por el abuso sexual de prevalimiento, del que el acoso sexual no es sino un acto pre-ejecutivo y, por tanto, su existencia autónoma en el mundo de lo punible no tiene razón de ser, o bien dicho ámbito de aplicación típica debería de entenderse comprendido por el delito de amenazas condicionales de mal que no constituye delito [...] que por cierto está castigado con una pena superior a la del acoso sexual. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *Los delitos contra la libertad sexual*, en Bernardo DEL ROSAL BLASCO (editor), *Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995*, Universidad de Alicante, Colegio de Abogados de Alicante, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 175. En esta misma línea, GARCIA ARAN, Mercedes y LOPEZ GARRIDO, Diego, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid 1996, p. 111, entendían que se trataba de una estructura típica propia de las amenazas, como imposición de una condición, el favor sexual, de cuyo incumplimiento dependería la consecuencia desfavorable, sin que el culpable consiguiese su propósito, puesto que en caso contrario se trataría de un abuso de prevalimiento.

el mero planteamiento de las pretensiones sexuales, la simple solicitud de los favores, cuando tiene lugar en un determinado ámbito y situación⁴⁵⁶.

Por su parte, para SÁNCHEZ y LARRAURI estas críticas desconocen la realidad de la práctica jurisprudencial del acoso sexual, debido a que si bien es cierto que podía subsumirse en el delito de amenazas condicionales, no se hacía⁴⁵⁷. Es decir, aunque la conducta efectivamente encajaba dentro de la descripción del tipo general de amenazas, los jueces y tribunales no la subsumían en este delito.

El problema es que no se puede fundamentar la inclusión de un precepto en meras estadísticas, sólo porque sus defensores consideraban que la conducta tiene su propio desvalor y que al no ser aplicada como tal, la hacía merecedora de su tipificación como delito autónomo. Esto conlleva al inconveniente de que, no sólo la conducta ya se encontraba recogida en el precepto legal de las amenazas condicionales, sino que parece que fueron consideraciones “de signo más emotivo y sentimental que racional”, que tampoco convienen a la legislación penal, las que han motivado la introducción de este precepto, derivadas de la progresiva conciencia social, generada en el marco de la evolución de la posición social de la mujer, de que este tipo de prácticas son intolerables⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 94.

⁴⁵⁷ SÁNCHEZ, Esther y LARRAURI, Elena, Op. cit., *El nuevo delito de acoso...*p. 13.

⁴⁵⁸ Véase CANCIO MELÍA, Manuel, Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual, La Ley, 1996, p. 1631. Es decir, la tipificación del acoso se convierte, por lo tanto, en una necesidad de regular y sancionar determinadas conductas que se están produciendo en la sociedad que surgen de la incorporación cada vez mayor de la mujer a puestos laborales clásicamente ocupados por el hombre. A esta circunstancia hay que unir la concienciación que está tomando la mujer sobre su rol y la disposición adquirida a denunciar todo este tipo de hechos. Pero además su regulación también es una forma de atajar con la dinámica de agresión creciente y prevenir formas más graves o nuevos casos similares. Véase LORENTE ACOSTA, Miguel y LORENTE ACOSTA, José Antonio, *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*, 2ª edición, Comares, Granada, 1999, p. 190. Así agregan que “dentro del

Así, escribe MUÑOZ CONDE que la incorporación del acoso sexual en el Código penal de 1995 fue consecuencia de la presión de grupos sociales, principalmente femeninos⁴⁵⁹, que consideran que este tipo de conductas se dan con frecuencia y dificultan y afectan a la libertad sexual de las mujeres, que suelen ser las principales víctimas de este tipo de actos⁴⁶⁰. Con lo cual, la tipificación de esta conducta, al ya estar recogida en otros tipos penales, se aleja del principio de intervención mínima que caracteriza al Derecho penal.

En defensa de su incorporación al ordenamiento penal, ORAA GONZÁLEZ, opina que al margen de que el precepto no proporcione una adecuada respuesta penal, debe ser bienvenido en cuanto muestra que legislativamente se ha reconocido su existencia y, consecuentemente, que hay una cierta voluntad de afrontarlo⁴⁶¹.

contexto de agresión a la mujer como consecuencia de su rol social, el acoso sexual ha sido el resultado directo y específico de la modificación del mismo y de la incorporación de la mujer al mundo laboral, donde ha encontrado una serie de circunstancias que han favorecido su utilización y aceptación por parte de determinados sectores de la sociedad como una muestra de la agresividad a la mujer en general y a la trabajadora en particular”. En este sentido, señala como ejemplo la sentencia de 25-6-1976 donde se expresa: *“Las proposiciones deshonestas del procesado a sus empleadas, así como sus pedestres y jactanciosas manifestaciones verbales alusivas a la supuesta fragilidad erótica (de las mismas), podrían integrar uno o más delitos de injurias si se querellaran las ofendidas, pero, no siendo así, tales proposiciones y semejantes blandronadas, propias de un silvano en celo y que revelan emociones o delirios poligámicos del agente, puramente quiméricos y por lo tanto (...) hasta hilarantes, no significan un grave atentado a la moral colectiva”* Ídem p...181. En contra de la necesidad de la regulación, ORTS BERENGUER, Enrique, Delitos contra la libertad sexual, en Comentarios al Código penal de 1995, volumen I, coord. por VIVES ANTÓN, Tomás, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 951. Sobre lo mismo, agrega MATALLÍN EVANGELIO que “la inflación penal, es decir, la existencia de un gran número de preceptos superfluos, lo único que origina es el desprestigio de los preceptos penales y una actitud de inobservancia general de la ley, con el consiguiente deterioro de la función intimidadora de la norma penal”. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, Op. cit., *El nuevo delito de acoso...*p. 12.

⁴⁵⁹ Aquellos gestores atípicos de la moral que señalaba SILVA SÁNCHEZ. Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Op. Cit. *La expansión del Derecho Penal...* p. 67.

⁴⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal, parte especial, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 217 y 218.

⁴⁶¹ Citado por ALONSO PÉREZ, Francisco, Op. cit., Delitos contra la libertad...p. 96.

Sin embargo, la existencia del acoso, no supone una novedad en sí misma, sino que, como ya se apuntaba, la novedad es la mayor inclusión de la mujer en las esferas laborales que generalmente han estado concebida para los hombres, pero las razones de humillación y subordinación en las relaciones de género que pudiesen ameritar una intervención penal las había tanto antes como ahora. La irrupción del Derecho penal en estos ámbitos, responde entonces a la progresiva toma de conciencia en torno a su gravedad. Por tanto, no es más que un fenómeno de paulatina sensibilización ante el problema⁴⁶².

Por esto, según POLAINO-ORTS, el acoso sexual se trata de un delito circunstancial o coyuntural, en el sentido de que si se ha visto incluida la conducta del acoso sexual como delito en un texto penal en los umbrales del siglo XXI, es como consecuencia de la situación, circunstancias y coyunturas sociales, es decir, que ha sido la propia inercia de las reclamaciones y reivindicaciones sociales la que ha facilitado la inclusión de esta figura⁴⁶³.

Ahora, al tratar de satisfacer cada demanda social incluyéndola en el Código penal, estaríamos promulgando el populismo punitivo de la tipificación como respuesta directa al clamor social y no basando la intervención penal en la necesidad de la regulación de una conducta sobre la base de una afectación real a un bien jurídico digno de protección⁴⁶⁴.

⁴⁶² Véase GÓMEZ RIVERO, Carmen, *El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto*, en Actualidad Jurídica Aranzadi No. 482 (Comentario), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, p.2

⁴⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel, Op. cit. *Los delitos sexuales...*p.174.

⁴⁶⁴ Así sostiene, COBO DEL ROSAL, Manuel Y ZABALA LOPEZ-GOMEZ, Carlos, *El acoso sexual*, Madrid, 2006, “todo lo que pide la sociedad no puede ser transcrito con letras de imprenta en nuestros código punitivos, pues si le legislase de esa forma nos encontraríamos con un especie de justicia nacional-socialista, en la que denostado “sano sentimiento popular” decide lo que es delito y lo que no lo es. Y es que un Derecho penal en el que rija el apotegma de que *salus populi suprema lex est*, conduce por lo derroteros cuando menos demagógicos y peligrosamente nazistoides”. Esta situación encuentra sus raíces doctrinales en autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, quien ya en 1942, defendía el principio de mínima intervención del Derecho penal en este tipo de casos con manifestaciones como ésta: “la libertad de amar significa que los

De ello, como se puede observar, deriva que las críticas contra el tipo penal de acoso sexual hayan sido duras⁴⁶⁵, por las razones de su origen y por la falta de necesidad de una regulación autónoma de la figura. No obstante, con esto no pretendemos sostener que el acoso es parte del Derecho penal simbólico que no va a tener ningún tipo de aplicación práctica, sino que es superfluo en atención a que las conductas que de él se desprenden, ya estaban recogidas dentro del ordenamiento jurídico, y su falta de aplicación jurisprudencial, no implica que existiese un vacío legal, sino que la toma de conciencia sobre la importancia de sancionar esta esfera dentro de las relaciones laborales no había alcanzado los niveles actuales.

Por otra parte, la tipificación del acoso sexual como figura autónoma, posiblemente por carecer de antecedente en la legislación penal española, incurre en importantes lagunas técnicas en su redacción que a la postre desembocan en la dificultad de su aplicación⁴⁶⁶. Un dato revelador de dicha

Estados no tienen para qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos [...] ¿Qué le importa al Estado lo que hagan dos súbditos conscientes en la esfera íntima de sus sentimientos?” Citado por SÁNCHEZ DE LARA, Cruz y CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, *Del acoso sexual aspectos penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 119.

⁴⁶⁵ CARMONA SALGADO, ha calificado el nacimiento del tipo penal de acoso sexual como “exagerada y absurda”, “innecesaria y disfuncional” y “disparatada”. Véase CARMONA SALGADO, Concepción, *Addenda al Curso de derecho penal español-parte especial*, 1999. En el mismo sentido, ROMERO SIRVENT, dice refiriéndose al art. 184 CP, “es perfectamente inútil y además crea problemas concursales sobre concurrencia de leyes de difícil solución, que evidencia una mala técnica legislativa”. ROMERO SIRVENT, Clotilde, *Comentarios al Código penal*, 2002. SÁNCHEZ DE LARA, Cruz y CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, *Del acoso sexual aspectos penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 119. En el mismo sentido, ORTS BERENQUER, expresa que la introducción del acoso sexual “supone una auténtica novedad, superflua y disfuncional, pero novedad. Lo que no significa que venga a sancionar hechos que, al menos en sus manifestaciones más graves, no lo estuvieran ya en el código anterior”. Véase ORTS BERENQUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996*, Servicio de editorial Universidad del País Vasco, 1996, p. 120.

⁴⁶⁶ VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Delito de acoso sexual*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 7

circunstancia, se tiene en el hecho de que, ya sea por efecto de las críticas de la doctrina bien por la escasa plasmación judicial del delito⁴⁶⁷, hasta abril de 1999, únicamente se dictó una sentencia condenatoria por un delito de acoso sexual.

En este año, se promulga la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Se decía que su origen se debía a que se evidenciaron ciertas lagunas que dejaban en la atipicidad determinadas conductas gravemente atentatorias a la dignidad del ser humano en materia de sexualidad y sobre todo con el objeto de “garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de menores e incapaces”. Sin embargo, esta norma no se limitó a corregir los eventuales defectos advertidos en el Código penal de 1995, sino que abordó una reforma global del Título VIII, resucitando ciertos valores moralizantes que parecían superados con la pretensión confesada de satisfacer “los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en los delitos de significación sexual a partir del Código penal de 1995, han motivado que se complemente la reforma con la revisión de los delitos de acoso sexual...”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Los motivos que aduce la doctrina penal son muy similares a los que señalaba al respecto la laboral. Así, por un lado, aparecen los miedos laborales típicos de estas situaciones (el miedo a perder el trabajo y a las represalias laborales) y por otro, la actuación de los órganos judiciales penales que han tendido a clarificar estos comportamientos como faltas de vejación, lo que ha provocado una serie de cuestiones procesales propias de estos juicios que dificultan imponer una sentencia condenatoria y, por ende, la futura denuncia de estas conductas. Así, se señala como la estructura del careo que caracteriza estos litigios, confrontan directamente a la víctima con su agresor, lo que deriva en un juicio sobre su propia moralidad; además se pone de relieve la dificultad para encontrar testigos por miedo a represalias laborales y la escasa valoración que hacen los jueces de la declaración de la víctima; por último se critica el carácter público de estos juicios que se valora muy negativamente por los sujetos pasivos del delito al verse obligados a exponer públicamente parcelas muy íntimas de su vida privada. ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p. 183.

⁴⁶⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 104.

Según manifiesta la Exposición de Motivos, resulta indispensable la reforma que opera la cita ley, por cuanto las normas existentes *“no responden adecuadamente, ni en la tipificación de conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresa libertad sexual, ya que se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad carece de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de una conductas que, sin embargo, podían ser lícitas entre adultos”*.

De ahí que el principal cambio se realice nuevamente en la rúbrica de los delitos contra la libertad sexual que pasan a ser *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*⁴⁶⁹ tratando, a su vez, de tipificar de manera más precisa estos tipos en relación con la edad de las víctimas y con sus especiales circunstancias, así como revisar el sistema de penas, rechazando aquellas sanciones que en este ámbito no resultarían adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Esto porque ya se venía criticando desde la reforma de 1989 que cambio la denominación de delitos contra la honestidad por delitos contra la libertad sexual, que bajo esta rúbrica con se encontraban comprendidas las conductas sexuales que atentaban contra los menores e incapaces por considerar que éstos no poseen libertad sexual o al menos esta se encuentra limitada temporalmente.

⁴⁷⁰ Cabe apuntar de manera general, que a pesar de la transformación drástica de la regulación en materia sexual producida en 1989, con posterioridad se han venido introduciendo relevantes modificaciones adicionales en materia de delitos sexuales que han ido endureciendo la intervención penal en este ámbito. En efecto, las reformas producidas sobre el nuevo modelo, mucho más intensas que en otros sectores del Derecho penal, significan que los delitos de relevancia sexual han estado sometidos en el ordenamiento español, como acaba de señalarse, a un proceso de continuas modificaciones. CANCIO MELIÁ, Manuel, Ob Cit. *Una nueva reforma de los delitos...*p.

En esa línea, otra modificación sustancial, que introduce la LO 11/1999, la tuvo precisamente el delito de acoso sexual al que se le da una nueva redacción así, la regulación del delito base ha quedado ampliada a supuestos que con anterioridad quedaban despenalizados, mientras en el Código penal de 1995 este delito se configuraba a través de un tipo único, al cual, como se ha apuntado, la crítica más severa que se le hacía era el de su carácter redundante, tras la reforma del '99, pasó a estar conformado a través de un tipo básico, uno agravado y una agravante aplicable a ambos supuestos⁴⁷¹ que llevan aparejados un plus de reprochabilidad⁴⁷².

Esta idea implica, según POLAINO-ORTS, que el reformador de 1999 consciente de encontrarse ante una figura que no contaba con el *placet* generalizado de la doctrina, ha optado por un camino intermedio, por una solución hasta cierto punto salomónica, a mitad de camino entre las posturas que preconizaban su mantenimiento (en aras de la protección de un específico bien jurídico protegido) y la derogación (por mor de la superfluidad que suponía su redacción, a la vista de la regulación de las amenazas condicionales)⁴⁷³.

2. Entrañan así, un endurecimiento de la respuesta penal frente a los comportamientos delictivos, en aras de combatir eficazmente el fenómeno de la criminalidad, buen exponente de ello los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en los que se introducen consideraciones moralizantes, siguiendo la línea marcada por la LO 11/1999. ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, *Las recientes reformas...*p. 99. Agrega PÉREZ PARENTE que estas sucesivas reformas de los delitos contra la libertad sexual producen la sensación de que el legislador no ha encontrado la fórmula precisa y necesaria para lograr la debida tutela de un bien jurídico tan fundamental como lo es la autodeterminación en la esfera de la sexualidad. Cfr. PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunos aspectos polémicos*, 2000, p. 1882.

⁴⁷¹ También conocido como tipo superagravado, hiperagravado o especialmente agravado.

⁴⁷² Sobre esta idea véase VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Delito de acoso sexual*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 8.

⁴⁷³ POLAINO-ORTS, Miguel, Op. cit. *Los delitos sexuales...*p.197.

Regula entonces el artículo 184 del Código penal vigente⁴⁷⁴:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o de multa de seis a diez meses.
2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que ella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.
3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

A ello se une el hecho de que mediante posteriores reformas se han incorporado nuevas modalidades de acoso, la mayoría de las cuales no precisan de una naturaleza sexual, así por ejemplo, el acoso laboral o mobbing, del art. 173.1 apartado segundo del Cp,; el acoso inmobiliario, en el mismo precepto, pero en su apartado tercero; el *stalking*, incluido por la LO 1/2015, como modalidad típica del delito de coacciones en el art. 172 *ter* Cp; el *sexting*, regulado en el art. 197.7 Cp, tras la LO 1/2015, etc. Es, por tanto, en el ámbito de las conductas de acoso, preciso distinguir a qué tipo en concreto nos enfrentamos, esto es, qué bien jurídico estaría siendo lesionado en primer lugar, de modo que si la conducta acosadora es objetivamente de índole sexual, mediante la petición de favores de esta naturaleza sea de forma explícita o

⁴⁷⁴ Incluye las reformas de la LO 11/2003 y 15/2003, respectivamente, que introduce una nueva configuración sobre las penas, variar la redacción de la conducta típica como tal.

implícita, estaremos ante una lesión de la libertad sexual. Por el contrario, si la conducta acosadora no conlleva ninguna intención sexual, sino el mero hostigamiento de la persona, podríamos enfrentarnos a un delito contra la integridad moral o la intimidad, por ejemplo⁴⁷⁵.

Desde este planteamiento si, tal como hemos señalado, las conductas de *grooming* conllevan una clara finalidad sexual, es evidente que pudieran analizarse como formas de acoso sexual. Se trata, por tanto, de determinar si el delito de acoso sexual es adecuado o sirve de fundamento para la tipificación de las conductas de *grooming*.

Así, señala MENDOZA CALDERON⁴⁷⁶ que “puede resultar notablemente complicado encauzar esta serie de comportamientos dentro de los delitos de acoso sexual tipificados en el actual art. 184 Cp”. Es cierto que la descripción típica de la conducta descrita en el art. 184, esto es, solicitud a terceros de favores de naturaleza sexual y que genere una situación intimidatoria, hostil o humillante, podría acoger las conductas de *grooming* reguladas en el nuevo art. 183 *ter*, esto es, acoso mediante nuevas tecnologías a un menor de edad con clara finalidad sexual, pues es evidente que el art. 184.1 no limita los medios, modos o formas de comisión del acoso, con lo cual quedarían incluidos también aquellos que consistieran en el uso de internet o de las nuevas tecnologías; y el número tercero, prevé un tipo cualificado de acoso cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón, entre otras, de la edad. Con lo cual quedarían perfectamente amparados aquellos supuestos en los que el acoso se realice contra menores a través de las TIC’s.

El problema se deriva del ámbito típico de aplicación de estas conductas relativas al acoso sexual tipificado en el art. 184, dado que se tiene que tratar

⁴⁷⁵ Cfs. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., págs.. 138 y 139.

⁴⁷⁶ Cfrs. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., p. 139.

de una *relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual*. Y este no es el ámbito, como veremos, en que esencial y criminológicamente se desarrolla el *grooming*; por el contrario, este suele realizarse por personas absolutamente extrañas y que no tienen vínculo alguno con el menor.

Para hacer una relación más clara entre ambas figuras debemos partir de los supuestos generales que conforman estos tipos penales, que nos permitan determinar si el acoso sexual podría abarcar la incriminación de las conductas que se recogen en el delito de grooming. Para ello, resaltaremos los puntos donde creemos que hay mayores coincidencias y los que resultan más conflictivos.

1. La configuración del tipo como forma de acoso

Hemos dicho que el acoso se basa en el hostigamiento y persecución del sujeto destinatario del mismo, que puede ser de forma clara y directa o bien, indirecta y que, en este caso, persigue una finalidad sexual.

Lo relevante en este punto, es que la reiteración de la solicitud o propuesta acosadora, de la que se derivaría el hostigamiento, no es requisito en ninguno de los supuestos. En ambos casos, según la redacción de los tipos penales del art. 183 ter y el art. 184 CP, basta con que se realice una sola solicitud⁴⁷⁷ para que el tipo se configure, esto por supuesto, sin detrimento de que se tienen que realizar, en ambos casos, otra serie de presupuestos para que el delito se tenga como consumado.

⁴⁷⁷ Sin embargo, al margen del requerimiento legal, la praxis de ambos supuestos demuestra que usualmente en las conductas de acoso hay una reiteración e insistencia por parte del sujeto activo.

De ello, se deriva entonces, que en el acoso sexual la conducta realizada, aunque no necesite que parta de una solicitud reiterada, pues también puede surgir de una sola solicitud lo suficientemente grave⁴⁷⁸, debe causar a la víctima

⁴⁷⁸ Respecto a la cuestión de si se requiere cierta persistencia en la solicitud o basta con un sólo acto que concrete la demanda de los favores sexuales requeridos, se abre nuevamente la polémica. MATALLÍN EVANGELIO se inclina por la segunda de las opciones señaladas, expresando que, en efecto, aun cuando el *nomen iuris* del delito, acoso sexual, implica por lo común una actitud persistente y reiterada, resulta evidente que tal exigencia ni aparece reflejada en el tenor del precepto ni se desprende del sentido del mismo. MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, Op. cit., *El nuevo delito...*p. 43. Así entiende VELÁZQUEZ BARÓN que no puede predicarse la necesidad de que dicha acción sea constante o reiterativa, mientras que revele el suficiente desvalor jurídico de la solicitud, y ello, aun cuando sea especialmente dificultoso entender que una determinada solicitud puede presentar la magnitud suficiente para provocar en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante, el caso podría darse. VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, Ob Cit., *Delito de acoso...*p. 11. Por tanto, según esta corriente, bastará con que exista una sola proposición para que surja el tipo. En sentido inverso BEGUÉ LEZAÚN, J.J, Op. cit., *Delitos contra la libertad...*p. 142, apunta que por solicitud sexual ha de ser entendida, la insistente solicitud de realización de actos de índole sexual, debiendo acudir para concretar qué actos tengan tal condición, a la significación social ordinaria de los mismos y la concreta inferida de las circunstancias personales y del hecho a valorar. Aunque la insistencia no se encuentra entre los elementos integrantes del tipo objetivo descriptivo, parece acertado incluirla en atención a una interpretación guiada por el principio de intervención mínima y los criterios sistemáticos e históricos. Sobre la misma idea, para HERRERO HERRERO, C., *Introducción al nuevo Código penal (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid, 1996, p.368, el acoso sexual (o acosamiento) consiste en la acción de “perseguir sin tregua” a alguien para que acceda a la solicitud lúbrica del demandante, lo que entraña elementos coactivos de carácter psíquico, aunque generalmente va acompañado de advertencias, explícitas o veladas, de privar, a partir de un futuro más o menos próximo, a la persona afectada, de ciertos bienes que dependen, orgánica o funcionalmente, del acosador, o de amenazas con las mismas características, de infligir un mal relacionado con los mismos ámbitos de “poder”. En la misma línea DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 33, expone: “Ya sabemos que el requiebro, el piropo o la solicitud normal forman parte del juego amoroso, de la mutua atracción de los seres humanos. Mas el acorralamiento, la permanente y persistente actitud (de acoso y derribo) con expresión, tocamientos y muchos etcéteras, es no sólo insostenible si se rechaza, sino gravemente perturbador, laboral, humana y psíquicamente hablando”. Sostiene GÓMEZ RIVERO, Carmen, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 482 (Comentario), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, p.8, que la posibilidad de considerarse suficiente un solo acto, una sola solicitud, para dar paso a la situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante, “se estaría utilizando el Derecho penal en un ámbito en el que está claro que no tiene nada que decir: el de la suerte que siga a una propuesta que, en principio, es tan lícita como una relación sexual entre compañeros y, en definitiva, el de la fortuna o fracaso del requerimiento”.

una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante⁴⁷⁹. Lo cual, salvo en casos muy graves, resultaría difícilmente imaginable que se derivara de una única solicitud; por el contrario, criminológicamente, se está haciendo referencia a supuestos en los que es la reiteración de solicitudes y pretensiones, poco graves aisladamente consideradas, las que contribuyen, precisamente por su repetición, a la creación del clima de humillación y hostigamiento requerido por el tipo penal.

Esta situación, sin embargo, no se requiere en el delito de grooming, al menos no en la configuración del tipo básico. De hecho, además de que tampoco necesita más de una propuesta, el sujeto pasivo no tiene por qué manifestar ninguna clase, siquiera, de incomodidad, frente a la solicitud que realice el sujeto activo, por el contrario, puede entablar incluso una relación de “amistad” con este. Basado en ello, cuestionamos que el grooming, al menos del tipo básico, se catalogue como un ciberacoso sexual, pues la descripción de la conducta típica no encaja en los presupuestos de los que parte un acoso, ni en la reiteración de los actos ni en el resultado hostil que de ellos se deriva.

Con esto, desde la regulación del acoso sexual no quedarían abarcadas aquellas solicitudes que, como manifiesta MUÑOZ CONDE, no provoquen en la víctima una situación que objetivamente pueda calificarse como una amenaza, un atentado contra la integridad moral o una injuria grave⁴⁸⁰. Con lo cual, bajo la tipificación del acoso sexual, las conductas recogidas en el tipo básico del *grooming* estarían despenalizadas.

⁴⁷⁹ Ampliamente sobre el requerimiento de causar una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante, véase BEGUÉ LEZAÚN, J.J, Op. cit., *Delitos contra la libertad...*p. 141; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la libertad...*op. cit., p. 94; SÁNCHEZ, Esther y LARRAURI, Elena, *El nuevo delito de acoso...*op. cit., p. 21; OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *El nuevo delito de acoso...*op. cit., p. 521.

⁴⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 231. En el mismo sentido, POLAINO-ORTS, Miguel, *Los delitos sexuales...* op. cit., p.198.

Distinta se presenta la situación en relación con el tipo agravado de grooming, en el que, como veremos, se requiere que el medio utilizado para lograr el acercamiento que pretende el sujeto activo, sea mediando intimidación, coacción o engaño; lo que repercute en el consentimiento del sujeto pasivo y de lo que sí se podrá generar una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Situación que también contempla el tipo agravado del acoso sexual.

Es decir, si como establece el tipo agravado de grooming, el encuentro se consigue mediante intimidación o coacción, es evidente que esto ocasionará al menor, dados los medios empleados, una situación intimidatoria y hostil. En el caso del acoso sexual, se produce el mismo resultado en la víctima, solo que éste ya no proviene de que se utilicen medios coercitivos, sino de la reiteración de la solicitud, la situación de prevalencia, o el medio en que se desarrolla (laboral, docente o de prestación de servicios).

En lo que corresponde al embaucamiento que se requiere en el tipo específico de grooming, podría sostenerse que se configuraría como una forma indirecta de hostigamiento y persecución en la que la víctima accede a las pretensiones del sujeto activo con un consentimiento viciado que se ha basado en el engaño y que por tanto, de conocer las intenciones reales del acosador sí podría generarse una situación, al menos hostil o humillante.

Habiendo dicho lo anterior, podemos observar, que desde la perspectiva de la configuración de la conducta como un acoso, hay una concordancia entre el delito de grooming y el acoso sexual, con la salvedad, como sosteníamos, del tipo básico del grooming que no tiene los requerimientos para considerarlo como tal.

Esto radica principalmente en el hecho, de que si bien el acoso sexual podría definirse como la tipificación de un momento previo a la configuración de delitos sexuales más graves, al exigir el resultado de una situación gravemente

intimidatoria, hostil o humillante, sumado al hecho de que por lo general la víctima se halla en situación de dependencia, se dota a la figura con un mayor desvalor que le da una entidad⁴⁸¹ que va más allá de un acto preparatorio de un delito de abuso o agresiones sexuales.

El *grooming*, sin embargo, no tiene tales presupuestos, de hecho se encuentra en un momento muy alejado de la lesión o puesta en peligro concreta al bien jurídico, ello se evidencia en la misma redacción del tipo, en el que a diferencia del acoso sexual en el que se realiza una solicitud inequívoca para lograr un favor sexual⁴⁸², en el *grooming* la propuesta que realiza el sujeto activo es para concertar simplemente un encuentro con el menor, pudiendo darse el caso de que éste desconozca la finalidad sexual del autor. Esto, como aquí se sostiene⁴⁸³, convierte al *grooming* en un mero acto preparatorio de los delitos de abuso sexual, agresión sexual o pornografía infantil, sin ningún desvalor propio suficiente, que lo haga merecedor de la elevación que se le ha dado a la categoría de delito autónomo.

2. La finalidad sexual que se persigue

En este ámbito hay coincidencia total entre ambos tipos penales, pues la finalidad que se pretende lograr con la conducta es de carácter sexual, aunque ni en el acoso sexual ni en el *grooming* se requiere que se consigan los

⁴⁸¹ En este sentido, OTAZO ALZA, Eñaut, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en *Jurisprudencia, Reseñas TS. Parte Especial*”, iustel.com, RGDP, No. 1, mayo 2004, p. 6-7.

⁴⁸² En relación al requerimiento de la seriedad de la solicitud, véase ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p. 183; VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Delito de acoso...* op. cit., p. 9; DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 49.

⁴⁸³ Véase *infra*

propósitos para que el tipo quede consumado⁴⁸⁴, pues en caso de realizarse la finalidad pretendida, se sancionaría el delito sexual cometido según corresponda.

Partiendo de ello, cabe destacar que la finalidad sexual del agente, en ambos delitos, se constituye como elemento subjetivo del injusto, de tendencia interna trascendente, que ha de concurrir para configurar el tipo, pues en caso contrario, si el sujeto activo tiene una finalidad diversa a la prevista, la conducta sería impune⁴⁸⁵. Por lo tanto, como afirma MATALLÍN EVANGELIO⁴⁸⁶, la solicitud o propuesta sólo son relevantes para el Derecho Penal si se realizan con la finalidad o intencionalidad específica de satisfacción del instinto sexual del agente, de manera que sin ese ánimo lascivo, no interesan a estos preceptos en concreto.

3. El medio a través del cual se ejecuta la conducta

El grooming, según disposición normativa, es un delito que tiene limitada su comisión al uso de las tecnologías de la información y de la comunicación⁴⁸⁷; el

⁴⁸⁴ Véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240; También en QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José A., El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, en *Diario La Ley*, No. 7746, Año XXXII, noviembre 2011, p. 587; BEGUÉ LEZAÚN, J.J., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 152; ORTS BERENGUER, Enrique, Op. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 270.

⁴⁸⁵ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172.

⁴⁸⁶ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Acoso sexual a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María y ORTS BERENGUER, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, TOL4.143.425.

⁴⁸⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Op. cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. En el mismo sentido, GALLEGU SOLER, José I. y HORTAL

acoso sexual, en cambio, puede ser cometido por cualquier medio⁴⁸⁸ pues en su redacción no se establece ningún medio específico, lo que significa que, al tener una regulación más general, también admite las modalidades de contacto requeridas para el *grooming*.

De hecho, esto convierte al acoso sexual en un tipo más amplio, ya que contempla aquellos supuestos en los que la solicitud puede ser de manera verbal, bien realizada cara a cara o por vía telefónica, pero también permite otros medios como el escrito, que se puede manifestar a través de cartas, mensajes de texto al teléfono o en las redes sociales, correos electrónicos, etc., que cubre con creces lo regulado en el *grooming* cuyo ámbito se limita a conductas *online* o telefónicas.

4. Los sujetos que intervienen en el delito

En lo que respecta al sujeto pasivo, el acoso sexual contempla tanto a menores como a personas adultas. La previsión hacia los menores como posibles víctimas, se desprende de la redacción misma del tipo⁴⁸⁹, sobre todo

IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244. TAMARIT SUMALLA, J. M., *Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores*, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010, pág. 172.

⁴⁸⁸ ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant Monografías, Valencia, 2002, p. 183; DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 49; POLAINO-ORTS, Miguel, *Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)*, p.175.

⁴⁸⁹ Expone MATELLÍN EVANGELIO, Ángela, “Acoso sexual a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María y ORTS BERENGUER, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, TOL4.143.425, que el acoso sexual a menores constituye un supuesto específico de acoso sexual, por razón de la condición del sujeto pasivo, esto es, por razón de la condición de menor de edad de la persona acosada, de manera que aunque se puede acosar a un mayor de edad o a un menor, a un hombre o a una

en dos momentos, primero, cuando reconoce dentro del supuesto típico al ámbito docente, el que por lo general está compuesto por menores, y segundo, al establecer claramente en el tipo una calificación agravada cuando la víctima sea especialmente vulnerable en razón de su edad⁴⁹⁰.

Caso distinto sucede en el grooming, que es un delito que desde su perspectiva criminológica, afecta exclusivamente a menores y, así ha quedado estipulado en la norma penal bajo la cual se ha concebido solamente al menor como sujeto pasivo, concretamente, según el tipo del art. 183 ter, al menor de dieciséis años, dejando fuera a los adultos, e incluso, a los incapaces como posibles víctimas de las conductas por el reguladas.

Siendo que el acoso sexual admite como sujetos pasivos tanto a adultos como a menores e incapaces, en este punto, recoge sin mayor inconveniente lo estipulado en el delito de grooming.

El problema se presenta en el sujeto activo de la conducta. Si bien en ambos tipos penales el autor puede ser tanto un mayor como un menor de edad, a diferencia del grooming, que es un delito común que puede ser realizado por cualquiera y en el que víctima y victimario ni se conocen, ni es necesario que pertenezcan al mismo círculo; en el acoso sexual, se requiere una calidad específica, y es que para que se configure el tipo, entre sujeto activo y pasivo debe existir una relación laboral, docente o de prestación de servicios, lo que lo convierte en un delito especial.

mujer, y en todos estos casos existirá delito de acoso sexual si concurren los distintos elementos exigidos en el art. 184 C.P.

⁴⁹⁰ Sobre este último punto SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Javier, La aplicación del principio non bis in idem en la correcta interpretación del delito de abusos sexuales, Comentario a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2004, p.77; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, Atelier, Barcelona, 2004, p. 48.

Esto se presenta como el mayor impedimento para que al acoso sexual pueda abarcar por completo al *grooming*, ya que al desarrollarse en ámbitos específicos, deja fuera de su ámbito de aplicación, cualquier tipo de conducta que no se realice dentro de estos espacios⁴⁹¹.

Incluso, no existirá delito de acoso sexual, por no mediar ninguna de las relaciones señaladas, por ejemplo, en las solicitudes sexuales del padrastro respecto del menor⁴⁹², aunque también atentan contra la indemnidad sexual y pueden producir, en atención a la afinidad y la habitualidad de la relación, una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante de mayor magnitud.

No obstante, esto no implica, que las conductas antes referidas, que valga decir, tampoco están recogidas por el delito de grooming porque requieren de un encuentro cara a cara y no mediante las TIC'S, no estén reguladas en ninguna norma penal, pues perfectamente pueden sancionarse por medio de las amenazas (art. 169 CP), un delito contra la integridad moral (art. 173 CP), o bien una tentativa de abuso o agresión sexual, según corresponda imputar por los hechos realizados; y la misma posibilidad aplica para el delito de grooming del art. 183 ter, en caso de que no estuviera regulado autónomamente.

En resumen, después de todo lo abordado, podemos sostener que, en principio, el acoso sexual podría concebirse como fundamento del grooming, en atención a la finalidad sexual y a que en su mayoría los actos que regula el delito de grooming quedan recogidos dentro de la calificación del acoso sexual, sin embargo, ciertamente, los ámbitos específicos que configura como típicos el acoso sexual, aquellos en los que medie una relación laboral, docente o de prestación de servicios, restringe mucho este tipo penal y no permite abarcan

⁴⁹¹ Por eso, quedan fuera del acoso sexual aquellas figuras que aun dándose en encuentros cara a cara y mediante conocidos o desconocidos no están en el ámbito descrito.

⁴⁹² Sobre el ejemplo véase MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, "Acoso sexual a menores", op. cit., TOL4.143.425.

en él la esfera general sin limitación de relación alguna que establece el grooming.

Esta situación, si bien resquebraja la idea del acoso sexual como fundamento del grooming, ello no significa que en caso de que el grooming no estuviera regulado de forma autónoma, la conducta quedaría impune, pues como se exponía, se podría calificar dentro de los delitos de amenazas, contra la integridad moral o prostitución infantil referidos, o bien, como tentativas de los delitos sexuales que se pretenden cometer.

Si la conducta realizada no encaja en ninguno de estos tipos penales, como puede suceder en lo que respecta al tipo básico del grooming donde no es posible siquiera sostener que se trata de un acoso como tal, consideramos que al ser este un mero acto preparatorio de otros delitos sexuales más graves, a los que no llega a lesionar ni a poner en peligro, hace que su regulación se completamente innecesaria y, por consiguiente, la conducta debería estar despenalizada.

II. EL DELITO DE CIBERACOSO SEXUAL O *CHILD GROOMING* REGULADO EN EL ART. 183 TER CP

1. Concepto extrajurídico del *child grooming*

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación⁴⁹³, entre ellas la telefonía celular, pero sobretudo internet, han aportado enormes beneficios para la humanidad. Y es que el surgimiento de las tres W, ha revolucionado la forma que se tenía de concebir la comunicación,

⁴⁹³ En adelante TIC's

que hoy damos por sentada, por ejemplo una video llamada, pero que para algunas generaciones fueron inimaginables.

De hecho, en los últimos años, es cada vez más fácil para casi cualquier persona tener acceso a la red, sobre todo desde que no se depende de un ordenador para hacerlo, gracias al binomio creado entre la telefonía celular⁴⁹⁴ y el internet. Así, este crecimiento vertiginoso sobre la accesibilidad a Internet, ha abierto las puertas a la comunicación e información instantánea, mediante correos electrónicos, páginas web, redes sociales⁴⁹⁵, foros, blogs, llamadas virtuales, etcétera.

Sin embargo, como en todo, existen sus pros y sus contras, pues internet también ofrece importantes ventajas para delinquir, principalmente por dos factores: su enorme cobertura, que da la posibilidad de perpetrar acciones criminales a miles de kilómetros y el anonimato, pudiendo utilizar identidades supuestas y técnicas de navegación anónima, con el fin de dificultar la identificación⁴⁹⁶ (en internet se puede ser quien uno quiera ser).

⁴⁹⁴ En esta época ya nadie podría soportar la idea de salir de casa sin el teléfono móvil y sobrevivir el día “incomunicado”, de hecho, se han detectado diversas patologías relacionadas con la utilización y dependencia de los teléfonos móviles.

⁴⁹⁵ Un 85,3% de internautas españoles utiliza las redes sociales en el cuarto trimestre de 2010. Son usuarios concienciados con su privacidad, y así el 67% de ellos declara que su perfil solo puede ser visto por amigos y contactos, y un 16,3% se muestra aún más restrictivo al permitir el acceso solo a parte de sus amigos y contactos. INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Estudio sobre la seguridad de la información y la e-confianza de los hogares españoles, Informe anual, 2010, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

⁴⁹⁶ Ya que estos delitos pueden ser realizados por cualquier usuario de un ordenador, sin que tenga excesivos conocimientos de informática. Sobre esta idea véase, PANIZO GALENCE, Victoriano, El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming, QDC, p. 23. Así manifiesta DÍAZ CABRERA “hay que tener en cuenta que cuando analizamos las formas de delincuencia que se propicia a través de Internet, las mayores facilidades vienen dadas por la posibilidad para suplantar a otra persona ya que todo el proceso es anónimo, aunque se te requieran claves y demás de seguridad, existe un entorno generalizado de anonimato, de aquí surgen las diversas modalidades delictivas”. DÍAZ CABRERA, María Celeste, El ciberacoso. El art. 183 Bis del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.004.694. Sobre el peligro del anonimato de la red para los menores véase también MAGRO SERVET, Vicente, *El “grooming” o ciber acoso*

Es preciso realizar una aclaración en este punto, la aparición de desarrollo de las TIC's no representa tanto un surgimiento de nuevas figuras típicas, como nuevas modalidades de comisión de los tradicionales delitos existentes⁴⁹⁷, que, por las razones expuestas, han encontrado en la red un medio facilitador de su expansión y comisión. Por supuesto, y de modo similar a como ocurre cuando de tradicionales medios de comisión se trata⁴⁹⁸, de los distintos tipos delictivos que se cometen a través de este medio, los que producen un mayor rechazo social son aquéllos en las que son víctimas menores de edad, quienes a su vez, resultan estar más expuestos, por su especial vulnerabilidad.

Según la Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los hogares, realizada en octubre 2008, por el Instituto Nacional de Estadística⁴⁹⁹, 1 de cada 3 jóvenes en España usa redes sociales; en concreto, el porcentaje de usuarios de redes sociales sobre el total de la población española entre 15 y 24 años es el 29%.

infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal, en Diario La Ley, No. 7492, Año XXXI, octubre 2010, p. 1424-1427.

⁴⁹⁷ Así, por ejemplo, los “daños informáticos”, no son sino el tradicional delito de daños sobre cosas ajenas, pero dentro de un entorno relacionado con la informática, tanto en software como en hardware. O la denominada “estafa informática”, al margen de la cuestionabilidad de su denominación y ubicación sistemática por no responder al tradicional esquema de estafa, no se trata de una nueva figura típica, sino una modalidad de comisión de un delito tradicional (sea este estafa, o sea hurto). Algo similar ocurre con el *ciberacoso*, que independientemente del adelantamiento de las barreras de punición que su actual regulación pueda implicar, no se trata de una nueva figura delictiva, sino de una nueva modalidad de comisión del delito de acoso.

⁴⁹⁸ Por ejemplo, el delito de abusos sexuales realizado hacia mayores de 16 años, conlleva una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses; mientras que el mismo comportamiento, realizado respecto de un menor de 16 años, implica una pena de prisión de dos a seis años. Es innegable el mayor desvalor que determina la víctima menor de edad en relación con el mismo comportamiento típico.

⁴⁹⁹ INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Guía legal sobre el ciberbullying y grooming, p. 2, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

Y es que la red se consolida como el territorio natural de los más jóvenes, por lo que han sido llamados *nativos digitales*⁵⁰⁰, que si bien constituye una poderosa herramienta de la que pueden extraerse infinidad de ventajas, como destaca MONTIEL JUAN y otros⁵⁰¹, también facilita situaciones potencialmente arriesgadas para el desarrollo psicosocial de aquellos que están construyendo su identidad.

Como ya se apuntaba, la sensación de distancia segura y el anonimato, son factores que facilitan la comisión de tipos delictivos por medio del uso de las tecnologías, pero además, contribuyen a que los jóvenes hagan un uso inadecuado y arriesgado de internet, bajo la creencia errónea de que lo que pasa *online* se queda en la red y no trasciende al "mundo real". Se piensa que las acciones que se realizan por medio de las TIC's, sobre todo el internet, no tendrán ninguna consecuencia práctica que afecte su vida cotidiana, como si se tratase de un juego en el que se interpreta un papel o se vive en el mundo paralelo en el que las acciones realizadas y las decisiones tomadas en uno y otro no llegarán a tener relación entre sí.

Por otra parte, amerita resaltar el hecho de que cuanto más se acercan los jóvenes a la mayoría de edad, mayor es la conciencia que poseen acerca de los peligros que existen de la red, pero contradictoriamente, al mismo tiempo, incrementan las conductas de riesgo que llevan a cabo *online* como por ejemplo

⁵⁰⁰ Este perfil de usuarios que utilizan de forma masiva Internet y todos los servicios que de ella dependen ha sido denominado como nativos digitales, por conocer perfectamente el medio y las posibilidades que éste les otorga. Personas jóvenes que han integrado la tecnología y los medios sociales como algo natural y esencial para el desarrollo de su vida cotidiana. INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Guía legal sobre el ciberbullying y grooming, p. 3, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

⁵⁰¹ MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciber-abuso y ciber-acoso sexual*, en Orts Berenquer, Enrique y Lameiras Fernández, María, Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, TOL4.143.417.

relacionarse con desconocidos, intercambiar información personal, o incluso concertar encuentros cara a cara con ellos⁵⁰².

Derivado de estas conductas, surgen los tipos de delitos que se comenten a través del internet contra menores, entre los que destacan, la distribución de pornografía infantil, el *ciber-bullying*⁵⁰³, el *sexting*⁵⁰⁴ y el ciberacoso con intención sexual de un adulto a menores, también conocido como *grooming*, lo que produce una honda preocupación entre los padres por las consecuencias

⁵⁰² *Ídem*

⁵⁰³ Consiste en utilizar las TIC's para ejercer un acoso psicológico entre iguales; en este caso menores. Esta figura es preciso diferenciarla del grooming en el que, a diferencia del ciberacoso (*ciber bullying*), "el acosador es un adulto y existe una intención sexual" explican desde la Fundación Alia2, cuyo objetivo es la lucha contra la pornografía infantil en Internet y el ciberacoso. FLORES, Javier, ¿Qué es el grooming?, <http://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-grooming>, última consulta 30 de septiembre de 2015. Agrega MONTIEL JUAN y otros, que las numerosas posibilidades que brindan hoy las TIC hacen que estos ataques puedan adoptar diversas formas y etiquetas, explotación sexual (comercial), solicitudes sexuales *online* en sus modalidades de ciberacoso y ciber-abuso sexual, y exposición a contenido sexual de distintas maneras--, pero en la práctica suelen alcanzar tal nivel de interrelación que resulta realmente difícil diferenciar unas de otras, o aislarlas para su estudio, no sólo por la frecuente superposición de las conductas victimizantes, sino también porque las víctimas de unas formas de victimización suelen serlo también de otras (polivictimización). Por ello, por el momento, las dejamos caer todas en el "cajón de sastre" de lo que denominamos *Victimización Infantil Sexual Online (VISO)*, tratando de comprender el fenómeno de forma global primero, y algunas de sus modalidades después. MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciber-abuso y ciber-acoso sexual*, en Orts Berenguer, Enrique y Lameiras Fernández, María, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, TOL4.143.417.

⁵⁰⁴ Desde la definición aportada por AGUSTINA, el fenómeno de sexting englobaría aquellas conductas o prácticas entre adolescentes consistentes en la producción, por cualquier medio, de imágenes digitales en las que aparezcan menores de forma desnuda o semidesnuda, y en su transmisión a otros menores, ya sea a través de telefonía móvil o correo electrónico, o mediante su puesta a disposición de terceros a través de Internet. Desde una perspectiva jurídico-penal, el objeto de protección cuando se reacciona ante el Sexting sería doble: 1º evitar la producción de pornografía infantil por cauces que no son los habituales y en los que la iniciativa y la limitada libertad de los menores no se ve afectada por la intervención de adultos; 2º proteger la deficiente autodeterminación sexual de los menores. Cfr. AGUSTINA, José R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante en sexting, RECPC, No. 12-11, 2010, p. 4.

que tienen o pudieran tener para las víctimas⁵⁰⁵, sobre todo porque este delito parte de la concurrencia en la conducta realizada por el sujeto de una finalidad sexual respecto al menor. Esta situación de honda preocupación por parte de los padres se ve agravada por el hecho de que, a diferencia de sus hijos que son “*nativos digitales*”, con unos elevados conocimientos y dominio de las TIC’s, infinitamente superior, en la mayor parte de los casos, al de sus padres, estos tienen conocimientos básicos y escaso dominio de estas tecnologías, siendo considerados “*inmigrantes digitales*”⁵⁰⁶. Y ello les dificulta enormemente un seguimiento continuo o exhaustivo del uso que los menores hacen de la web.

De hecho, el ciberacoso sexual⁵⁰⁷ se sitúa, como el riesgo que más preocupa a los padres (6 de cada 10 lo considera grave o muy grave). Según un estudio publicado en marzo 2009 por el INTECO⁵⁰⁸ acerca de los riesgos en Internet para los menores y la percepción que de estos tienen sus progenitores, a un 75% de los padres les preocupa en primer lugar la posibilidad de que sus hijos sean víctimas del *grooming*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ PANIZO GALENCE, Victoriano, Op. cit., *El ciber-acoso con intención sexual...*p. 23.

⁵⁰⁶ MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, Op. cit., *Victimización infantil sexual online...* TOL4.143.417.

⁵⁰⁷ Término también usado para referirse al grooming.

⁵⁰⁸ Desde el 28 de octubre de 2014, el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, S.A. (INTECO) pasa a llamarse Instituto Nacional de Ciberseguridad de España, S.A. (INCIBE), según el acuerdo adoptado en Junta General del 27 de octubre de 2014. <https://www.incibe.es/>

⁵⁰⁹ Sin embargo, la alta preocupación que los padres muestran hacia la situación no se traduce en una elevada incidencia. Más bien al contrario, con un 1% de casos declarados por los menores, el riesgo de grooming es, de todos los analizados, uno de los que presenta menores tasas de incidencia reconocida. INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres, marzo 2009, p. 80, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

Esta elevada preocupación por parte de un sector importante de la sociedad, provoca que este fenómeno sea objeto de estudio y tratamiento tanto sociológico, como criminológico y jurídico. Debemos, por tanto, comenzar por delimitar qué se entiende por *grooming* desde una perspectiva extrajurídica.

En primer lugar, resulta necesario señalar que no existe un concepto de *grooming* determinado ni formulado jurídicamente. Incluso, es preciso poner de relieve que tampoco existe acuerdo unánime en relación con su denominación, así, si bien es cierto que el término *grooming* es el que más se ha aceptado por parte de la comunidad internacional, sin embargo, también se han utilizado otras denominaciones como "*solicitation*"⁵¹⁰.

Así, podemos señalar que el "*grooming*" es "un nuevo tipo de problema relativo a la seguridad de los menores en Internet, consistente en acciones deliberadas por parte de un adulto de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual"⁵¹¹.

En la Guía legal sobre el *ciberbullying* y *grooming*, del Observatorio de la seguridad de la información, se define el *grooming* como un acoso ejercido por un adulto y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de

⁵¹⁰ Art. 23 del Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación.

⁵¹¹ FLORES, Javier, ¿Qué es el grooming?, <http://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-grooming>, última consulta 30 de septiembre de 2015. Véase PANIZO GALENCE, Victoriano, El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming, QDC, p. 24.

preparar el terreno para el abuso sexual del menor. Se podría decir que son situaciones de acoso con un contenido sexual explícito o implícito⁵¹².

Así, MONTIEL JUAN y otros, agrega que el *online grooming*, constituiría la estrategia básica -e intencional-, de acercamiento al menor y configuraría un etapa previa de "cortejo" o seducción mediante la que el "ciber-abusador" trata de ganarse la confianza de su víctima y establecer con ella un vínculo afectivo que le sitúe en una posición de superioridad idónea para la manipulación y el control emocional del menor, además de asegurarle el silencio de su víctima⁵¹³.

Como podemos apreciar, de los conceptos proporcionados, queda puesto de relieve que todos ellos sitúan el núcleo central de esta conducta en la realización de una acción encaminada a establecer una relación con un menor, usualmente proveniente de un adulto, para preparar un encuentro con el mismo, en el que la finalidad sea abusar sexualmente de él. A este respecto, algunos autores añaden que, dado que la finalidad es sexual, puede también consistir en la producción o el intercambio de pornografía⁵¹⁴.

⁵¹² INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Guía legal sobre el ciberbullying y grooming, p. 4, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

⁵¹³ MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Op. cit.*, TOL4.143.417. En el mismo sentido, PARDO ALBIACH establece que el término hace referencia a la acción encaminada a establecer una relación y control emocional sobre un niño/a, cuya finalidad última es la de abusar sexualmente del/la menor. Agrega que básicamente, se trata de la extorsión en línea que realiza un individuo a un niño/a para que, bajo amenazas o engaños, acceda a sus peticiones de connotación sexual principalmente frente a una webcam (cámara de video del ordenador) o a través de un programa de chat, como el Messenger, llegando incluso a concertar encuentros para materializar el abuso. PARDO ALBIACH, Juan, "*Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y Otros peligros*", en García González, Javier (Coordinador), "*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs.58.

⁵¹⁴ Además de los ya referidos, en la misma línea, RUBIO LARA expresa que el "fenómeno consiste en realizar actos de acoso sexual a menores con intencionalidad sexual en el que los delincuentes acceden a través del Messenger para captar, por ejemplo, imágenes pornográficas". RUBIO LARA, Pedro Ángel, "*Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles*", en García

De todo lo que hemos expuesto hasta este momento, puede deducirse, en mi opinión, que no nos encontramos ante un nuevo delito que sanciona nuevas conductas delictivas que atentan contra nuevos bienes jurídicos que por distintas razones políticas, sociales o culturales el legislador hubiera decidido proteger, sino que modalidades de comisión adaptadas al nuevo entorno tecnológico respecto de tipos delictivos preexistentes⁵¹⁵. Así, como podemos apreciar, a la hora de definir y delimitar estos comportamientos típicos se emplean los tradicionales términos de acoso, abuso, pornografía, etc.

Sobre esta base, lo primero que es preciso poner de relieve es que el *grooming* se compone de diversas etapas, entre las que se encuentran sobre todo en el comienzo del comportamiento, actividades absolutamente irrelevantes e inocuas tanto social como jurídicamente, que no tendrían trascendencia alguna si no estuvieran marcadas por esta última finalidad sexual⁵¹⁶. Para VILLACAMPA ESTIARTE⁵¹⁷, "lo primero que debe hacer el

González, Javier (Coordinador), "Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs.157.

⁵¹⁵ INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres, marzo 2009, p. 79, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015. En el mismo sentido, PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Op. cit., Una aproximación al Cyberbullying...págs.16.

⁵¹⁶ Como el *stalking*, el *child grooming* está compuesto por actividades que en sí mismas son legales, e incluso socialmente consideradas inocuas, si no fuera porque se emprenden con una finalidad maliciosa. Se han formulado varios modelos que parten de la estrecha relación existente entre el *grooming* y el abuso sexual, de los que se pueden destacar tres: primero, el modelo del "ciclo de la adicción" (*Addiction Cycle*) ideado por Wolf, que enfatiza los errores de pensamiento distorsionado de los *groomers*. El segundo modelo ideado por Finkelhor, "modelo de precondition" (*Precondition Model*), en el cual pueden identificarse cuatro condiciones psicológicas que conducen al abuso: 1) la motivación para ofender o la predisposición al contacto sexual con niños, 2) habilidad para vencer las inhibiciones internas contra el abuso a menores, 3) habilidad para vencer los inhibidores externos que pueden representar una reducción de las oportunidades para delinquir, 4) necesidad de superar la resistencia de la víctima al abuso. Y el tercero de los modelos, el más reciente, es el formulado por Ward y otros, conocido como "modelo descriptivo de la cadena de ofensa" (*Descriptive Model of the Offense Chain*), que ofrece una detallada

abusador, incluso antes de entablar una relación con un menor, es seleccionar a la víctima, circunstancia que a menudo, se dice, acostumbra a implicar que el ofensor se introduce en chats, más recientemente en redes sociales, enmascarando su identidad con la de un niño o adolescente”.

En el mismo sentido, para PARDO ALBIACH⁵¹⁸ existen un sinnúmero de acciones que éstos realizan online, tales como: participar en comunidades, blogs, foros, etc, donde comparten imágenes de abuso sexual de menores de edad con otros adultos o jóvenes. Forman redes con otros abusadores sexuales para intercambiar consejos acerca de cómo conquistar efectivamente a niños y adolescentes, y evitar ser descubiertos. E ingresan en salones de chat públicos con nombres de usuario llamativos para los menores, con el fin de elegir a su potencial víctima que tiene un “nick” (el pseudónimo en la red) similar al suyo, todo con la intención de contactar a menores, recolectar imágenes de éstos con connotación erótica o para posteriormente conocerlos personalmente.

Es decir, la conducta realizada consiste en establecer una conexión con el menor que permita crear la situación adecuada e idónea que lleve a proponer el encuentro.

relación de los distintos estadios del proceso de ofensa sexual basada en la descripción de pensamientos y sentimientos ofrecida por 26 reclusos encarcelados por delitos contra la libertad sexual de menores. Vid. Wolf, S.C., "A MultiFactor Model of Deviant Sexuality", en *Victimology*, 10, 1985, pp. 359 y ss. Vid. Finkelhor, D., *Child Sexual Abuse: New Theory and Research*, The Free Press, New York, 1984, pp. 35 y ss. Cfr. Ward, T./Louden, K./Hudson, S.M./Marschall, W.L., "A Descriptive Model of the Offense Chain for Child Molesters", en *Journal of Interpersonal Violence*, 10, 1995, pp. 452 y ss. Citados por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. TOL5.204.096

⁵¹⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, op. cit., TOL5.204.096 . Agrega PARDO ALBIACH, que en cualquier caso, la práctica habitual de estos acosadores consta en crear cuentas de correo falsas y chatear continuamente disfrazando su identidad. PARDO ALBIACH, Juan, Op. cit., "*Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y Otros peligros*"...págs.59.

⁵¹⁸ PARDO ALBIACH, Juan, "*Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming, Redes Sociales y Otros peligros*"...op. cit., p.59.

Una vez que el ciber-acosador ha seleccionado a su víctima, esto es al menor, según O'CONNELL⁵¹⁹ se produce un proceso que se conforma de las siguientes cinco fases:

1) La fase de establecimiento de amistad: se establece el contacto con el menor tratando de ser alguien atractivo que para éste despierte el interés. Es posible que en esta fase puedan intercambiarse fotos bien para confirmar que se ha iniciado una relación, o para asegurarse primero, de que el menor efectivamente es un menor y, segundo, que se adecúa a la predilección del “acosador”.

2) Fase de conformación de la relación: en la cual el adulto puede iniciar conversaciones sobre cuestiones más íntimas de la vida del menor, con el objeto de que éste lo llegue a considerar su amigo, o incluso su mejor amigo y ganar su confianza.

⁵¹⁹ O'CONNELL, R., *A Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices*, 2003, pp. 6-13, en <http://image.guardian.co.uk/sys.../Groomingreport.pdf>. La misma división, pero eliminando la fase 3 y 4, véase en INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Guía legal sobre el ciberbullying y grooming, pp. 5-6, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015. PANIZO por su parte, resume las fases en: 1. Contacto y acercamiento: el ciberacosador contacta con un menor a través de internet (Messenger, chat o redes sociales frecuentadas por menores). Finge ser alguien atractivo para el menor (otro menor de edad similar, buen parecido físico, gustos similares...), enviándole incluso imágenes de un menor que haya conseguido en la Red que responda a dichas características; es decir, lleva a cabo una estrategia preconcebida con el fin de ganarse su confianza poco a poco. 2. Sexo virtual: consigue, en el transcurso de dicha relación, que el menor le envíe alguna fotografía comprometida, logrando que encienda la web-cam y pose desnudo. 3. Ciberacoso: si el menor no accede a sus pretensiones sexuales, el ciberacosador le amenaza con difundir la imagen que le haya capturado con mayor carga sexual a través de internet (YouTube, por ejemplo) y/o enviarla a los contactos personales del menor. 4. Abuso-agresiones sexuales: ante las amenazas del ciberacosador, el menor accede a todos sus caprichos sexuales, llegando incluso, en algún caso, a contactar físicamente con el menor y abusar sexualmente de él. PANIZO GALENCE, Victoriano, Op. cit., *El ciber-acoso con intención sexual...*p. 24.

3) Fase de valoración del riesgo: en aquellos casos en que el ofensor indaga acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor.

4) Fase de exclusividad: cuando la conversación se torna más personal o privada y el niño es incitado a revelar problemas personales. En esta fase se acostumbran a compartir secretos, pues también el ofensor revela supuestamente los suyos. Aquí ya se ha ganado la confianza y es donde usualmente se obtiene la información o material que posteriormente puede resultar fundamento para coaccionar al menor a cumplir las exigencias del autor.

5) Fase sexual: que se inicia cuando el adulto conduce una conversación más sexualizada pudiendo emplear pornografía, que a veces puede conducir al intercambio y la creación de material erótico o incluso pornográfico del menor. En ocasiones, el ofensor puede emplear abiertamente el chantaje⁵²⁰, o un tipo de coacción más emocional, manipulando psicológicamente al menor, para poder lograr la finalidad sexual y silenciar a la víctima al respecto. De este modo, tal como señala MENDOZA CALDERON⁵²¹, a pesar de que las conductas se inician en la Red, suelen tener trascendencia en el mundo físico.

⁵²⁰ Una de las prácticas más habituales últimamente en la red es la extorsión y chantaje a menores. PARDO ALBIACH, Juan, Op. cit., *"Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming..."* págs.58. Agrega PÉREZ MARTÍNEZ que para el hostigador, suele ser fácil obtener datos del menor con los que chantajearle y obtener así imágenes eróticas, conversaciones comprometidas, etc. PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Una aproximación al Cyberbullying, en García González, Javier (Coordinador), "Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs.16.

⁵²¹ MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 101.

Sin embargo, resulta preciso señalar que esa “trascendencia en el mundo físico” debe interpretarse en el sentido de incorporar cualquier consecuencia para la víctima que trascienda a la relación virtual con el agresor, sin que sea ni preciso ni necesario que se produzca efectivamente un encuentro cara a cara entre ambos o un contacto físico. Precisamente, la literatura científica pone de manifiesto que muchos *groomers* no pretenden llegar a encontrarse en persona con sus víctimas, ni mucho menos raptarles o agredirles físicamente, sino únicamente mantener relaciones virtuales o intercambiar experiencias íntimas y/o imágenes sexuales⁵²². Razón por la cual, se suele emplear el término mayoritariamente para referirse a conductas *online*, que son aquellas en las que el contacto se inicia en la red o porque ahí se consuma la finalidad sexual, aunque hay quienes sostienen que el tipo perfectamente podría cubrir la configuración de conductas *offline*. Las conductas *offline*, por su parte, se dan fuera del espacio cibernético, es decir, la relación que se establece entre víctima y victimario es a través de un contacto o encuentro físico y no meramente cibernético.

Así, VILLACAMPA ESTIARTE⁵²³ expresa que la limitación *online* del *grooming* es contraria a la realidad, que demuestra que muchos de estos supuestos se producen en el contexto familiar o de conocidos del menor, y no por extraños con los que éste contacta en la Red, lo que además supone una visión parcial del delito que conlleva a que “la percepción de peligros inherentes a la libertad sexual de los menores sea justamente inversa al riesgo realmente existente de padecer algún tipo de atentado contra la indemnidad sexual”. Ello en el entendido, de que la confianza del menor que se pretende ganar para

⁵²² Así apuntan que, en todo caso, no deja de ser una experiencia victimizante y dañina para un menor de edad que no debería de quedar impune. WOLAK, J., FINKELHOR, D. y MITCHELL, K. (2004). *Internet-initiated Sex Crimes against Minors: Implications for Prevention Based on Findings from a National Study*. *Journal of Adolescent Health*, citado por MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Op. cit.*, TOL4.143.417.

⁵²³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming...op. cit.* TOL5.204.096

posteriormente realizar un delito sexual, proviene de personas que lo conocen y que de hecho se valen de la cercanía y relación con éste para lograr sus propósitos sexuales, en otras palabras, la mayoría de los abusos o agresiones sexuales que sufren los menores son perpetradas por personas que pertenecen a su círculo de relaciones, sean familiares, afectivas o conocidos.

Por ello, conviene enfatizar que esta idea de *grooming* como conducta ligada mayormente a un sujeto activo desconocido, viene generada por los estereotipos del "*stranger danger*"⁵²⁴ que popularizan los medios de comunicación y organismos de protección de menores a través de campañas de concienciación pública que manifiestan los peligros de las redes sociales y el uso general del internet, donde usualmente se asocia al *groomer* con un pedófilo que hace de la web su punto de contacto con sus potenciales víctimas⁵²⁵, aunque cabe decir que este tipo de caracterizaciones del *grooming* estrechamente relacionadas con la pedofilia tampoco han sido las más aceptadas por la comunidad científica⁵²⁶, sino aquellas que conciben al grooming como un proceso mediante el cual se pretende ganar la confianza de la víctima, que usualmente es un menor, y que no sigue procesos que se siguen *online* sino físicos. En tal sentido, GILLESPIE describe esta realidad como "el proceso a través del cual un posible abusador entabla amistad con un niño en un intento de ganarse la confianza del mismo, lo que lo capacitará para que el niño consienta actividades abusivas"⁵²⁷.

⁵²⁴ *Ídem*.

⁵²⁵ PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, Op. cit., Una aproximación al Ciberbullying... págs.16.

⁵²⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096

⁵²⁷ GILLESPIE, A.A., "Child Protection on the Internet-Challenges for Criminal Law", en *Child and Family Law Quarterly*, 14, 2002, p. 411. En este sentido, CRAVEN, S., BROWN, S., GILCHRIST, E., "Sexual grooming of Children: Review of the Literature and Theoretical Considerations", en *Journal of Sexual Aggression*, 12, 2006, p. 287, agregan se trata de un proceso que persigue una triple finalidad: acceder al niño, de un lado, asegurarse la conformidad (e incluso la docilidad) de la víctima, de otro, y ser capaz de mantener la reserva de la víctima evitando con ello la revelación por parte de ésta.

Pero, independientemente de la validez científica, criminológica y/o jurídica de esta alarma social, lo cierto es que se han creado diversas organizaciones no gubernamentales que se han implicado no sólo en el tema del *grooming* sino en general de todos los peligros que representa la web para los menores, y que están participando de forma activa, y no siempre de la manera más correcta desde el prisma jurídico, en la regulación, tratamiento y prevención de este tipo de comportamientos y sus consecuencias.

Tal es el caso de *Crimes Against Children Research Center (CCRC)*, dirigido por David Finkelhor, que inició una serie de estudios sobre victimización juvenil *online* en los Estados Unidos cuyos resultados iniciales revelaban que el 25% de los jóvenes entre 10 y 17 años había sido expuesto sin desearlo a material pornográfico en la red y el 19% había recibido "solicitudes sexuales indeseadas *online*" provenientes de un adulto, es decir, peticiones para implicarse en actividades o conversaciones de carácter sexual o para dar información personal que no quería dar⁵²⁸.

Por otra parte, existen organizaciones como *Perverted-Justice (PJ)* cuya actividad principal consiste en infiltrar personas adultas en diversas salas de chat, haciéndose pasar por menores a fin de identificar adultos que potencialmente puedan molestar sexualmente a los niños, y posteriormente, pasar la información a la policía⁵²⁹. También podemos señalar a *Crisp Thinking*⁵³⁰ o su contraparte en Reino Unido, la *Sentry Parental Controls*⁵³¹, que han creado un software que permite vigilar la actividad de los chats y

⁵²⁸ MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Op. cit.*, TOL4.143.417.

⁵²⁹ El programa de noticias *Dateline NBC* incluye una sección titulada "*To Catch a Predator*" (Cazar a un depredador), basada en dichas actividades encubiertas.

⁵³⁰ Ver sitio web <http://www.crispthinking.com/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

⁵³¹ Ver sitio web <http://www.sentryparentalcontrols.co.uk/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

la mensajería instantánea, con el fin de determinar cualquier actividad que se pueda relacionar con el *grooming* y advertir a los padres.

En España, igualmente, existen una serie de entidades que, entre sus programas, incluyen la prevención, sensibilización y la lucha contra el *grooming*. Algunos ejemplos de estas son la *Fundación Alia2*⁵³², que es una entidad sin ánimo de lucro que trabaja para proteger los derechos de los menores en Internet, fomentando un uso seguro y responsable de la Red; *Protégeles*⁵³³, organización profesionalizada de protección del menor, que cuenta con abogados, psicólogos y expertos en seguridad y protección del menor, para ofrecer soluciones a los más jóvenes, a sus familias y a sus centros escolares; *Pantallas Amigas*⁵³⁴, que es una iniciativa que tiene como misión la promoción del uso seguro y saludable de las nuevas tecnologías y el fomento de la ciudadanía digital responsable en la infancia y en la adolescencia; *Padres 2.0*⁵³⁵, es una organización que ofrece un tratamiento integral frente a los riesgos derivados de las nuevas tecnologías (TIC): prevención, sensibilización, formación, mediación y asistencia psicológica y jurídica, mediante pautas de autoprotección en el uso de Internet, que ayuden a identificar los riesgos más comunes en la red; *Cobertura Protege Menores*⁵³⁶, que ofrece la instalación y configuración de diferentes soluciones de software de control parental y control temporal de uso de equipos informáticos a menores de edad; entre otros.

Por su parte, en la misma red se inició la “lucha” para frenar este tipo de conductas. En octubre de 2005 *Yahoo!* al igual que *MSN Messenger* establecieron algunas restricciones en sus salas de chat para

⁵³² Ver sitio web <http://www.alia2.org/>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

⁵³³ Ver sitio web <http://www.protegeles.com/>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

⁵³⁴ Ver sitio web <http://www.pantallasamigas.net/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

⁵³⁵ Véase sitio web <http://padres20.org/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

⁵³⁶ Véase sitio web <http://www.coberturatic.com/>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

proteger a los menores de los adultos que pretendían tener conversaciones de tipo sexual con ellos⁵³⁷.

En 2014, a través de una alianza con diferentes organizaciones (como *RedNATIC* y *Save the Children*) de toda América latina, Google presentó “Todo a 1 clic”⁵³⁸, una campaña de sensibilización y participación en “ciudadanía digital” dirigida a adolescentes para concientizar sobre diferentes temas como la publicación abierta de datos personales, el *cyberbullying* y el *grooming*. La iniciativa está centrada en la promoción de un video que muestra las situaciones diarias en las que los jóvenes toman decisiones sobre el uso de la tecnología.

Hasta aquí, se ha abordado un concepto extrajurídico del grooming, que atiende un punto de vista más criminológico que jurídico-penal, donde se presenta como un fenómeno amplio, con diversas etapas de conformación que se llevan a cabo principalmente en la red y que como respuesta ha tenido la intervención de varias organizaciones dedicadas a la protección de menores, e incluso, de empresas prestadoras de los servicios de mensajería instantánea, blogs y chats para hacerle frente.

Es precisamente la alarma social que ocasionan todas las características que hemos mencionado, el dificultad del control por parte de los padres o de las instituciones de este tipo de comportamientos que se desarrolla de manera virtual, la presunta sensación de peligro respecto de los menores que son las víctimas mayoritaria, pero, sobre todo, la presión tanto de los medios de comunicación como de las organizaciones y operadores sociales que hemos mencionado, que han exacerbado los riesgos y la sensación de inseguridad de

⁵³⁷ Para mayor información sobre la restricciones establecidas, véase *Letter agreement dated Oct. 7, 2005, signed by Yahoo! general counsel Michael Callahan; también FERRO VEIGA, José M., Predadores: Criminalidad Sexual*, disponible en <https://books.google.com.ni/books?id>, última consulta 10 de octubre de 2015.

⁵³⁸ Ver sitio web <http://todoa1clic.com/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

la sociedad, la que ha provocado una demanda de una mayor beligerancia y de una respuesta legislativa “adecuada”⁵³⁹ por parte de los Estados, a fin de prevenir y evitar este tipo de comportamientos. La consecuencia final de esta “presión social y mediática” es por todos conocida: la incorporación del *grooming* en los distintos cuerpos normativos de los diferentes Estados.

Se trata ahora, por tanto, y a la vista de las distintas legislaciones, de aportar un *concepto jurídico del child grooming* en el ordenamiento jurídico español. Para ello, consideramos necesario hacer referencia en primer lugar, de forma breve, a la regulación de esta figura en el Derecho Comparado, posteriormente referirnos a las normas de la Unión Europea en la materia, que determinaron la incorporación del delito en el Código Penal español, para finalmente terminar con la referencia a la tipificación que se ha realizado en el ordenamiento jurídico español.

2. Concepto jurídico de *child grooming*

2.1. Regulación del *child grooming* en el Derecho comparado

En este apartado se hará un breve análisis de los ordenamientos jurídicos que tienen incorporada la figura de *grooming*, o que aún sin estar específicamente

⁵³⁹ La consideración o no de que la respuesta sea adecuada depende del operador social o jurídico. Es evidente que los operadores sociales a los que nos hemos referido claman por una respuesta legislativa y punitiva cada vez mayor, más amplia y más grave, con la creación de nuevos delitos en esta materia. Por el contrario, un importante sector de los operadores jurídicos, consideran, tal como hemos ido poniendo de relieve a lo largo de nuestro trabajo, que estos comportamientos, no son sino nuevas modalidades comisivas de tipos delictivos ya existentes que, por ello, no necesitaban ser regulados. La tipificación expresa de determinados comportamientos, como sería el *grooming*, se trataría, en realidad de un adelantamiento de las barreras punitivas considerando como delito consumado contra la indemnidad sexual, lo que no son sino actos preparatorios de un abuso y/o acoso sexual a menores, o un delito de pornografía infantil. En definitiva, en nuestra opinión, y tal como expondremos más adelante, se trataría una manifestación más del denominado Derecho Penal del Enemigo, en cuanto se trata de una intensificación de la respuesta penal respecto de delitos tradicionales o ya existentes.

regulada, existen otros delitos de similar estructura que permiten su penalización. Para ello, se ha dividido en tres grandes bloques según los países relacionados: el sistema anglosajón, el Derecho comparado en Europa Continental y el Derecho penal latinoamericano.

2.1.1 Sistema anglosajón o common law

Estados Unidos ha sido el primer país en incriminar la conducta del *child grooming* tanto en sus regulaciones estatales como a nivel federal⁵⁴⁰.

La regulación federal introdujo el delito desde 1996, en el Título 18 del *US Code*, introducido mediante la *Telecommunications Act* 1996. Así el § 2422 (b) incrimina el *grooming online* interestatal sancionando con pena de prisión de no menos de 10 años o prisión de por vida, al que mediante el correo o por cualquier otro medio de comunicación persuada, induzca, atraiga o coaccione a un menor que no ha alcanzado la edad de dieciocho años, para que se inicie en la prostitución o cualquier actividad sexual. Esta disposición, a su vez completa la conducta prevista en el párrafo (a) del mismo artículo, que consiste en convencer a una persona para viajar de un Estado a otro o a cualquier territorio de los Estados Unidos para los mismos fines⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ Véase sobre la regulación en Estados Unidos, JACOBS, E.T., "Online Sexual Solicitation Of Minors: An Analysis Of The Average Predator, His Victims, What Is Being Done And Can Be Done To Decrease Occurrences Of Victimization", en *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics J.*, 10, 2011-2012, pp. 526 y ss., Citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, El delito de online child grooming..., Ob. Cit, TOL5.204.096 Conviene agregar que los Estados incriminan tanto la conducta que implique un contacto en el mundo real con un menor como la instigación de contacto empleando un mecanismo *online* (tal es el caso de la Florida), pues como se verá en adelante, algunos países llegan a contemplar la figura incluso fuera del ciberespacio. Véase MAGRO SERVET, Vicente, *El "grooming" o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal*, en Diario La Ley, No. 7492, Año XXXI, octubre 2010, p. 1427.

⁵⁴¹ Dispone literalmente el § 2422 Título 18 *US Code* "Coercion and Enticement. (a) *Whoever knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual to travel in interstate or foreign commerce, or in any Territory or Possession of the United States, to engage in prostitution, or in any sexual activity for which any person can be charged*

Este precepto tuvo su primera reforma en 1998, con la aprobación de la *Protection of Children from Sexual Predators Act*, que modificó sutilmente la conducta típica y afectó sobre todo a la sanción correspondiente al delito, elevándola a 15 años y lo relacionó definitivamente con las actividades de los pedófilos a través de Internet⁵⁴². En la primera década de 2000 algunos estatutos estatales ampliaron las conductas típicas⁵⁴³ en el sentido de que las conductas de seducir a los menores no solo se incriminasen cuando la víctima sufriese perjuicio directo, sino ya cuando se inicia el contacto o la comunicación con el menor con la finalidad de hacerlo intervenir en algún tipo de conducta sexual o abusar de él.

Así, por ejemplo, el estatuto californiano, que regula la conducta en el Título 9 del Código penal de California, relativo a “los delitos en contra de las personas

with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both.

(b) Whoever, using the mail or any facility or means of interstate or foreign commerce, or within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States knowingly persuades, induces, entices, or coerces any individual who has not attained the age of 18 years, to engage in prostitution or any sexual activity for which any person can be charged with a criminal offense, or attempts to do so, shall be fined under this title and imprisoned not less than 10 years or for life". Vid. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2422>. El Congreso ha revisado en varias ocasiones el artículo siempre para aumentar la pena, puesto que en la versión original la pena máxima de prisión imponible eran 10 años, que pasó a ser de 15 años en 1998, de 30 años en 2003 y de hasta prisión de por vida en la versión actual, vigente desde el año 2006. En lo que a la conducta típica se refiere, la misma se ha mantenido en lo sustancial desde que el tipo se incluyera como delito federal. Cabe agregar, que una de las primeras condenas recaídas en Estados Unidos por aplicación de dicho precepto fue la que se pronunció contra Jerry Alan Penton, un ciudadano de Alabama de 37 años que fue condenado en 2009 por el proceso de *grooming* que emprendió con dos menores de 6 y 8 años facilitándoles pornografía infantil a cumplir una sentencia de 40 años de prisión en una institución federal. De dichos 40 años de prisión, 20 le fueron impuestos por el propio proceso de *grooming* y los restantes 20 por distribuir y poseer pornografía infantil. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming... TOL5.204.096

⁵⁴² Ídem

⁵⁴³ Como sucedió en el caso de la *Sexual Predator Punishment and Control Act: Jessica's Law* californiana.

que involucran agresión sexual y los delitos en contra la decencia pública y la buena moral”⁵⁴⁴, pretendía adelantar las barreras de protección penal, a la mera comunicación con “intención de”, sin que la misma tuviera que contener acto material alguno que acercara la comunicación al contacto físico⁵⁴⁵.

Por supuesto este precepto ha motivado numerosos recursos de inconstitucionalidad por su contradicción con la Primera Enmienda, alegando que es contrario a la libertad de expresión por ser indeterminado. Y aunque, ciertamente, estos recursos no han prosperado, los tribunales federales norteamericanos no han sido todavía capaces de determinar qué nivel de prueba se requiere para que una persona pueda ser condenada por el delito en los supuestos en que intenta persuadir, inducir, implicar o coaccionar a un menor de 18 años en prostitución o cualquier otra forma de conducta sexual con relevancia penal. De ahí que se proponga que se vaya incluso más allá, y que ya una interpretación todavía más laxa del tipo permita que la preparación del menor para tener cibersexo con él sea constitutiva del delito⁵⁴⁶.

En **Canadá**, el Criminal Code canadiense en el art. 172.1 castiga a quien “a través de un sistema informático”, se comunica con un menor de 18, 16 o 14 años, según los casos, –o que el acusado piensa que son menores de esa –o que el acusado cree menores de esa edad- “a fin de facilitar la comisión” de delitos sexuales (los delitos a los que se hace referencia varían en función de la

⁵⁴⁴ Conforme al texto original, *California Penal Code. Title 9. Of Crimes Against The Person Involving Sexual Assault, and Crimes Against Public Decency and Good Morals. Chapter 1. Rape, Abduction, Carnal Abuse of Children, and Seduction.*

⁵⁴⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming...p.

⁵⁴⁶ Cfr. Pazuniak, A., *A Better Way To Stop Online Predators: Encouraging A More Appealing Approach to § 2422 (b)*, op. cit., pp. 700 y ss. Tal así, agrega VILLACAMPA que cuando el *groomer* acuerda con el menor el lugar en que se producirá el encuentro físico o bien se dirige ya físicamente hacia ese lugar, esos mismos tribunales dejan en ocasiones la puerta abierta a que la conducta se considere perfeccionada por la mera interacción *online* de víctima y victimario, sin necesidad de llegar a acordar un encuentro. En definitiva, pues, los tribunales federales todavía no han emitido un cuerpo de doctrina homogéneo. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming... TOL5.204.096.

edad de los menores implicados), con la pena de prisión que oscila entre los dieciocho meses y los diez años⁵⁴⁷, según los distintos supuestos.

Se trata en este caso de la criminalización de un comportamiento consistente en la puesta en contacto, a través de internet, de un adulto con un menor de edad exclusivamente con la finalidad de facilitar de ese modo la comisión de un delito sexual; se trata de un tipo excesivamente amplio y, a todas luces, contrario al principio de lesividad, por cuanto la potencialidad lesiva y ofensividad que estas conductas pueden implicar respecto del bien jurídico protegido es prácticamente nula.

En segundo lugar, conviene destacar que los menores contactados pueden no ser de hecho menores, de modo que como expresa RAMOS VÁZQUEZ⁵⁴⁸ basta con que el acusado así lo crea para que sea de aplicación el precepto. Lo que, a su vez resalta una característica fundamental de esta clase de tipos penales: lo importante en ellos no es sólo qué conducta se lleva a cabo, sino también la pura y simple intención del sujeto. Tal como hemos señalado, nos colocamos con ello en planteamientos claramente derivados del Derecho penal de autor y del Derecho penal del enemigo, en los que se sanciona y criminaliza, no por aquello que se “hace”, sino por aquello que se “es”.

Gran Bretaña, por su parte, fue el primer país europeo en incriminar expresamente la conducta de *child grooming* en la *Sexual Offences Act* (SOA) 2003⁵⁴⁹, aunque con carácter precedente tales conductas habían sido reguladas

⁵⁴⁷ MAGRO SERVET, Vicente, *El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal*, en *Diario La Ley*, No. 7492, Año XXXI, octubre 2010, p. 1427.

⁵⁴⁸ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado*, en *Diario La Ley*, No. 7746, Año XXXII, noviembre 2011, p. 584.

⁵⁴⁹ Véase texto completo en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga#15>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

a través de varios preceptos de la precedente *Indecency with Children Act* 1960 o mediante formas de delito sexual en grado de tentativa⁵⁵⁰.

Así, el art. 15 SOA bajo la rúbrica "*meeting a child following sexual grooming*" tipificaba la solicitud sexual telemática a menores, delito que tenía aplicación para Inglaterra y Gales⁵⁵¹. De esta forma, establecía que se castiga al mayor de edad que, habiendo mantenido contacto "al menos en dos ocasiones precedentes" con un menor de dieciséis años⁵⁵² y con la intención de llevar a cabo un delito sexual, se encuentre con él o viaje con la intención de encontrarse con él. Las penas son de prisión de 6 meses a 10 años⁵⁵³.

En un principio, la conducta típica consistía en una especie de delito "*post-grooming*"⁵⁵⁴, en el sentido de que requería que el *groomer* tuviera un encuentro físico con el menor después de haber contactado con él, situación que difiere del resto de legislaciones en las que no se especifica que el encuentro tenga que darse necesariamente para que se perfeccione o consume el tipo.

La inclusión en el precepto del término viajar "*con la intención de ...*" fue ampliamente criticada, por considerar que nos encontrábamos ante la incriminación de lo que sería un delito de pensamiento ("*thought crime*"), en

⁵⁵⁰ Ampliamente sobre las distintas posibilidades vid., OST, Suzanne, *Child Pornography and Sexual Grooming: legal and societal responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 54 y ss. En [//books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MruKQz2ZdKMC&oi](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MruKQz2ZdKMC&oi), última consulta 30 de septiembre de 2015.

⁵⁵¹ MAGRO SERVET, Vicente, Op. cit., *El "grooming" o ciber acoso infantil...*p. 1427.

⁵⁵² Sobre la regulación de la edad del consentimiento sexual se puede ver. SELFE, David y BURKE, Vincent, *Perspectives on sex, crime and society*, 2ª ed., Cavendish, Londres, 2001, pp. 135 y ss.

⁵⁵³ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Op. cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 584.

⁵⁵⁴ Emplea dicha denominación CLELAND, A., *Protection is Better than Cure*, en *Scots Law Times*, 36, 2005, p. 201. Citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., *El delito de online child grooming...*p.

tanto los ofensores serían castigados no por conductas que ya habían llevado a cabo, sino por conductas que en algún momento podían llegar a realizar⁵⁵⁵.

En 2008, la *Criminal Justice and Immigration Act 2008*⁵⁵⁶ reformó el delito, retornando a la configuración de la conducta de "*meeting a child following sexual grooming*" y así se mantiene en la actualidad.

Ahora, cabe destacar dos cosas del precepto, primero se incrimina la conducta del ofensor que mantiene un encuentro con un menor o intenta mantenerlo con la intención de cometer un delito sexual contra el mismo, siempre que previamente se haya encontrado o haya comunicado con el menor al menos en dos ocasiones, y segundo, al indicar "habiéndose encontrado o comunicado con", no necesariamente estamos hablando de una comunicación vía internet, sino que el encuentro puede ser real⁵⁵⁷. Así pues, la comunicación requerida para que el delito se produzca puede ser tanto *online* como *offline*.

Esta configuración del comportamiento típico que determina que su aplicación no se circunscriba de forma exclusiva a conductas realizadas *online*, debe ser positivamente valorada según VILLACAMPA ESTIARTE⁵⁵⁸, dado que en su opinión, la mayor exposición del menor a este tipo de conductas se produce en relación con sujetos que se encuentran dentro de su ámbito familiar o entorno habitual y, con mucha menos frecuencia, respecto de extraños en la Red. Sin embargo, pone de relieve que resulta especialmente preocupante, atendiendo a

⁵⁵⁵ En el sentido de indicar que podría ser un delito de pensamiento, concluyendo, sin embargo, que no es así, GILLESPIE, A.A., "Tackling Grooming", en *The Police Journal*, 77 (2004), p. 248. Citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming... TOL5.204.096.

⁵⁵⁶ Que derogó la aplicación de este delito para Irlanda del Norte, aprobándose una versión prácticamente idéntica del mismo para aquel territorio en el art. 22 de la *Sexual Offences (Northern Ireland) Order 2008*.

⁵⁵⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...* op. cit., p. 584.

⁵⁵⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming...* op. cit., TOL5.204.096.

la descripción típica del comportamiento, el hecho de que no se exija específica y expresamente que la conducta realizada por el adulto, esto es, la comunicación con el menor tenga naturaleza o finalidad sexual, dado que ello determina que puedan incluirse dentro del tipo penal cualquier comunicación realizada con el objeto de ganarse la confianza del menor, aunque carezca completamente de esa naturaleza sexual; de este modo, en su opinión, resulta infinitamente más completo todavía afirmar que nos hallamos frente a un acto preparatorio de conductas auténticamente dañosas a la indemnidad sexual de los menores, dado que no conllevan el elemento sexual que estos actos preparatorios requieren⁵⁵⁹.

En el caso de **Escocia**, el delito de "*meeting a child following certain preliminary contact*" se previó por primera vez en el art. 1 de la *Protection of Children and Prevention of Sexual Offences (Scotland) Act 2005*⁵⁶⁰, así, el precepto sanciona a quien habiéndose encontrado o contactado con un menor de dieciséis años al menos en una ocasión precedente, y con vistas a tener relaciones sexuales ilícitas, sea con dicho menor o en presencia de éste, tiene de nuevo un encuentro con él, viaja a fin de tener o hace gestiones para que dicho encuentro se produzca. Las penas son idénticas a las de Reino Unido⁵⁶¹.

En esta regulación, existen claras similitudes con la figura criminal contemplada en el art. 15 SOA; sin embargo, hay algunas diferencias entre las tipicidades que hacen que la escocesa sea más amplia.

La primera es que no se especifica la edad del autor del delito por lo que en sujeto activo podría ser incluso un menor de edad, con lo que resulta más fácil

⁵⁵⁹ *Ídem*

⁵⁶⁰ Véase texto completo en <http://www.legislation.gov.uk/asp/2005/9/contents>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

⁵⁶¹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Op. cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 585. También, MAGRO SERVET, Vicente, Op. cit., *El "grooming" o ciberacoso infantil...*p. 1427.

su aplicabilidad a conductas producidas entre personas de semejante edad, pero, entraña el peligro de que, como ha sucedido en Estados Unidos, se apliquen respuestas penales excesivamente duras a los adolescentes ofensores, que a su vez, han sido los destinatarios de la protección. La segunda es que para que el delito se cometa basta con que el autor se haya comunicado con la víctima al menos en una ocasión, no siendo necesario el contacto múltiple⁵⁶².

Irlanda incrimina la conducta mediante el art. 6 de la *Criminal Law (Sexual Offences) (Amendment) Act 2007*. En relación con la conducta de "meeting a child for the purpose of sexual exploitation" en el art. 6 se aplica a la persona que intencionalmente se encuentra con un menor o viaja con la finalidad de encontrarse con él, habiéndose visto o comunicado con el menor en al menos dos ocasiones.

En este caso no se estipula la necesidad de un acuerdo previo del encuentro ni contempla aquellos supuestos en que la víctima es la que viaja hacia el lugar donde el encuentro va a producirse. Cabe agregar que la sanción máxima imponible por esta ofensa es la más elevada de las cuatro jurisdicciones británicas, pudiendo escalar hasta los 14 años, cuando en el caso de Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia la pena máxima por estas conductas no puede superar los 10 años⁵⁶³.

Australia tiene la regulación más exhaustiva y gravosa de las anteriormente enunciadas. El delito se recoge en el *Criminal Code Act* de 1995⁵⁶⁴.

El art. 474.26 castiga a quien contacta mediante un medio de comunicación con un menor de 16 años con la intención de conseguir mantener relaciones

⁵⁶² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming...p.

⁵⁶³ Ídem

⁵⁶⁴ MAGRO SERVET, Vicente, Op. cit., *El "grooming" o ciber acoso infantil...*p. 1427.

sexuales con él, con un tercero mayor de 18 años – o que él cree mayor de dicha edad- (párrafo 2º), o con un tercero menor de 18 años – o que él cree menor de dicha edad- (párrafo 3º).

Este tipo tampoco admite en ningún sentido el error sobre la edad, de forma incluso más amplia que otras legislaciones que versan sobre la misma línea de regulación, con lo cual, como apunta RAMOS VÁZQUEZ “podría darse la situación de que se castigase a alguien por contactar con un mayor de edad para que tenga relaciones con otro mayor de edad, siempre que el creyese que no lo son, a lo que se adiciona la exasperante gravedad de la pena de prisión prevista (nada menos que de quince años) con lo que se vulnera a todas luces [...] cualquier parámetro de proporcionalidad imaginable”⁵⁶⁵.

En cuanto al delito de grooming propiamente dicho el art. 474.27 tiene una estructura prácticamente idéntica al precepto anterior, pero con la salvedad de que la finalidad del comunicante no es la de intentar cometer un delito sexual, sino la de facilitar dicha tentativa, cuando penaliza contactarse con un menor con vistas a “hacer más fácil el conseguir que le receptor tenga relaciones sexuales con el comunicante”. Por supuesto, tampoco en este caso se exige por el tipo que llegue a haber un encuentro, ni siquiera que se hagan actos materiales tendentes a conseguirlo. Las penas oscilan entre los 12 y los 15 años de prisión⁵⁶⁶.

En suma, si se parte del supuesto que el 474.26 castiga un acto preparatorio de un delito sexual, el 474.27 castiga un acto preparatorio de un acto preparatorio, con lo que se genera un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal sin justificación alguna, vulnerando todos los principios que regulan la materia.

⁵⁶⁵ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Op. cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 585.

⁵⁶⁶ Ídem

2.1.2 Derecho comparado en Europa Continental

En el caso de **Noruega** se incriminó la conducta de proposición sexual a menores cualquiera que fuera el medio que se empleara para efectuarlas. En el año 2007, se incluyó el art. 201a al Código General Civil Penal Noruego que sanciona la conducta de quien acuerda encontrarse con un menor de 16 años para tener algún tipo de contacto sexual o bien para hacerlo actuar de manera sexualmente ofensiva o indecente, siempre y cuando dicha persona haya llegado al lugar del encuentro o a otro espacio desde donde el lugar convenido puede ser observado. La pena es de multa alternativa con prisión de no más de un año⁵⁶⁷.

Nótese que se requiere, después de acordar encontrarse, el desplazamiento del sujeto activo hasta el lugar del encuentro para que se configure el tipo. Además que al establecer “cualquiera que fuera el medio” incluye la posibilidad de contemplar el *grooming offline*.

Por su parte, **Francia**, introdujo la conducta al CP francés en el art. 227-22-1 a través de la Ley núm. 2007-297, de 5 de marzo, en el sanciona la conducta del mayor de edad que realice proposiciones sexuales a un menor de 15 años o a persona que se presenta como tal mediante la utilización de un medio de comunicación electrónica, con pena de hasta 2 años de prisión y multa de 30.000 euros, y agrega un tipo agravado cuando la proposición va seguida de un encuentro, sancionando la conducta con pena de hasta 5 años de prisión y 75.000 euros de multa.

⁵⁶⁷ Acerca de la regulación en Noruega, Davidson, J./Gottschalk, P., *Online Groomers. Profiling, policing and prevention*, op. cit., pp. 75 y ss.; Staksrud, E., "Online grooming legislation: Knee-jerk regulation?", en *European Journal of Communication*, 28 (2), 2013, pp. 155-156. Citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming... TOL5.204.096.

En el caso francés se incrimina propiamente la conducta de *soliciting*, especificando que debe ser realizada por medio de las TIC's, con lo que limita el tipo al entorno *online*, dejando fuera del tipo los casos de *grooming offline*. Tampoco se requieren múltiples comunicaciones, ni que llegue a acordarse un encuentro. Lo que si deja claro es que la comunicación debe llevar proposiciones sexuales que no requerirán necesariamente un contacto físico.

El delito se incluyó al Código Penal de **Holanda**, como efecto directo de la firma del Convenio del Consejo de Europa y entró en vigor desde el 1 de julio de 2010. El art. 248e sanciona la conducta de la persona que por medio de un ordenador o bien usando un servicio de comunicación sugiere un encuentro a una persona que sabe o debería saber que es menor de 16 años con la intención de abusar sexualmente de dicha persona o bien de producir una imagen de un acto sexual incorporando a dicha persona siempre que realice alguna acción orientada a que se produzca dicho encuentro, la pena es de hasta 2 años de prisión alternativa con multa⁵⁶⁸.

Austria incorporó el *cybergrooming* como delito en una reforma del Código penal que entró en vigor el 1 de enero de 2012. El § 208a StGB austríaco incrimina el que se designa como delito de "iniciación de contacto sexual con menor de edad" (*Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen*) entre los delitos contra la integridad sexual. Así, sanciona con pena de hasta 2 años de prisión la conducta consistente en proponer un encuentro personal a un menor o realizar alguna conducta preparatoria para que dicho encuentro personal se produzca cuando se haga con la intención de cometer determinados delitos contra la indemnidad sexual de los menores, siempre que se empleen como medios comisivos bien el contacto por medios de telecomunicación o

⁵⁶⁸ Sobre el contenido de este tipo, Kool, R., "Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement", op. cit., pp. 61 y ss. Citado por VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming...p.

empleando ordenador o bien engañando a la víctima acerca de la intención del sujeto activo⁵⁶⁹.

En este caso vemos que la conducta usualmente estipulada para el *grooming* se fracciona en dos, por un lado está la propuesta del encuentro y por otro, realizar alguna conducta preparatoria para que el encuentro se dé, sin que ninguna funcione como requisito de la otra, es decir, el tipo lo constituye de manera alternativa la mera proposición sin ningún acto ulterior o bien realizar alguna conducta que dé paso al encuentro, sin necesidad de hacer “formalmente” la solicitud. De esto último podría inferirse la posibilidad de que el sujeto activo “induzca” de alguna manera la situación para que sea el menor quien proponga.

VILLACAMPA ESTIARTE concluye que al incorporar el supuesto “engañando a la víctima acerca de la intención del sujeto activo” cabría incluir ejemplos de *grooming offline*⁵⁷⁰, es decir, como en el tipo se menciona que la conducta será sancionada siempre que se empleen como medios comisivos bien el contacto por medios de telecomunicación o empleando ordenador o bien engañando a la víctima acerca de la intención del sujeto activo, la autora interpreta que la alternatividad con la que se mencionan los medios, y al considerar el engaño, como algo totalmente distinto a los medios electrónicos descritos antes de éste, pareciera que se abarca la propuesta realizada de manera personal, sin necesidad del uso de las TIC’s, pero siempre que medie engaño.

Afirmación de la que nosotros diferimos en el sentido en que esta expresión parece más bien ser un error técnico del legislador, pues su ubicación no tiene ninguna correspondencia con los medios utilizados como parecería querer relacionar, además, el referido engaño se puede dar perfectamente a través de la web, sin que un hecho excluya al otro.

⁵⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming... TOL5.204.096.

⁵⁷⁰ *Ídem*

En **Alemania**, las conductas de *child grooming* no se encuentran reguladas expresamente en la legislación penal, pero los actos relativos a ellas pueden sancionarse a través del § 176.4.3 StGB (*Sexueller Mißbrauch von Kindern*) que se incluyó en 2004 y que sanciona con pena que va desde 3 meses a 5 años de prisión, aquellos comportamientos de influencia genérica a menores empleando determinados medios escritos para que realicen conductas de contenido sexual con el proponente o con un tercero⁵⁷¹.

En **Italia**, se ha incluido el delito de *grooming* al Código penal mediante la Ley 172/2012. Entre los delitos contra la libertad personal figura el art. 609 undecies que regula el delito de solicitud de menores (*adescamento di minorenni*), como tipo subsidiario, cuando se solicite a un menor de 16 años con la finalidad de cometer contra el mismo, determinados delitos contra su indemnidad sexual o de hacerlo intervenir en la elaboración de material pornográfico, lo que se sanciona con pena de prisión de 1 a 3 años salvo que la conducta constituya delito más grave.

El propio Código clarifica lo que entiende por solicitud, conceptuándola como la realización de cualquier conducta orientada a ganarse la confianza del menor a través de artificios, halagos o incluso amenazas empleando Internet u otras redes o medios de comunicación⁵⁷².

En esta regulación nótese que si bien el delito no especifica el requerimiento de la comunicación previa con el menor, de la connotación que le da el legislador al precepto “solicitud”, deberá interpretarse que para llegar a la fase de ganarse la confianza del mismo, se requerirá el contacto por los medios establecidos, sin la necesidad de que este se efectúe en más de una ocasión.

⁵⁷¹ MAGRO SERVET, Vicente, Op. cit., *El “grooming” o ciber acoso infantil...*p. 1427.

⁵⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., El delito de online child grooming...p.

2.1.3 Derecho penal Latinoamericano

Chile es el país latinoamericano que aborda en mayor medida la figura del grooming, no sólo en su regulación penal, sino a través de constantes campañas de sensibilización sobre este tema.

El tipo penal se incluyó en la ley 20.526 modificó el art. 366 quáter del Código Penal⁵⁷³, referido a la pornografía infantil, en el que agrega dos incisos referidos expresamente al grooming: 1. *“Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico”*, 2. *“Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.”*

Es de remarcar el hecho de que en esta regulación el engaño sobre la identidad o la edad, que es algo común en los casos de *grooming*, queda configurado como un tipo agravado, con lo que existe el peligro de vaciar de contenido al tipo básico cuando concorra este supuesto.

En octubre 2011 el Senado de la Nación de **Argentina** aprobó el Proyecto de Ley 2174/11 para penalizar el *grooming*. El proyecto fue tratado en diversas sesiones en Comisión y tuvo dictamen favorable para su aprobación. Sin embargo, su tratamiento fue postergado por diversas voces disidentes. El 11 de septiembre la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el proyecto de Ley de Grooming, con modificaciones importantes sobre el proyecto anterior y fue elevado a la Cámara de Senadores para ser promulgado como ley. El 13 de noviembre de 2013 el Senado aprobó por unanimidad el proyecto original que

⁵⁷³ Texto completo de la ley en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028636&idParte=0>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

incorpora al Código Penal la figura del "ciberhostigamiento", o "grooming" y convirtió en ley la iniciativa.

Así, la Ley No. 26.904 de Grooming o ciberacoso incorporó como artículo 131 del Código Penal el siguiente: *“Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”*⁵⁷⁴.

En esta regulación se contempla únicamente el *grooming online* y se mantiene siempre la finalidad sexual, sin embargo, el tipo no requiere la proposición del encuentro sino sólo el mero contacto, lo que a su vez, sino se hace una interpretación extensiva, implicará que ciertos delitos contra la integridad sexual no puedan constituirse.

La ley sobre delitos informáticos No.9135 del mes de abril del año 2013, **Costa Rica** reformó el artículo 167 bis del Código Penal No.4573 de 04 de mayo de 1970, que bajo la rúbrica “Seducción o encuentros con menores por medios electrónicos”, dispone: *“Será reprimido con prisión de uno a tres años a quien, por cualquier medio, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de quince años o incapaz. La misma pena se impondrá a quien suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa, por cualquier medio, procure establecer comunicaciones de contenido sexual o erótico, ya sea que se incluyan o no imágenes, videos, textos o audios, con una persona menor de edad o incapaz. La pena será de dos a cuatro años, en las conductas descritas en los dos párrafos anteriores, cuando el actor procure un*

⁵⁷⁴ Texto de la ley en <http://www.iestudiospenales.com.ar/legislacion/leyes/1947-ley-no-26904-grooming-o-ciberacoso.html>, última consulta 30 de septiembre de 2015.

*encuentro personal en algún lugar físico con una persona menor de edad o incapaz.*⁵⁷⁵

Nuevamente se observa que el tipo no parte de la proposición al encuentro, de hecho la finalidad ya no abarcaría todos los delitos contra la indemnidad sexual sino que parece estar referida, en el mayor de los casos, a la pornografía infantil, cuando no sólo a la comunicación con contenido sexual, lo que vulnera en su gran mayoría los principios del *ius puniendi* y la libertad de expresión.

En el caso de **Nicaragua**, el delito de grooming no se encuentra incorporado en el Código penal, sin embargo, sí se encuentra regulada la figura genérica del acoso sexual, bajo la cual podrían sancionarse algunas de las conductas recogidas en el delito de grooming. Así dispone el art. 174 CP: *“Quien de forma reiterada o valiéndose de su posición de poder, autoridad o superioridad demande, solicite para sí o para un tercero, cualquier acto sexual a cambio de promesas, explícitas o implícitas, de un trato preferencial, o de amenazas relativas a la actual o futura situación de la víctima, será penado con prisión de uno a tres años. Cuando la víctima sea persona menor de dieciocho años de edad, la pena será de tres a cinco años de prisión”*.

Como puede observarse, lo más relevante en relación con el grooming, es que quedarían fuera de este delito todas aquellas solicitudes que no se realicen en más de una ocasión y aquellas en las que no medie una relación de prevalencia. Ante esta situación, podría entonces aplicarse, según corresponda, bien el delito de chantaje (art. 185 CP) o una tentativa de los delitos sexuales que se pretendan cometer, que para el caso concreto podrían ser violación a menor de catorce años, abuso sexual, explotación sexual, pornografía o acto

⁵⁷⁵ En esta última parte, por un error del legislador costarricense se omitió una "o", por lo cual se leía "menor de edad incapaz", cuando debería establecerse "menor de edad o incapaz". Ver texto íntegro de la reforma en www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95503/112471/F-2082388954/CRI95503.pdf, última consulta 30 de septiembre de 2015.

sexual con adolescente mediante pago.

2.2. Regulación del *grooming* en la normativa de la Unión Europea

La gran cobertura mediática que ha tenido no sólo el *grooming* sino la cruzada contra los depredadores sexuales en general, emprendida en Estados Unidos, como ya se exponía, se ha visto reflejada en el Derecho interno de ese país, pero también ha extendido su alcance hasta los instrumentos internacionales, incluso los europeos, que establecen requerimientos que vinculan a los Estados miembros⁵⁷⁶. De hecho, como prácticamente todas las regulaciones e incorporaciones de esta figura al derecho interno de cada uno de los Estados Miembros, responde a las exigencias de las distintas normativas europeas al respecto.

Es de destacar, como punto de partida de la regulación internacional de delitos sexuales cometidos contra menores, con énfasis en la TIC's, el informe *Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*, en el que el Comité del Consejo de Europa para la Convención sobre Cibercriminalidad⁵⁷⁷ se ocupó de los temas emergentes de violencia contra los niños por medio de las nuevas tecnologías, con particular atención en el *grooming* tanto a través de Internet como de telefonía móvil⁵⁷⁸. De este modo, lo más relevante en relación con el referido Convenio es que en su art. 9.2 aporta una definición de los que deba considerarse como *pornografía infantil*⁵⁷⁹,

⁵⁷⁶ Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming Op. cit.*,... TOL5.204.096.

⁵⁷⁷ También llamado ciberdelincuencia.

⁵⁷⁸ Adoptado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001. El tema de la pornografía infantil en Internet está cubierto por el Artículo 9 de dicha Convención. Véase conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185-SPA.htm

⁵⁷⁹ Así, señala expresamente el art. 9.2 que “a los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la pornografía infantil comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente

al tiempo que determina cuáles son las concretas conductas que en esta materia deben ser objeto de persecución penal en los Estados miembros⁵⁸⁰

En la misma línea de actuación se encuentra la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, que constituye el primer instrumento normativo de la Unión Europea determinante un “mínimo común denominador” para todos los Estados parte en relación a establecer qué conductas de explotación sexual de menores y elaboración de pornografía deben incriminarse⁵⁸¹, con ello se trataba de unificar las distintas legislaciones de los Estados a fin de otorgar mínimos legislativos que permitiesen una armonización en la cooperación judicial en estas materias. En relación con este instrumento, es preciso resaltar que, a pesar de tener un tratamiento más permisivo y tolerante con este tipo de comportamientos, su regulación se deriva directamente de la alarma social y la sensación de inseguridad que ha ocasionada el incremento a través de internet, de este tipo de conductas directamente relacionados con la explotación y corrupción de menores y la

explícito; b) una persona que aparece como menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito”.

⁵⁸⁰ El art. 9.1 del mencionado Convenio de Budapest establece que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d) el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos”.

⁵⁸¹ Aunque a la Decisión Marco 2004/68/JHA ya le precedían tanto la Acción Común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como la Decisión 2000/375/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming Op. cit., ...p.*

pornografía infantil⁵⁸². A este respecto, se otorga tanto un concepto de pornografía infantil⁵⁸³, como las conductas que deben ser consideradas típicas en relación con la explotación sexual de menores y la pornografía infantil (arts. 2 y 3 de la Decisión Marco).

Sin embargo, la evolución legislativa en esta materia ha determinado que tanto el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia como la Decisión Marco 2004/68/JAI, fueran sustituidos y superados por posteriores instrumentos⁵⁸⁴.

Así, podemos mencionar, en primer lugar, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual infantil⁵⁸⁵, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, en vigor desde el 1 de julio de 2010 y que España ratificó el 1 de diciembre de ese mismo año, en el que se alude a este fenómeno y a la necesidad de su incriminación con la expresión "*solicitation of children for sexual purposes*". Aquí por primera vez se incluye el ciberacoso infantil (grooming) en un tratado internacional, reflejando la creciente preocupación por el fenómeno de los abusos sexuales sobre menores que se

⁵⁸² Que el espíritu inspirador de esta normativa lo constituye la alarma social por este tipo de conductas queda claramente establecido en el Considerando 5 de esta Decisión Marco, al afirmar que "la pornografía infantil, forma especialmente grave de explotación sexual de los niños, se está desarrollando y extendiendo por medio de nuevas tecnologías e Internet".

⁵⁸³ Así, el art. 1.b) disponía que pornografía infantil debe considerarse "cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona pública de un niño; ii) a una persona real que parezca un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i); o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)".

⁵⁸⁴ En este apartado no se analizará de manera exhaustiva el tratamiento de este precepto en las normas internacionales, ya que, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/92/UE fundamentan la incorporación del delito en el Derecho penal español, se abordará en el análisis del tipo regulado en el CP.

⁵⁸⁵ También conocido como Convenio de Lanzarote.

citan con adultos con los que han contactado previamente en el ciberespacio, especialmente en chats de Internet o en páginas de juegos en línea⁵⁸⁶.

De esta manera el Convenio de Lanzarote establecía en su art. 23: "*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 [edad para consentir relaciones sexuales según la correspondiente legislación nacional]; con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 [agresión o abuso sexual] o al apartado 1.a) del artículo 20 [producción de pornografía infantil], cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro*"⁵⁸⁷.

Nótese que la definición del delito en el Convenio está regulada por medio de varios actos que necesariamente deberán de confluir para que se constituya el tipo, estos son: 1) la proposición de encuentro, 2) esta propuesta debe hacerse por medio de las TIC's (lo que abarcaría solamente el *grooming online*), 3) debe realizarse con la finalidad de cometer un delito de naturaleza sexual en contra de un menor y 4) que hayan concurrido actos materiales conducentes al encuentro.

En este sentido, MENDOZA CALDERON señala que "conforme al Convenio de Lanzarote, el fenómeno del "*grooming*" como delito consistiría en la proposición intencional, a través de las tecnologías de información y

⁵⁸⁶ MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 104.

⁵⁸⁷ Dispone concretamente la versión oficial "*Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting*".

comunicación, para conocer a un menor que, de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, no hubiera alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales; con el propósito de cometer contra él o ella: la práctica de actividades sexuales; la participación en actividades sexuales recurriendo a la coacción, fuerza o amenazas; abusando de una situación de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso dentro de la familia; o cuando se abuse de una situación de especial vulnerabilidad del menor, en particular en aquellos casos en los que se presente una discapacidad mental o física o una situación de dependencia; o bien cuando de esta situación, tenga el propósito de producir pornografía infantil; siempre cuando a dicha propuesta le hayan seguido actos materiales dirigidos a tal encuentro”⁵⁸⁸.

De otro lado, se encuentra la más reciente Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

En ella, también se emplea el vocablo "*soliciting*" para referirse a este fenómeno y así dispone en su art. 6 "*Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos*" en el que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas siguientes:

"1. [...] *La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4* [realizar actos de carácter

⁵⁸⁸ MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 105.

sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual], y en el artículo 5, apartado 6 [producción de pornografía infantil], cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

2. 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 [adquisición, posesión o acceso a sabiendas a pornografía infantil], 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 menor⁵⁸⁹.

En este sentido, el artículo relacionado contempla dos tipos de conductas. En el apartado 1, de forma semejante al Convenio Lanzarote, prevé la propuesta de encuentro con un menor por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, siempre con la finalidad de cometer un delito de carácter sexual con el menor o de producción de pornografía infantil, cuando la propuesta haya ido acompañada de actos encaminados al encuentro. En el apartado 2 se contempla una conducta cuya incriminación se omite en el Convenio de Lanzarote, cuando incrimina cualquier tentativa de un adulto, igualmente por medio de las TIC's, de cometer las infracciones de adquisición y posesión de

⁵⁸⁹ Así expresa directamente: *Article 6: Solicitation of children for sexual purposes. 1. Member States shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct is punishable: the proposal, by means of information and communication technology, by an adult to meet a child who was not reach the age of sexual consent, for the purpose of committing any of the offences referred to in Article 3(4) and Article 5(6), where the proposal was followed by material acts leading to such a meeting, shall be punishable by a maximum term of imprisonment of at least 1 year. 2. Member States shall take the necessary measures to ensure that an attempt, by means of information and communication technology, to commit the offences provided for in Article 5(2) and (3) by an adult soliciting a child who was not reach the age of sexual consent to provide child pornography depicting that child is punishable. Cfr. KLIP, André, *Materials on European criminal law*, 2a ed., Intersentia, Cambridge, 2014, p. 1039.*

pornografía infantil o de acceso, 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 menor⁵⁹⁰.

Como se desprende de su redacción, es en estos documentos en los que se prevé por primera vez la necesaria incriminación por parte de los Estados Parte de conductas expresamente constitutivas de *online child grooming*.

En este punto, es preciso señalar que VILLACAMPA ESTIARTE⁵⁹¹, considera que ambas regulaciones son criticables, ya que, siguen el común denominador de que el abordaje de la delincuencia sexual con víctimas menores, al igual que en la trata de personas, ha pasado de ser de carácter preferentemente criminocéntrico, que surge por la existencia de un fenómeno requerido de incriminación, circunscrito a la previsión de un tipo delictivo, a victimocéntrico, colocando en un primer plano, como fundamento de la regulación, los derechos de las víctimas.

Esto se deja entrever en que tanto el Convenio de Lanzarote, en su preámbulo y al establecer sus objetivos, como posteriormente la Directiva 2011/92/UE en sus considerandos e igualmente al determinar su objeto hacen referencia a los derechos humanos de las víctimas, por lo que expone que ambos instrumentos adoptan en materia de abuso y explotación sexual de menores la política 3P (*prevention, prosecution and protection*)⁵⁹².

⁵⁹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Op. cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. También VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, en RECPC, 13-14, 2011, p. 6.

⁵⁹¹ Ídem

⁵⁹² Ídem

Esta forma de regulación que incorpora la normativa europea corrobora la idea que hemos mantenido hasta el momento de que este tipo de conductas han sido incorporadas a los diversos cuerpos legislativos de los Estados miembros más por razones de alarma social derivada de la magnitud que los medios de comunicación y las organizaciones de los derechos de los menores han provocado con sus campañas informativas, que por la real existencia de un fenómeno que tenga la importancia tanto estadística como jurídica y criminológica que se le ha pretendido otorgar.

En una vuelta más de tuerca y de la presión penal en esta materia, ambos cuerpos normativos, esto es el Convenio de Lanzarote y la Directiva 2011/92/UE, intensifican la intervención penal ampliando el ámbito de conductas y previendo tipos cualificados específicos, sanciones que depende de las circunstancias personales de los sujetos activos del delito, la imposibilidad de trabajar con menores y la creación e incorporación de los condenados por estos comportamientos a un registro de delincuentes sexuales.; junto con ello, establecen específicamente la responsabilidad de las personas jurídicas que se vean involucradas en estos comportamientos y disponen normas ampliatorias del principio de territoriales en relación con la competencia de los Estados parte, extendiendo la misma a delitos cometidos por o contra sus nacionales o residentes legales más allá de sus fronteras⁵⁹³.

2.3 Incorporación del delito al Derecho penal español: Las reformas de 2010 y 2015

Tras la firma de España del Convenio de Lanzarote, y en el afán de implementar en nuestro ordenamiento jurídico, la normativa procedente de la Unión Europea, el legislador, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio,

⁵⁹³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming Op. cit.,...* TOL5.204.096.

procedió a la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. A diferencia de algunas otras reformas previas que se limitaron a introducir cambios muy puntuales⁵⁹⁴, aquella incidió, de forma trascendental e importante, en diversas disposiciones y, por supuesto como no podía faltar, en varios artículos integrantes del Título VIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*.

Ello determinó la inclusión de todo un nuevo Capítulo, el II bis, relativo a los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidos contra a menores de trece años⁵⁹⁵, en el que se incluyó todos los supuestos referidos a comportamientos relativos a cualquier tipo de atentado contra la indemnidad sexual de los menores, y dentro del cual se introdujo el nuevo delito —también limitado a menores de trece años— que se denominó acoso por medio de tecnologías de la información, concretamente introducido por el art. 183 bis.

En este artículo tipifica el internacionalmente denominado *child grooming*, atendiendo fundamentalmente a las recomendaciones incluidas en el Convenio de Lanzarote⁵⁹⁶. De este modo, la regulación del 2010 incorpora en el tipo penal

⁵⁹⁴ Por mencionar algunas, LO 01/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos; LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte; LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo; LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social.

⁵⁹⁵ Hasta la reforma de 1999 la edad que configuraba el consentimiento sexual de los menores era de 12 años. Sin embargo, hemos de señalar que, tras la reforma efectuada por la Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha modificado la edad elevándola a los dieciséis años, como señalaremos posteriormente.

⁵⁹⁶ Ratificado por España en el mismo 2010. Ello porque para ese momento aún no existía la Directiva 2011/92/UE, pero como se verá en adelante ésta también fundamentó el artículo tras la reforma 2015.

recogido en el art. 183 *bis*, los elementos y conductas típicas descritas en el Convenio, si bien estableciendo el límite de edad de los sujetos pasivos de las mismas en los menores de trece años⁵⁹⁷, mientras que el mencionado texto europeo se refería a “menores de edad”, sin indicación alguna de su edad.

Es preciso señalar que, aunque España había suscrito el Convenio ya con anterioridad, el Proyecto de Ley de reforma del Código penal, remitido por el Gobierno a las Cortes Generales en noviembre de 2009, no hacía mención alguna al castigo y tipificación expresa de esta conducta. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia habían realizado un extenso análisis de este tipo de comportamientos, otorgándoles acomodo en diversas figuras típicas ya contenidas en nuestro texto legal. De este modo, siguiendo a MENDOZA CALDERON⁵⁹⁸, se afirmaba que las conductas constitutivas de *grooming* podrían calificarse como delitos contra la libertad (coacciones y/o amenazas)⁵⁹⁹, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales⁶⁰⁰, delitos contra la intimidad⁶⁰¹, e incluso delitos contra el honor.

⁵⁹⁷ MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 157.

⁵⁹⁸ *Ídem*

⁵⁹⁹ Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 2009, en la que se consideró delito de amenazas condicionales el caso de un sujeto que exigió a una menor que le enviara fotografías de índole sexual, y ante la negativa de esta, le respondió que si no accedía a sus pretensiones las publicaría en internet. En el mismo sentido véase STS, de fecha 11 de octubre de 2011, en la que una menor que se ve acosada por un adulto, el cual, le pide que le mande fotografías de ella desnuda así como de su hermana de nueve años, bajo la amenaza de que si no accede, colgará en Internet las fotografías que tenía de ella desnuda que había obtenido en ocasiones anteriores y las distribuiría a otras personas. Ante lo que la menor accede. En este caso, el Tribunal establece que se pone en marcha una conducta típica del delito de amenazas, contemplada en el artículo 169 del Código Penal, pues lo que hace el adulto es amenazar a la menor con causarle un mal que en este caso concreto afectaba a su integridad moral, a su intimidad y honor, e incluso a su autodeterminación en su comportamiento sexual, y hablamos de amenazas.

⁶⁰⁰ Así, señala MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. , que sería necesario distinguir, según los casos, que conductas de *grooming* serían atípicas y cuáles serían susceptibles de ser calificadas como delitos

Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley que, posteriormente se convertiría en la Ley Orgánica 5/2010, se incorporó esta nueva figura delictiva contenida en el art. 183 bis, mediante la Enmienda nº 351 presentada por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG de 18 de marzo de 2010), con la siguiente argumentación:

"Las nuevas tecnologías han supuesto la mayor dificultad de los padres para la vigilancia de las personas adultas con quienes sus hijos se relacionan. Internet permite que los menores de edad se relacionen, sin salir de una habitación, con cualquier desconocido de cualquier parte del mundo. En ocasiones, los pederastas actúan bajo el anonimato que proporciona esta red global. Cada vez es más frecuente que los pederastas sustituyan las visitas a los parques infantiles por las pantallas de los ordenadores, desde sus casas, para buscar a sus víctimas.

Ello da lugar a nuevas formas delictivas como el 'grooming informático', esto es, el acoso a menores online o 'ciber-acoso'. El nuevo tipo de pederasta busca a su víctima menor por esta vía, visitando espacios personales o chats a los que acuden los menores y adolescentes, seleccionan a su víctima, se ganan progresivamente su confianza y de este modo, en ocasiones, consiguen el contacto personal con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red"⁶⁰².

de agresión, abuso, acoso sexual, prostitución o corrupción de menores, o difusión de pornografía infantil.

⁶⁰¹ En aquellos casos en los que el sujeto obtenga un acceso ilícito al correo electrónico o cualquier otro tipo red social de la víctima y consiga, sin su consentimiento, datos de carácter personal e íntimo, videos, fotografías, etc., cfrs. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p

⁶⁰² Véase CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Álvarez García/González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma penal 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235. Cfr. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito*

Siguiendo la línea establecida tanto por la normativa internacional al respecto, como en concreto, por la Enmienda señalada, la la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, justifica tanto la incorporación del nuevo del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años» al Título VIII del Libro II del Código Penal, como la creación del nuevo delito de grooming en el art. 183 bis. De este modo, en relación con la creación de un Capítulo específico relativo a las conductas que impliquen la vulneración de la indemnidad sexual de los menores, se justifica afirmando que *“en el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”*.

En el mismo sentido, en relación a la incorporación de la figura típica de grooming expone: *“Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las*

de online child grooming (art. 183 bis CP), en ORTS BERENGUER, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, Tirant lo Blanch, 2014. TOL4.143.42- En esta línea, se configura el delito de grooming como un delito preparatorio de otro de carácter sexual mas grave, cfrs. MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p ; en esta misma línea DOLZ LAGO, “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario la Ley, nº 7575, 23 de Febrero de 2011, Año XXXII, p.

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», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño»⁶⁰³.

En este punto, resulta absolutamente necesario poner de relieve, tal como puede comprobarse de la justificación que de esta nueva modalidad típica se contiene en la Exposición de Motivos, que la única razón en la que el legislador de 2010 basa la incorporación del art. 183 bis, radica en el riesgo que supone la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (era redundante especificar el internet como si fuese algo distinto de la TIC's), de las que afirma se ha extendido el uso de estas con fines sexuales contra menores. No existe ninguna otra motivación ofrecida por el legislador para la creación de este nuevo delito, en el que como hemos señalado, se incorporan conductas que tanto la doctrina como la jurisprudencia venía considerando como susceptibles de ser calificadas conforme a otros preceptos penales. De este modo, la “alarma” que pudieran provocar estos comportamientos, junto con el mandato derivado de la normativa procedente de la Unión Europea (sin pararse siquiera a analizar si nuestro ordenamiento jurídico ofrecía adecuada respuesta a estas conductas) determinaron, pese a la fragilidad de la justificación, la inclusión del nuevo precepto, el art. 183 bis, con el siguiente tenor:

“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 189⁶⁰⁴, siempre que tal propuesta se acompañe

⁶⁰³ Cfr. BOE No.152 de 23 de junio de 2010, p. 54811.

⁶⁰⁴ Estos artículos comprendían de las agresiones sexuales, de los abusos sexuales, de los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años y de la pornografía infantil.

de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.

Como su propia numeración refleja, fue introducido de manera sobrevenida en el articulado del Código penal, el nuevo tipo delictivo que, como ya se adelantaba, tiene su origen en la figura anglosajona del “*online child grooming*”, que se cierne principalmente sobre los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías⁶⁰⁵.

Sobre su concepto, indica GÓMEZ TOMILLO⁶⁰⁶, en relación con la reforma de 2010, que en el grooming estamos ante actos encaminados a reducir o eliminar las inhibiciones y límites de los niños menores de trece años⁶⁰⁷, como medio para facilitar el contacto sexual con ellos. En definitiva, mediante la incriminación de estos comportamientos se trata de tutelar la intangibilidad sexual de menores de trece años, para los que el legislador busca la protección frente a las personas adultas que, a través de los medios señalados en el

⁶⁰⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 228.

⁶⁰⁶ GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al art. 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, en Manuel Gómez Tomillo (dir.), Valladolid 2010, pág. 731. En el mismo sentido expone MENDOZA CALDERON que “el child grooming consistiría en acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él”. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 156.

⁶⁰⁷ El mismo concepto podría sostenerse en relación con la reforma operada por la LO 1/2015, si bien elevando el límite de edad a los dieciséis años.

precepto, buscan la confianza de éstos concertando encuentros con la finalidad de conseguir actividades sexuales⁶⁰⁸.

Por su parte, GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA⁶⁰⁹, añaden que se trata de una nueva forma de criminalidad surgida al amparo del desarrollo tecnológico acontecido en el ámbito de las comunicaciones, del que internet sería su máximo exponente. No compartimos esta postura, dado que como ya hemos señalado, consideramos que no se trata de una nueva figura delictiva, sino de una nueva modalidad de un delito clásico ya contenido en el Código penal; es decir, la conducta de solicitar actos sexuales a menores, no es algo nuevo, sino es una forma distinta – a través de las TIC´s – de cometer delitos ya tipificados en el ordenamiento jurídico.

Partiendo de esta base, se hace preciso el análisis de la *ratio criminis*, esto es, determinar cuál o cuáles han sido las razones de introducción de esta figura típica de manera autónoma y no como modalidad comisiva de otro tipo delictivo. En este sentido, señala MONGE FERNÁNDEZ⁶¹⁰, que las causas se pueden resumir fundamentalmente en dos. La primera, que ya se ha puesto de relieve en epígrafes anteriores, reside en “el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, a través de la técnica de la *armonización*”. Ello implica la necesidad de implementar en nuestro ordenamiento jurídico, las regulaciones procedentes de los diversos instrumentos internacionales de los cuales España es Estado parte. La segunda, a su juicio, se conecta con “el aumento de los casos de pederastia o

⁶⁰⁸ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y otros, Curso de Derecho penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2012, p. 144.

⁶⁰⁹ GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 243.

⁶¹⁰ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 228.

pedofilia, con su mayor repercusión y alarma social”. Esta segunda idea, parece estar fundamentada precisamente en la teoría, ya referida y discutida, de que los *groomer* son pedófilos⁶¹¹ que encuentran en internet el medio para escoger a sus víctimas.

Ahora bien, resulta innegable que para un sector de la doctrina, la introducción del delito vino a cubrir una laguna legal que existía en torno a este tipo de conductas⁶¹² y reprimir un creciente ámbito de delincuencia favorecido por el uso de las TIC’s y de anonimato que de las mismas se deriva⁶¹³.

Así CUGAT MAURI⁶¹⁴ considera que si existía un vacío legal, dado que no eran aplicables los tipos penales de acoso ya existentes so pena de caer en interpretaciones extensivas contra reo prohibidas en materia penal. Así, señala que estas figuras típicas de acoso, por una parte solamente acogen a los comportamientos que se producen dentro de unos contextos determinados legalmente (ámbitos laborales, docentes y de prestación de servicios), tales como los recogidos en el art. 184 CP que no pueden ser ampliados libremente en una interpretación analógica extensiva de la descripción típica. Por otra, pone de relieve que en las conductas que se tipifican ex novo en la reforma de

⁶¹¹ Cfr. supra apartado “Concepto extrajurídico del *child grooming*”.

⁶¹² MESTRE DELGADO, Esteban, *Nuevos delitos (II)*, La Ley Penal, Nº 78, Sección Editorial, Enero 2011, p.1.

⁶¹³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 171. Se trata de dar respuesta a una nueva tipología de ciberdelincuentes que, amparándose en el anonimato que ofrecen las nuevas tecnologías, utilizan en especial las redes sociales para crear falsas relaciones de amistad con menores que les permitan generar confianza y empatía para poder concertar encuentros en los que acabar perpetrando abusos sexuales. Jurídicas.com, Guía legislativa del Código penal, texto anotado y comparado, adaptado a la reforma de la LO 5/2010, Bosch, Barcelona, 2011, p. 163.

⁶¹⁴ CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Álvarez García/González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma penal 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235-236. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Op. cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 232.

2010, se contempla una diferente posición de la víctima, en el sentido de que podría haber consentido la inicial intromisión en su intimidad, extremos que para nada se incluyen en la relación caracterizadora del acoso. En esta misma línea de ratificación de la necesidad de su tipificación expresa, aún admitiendo que se trata de un adelantamiento de las barreras de intervención penal, configurando como delitos autónomos, supuestos que estructuralmente tienen rasgos en común con los actos preparatorios de los delitos sexuales a cuya comisión se orienta, sin embargo, considera que la gravedad y trascendencia de estas conductas va más allá de la propia de los meros actos preparatorios.

No compartimos la opinión de esta autora, dado que consideramos, como expondremos más adelante, que el delito de *grooming* en su redacción típica viene configurado, no como un supuesto de acoso, entre otras por la dificultades que hemos señalado en epígrafes anteriores, sino como un acto preparatorio de otros delitos contra la indemnidad sexual del menor⁶¹⁵, que *ab initio* no tienen por qué revestir mayor gravedad que cualquier otro acto preparatorio.

Y es que una de las mayores críticas que se le realizó a este tipo fue su configuración de acto preparatorio de otros delitos de carácter sexual contra menores, con lo que surge nuevamente, la ya mal acostumbrada técnica de adelantamiento de la intervención penal que no se ve justificada en ningún sentido en este artículo⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Efectivamente, el elemento teleológico regulado en el art. 183 bis, tras la reforma de 2010, “*a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189*”, determina que los actos realizados para ser constitutivos de grooming deben ir encaminados a la comisión de un delito sexual, esto es, un acto preparatorio para la comisión del mismo.

⁶¹⁶ Véase GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209;

Esta es la postura de CANCIO MELIÁ⁶¹⁷ cuando mantiene que este precepto constituye un supuesto de “reacción espasmódica” del legislador a la actualidad informativa, y recoge un momento especialmente álgido de preocupación por una práctica surgida con internet: adultos que, aprovechando la altísima prevalencia de redes sociales entre menores, se hacen pasar por lo que no son para entablar algún contacto con fines sexuales. Y de hecho pone de relieve no sólo la falta de legitimación o justificación del precepto, sino la parcialidad del mismo, que no abarca todo el fenómeno del *grooming*, sino que se centra exclusivamente (la reforma de 2010) en menores de trece años.

En realidad, tras la reforma de 2010, el precepto fue objeto de numerosas críticas no sólo relativas a la necesidad o legitimidad de su introducción, sino a la incorrección de la redacción y a su contenido material. Sin embargo, y pese a la modificación que se produjo en 2015, ninguna de estas críticas fueron acogidas manteniéndose íntegramente la redacción original, con la única salvedad del límite de edad.

De hecho, el 11 de octubre de 2012 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, que pasó a convertirse en Proyecto casi un año después de su aprobación como anteproyecto; concretamente el 4 de octubre de 2013 fue publicado como Proyecto de Ley Orgánica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, dando lugar a la última de las extensas reformas del Código Penal⁶¹⁸, la operada por la

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...* op. cit., p. 233. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.

⁶¹⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual, en *La Ley Penal*, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 9.

⁶¹⁸ Desde el CP de 1995 se han realizado alrededor de 30 reformas sobre el mismo. Entre las más relevantes: LO 11/1999, de 30 de abril, de Modificación del Título VIII del Libro II de Código penal; LO 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de enjuiciamiento

LO 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 01 de julio 2015, y que, tal como apunta MUÑOZ CONDE⁶¹⁹, afecta casi el 80 por ciento de la parte especial, y en muchos aspectos se puede considerar hasta como un nuevo Código Penal.

Como era de esperar, la reforma de 2015 introduce importantes modificaciones en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, siguiendo la línea iniciada en 2003 por el legislador español de un continuo incremento e intensificación de la intervención penal en esta materia⁶²⁰. Reforma que ha sido profusamente criticada por un amplio sector de la doctrina, principalmente, por la gran inseguridad jurídica que genera, entre otros, la confusa redacción de los

criminal; LO 01/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales; LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código penal; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género; LO 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código penal; LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos; LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte; LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas; LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial; LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo; LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social; LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de terrorismo.

⁶¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 7.

⁶²⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 57.

delitos de abusos sexuales de menores y los relativos a la pornografía infantil⁶²¹; junto a esta ampliación de las conductas delictivas, se ha producido un relevante endurecimiento de las sanciones, para lo cual, nuevamente se argumenta la Directiva 2011/92/UE como motivación fundamental⁶²².

Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015 sostiene: *“La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

Sin embargo, a pesar de la modificación que se realiza en materia de delitos sexuales, por lo que se refiere al delito de *online child grooming* en concreto, la LO 1/2015 no ha cambiado en exceso respecto a la anterior regulación de la conducta del art. 183 bis, sobre la cual, si bien se cambia la redacción, el contenido se mantiene prácticamente igual. La principal diferencia radica en la elevación del límite de edad de los potenciales sujetos pasivos de trece a dieciséis años.

⁶²¹ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. MANZANARES SAMANIEGO, José Luís, *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 17-22. Ampliamente sobre la reforma penal de 2015, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Estudio preliminar*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 35-68. VIVES ANTÓN, Tomás S., *La reforma penal de 2015: una valoración genérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1 y ss. TOL5.005.142

⁶²² Véase al respecto, GÓMEZ RIVERO, Carmen y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel, *Crónica de Derecho penal año 2014*, en *Crónica jurídica hispalense*, No. 12, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 240.

Así, tras la LO 1/2015, el delito de *grooming*, ha quedado configurado en el art. 183 ter que dispone:

“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte a un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte a un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

Como se puede observar, el nuevo artículo 183 ter castiga dos conductas distintas, pero en ambas se requiere tanto la existencia de un contacto con un menor de dieciséis años, por medio del uso de las TIC's, como una finalidad sexual.

La primera de dichas conductas típicas, contemplada en el apartado uno, se corresponde en contenido con el anterior 183 bis, aunque el legislador ha realizado algunos cambios: en un primer término la edad antes prevista en trece años ahora asciende a dieciséis; y segundo, que la finalidad del autor ha de ser la de cometer un delito regulado en los artículos 183 o 189 y ya no dirigido a las conductas de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, como se hacía en el anterior artículo. Sin embargo, el apartado segundo de este precepto es completamente nuevo.

3. Elementos típicos del delito de grooming: análisis del art. 183 ter Cp

3.1. Consideraciones previas

Entendemos que, de manera previa a proceder al análisis de los elementos típicos que componen este delito de *child grooming* regulado en el art. 183 ter, es preciso abordar en primer lugar, el término utilizado para definir la figura delictiva que estamos analizando.

Este fenómeno ha recibido diversos *nomens iuris*, tales como "ciberacoso" a menores o "acoso cibernético" a menores⁶²³, incluyendo algunos el calificativo de "sexual". También se han propuesto otras denominaciones como "acceso a

⁶²³ Entre otros, vid. Cugat Mauri, M., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en Álvarez García, J./González Cussac, J.L., *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 227; Tamarit Sumalla, J.M., "Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)", en Quintero Olivares, G (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 171 y ss., quien habla de acoso sexual cibernético; Magro Servet, Vicente, "El *grooming* o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal", en *La Ley*, 2010-5, pp. 1423 y ss.; Orts Berenguer, E., en Vives Anón, T.S./Orts Berenguer, E./Carbonell Mateu, J.C./González Cussac, J.L./Martínez-Buján Pérez, C., *Derecho Penal. Parte especial*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 269; Cancio Meliá, M., "Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual", en *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011, p. 15, quien lo designa "acoso por medios de comunicación". Consideran claramente al *grooming* como una concreta manifestación del género acoso sin pronunciarse acerca de la designación, entre otros, PARDO ALBIACH, J., "Ciberacoso: *cyberbullying*, *grooming*, redes sociales y otros peligros", en García González, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 58 y ss.; RUBIO LARA, P.A., "Acoso sexual de menores por Internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles", en García González, J. (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, op. cit., pp. 141 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El fenómeno del acoso a menores "grooming" desde la perspectiva del Derecho Penal español", en Martínez González, Isabel (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 129; MENDOZA CALDERÓN, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, op. cit., pp. 19 y ss.

niños con fines sexuales a través de las TIC⁶²⁴", "contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores⁶²⁵", "seducción informática⁶²⁶" o "ciberseducción⁶²⁷" y a ellas se suman las de origen anglosajón como "*online grooming*", "*child grooming*⁶²⁸" o "*sexual grooming*" y las variantes que de las mismas pueden surgir.

Sobre estas denominaciones, a parte del término anglosajón grooming, la más utilizada es la de ciberacoso. Parece apropiado aquí exponer el rechazo al uso de este término que hace RAMOS VÁZQUEZ⁶²⁹ quien establece que tal denominación, no se ajusta al contenido del precepto. Así expresa que en efecto, no es preciso, para que se produzca el delito, la existencia de un acoso, ni cuantitativa ni cualitativamente hablando. Cuantitativamente porque no requiere de reiteradas comunicaciones, basta un único contacto, mientras que en el acoso difícilmente se podría configurar el tipo penal con un único contacto⁶³⁰. Y cualitativamente, porque no necesariamente el contacto con el

⁶²⁴ González Tascón, M., "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2010), pp. 207 y ss.

⁶²⁵ Díaz Cortés, L.M., "El denominado 'child grooming' del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2138, 2012, p. 7.

⁶²⁶ Queralt Jiménez, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, 2010, p. 240.

⁶²⁷ Hortal Ibarra, J.C., "El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?", en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, p. 427.

⁶²⁸ Ost, S., *Child pornography and sexual grooming. Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁶²⁹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588. En el mismo sentido, agrega CANCIO MELIÁ, que como tal delito de preparación que es no parece del todo convincente la denominación ciberacoso. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, en La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 9.

⁶³⁰ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, Ob. Cit., *El nuevo delito...*p. 43; VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, Ob. Cit., *Delito de acoso...*p. 11; BEGUÉ LEZAÚN, J.J., Ob. Cit., *Delitos contra la libertad...*p. 142; HERRERO HERRERO, C., *Introducción al nuevo Código*

menor ha de ser agobiante, intimidatorio o importunar a aquel. De hecho, afirma que “seguramente un contacto que no represente “acoso” para el menor sea más fructífero a la hora de conseguir un encuentro con éste”. Esto se deriva de la propia conducta que exige el tipo, donde no hay necesidad de reiteración de la comunicación o de la propuesta, ni de generar una situación intimidatoria, hostil o humillante⁶³¹, de ahí a que algunos le llamen seducción informática⁶³².

En esta misma línea, VILLACAMPA ESTIARTE⁶³³ agrega que no considera asumible la referencia al acoso cibernético o ciberacoso, puesto que “si no se acompaña del apelativo sexual no es suficientemente expresiva del proceso a que se refiere”, con lo cual, podría confundirse con otras formas de acoso a través de la red que no son necesariamente de contenido sexual, tal es el caso del ciberbullying, también denominado ciberacoso, que supone situaciones de chantaje, difamaciones, insultos y vejaciones entre iguales⁶³⁴, menores para el caso concreto, a través de la red, pero con la finalidad de dañar la integridad moral y no la sexual, como se pretende en el grooming, cuya finalidad típica es exclusivamente y *ex lege*, de carácter sexual.

penal (Parte general y especial), Dykinson, Madrid, 1996, p.368; DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 33; GÓMEZ RIVERO, Carmen, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 482 (Comentario), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, p.8.

⁶³¹ Como sí requiere por ejemplo el acoso sexual. Véase BEGUÉ LEZAÚN, J.J, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad...*p. 141; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la libertad...*op. cit., p. 94; SÁNCHEZ, Esther y LARRAURI, Elena, *El nuevo delito de acoso...*op. cit., p. 21; OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *El nuevo delito de acoso...*op. cit., p. 521.

⁶³² QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, 2010, p. 240.

⁶³³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, TOL5.204.096.

⁶³⁴ INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, *Guía legal sobre el ciberbullying y grooming*, p. 3, <https://www.incibe.es/>, última consulta 17 de septiembre de 2015.

Sin embargo, es preciso señalar, en nuestra opinión, que al agregar el término “sexual”, tampoco se resolvería ninguna controversia; por el contrario, podría conducir al error de inferir que el delito guarda relación con el acoso sexual regulado en el art. 184 CP, con la diferencia de los medios comisivos, es decir, el ciberacoso sexual supondría realizar la misma conducta que el acoso del art. 184 pero por medio de las TIC’s, y como ya referíamos⁶³⁵, esto no es totalmente correcto⁶³⁶.

Aún menos acertada parece, en nuestra opinión, la denominación propuesta por MONTIEL JUAN y otros, al hablar de **ciber-abuso sexual**. Pues como ellos mismos reconocen, “hay que insistir en que el *“grooming”* en sí mismo no implica una actividad sexual, sino que es únicamente la estrategia de “cortejo” empleada por el agresor para acercarse al menor, captar su atención e interés, seducirlo y reducir sus inhibiciones para incrementar las posibilidades de éxito cuando le plantee alguna solicitud sexual”⁶³⁷. Lo cierto en relación con esta postura, es que incluso aceptando una posible similitud del tipo relativo al delito de *grooming*, con el abuso sexual infantil tradicional, la nueva conducta típica constituiría, todo lo más, un mero acto preparatorio del abuso posterior, con la única diferencia de la limitación de medios a aquellos que tengan una naturaleza tecnológica. Ello podría llevarnos a la conclusión que, de no estar tipificada expresamente esta conducta como delito autónomo, los actos descritos en relación con las mismas carecerían de potencialidad lesiva alguna en relación con el bien jurídico indemnidad sexual. En definitiva, considerados estos comportamientos de manera aislada, ni siquiera llegarían a poner en peligro el bien jurídico.

⁶³⁵ Ver supra el Delito de acoso sexual como posible fundamento del grooming.

⁶³⁶ En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ expresa que parece más rechazable la denominación “ciber acoso sexual”, pues ni en el sentido del 184 CP, ni en el lenguaje común puede decirse con total propiedad que el delito aquí comentado guarde relación alguna con un acoso sexual. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588.

⁶³⁷ MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Ob. cit.*, TOL4.143.417.

Por las razones expuestas consideramos más adecuado a fin de delimitar correctamente el fenómeno y el elenco de conductas que en el mismo se incluyen, referirnos a éste con el original término anglosajón: *grooming*, que, según la connotación de su tratamiento extrajurídico, abarca el hecho de que es referido a los menores como sujetos pasivos, con una finalidad sexual (ya sea de producción o facilitación de material pornográfico o de realización de la solicitud de encuentro) y mayormente expresado a través de las TIC's. Con lo cual se omitirá, en lo posible, las denominaciones *child grooming*, *online grooming*, *sexual grooming* u *online child grooming*, por considerarlas redundantes.

3.2 Bien jurídico protegido

El delito de grooming, que se analizará en adelante, se encuentra en el Título VIII del Código penal español bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Según esta ubicación, y siendo que el grooming es un delito que afecta a los menores, resulta evidente deducir que el bien jurídico protegido es el mismo que en el resto de las conductas típicas recogidas en el Capítulo II *Bis* del Código penal, rubricado “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años”, esto es, la indemnidad sexual. Pero, aunque sostenemos esta postura, a continuación desarrollaremos el fundamento de tal afirmación, que consideramos va más allá de la simple ubicación sistemática del tipo.

3.2.1. De la honestidad a la libertad sexual

Los delitos que hoy entendemos afectan el bien jurídico la libertad sexual no siempre han estado regulados bajo este concepto. Las conductas en este ámbito que han sobrevivido al paso del tiempo, anteriormente eran protegidas como una afectación contra la honestidad⁶³⁸, que tenía un componente de moralidad sexual.

Para ASÚA BATARRITA⁶³⁹, la tutela de la honestidad ha sido sobre todo la tutela de un determinado orden social⁶⁴⁰, esto porque efectivamente, lo que se protegía era la moralidad, o las expectativas sociales en torno a los temas sexuales, el que en esa época, ni siquiera se entendía aplicable de la misma manera para hombres y mujeres. De lo que se trataba era de proteger a aquellas personas que cumplían con determinados cánones que establecía la sociedad, o bien un grupo determinado de la misma⁶⁴¹. La honestidad, como bien digno de tutela, para el caso de la mujer, era un atributo referido a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor, el marido,

⁶³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, 1989, pp. 20-30; BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.136; BOIX REIG, Javier, "Del estupro", en COBO DEL ROSAL, Manuel y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, Tomo II, Madrid, 1993, p. 335.

⁶³⁹ ASÚA BATARRITA, Adela, Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico, p.10-19, <http://www.cienciaspenales.net>, también en la obra colectiva *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, editado por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gazteiz 1998, pp. 47-101.

⁶⁴⁰ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS manifiesta que merecerá el calificativo de honesta toda conducta sexual acorde con los valores culturales propios de la sociedad en que se vive, o se catalogará como honestidad al conjunto de abstenciones y restricciones referidas al orden sexual que, a través de sanciones morales o penales, pretenden salvaguardar las relaciones sociales, disimulando el fondo animal de los instintos y dignificando los caracteres de la especie humana en su evolución ascendente de naturaleza y costumbres. DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982, pág. 17.

⁶⁴¹ CARUSO FONTAN, Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Valencia 2006, p. 89.

la exclusividad de su uso sexual y la descendencia legítima a través del matrimonio, que para estas constituía su realización personal.

Bajo estas concepciones se tipificaban los delitos de adulterio, amancebamiento, violación (entendida como yacimiento), estupro, rapto, prostitución y corrupción de menores, etc., con los que se empleaban criterios de carácter moral para regular los ámbitos de la sexualidad⁶⁴².

Estas regulaciones forjaron las críticas que, desde los años 60's, demandaban un cambio en la concepción de los delitos sexuales, principalmente porque su regulación no era un problema de mera nomenclatura sino que traía graves implicaciones por su concepción moralista; téngase como ejemplo, la extinción de la responsabilidad por el perdón del ofendido, que no se contemplara la violación en el matrimonio⁶⁴³, ni considerar a la mujer prostituta como posible sujeto pasivo de ella⁶⁴⁴, y, por supuesto la tipificación misma de los delitos que era altamente discriminatoria contra la mujer.

⁶⁴² Ampliamente sobre estos delitos, BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p.136; MUÑOZ CONDE, Francisco (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, 1989, pp. 30-43; BELLO LANDROVE, Federico, *La familia y el Código penal español*, editorial Montecorvo, Madrid, 1977; COBO DEL ROSAL, Manuel y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, Tomo II, Madrid, 1993; ORTS BERENGUER, Enrique, *El delito de violación*, Universidad de Valencia, 1981; FERRÉ TREPAT, Elena, "Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1984", en ADPCP, 1986, pp. 627 y ss; CREUS, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, 4ª ed., Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 180 y ss;

⁶⁴³ CARMONA SALGADO, Concepción, "Problemática actual de la violación entre cónyuges y parejas de hecho", en CEREZO MIR, José, SUÁREZ MONTES, Rodrigo, BERISTAIN IPIÑA, Antonio y ROMERO CASABONA, Carlos, (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Madrid, 1996.

⁶⁴⁴ Las mujeres de "mal vivir", o sospechosas de costumbres licenciosas, no encajaban como posibles víctimas de una violación, supuesta su proclividad a aceptar el trato sexual. ASÚA BATARITA, Adela, *Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico*,...op. cit., p.13.

Prueba de la polémica doctrinal, es que se fueron aportando distintos planteamientos en relación con cual fuera el bien jurídico protegido, en un intento de concretar mas adecuadamente lo que se protegía en el Título dedicado a la regulación de los delitos sexuales. Así, MUÑOZ CONDE, a finales de los años 70, sostuvo que se trataba específicamente de la *moral sexual*, entendiendo por tal “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas”, aunque agrega, que efectivamente se trataba de un valor que se encontraba en crisis⁶⁴⁵. Las críticas a esta postura fueron inmediatas, sobre todo desde el prisma de considerar que la posibilidad de legislar conforme a criterios morales implicaría imponer a toda la sociedad las creencias y valoraciones de un determinado grupo social⁶⁴⁶; al margen de que supondría tomar en consideración, de manera exclusiva, el aspecto interno del individuo, esto es, su conciencia, de manera que la conducta sería una simple manifestación de la actitud interna del sujeto, que no respondería a un planteamiento de sanción de los hechos realizados y de los concretos daños ocasionados a terceros⁶⁴⁷. Es evidente que el Código penal no puede ni debe constituir un catálogo moralizante que contenga una enumeración de conductas permitidas o no desde un punto de vista ético⁶⁴⁸.

De este modo, la opción por la *moral sexual* como bien jurídico protegido en los delitos sexuales sería insostenible porque, tal como señala CARUSO

⁶⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilla, 1979, p.320; CARUSO FONTAN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p.90.

⁶⁴⁶ Así, DIEZ RIPOLLES, José Luis, *El Derecho penal antre el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido de Derecho penal sexual)*, Barcelona 1981, p. 82, sostiene que la pretensión de moralizar a la sociedad supone un atentado a los principios de una sociedad pluralista, dado que obliga a optar por una determinada orientación, por un determinado enfoque en detrimento de otros

⁶⁴⁷ CARUSO FONTAN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 90 y 91.

⁶⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1995, p.22; SAINZ CANTERO, Jose Antonio, “La reforma del Derecho Penal sexual”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid 1978, p. 237.

FONTAN⁶⁴⁹, “esto sólo sería posible considerando una teoría espiritualista, en la medida en que ésta atiende a una concepción ético-individual del bien jurídico y que asocia el delito al mundo de lo valorativo, en vez de localizarlo en el mundo de lo social. El punto central, según esta teoría, no serán los efectos sociales del delito, sino la relación desvalorativa que éste supone en el entorno sociocultural. Esta concepción del bien jurídico es la que posibilitó que hasta el año 1969 estuvieran contenidas en el Código penal alemán las conductas de homosexualidad entre adultos y la sodomía, así como la difusión de pornografía”, para terminar afirmando, a este respecto que “esta teoría no es apta para acceder al concepto material de antijuricidad capaz de servir de límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino que remite el *ius puniendi* a un asunto de política criminal”⁶⁵⁰.

Producto de ello, surge la reforma penal de 1989 que con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, modificó la rúbrica del Título IX del Libro II del Código penal que pasó de denominarse “Delitos contra la honestidad” a “Delitos contra la libertad sexual”.

La libertad en sentido genérico, podemos definirla como la virtud de la cual un hombre se halla facultado para disponer de sí mismo, siendo además la que permite el desarrollo de su personalidad⁶⁵¹. Y se manifiesta a través de concretos ámbitos de libertades que se corresponden con diversas manifestaciones vitales de los individuos, así por ejemplo, la libertad de pensamiento, de expresión, de religión, ambulatoria, de reunión, de asociación, sexual etc. etc., son concretas manifestaciones de la libertad referidas a

⁶⁴⁹ CARUSO FONTAN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 91.

⁶⁵⁰ En este mismo sentido, GOMEZ BENITEZ, José Manuel, “Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid 1983, p. 85

⁶⁵¹ CARUSO FONTÁN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., pp. 97 y ss.

concretos ámbitos del comportamiento humano con especial incidencia en el plano social.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico penal, señala CARUSO FONTAN⁶⁵², que la acepción de libertad que debe tomarse en consideración, en primer término, es la libertad como poder o facultad de obrar, diferenciando entre “libertad de querer” y “libertad de obrar”, siendo ambas protegidas por el Código penal. De este modo, resulta evidente la íntima conexión entre libertad y voluntad, de manera que todo ataque a la voluntad es, en realidad, un ataque al ejercicio de la libertad.

En esta línea, señala NUÑEZ CASTAÑO⁶⁵³, que la libertad, así concebida puede plantearse desde tres prismas diferentes:

— *Psicológico*: Constituye un atributo de la voluntad, en tanto que requiere absoluta independencia para su formación. Así, la voluntad sólo es genuina si está libremente formada, en tanto que representa la verdadera personalidad y deseos de los sujetos. Desde este prisma, se puede atentar contra la libre formación de la libertad y contra la ejecución de la libertad que ya ha sido formada.

— *Político-social*: La coexistencia en el seno de una sociedad impone la necesidad de establecer una serie de límites en orden al respecto de las libertades ajenas.

— *Jurídico*: La libertad como valor ideal no puede resultar tutelada, sino que se protegen algunos de sus aspectos, concretamente:

⁶⁵² CARUSO FONTAN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas de los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 98.

⁶⁵³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, vol. I, en GOMEZ RIVERO (direct.), 2ª ed., 2015, p. 159.

libertad de obrar como formación de la voluntad (amenazas), voluntad de obrar como ejecución de la libertad formada (coacciones), libertad ambulatoria (detenciones ilegales) o, libertad sexual.

En este sentido, conviene recordar que la libertad sexual no es algo distinto de la libertad personal, sino una parcela de ella que implica la facultad de la persona a autodeterminarse libremente en el ámbito de la sexualidad⁶⁵⁴.

Pero, la importancia que tiene la libertad, referida al ejercicio de la propia sexualidad, en el desarrollo del sujeto y sobre todo, por tratarse de un ámbito particularmente permeable a la confusión moralista o ideológica, expuesto, a su vez, a graves ataques que contra ella se pueden derivar, y que no se pueden abarcar en toda su dimensión en la protección genérica de la libertad, requiere que se haga un tratamiento especial en esta materia, con lo que se convierte en un bien jurídico merecedor de una protección penal específica, con autonomía propia⁶⁵⁵.

En esta línea, señala DIEZ RIPOLLES⁶⁵⁶ que las conductas sexuales merecen un especial enfoque valorativo que se deriva del hecho de que suponen privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones de su personalidad y de su existencia, dotada de un mayor aportación personal en cuanto a su sentido y consiguiente ejercicio; sin embargo, acaba por proponer que se elimine el título específico relativo a los delitos contra la libertad sexual, y se integre un subepígrafe específico dentro de los delitos contra la libertad en

⁶⁵⁴ LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996, p. 106.

⁶⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte especial*, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 206. En el mismo sentido, LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996, p. 106; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Ariel, 1989, p. 113.

⁶⁵⁶ DIEZ RIPOLLES, José Luis, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona 1986, p. 24.

general⁶⁵⁷. Sin embargo, al margen de lo que pudiera considerarse más correcto desde el punto de vista de la concreta interpretación de las conductas típicas realizadas, lo cierto es que el Código penal regula de manera separada los delitos contra la libertad y los delitos contra la libertad sexual.

A pesar de ello, la libertad sexual no deja de ser sino una específica manifestación de la libertad genérica que incide en la fase de formación de la voluntad. Así, la libertad sexual, entonces estaría compuesta de dos vertientes, una *dinámica-positiva*, integrada por la facultad de disponer del propio cuerpo, y otra, *estática-pasiva*, que se manifiesta como la posibilidad de repeler los eventuales ataques de índole sexual, siendo tan solo esta última la que merece la atención del Derecho penal, que castiga la sujeción a prácticas sexuales involuntarias, sea sin mediar el consentimiento o en supuestos de voluntad viciada⁶⁵⁸, y la doctrina oscila en relación a cual debiera ser el principal objeto de protección en este ámbito⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ En el mismo sentido se pronuncia MAQUEDA ABREU, M. Luisa, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código penal y la ley del Jurado*, Sevilla 1996, p. 79, quien sostiene que “llama la atención que el nuevo Código penal (se refiere al de 1995) mantenga la tradicional separación por Títulos de los delitos que atentan contra la libertad sexual y los que amenazan a la libertad en general y continúe regulándolos bajo rúbricas independientes como si de dos bienes jurídicos distintos se tratara. Parece, en efecto, incongruente que una regulación que se muestra tan consistente de la interrelación existente entre ambos, como cabe deducir de la configuración típica que nos ofrece, reconozca, al mismo tiempo una autonomía ficticia a la libertad sexual y no la trate como lo que es, es decir, como un aspecto muy importante, pero un aspecto más de esa libertad en general”.

⁶⁵⁸ ORTS BERENQUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, p.108. En el mismo sentido, LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario, 1996, p. 106.

⁶⁵⁹ Sobre esta base, se plantea la discusión respecto a cual de los dos aspectos de esta libertad sexual es el que efectivamente debe ser protegido por el ordenamiento jurídico penal, esto es, el *positivo*, la libre disposición del propio cuerpo, o el *negativo*, el derecho a no verse involucrado en un contexto de carácter sexual sin un consentimiento válidamente prestado. Esta discusión doctrinal da lugar a la existencia de diversas teorías en esta materia: a.- Teorías positivas, que sostienen que el objeto de protección penal debe ser el constituido por la facultad de disposición del propio cuerpo; así CARMONA SALGADO, considera que la facultad de disponibilidad carnal,

En este sentido, la libertad sexual, como concepto jurídico pretende la protección en el ámbito penal, de la autodeterminación sexual de la persona, entendida como un ejercicio básico y esencial de la libertad razonada del individuo⁶⁶⁰. Así, sostiene MUÑOZ CLARES que la libertad sexual consiste simplemente en la indiscutible doctrina del “no significa no” y con la defensa ilimitada del derecho de cada cual a disponer de su sexualidad respondiendo sólo ante sí mismo, con la sola incriminación de actos que de cualquier forma atenten contra la libertad de otro⁶⁶¹.

Ahora, si bien es cierto que se ha reconocido que la libertad sexual merece su propia autonomía en la regulación penal, la crítica ha recaído en la ubicación

entendida como libertad en el plano sexual, concuerda mejor con el significado intrínseco del término libertad, cfrs. CARMONA SALGADO, Concepción, *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, p. 32; en la misma línea, GONZALEZ RUS, Juan José, *La violación en el Código penal español*, Granada 1982, p. 244. b.- Teorías negativas: se centran en la consideración del derecho a no verse involucrado en un contexto de carácter sexual sin consentimiento válidamente prestado, cfrs. MORALES PRATS, Fermín y GARCIA ALBERO, Ramón, en Quintero Olivares (direct.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, Pamplona 2002, p. 309. c.- Teorías mixtas: reconocen relevancia a ambas esferas en el momento de la protección; de manera que el objeto de protección penal sería la facultad de disposición carnal, entendiendo por disposición carnal, la capacidad de hacer o no uso del propio cuerpo que asiste a cada uno, así como la libertad de ejecutar los medios protectores de la personal función sexual frente a ajenas actuaciones de esta naturaleza, cfrs. ACOSTA PATIÑO, “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid 1992, p. 117; en el mismo sentido ORTOS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 25, sostiene que el concepto de libertad sexual incluye el derecho a escoger y practicar en cada momento la opción sexual que más le plazca, y ligado a él, el de utilizar y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, a las leyes físicas, y a las habilidades de cada cual; lo anterior lleva implícito, lógicamente, la libertad de elegir a la pareja y la de rechazar las proposiciones no deseadas.

⁶⁶⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Javier, *La aplicación del principio non bis in idem en la correcta interpretación del delito de abusos sexuales, Comentario a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2004*, p. 73.

⁶⁶¹ En tal sentido, tan protegido por el sistema está quien renuncia al ejercicio de su sexualidad, por razones que a nadie ha de explicar por más que en algunos supuestos resulten evidentes (religiosos, célibes profesos, etc.) como quien hace de la sexualidad su oficio, caso de las personas dedicadas a la prostitución. Se trata, por lo tanto, de un bien jurídico esencialmente disponible por el sujeto mayor de edad y, con ciertas limitaciones, incluso por el menor de edad. Véase, MUÑOZ CLARES, José, La presunción de in consentidas de las relaciones sexuales con menores de 13 años, iustel.com, RGDP, No. 2, noviembre 2004, p.3.

del bien jurídico dentro de la norma, así, como ya hemos señalado, algunos autores sostienen que si la libertad sexual es una manifestación de la libertad personal del individuo, ésta no requería de un Título especial que contemplara los delitos de esta naturaleza, sino que éstos hubieran estado incluidos en un apartado dentro del capítulo dedicado a la protección genérica de la libertad.

De esta opinión, indicábamos ya con anterioridad, es MAQUEDA ABREU⁶⁶², quien sostuvo que no se entiende la tradicional separación por Títulos de los delitos que atentan contra la libertad sexual y los que amenazan la libertad en general como si se tratara de dos bienes jurídicos distintos. Pues, por el contrario, la regulación muestra la interrelación existente entre ambos, aunque se reconozca una autonomía ficticia a la libertad sexual y no la trate como lo que es, es decir, como un aspecto muy importante, pero un aspecto más, de esa libertad en general.

Efectivamente, consideramos que los delitos contra la libertad sexual, desde la derivación que tienen de la libertad personal en sentido amplio, podrían ubicarse entre el título que regula el bien jurídico en general, sin embargo, los ataques contra estos bienes son tan graves y diversos, que supondría absorber casi por completo este título, con lo cual, parece más acertado reconocer no sólo la especial configuración de la libertad sexual como bien jurídico autónomo, sino la necesidad de su particular ubicación normativa.

En definitiva, entendemos que el bien jurídico tutelado en los delitos contra la libertad sexual, abarca esta tanto en su vertiente negativa, como en la positiva, es decir, reconoce la facultad subjetiva de la persona de ejercer la libertad sexual que se encuentra inserta en la esfera de la libertad personal. Ello implica la imposibilidad de sancionar penalmente aquellas acciones que simplemente

⁶⁶² Maqueda Abreu, Ma. Luisa, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la ley del jurado*, Sevilla, 1996, pág. 79.

se aparten de la moral sexual dominante, por cuanto no es función del Derecho penal la protección de intereses morales. El legislador debe reducir, dentro de la esfera del Derecho penal sexual, la protección del ejercicio de la libertad sexual al plano de la autorrealización sexual y, en ningún caso, extender dicha protección a unas determinadas pautas morales en el seno de la sociedad.

Sin embargo, a pesar de considerar que ambas facetas, la positiva y la negativa son complementarias, resulta necesario precisar cual de ellas es la principalmente protegida en cada una de las figuras típicas concretas, y ello porque en algunos casos, como por ejemplo, las referidas a menores como sujetos pasivos, pudiera resultar difícil la afección de alguno de estos concretos aspectos. O dicho de otro modo, uno de los puntos conflictivos con el cambio de rúbrica que supuso la reforma de 1989, fue que dentro de las conductas reguladas en los delitos que atentan contra la libertad sexual, no todos respondían a este bien jurídico. Es por ello que se hace necesaria la delimitación de un interés concreto que esté necesitado de protección en estos casos.

3.2.2. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido

Dentro de los delitos sexuales se recogen determinados comportamientos que tienen como sujeto pasivo de estos delitos a menores de edad, concretamente a menores de dieciséis años. En estos casos, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en excluir como objeto de protección la libertad sexual, puesto que, consideran, que el sujeto no se encuentra en condiciones de ejercerla al carecer de la capacidad suficiente para conocer y entender el significado de las relaciones sexuales. Es por ello, que abogan por referirse en estos supuestos a la *indemnidad o intangibilidad sexual*.

Esto se concentraba en los atentados sexuales que eran sufridos por menores de edad o sujetos incapaces, a quienes les es negado el

reconocimiento de la libertad sexual, y por tanto, si carecen de libertad sexual, no es posible lesionarla⁶⁶³. Así expone MUÑOZ CONDE, “el problema especial que presentan estos delitos es precisamente que no se puede hablar ya de la libertad sexual como bien jurídico específicamente protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces)”⁶⁶⁴.

Es preciso señalar que la libertad sexual se caracteriza por la existencia de una cierta capacidad intelectual para comprender el alcance del acto sexual y la facultad volitiva necesaria para consentir en él⁶⁶⁵. En definitiva, se trata de la facultad de autodeterminarse en la esfera sexual, y, tal como señala MUÑOZ CONDE⁶⁶⁶, lo que caracteriza a los menores e incapaces es arecer de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, lo que implica que en estos casos “lo que se tratará de proteger es su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad”. Es, por ello,

⁶⁶³ RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Los delitos de abusos sexuales a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2.

⁶⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 209. Sin embargo, esta idea de que los menores e incapaces carecen de libertad sexual, no estuvo exenta de polémica, las opiniones en este respecto se dividieron entre quienes entienden que los menores e incapaces también tienen libertad sexual, sólo que se les priva de ésta, bien con un carácter temporal (menores) o, definitivamente, por estimar que carecen de capacidad suficiente para gobernar su actividad sexual (incapaces); y quienes consideran que dicha esfera de libertad no les es inherente.

⁶⁶⁵ CARUSO FONTAN, M. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 161.

⁶⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, 19ª ed, op. cit., p. 209.

preferible la referencia a conceptos como *intangibilidad*⁶⁶⁷ o *indemnidad sexual*⁶⁶⁸.

Según expone CANCIO MELIÁ si partimos del hecho de que “libertad sexual significa autodeterminación sexual, es evidente que los sujetos pasivos específicamente protegidos en función de la especial vulnerabilidad —menores e incapaces— que genera su sexualidad inmadura verían protegida no su libertad —inexistente y/o no reconocida por el ordenamiento—, sino su indemnidad”⁶⁶⁹.

Sin embargo, agrega el autor que lo cierto es que no hay indicios de que la diferenciación entre indemnidad y libertad sexual sea una cuestión decisiva en el plano político-criminal. Es decir, que no necesariamente la opción por un concepto fragmentado de bien jurídico implica una decisión por un ámbito de criminalización más extenso (ni a la inversa). Por el contrario, la discusión debe interesarse, sobre todo, por cuál es el ámbito de incriminación efectivo, es decir, qué conductas son susceptibles de ser incluidas de modo legítimo en el ámbito

⁶⁶⁷ Para CARMONA SALGADO, Concepción, *Los delitos de abusos deshonestos*, op. cit., p. 41, la intangibilidad sexual constituye una consecuencia de la ausencia de libertad sexual, una cualidad que se predica de aquellos sujetos que no pueden ejercer dicha facultad por estar incapacitados para ello.

⁶⁶⁸ Así, COBO DEL ROSAL, Manuel, “El delito de raptó”, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo II, Madrid 1983, p. 371 considera que indemnidad va referida a que el menor se encuentre protegido de todo daño de orden sexual.

⁶⁶⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual, en *La Ley Penal*, N° 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 7. La indemnidad tuvo su precedente en el término “intangibilidad” acuñado por la doctrina italiana y luego importado por la española a finales de la década de los 70; en su origen pretendía determinar que ciertas personas, por su condición o situación, debían quedar en un estadio de auténtica intangibilidad sexual en el sentido de quedar ajenos al ejercicio de la sexualidad. Esa especial situación de intangibilidad se ha extendido por algunos fuera de los casos de suyo evidentes, como el afectado por minusvalías por completo inhabilitantes, hasta alcanzar a los menores de 13 años de edad. Ver al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. Parte especial II*, op. cit., p. 234.

penal. Y para ello no necesariamente la adopción de un modelo diferenciado o unitario de bien jurídico es el elemento decisivo⁶⁷⁰.

Obviando este criterio, que resta relevancia a la discusión sobre la necesidad de delimitar el bien jurídico en el ámbito sexual de adultos y menores o incapaces, el legislador consideró oportuno hacer tal diferenciación, y así en la reforma integrada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cambia nuevamente la rúbrica de “Delitos contra la libertad sexual” a la denominación de “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Según manifiesta la Exposición de Motivos, resulta indispensable la reforma que opera la cita ley, por cuanto las normas existentes *“no responden adecuadamente, ni en la tipificación de conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos e juego, que no se reducen a la expresa libertad sexual, ya que se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores o incapaces, cuya voluntad carece de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de una conductas que, sin embargo, podían ser lícitas entre adultos”*.

En referencia al concepto de indemnidad, podemos decir que la palabra deriva del término indemne definido por la Real Academia Española como “estado o situación del que está libre de daño o perjuicio”⁶⁷¹. Si traspolamos la definición al ámbito jurídico penal, diríamos que la indemnidad sexual se

⁶⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual, en La Ley Penal, Nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 7.

⁶⁷¹ Véase www.rae.es

conforma para asegurar al sujeto pasivo que saldrá de sus relaciones sexuales sin daño ni perjuicio⁶⁷².

En otras palabras, la indemnidad sexual es entendida como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación de la personalidad y la facultad de decisión sobre la propia sexualidad⁶⁷³. Se trata, por tanto, de asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo, así, que llegado el momento puedan decidir, entonces sí, con plena libertad sus opciones sexuales⁶⁷⁴. Como expone CANCIO MELIÁ, la indemnidad “tiene como punto de referencia esencial la noción de libertad sexual, en el sentido de que la protección de la indemnidad de hoy —en el caso de los menores— se lleva a cabo para poder construir la libertad de mañana”⁶⁷⁵.

⁶⁷² En este sentido, MUÑOZ CLARES, José, La presunción de inconscientes de las relaciones sexuales con menores de 13 años, *iustel.com*, RGDP, No. 2, noviembre 2004, p.5. ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...* p. 271, expone sin embargo, que la indemnidad sexual como término equivalente bien a ausencia de peligro o daño en este ámbito, bien a una suerte de derecho a no sufrirlo, es un término absolutamente vago y no resulta privativo de menores de edad o incapaces sino que es predicable de cualquier persona.

⁶⁷³ Así expone MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 209-210, “Se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto, decida en libertad su comportamiento sexual”.

⁶⁷⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Los delitos de abusos sexuales a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 2. Agrega PRIETO RODRÍGUEZ que se presume falta de capacidad de autodeterminación en el ámbito sexual, contemplando especialmente menores e incapacitados, con una clara opción legislativa: exclusión de los mismos del ámbito de la sexualidad. En estos casos, en consecuencia, antes que la libertad sexual propiamente dicha, se castiga la realización de las conductas típicas ante la falta o anulación de aquella capacidad decisoria. PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, Delitos sexuales y castración química Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales, en *La Ley Penal*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, p.4.

⁶⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual, *ob. cit.*, p. 7.

3.2.3. El bien jurídico protegido en el delito de grooming

Partiendo de la base de que los comportamientos de naturaleza sexual realizados contra menores, tal y como hemos señalado, afectan a su indemnidad o intangibilidad sexual, es preciso hacer una breve referencia a cual sería el bien jurídico protegido en el delito de grooming.

La Exposición de motivos de la LO 5/2010 que introdujo el delito de *grooming*, regulado en aquel entonces en el art. 183 bis, establecía "*Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*".

Desde el planteamiento de una interpretación sistemática de los tipos penales, es preciso señalar que al analizar el bien jurídico del tipo, no podemos prescindir de su ubicación en el Capítulo III Título VIII del Libro II, que lleva por rúbrica "De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"; pero al margen del valor interpretativo del criterio sistemático, es bien sabido que la ubicación sistemática de una infracción penal no siempre es acorde con el objeto de protección⁶⁷⁶. De manera que sólo la atención a la formulación concreta de cada infracción permite identificar ese valor⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975, p. 147. En el mismo sentido, BOIX REIG y ORTS BERENGUER manifiestan que "los rótulos no deciden inapelablemente el bien jurídico, aunque sí obligan a prestarle atención, siquiera sea para descartar el que proclaman". BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E., "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/99", Actualidad penal, No. 35, 1999, p. 674. MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 31.

⁶⁷⁷ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita, Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, p. 106-107.

A efectos de delimitar adecuadamente el bien jurídico protegido en las conductas de *grooming*, consideramos que es necesario partir de la fundamentación recogida en la Exposición de Motivos que acabamos de transcribir, lo que nos llevaría a individualizar el bien jurídico protegido, en el derecho del sujeto pasivo de esta conducta a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización⁶⁷⁸.

Si a ello unimos, por una parte su ubicación sistemática, esto es, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y más concretamente en el Capítulo II Bis dedicado a las conductas realizadas contra menores de dieciséis años, junto con la finalidad de cometer un delito sexual (art. 183 y 189 Cp), que constituye un requisito típico de este delito, resulta evidente que el bien jurídico a proteger en el art. 183 *ter* Cp, es el mismo que el de las restantes figuras típicas relativas a menores de edad, esto es, la *indemnidad sexual del menor*.

No obstante, aunque el bien jurídico que se pretende proteger es relativamente evidente, lo que no presenta ninguna claridad es que con la conducta descrita en el tipo penal, el bien jurídico pueda ser lesionado. Aunque como expresa MATALLÍN EVANGELIO, no todas las ofensas producidas por los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales poseen la misma incidencia en el citado bien: mientras que unas producen su lesión, otras tan sólo ocasionan su puesta en peligro⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Capítulo 8. El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en Orts Berenguer, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014, TOL4.143.421.

⁶⁷⁹ MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, p. 35.

El problema, en relación con el delito de *grooming* radica, en que tal y como está redactado el tipo penal, la conducta ni siquiera supone una puesta en peligro para el bien jurídico. Ello porque, como abordaremos más adelante, el delito de grooming es un mero acto preparatorio de los delitos sexuales que se pretenden cometer, lo que tiene consecuencia de que la posible afectación al bien jurídico *indemnidad sexual* está excesivamente alejada de la conducta regulada, careciendo de cualquier capacidad lesiva respecto del mismo.

Con la idea de subsanar este supuesto, algunos han llegado a afirmar que el bien jurídico del delito de grooming tiene un doble carácter: el individual, en relación con el menor directamente protegido por el tipo; y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y sólo en relación con un menor en concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas⁶⁸⁰.

En sentido opuesto, VILLACAMPA ESTIARTE, considera rechazable la opinión de quienes argumentan que nos hallábamos frente a un delito pluriofensivo en el cual, no sólo se protege anticipadamente la indemnidad sexual de los individuales sujetos pasivos contactados, sino también un bien jurídico colectivo, cual la infancia en general, esto principalmente por dos razones: en primer término, se da con ello por cierto la pureza de la infancia como justificación para intervenir penalmente incluso contra los propios niños, y segundo, se erige en supuesto autónomo el peligro estadístico que se ha atribuido al aumento en el empleo de las TIC en relación con la indemnidad sexual de los menores y que ya ha conducido justamente al adelantamiento de las barreras de tutela penal⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ DOLZ LAGO, Manuel J., Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, No. 7575, Año XXXII, 23 feb. 2011, p. 1740.

⁶⁸¹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, TOL5.204.094.

De acuerdo con la autora anteriormente referida, reafirmamos que lo importante en este punto, no es sólo determinar qué bien jurídico se pretende proteger con el delito de *grooming*, sino que esta intención no se corresponde con la tipificación de la conducta delictiva, la que no supone ni un peligro ni una lesión para el bien jurídico.

3.3. Elementos del tipo objetivo

3.3.1. Conducta típica

A) TIPO BASICO (art. 183 *ter* 1, inciso primero CP)

A través de este precepto, la ley ha configurado un tipo mixto acumulativo que exige una pluralidad de actos⁶⁸², que de acuerdo con VILLACAMPA ESTIARTE, podían reconducirse a tres⁶⁸³. Los dos primeros, integrados en el tipo objetivo del delito (esto es, existencia de contacto a través de medios tecnológicos y proposición sexual, y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento) y el tercero perteneciente al tipo subjetivo (es decir, un elemento subjetivo del injusto, consistente en la finalidad de cometer alguno de los delitos

⁶⁸² DOLZ LAGO, Manuel J., Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, No. 7575, Año XXXII, 23 feb. 2011, p. 1740. En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en ORTS BERENGUER, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014. TOL4.143.421

⁶⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096; Parte de la doctrina se refieren a cuatro elementos, pues consideran como dos distintos en el caso del contacto y la proposición de encuentro. Según MONGE FERNÁNDEZ la acción nuclear consiste en acciones realizadas por un adulto, utilizando medios tecnológicos virtuales, con la finalidad de concertar un encuentro de carácter sexual, consiguiendo un contacto corporal para llevar a cabo un delito de abuso sexual. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 230.

sexuales referidos). Esta delimitación de elementos, nos confirma que estamos ante un delito mutilado en dos actos, por cuanto se establece la necesidad de concurrencia de una especial finalidad, cual es la de cometer algún delito sexual, que depende directamente de la conducta que realice el propio sujeto activo⁶⁸⁴. Se trata, por tanto, de dos actos, cuales son el contacto-proposición y la realización de actos materiales encaminados al acercamiento, y un “segundo” acto, configurado por la finalidad que se persigue con los dos anteriores, y que depende en exclusiva de un comportamiento posterior del autor.

Sobre esta base, dentro de los actos que conforman el tipo objetivo de esta concreta modalidad típica, podemos diferenciar los siguientes:

⁶⁸⁴ Es preciso señalar que ciertos tipos legales no agotan los elementos que forman el tipo subjetivo con la referencia al dolo o imprudencia, sino que requieren, además, la concurrencia de una serie de elementos subjetivos específicos para la determinación total de su injusto, elementos que suelen configurar concretos ánimos, finalidades o tendencias. Estos tipos delictivos han sido tradicionalmente denominados por la doctrina como *delitos de tendencia*. Dentro de ellos, se diferencia entre *tendencia interna trascendente* (o delitos de intención) que son aquellos en los que la conducta sólo constituye infracción penal en la medida en que expresamente se acompaña una intención o elemento subjetivo que trasciende al dolo (ej. El ánimo de lucro en el delito de hurto), y los de *tendencia interna intensificada*, que se trata de aquellos supuestos en los que la ley no exige formalmente un ánimo específico, pero su sentido requiere que el sujeto actúe con una tendencia o impulso concreto (así, el delito de abusos sexuales), cfrs., NUÑEZ CASTAÑO, Elena, en *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, GOMEZ RIVERRO, Carmen (coord.), 3ª edición, Tecnos, 2015, pp. 149 y 150; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., Barcelona 2006, pág. 230; BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., PPU 1994, pp.293 y ss. Dentro de la primera clasificación, puede diferenciarse, así mismo, entre *delitos mutilados en dos actos*, que se caracterizan porque la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, y *delitos de resultado cortado*, que son aquellos en los que el segundo resultado debe derivarse de la acción inicial, sin que exista ningún comportamiento posterior que lo verifique, y sin que sea necesario que este segundo resultado se produzca. Así, establece JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol. I, traducción y adiciones de Derecho español por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981, pp. 360 y 361, que en los tipos delictivos que se componen de dos actos, “el legislador a menudo traslada el segundo acto del hecho punible al tipo subjetivo con el objeto de adelantar la línea de protección”; es decir, incluye el segundo acto como un específico elemento subjetivo del injusto, configurándose como un delito de tendencia interna trascendente; si esa tendencia depende de un acto posterior que debe realizar el mismo sujeto activo del delito, nos encontraríamos ante un delito *mutilado en dos actos*, por el contrario, si se materializa en la finalidad de producción de un resultado que nada tiene que ver con la actividad del sujeto activo, se trataría de un delito de *resultado cortado*.

a) Contactar con un menor de dieciséis años

En relación con este elemento, son dos los aspectos que es preciso analizar, por una parte el relativo al verbo típico rector, y por otra, aunque será objeto de mayor análisis en orden al análisis de los sujetos de este delito, el que se refiere al menor de dieciséis años.

Por lo que se refiere a la delimitación del verbo típico rector, esto es, *contactar*, es preciso no sólo que el sujeto activo envíe un mensaje, sino que obtenga respuesta por parte del menor, de manera que se verifique efectivamente el contacto entre ambos sujetos⁶⁸⁵, por lo tanto no se entenderá por contacto en sentido típico el mero envío de mensajes, correos electrónicos o whatsapp, por poner algunos ejemplos, que no hayan sido contestados por el menor destinatario⁶⁸⁶. Es decir, debe interpretarse el “contacto” como el intercambio de mensajes entre dos personas que implique una intercomunicación; se precisa, consecuentemente, la bidireccionalidad de los mensajes o comunicaciones, quedando fuera del ámbito típico aquellos casos que sean unidireccionales.

Ello atendiendo a la exigencia de que el contacto ha de venir acompañado de una propuesta de concertar un encuentro físico⁶⁸⁷. En palabras de BOIX REIG “el contacto que se establece con el menor debe tener un contenido consistente en proponerle un encuentro, es decir, llegar a tener una relación personal con el

⁶⁸⁵ Cfrs. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming*, op. cit., p.....

⁶⁸⁶ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*...p. 440. TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", ob. cit., pág. 1185. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, p. 194.

⁶⁸⁷ GALLEGU SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244.

mismo”⁶⁸⁸, y para poder hacerlo se debe suponer que, al menos éste, ha obtenido una respuesta. A partir de este momento, como bien expresa ORTS BERENGUER, resulta indiferente que el autor consiga entrevistarse con el menor u obtenga de él fotografías o filmaciones o consiga realizar con él actos de naturaleza sexual⁶⁸⁹, así para la consumación del tipo no se requiere que se consiga o no la finalidad sexual pretendida, sino que basta que realice los actos previos con los que pretenda realizar su intención sexual, que no radica en el encuentro mismo, sino en los hechos que en él puedan suceder.

La referencia al menor, por su parte, después de la reforma de 2015, se basa en aquel cuya edad es inferior a los dieciséis años, lo que aplica no sólo al *grooming*, sino a todos los delitos cometidos contra la indemnidad sexual de estos.

El cambio del criterio respecto a la edad, que antes era de trece años, estuvo fundamentado, por una parte, en las críticas que recayeran sobre este supuesto, en la regulación anterior. En el caso del *grooming*, porque según los datos estadísticos expuestos con anterioridad, los mayores usuarios de las redes sociales son los menores de entre catorce y dieciséis años, por lo que se consideran los más expuestos. Con lo que, como manifiesta VILLACAMPA ESTIARTE, nuevamente nos hallamos frente a una modificación que adecúa la protección penal de los menores frente a este tipo de conductas a la realidad criminológica de las mismas, en el sentido reclamado al menos por un sector de la doctrina⁶⁹⁰. En el que, algunos autores incluso proponían la elevación de la edad hasta los dieciocho años.

⁶⁸⁸ BOIX REIG, Javier, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3). Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial, Vol. I, La protección penal de los interés jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal)*, Iustel, Madrid, 2010, p. 357.

⁶⁸⁹ ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 270.

⁶⁹⁰ Agrega que ello pese a las reticencias que se han mostrado a diferir tanto la edad en que los menores pueden disponer de su sexualidad, al menos con iguales o

Así expresa RAGUÉS I VALLÈS “la aplicación a la edad de trece años restringe las posibilidades de aplicación del precepto, en caso de haberse ampliado a los dieciocho años la edad de la víctima con relevancia penal, las probabilidades de aplicación práctica del precepto se habrían incrementado de manera muy significativa”⁶⁹¹.

Por otro lado, nuevamente se aludía el cambio a los compromisos internacionales ratificados por España en esta materia, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos: *“Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva⁶⁹² define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» 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, 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.*

De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo

personas que no ostentan respecto de ellos una posición de superioridad de la que puedan prevalecerse. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁶⁹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, p. 289.

⁶⁹² En referencia a la Directiva 2011/92/UE

que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”⁶⁹³.

No obstante, no todos los sectores de la doctrina han visto de buena manera la reforma de este precepto; así RAMOS VÁZQUEZ⁶⁹⁴ sostiene que este repentino ascenso de la edad de consentimiento supone un error histórico, que ahora afectará también al delito de grooming- que de por sí ya es un tipo penal muy discutible-, y al ser, precisamente, los adolescentes entre los 13 y los 16 años los que más utilizan las TICs, supondrá, seguramente, un aumento de las condenas en aplicación de este precepto⁶⁹⁵.

Sobre ello, conviene remarcar que si bien es cierto son los menores comprendidos en este rango de edad los que hacen uso más frecuente de internet, sobre todo de las redes sociales, no hay ningún estudio formal que corrobore la mayor incidencia del fenómeno del grooming que justifique la elevación de la edad, o incluso la incorporación del tipo, ya que por el contrario esta conducta presenta una de las incidencias más bajas en cuanto a los

⁶⁹³ Cfr. BOE No.77 de 31 de marzo de 2015, p. 27061.

⁶⁹⁴ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Grooming y sexting, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.

⁶⁹⁵ En casi cinco años de incorporado el delito, las sentencias que lo prevén han sido pocas, sólo tres casos, la SAP de Ourense de 3 de octubre de 2013 (ARP 2013, 1691), la SAP de Barcelona de 19 de julio de 2013 (JUR 2013, 331671) y la SAP de Cádiz de 14 de mayo de 2012 (JUR 2012, 389670). Las que en su mayoría han concluido con fallos absolutorios del acusado por distintos motivos, salvo el caso de la sentencia del Juzgado de Menores de Ourense de octubre 2013, que dicta fallo condenatorio por delito de *child grooming* del art. 183 bis CP a un menor de 17 años que había contactado en la red de Tuenti a una menor de 12 años, la que en un inicio, había mentido sobre su edad; y con la que intercambian sus números de teléfonos, remitiéndole el acusado mensajes con contenido sexual (la foto de un pene erecto que después afirmó que no era el suyo) y proponiéndole encuentros, de los que se dedujo hacían una clara referencia a cometer delitos contra la integridad sexual de esta. Véase comentario de la sentencia DÍAZ CORTÉS, Lina M., *Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores No. 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013), Pronunciamiento sobre el denominado delito de child grooming*, en Reseñas de Jurisprudencia Penal, Julio-Diciembre 2013, Ed. Universidad de Salamanca, pp. 351-354.

riesgos que suponen el uso de la tecnologías⁶⁹⁶. Es decir, una cosa es que este grupo sea el más expuesto y por consiguiente, el más propenso a sufrir el delito, y otra cosa, muy distinta, es que efectivamente llegue a ser víctima de éste.

De ahí que - como expone RAMOS VÁZQUEZ- la cuestión es, “si el artículo se ha introducido como respuesta a un problema real de la sociedad o a un problema que está más bien en la imaginación de los ciudadanos”⁶⁹⁷, intensificado por la cobertura de los medios de comunicación a casos muy puntuales que se han dado, o si sólo han surgido, como lo dice la propia reforma, con el objeto de cumplir los tratados internacionales y equipararse a los parámetros de la Unión Europea en esta materia, aunque como sostiene certeramente VILLACAMPA ESTIARTE, “el cumplimiento de mandatos de contenido normativo no puede conducir a la dejación de obligaciones de investigación acerca de la realidad social sobre la que se opera para efectuar una adecuada política criminal”⁶⁹⁸.

Esto recuerda a lo que exponía DÍEZ RIPOLLÉS⁶⁹⁹, cuando afirmaba que el Estado responde a leyes de compromiso, bajo lo cual, lo único que demuestra es la rapidez de reflejos de acción por parte del legislador penal, sin atender ninguna base de prevención de comportamientos delictivos o la necesidad de

⁶⁹⁶ Ver *supra* nota al pie No... Sobre este aspecto, agrega RAMOS VÁZQUEZ que se trata de un delito absolutamente innecesario, dado que no existen datos que sustenten la existencia de un problema social que este precepto haya venido a resolver. Esto unido a su configuración muy restrictiva, nos permite calificarlo como una muestra de Derecho penal simbólico. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 589.

⁶⁹⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588.

⁶⁹⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...*p.

⁶⁹⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003, p. 165

incriminación de una conducta concreta por peligros reales. Por el contrario, legisla, como se ha repetido en muchas ocasiones, a “golpe de telediario” o a golpe de demanda de determinados grupos sociales, o incluso de casos concretos que se hayan producido; casos que por muy graves y reprochables que puedan considerarse, lo escaso de su número no justifica la intervención penal sobre la base de lo que pudiera considerarse como “problema social”. No es problema social, lo que no tiene relevancia de problema social, ni criminológica ni estadísticamente⁷⁰⁰, y, si un problema social no debe ser *per se*, fundamento de intervención penal alguna, menos justificada estaría aún si el “problema social” ni siquiera existiera.

Por otra parte, en la regulación de la edad del menor, como en todo, debe haber una coherencia normativa, no sólo entre la legislación penal, donde abarca todos los casos en general de los delitos contra la indemnidad sexual⁷⁰¹, del que los menores pueden ser víctimas, o, cuando desde la acera contraria, los implica como menores infractores; sino entre todo el ordenamiento jurídico.

Resulta entonces discordante el hecho de que el código civil estipule la edad para el matrimonio a partir de los catorce años, pero a su vez, en materia penal, no se les permita hasta los dieciséis, disponer de la libertad sexual para tener relaciones entre ellos o con adultos con los que no se encuentren en un especial estado de vulnerabilidad.

⁷⁰⁰ Ni siquiera esta relevancia criminológica o estadística basada en un elevado número de casos, legitima la intervención penal en estos supuestos que se encuentran total y absolutamente alejados de una potencial lesión de un bien jurídico. Pero es que, ni siquiera se produce, en relación con esta figura típica, esa necesidad derivada de un numeroso contingente de casos en este sentido.

⁷⁰¹ Entiéndase esto para el rango específico de la edad establecida en el caso del art.182.1 en el que se constituye como abuso sexual la realización de actos de carácter sexual, donde protege especialmente a aquellos cuyas edades comprenden entre los dieciséis y los dieciocho años, siempre que se den los supuestos requeridos en el tipo (Interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima).

b) El contacto debe ser a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación

Por disposición normativa, en el caso español, esta comunicación entre sujeto activo y pasivo, no debe producirse de cualquier modo, sino únicamente por los medios establecidos, es decir, a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación⁷⁰², medios que, en definitiva, captan cualquier cauce que no sea el directo corporal⁷⁰³. Con lo cual, como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, el contacto físico autor-víctima no gana relevancia penal conforme al tipo delictivo⁷⁰⁴ y, a diferencia de otras legislaciones, se deja fuera la regulación del *grooming offline* – aquellos contactos fuera de la red-.

Sobre este punto, se evidencia que el tipo está enfocado sobre un medio muy concreto de preparar un delito sexual (el tecnológico) cuando, manifiesta

⁷⁰² Agrega FERRANDIS CIPRIÁN “este primer elemento no plantea especiales interrogantes dada la amplia fórmula utilizada para su descripción que permite abarcar cualquier medio de comunicación, desde los tradicionales a los más recientes y habituales”. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. En el mismo sentido, GALLEGOS SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244. TAMARIT SUMALLA, J. M., Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010, pág. 172, que expone el precepto alude expresamente a internet y al teléfono pero deja abierta la posibilidad de incorporar otros medios cuando también admite “cualquier otra tecnología de la información”.

⁷⁰³ GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731. En este sentido, considera DOLZ LAGO que aunque parezca descartarse el contacto directo personal, éste sólo sería descartable si no fuera seguido de un contacto tecnológico. DOLZ LAGO, Manuel J., Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, *Diario La Ley*, No. 7575, Año XXXII, 23 feb. 2011, p. 1740. Es decir, que el tipo se configuraría aunque el sujeto activo y el menor hubiesen tenido algún contacto físico previo al contacto cibernético.

⁷⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming*... TOL5.204.096.

RAMOS VÁZQUEZ⁷⁰⁵, “el *grooming* no es ni un concepto moderno ni uno particularmente *high-tech*”, es decir, no se trata de un comportamiento, cuya verificación dependa en exclusiva de la utilización de determinados medios tecnológicos, de manera que fuera de los mismos, dicha conducta típica no fuera imaginable ni realizable⁷⁰⁶. Por el contrario, para la ejecución de los actos descritos en el precepto analizado, esto es contacto con un menor, proposición de un encuentro y la realización de actos encaminados al mismo, así como para conseguir la finalidad que se pretende, no es en absoluto necesario que se utilicen exclusivamente medios tecnológicos, es más, los comportamientos y finalidades descritos pueden ocurrir perfectamente en situaciones cara a cara y de hecho, existen otros muchos medios de contacto y acercamiento probablemente más eficaces que los expresados en el precepto⁷⁰⁷. Se trata, en definitiva de un tipo penal, cuyo ámbito de aplicación se encuentra limitado por los medios, modos o formas de comisión del mismo, esto es, mediante las nuevas tecnologías.

Como ya se sostenía⁷⁰⁸, la limitación de la relevancia del *grooming*, a aquellos supuestos que se realizan a través de las TIC, obedece a la traslación al ámbito normativo del estereotipo del “*stranger danger*”⁷⁰⁹. Es decir, se trata más de la

⁷⁰⁵ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*pp. 586 y 589.

⁷⁰⁶ Tales como el *hacking*, *Phreaking*, Robo de identidad, sabotaje o piratería informática, etc, situaciones en las que la concurrencia de un medio tecnológico es absolutamente esencial para la realización tanto de la conducta como del resultado.

⁷⁰⁷ P. ej. un vecino que da continuos regalos al menor, conversa con él y se transforma en su “amigo”, para finalmente invitarlo a su casa.

⁷⁰⁸ Véase en este trabajo el acápite “El concepto extrajurídico del child grooming”, además cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...*p. Vid. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 586. MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...*Ob. cit., TOL4.143.417.

⁷⁰⁹ El “extraño peligroso”, concepto establecido en Estados Unidos por medio de campañas contra los secuestros, asesinatos y agresiones sexuales, mayormente referido a menores.

cualidad del presunto autor, que se considera a efectos de este concreto tipo penal, como un extraño que se aprovecha de las nuevas tecnologías para eludir la imposibilidad de contacto o relación física y real con el menor; de este modo, se está sobrepriorizando el grooming por parte de extraños, especialmente aquellos conocidos por internet; sin embargo, la realidad es que estadísticamente ha quedado demostrado que los abusos y delitos sexuales a menores, en general, se producen con mucha más frecuencia en el ámbito familiar y en el círculo social cercano e incluso íntimo del menor, que por parte de extraños que eventualmente puedan contactar con la víctima a través de la Red. Es por ello, que pone de relieve BOIX REIG⁷¹⁰ que la limitación de los medios comisivos en estos supuestos implican una reducción injustificada de su ámbito de aplicación que no encuentra fundamento alguno en la realidad criminológica, de modo que en aras a cubrir potenciales lagunas que se pudieran derivar de la aplicación de los tipos tradicionales, hecho que es altamente discutible ya que como pondremos de relieve era suficiente la regulación ya existente para hacerles frente, hubiera sido más adecuado aludir a cualquier medio, sin más, donde también sería comprensivo el de los medios tecnológicos, permitiendo así que el contacto con el menor a través de cualquier medio, real o virtual, físico o tecnológico estuviera comprendido en el tipo penal.

Ahora bien, como ya hemos puesto de relieve a lo largo de todo el trabajo, si bien resulta innegable que en la práctica totalidad de los supuesto de abusos abusos y agresiones, estas se producen por personas en el ámbito cercano del menor, de aceptar la posibilidad de que el *grooming* pudiera incluir también conductas *offline*, se estaría ampliando de manera desmesurada un un tipo que de por sí ya es lo bastante amplio y ambiguo como para extenderlo aún más en un delito concreto; y ello, por otro lado, como ya hemos puesto de relieve, resulta completamente innecesario pues las posibles conductas que puedan

⁷¹⁰ BOIX REIG, Javier, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3). Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial*, Vol. I, La protección penal de los interés jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal), Iustel, Madrid, 2010, p. 357.

recaer en un contacto físico, ya se encuentran reguladas como tentativas de abuso o agresiones sexuales contra menores.

c) *Proponer concertar un encuentro*

A diferencia de lo que se afirmaba en relación con el contacto, que debía interpretarse como una relación bidireccional, en el caso de la propuesta de encuentro, ésta no precisa que haya bidireccionalidad, es decir, no necesariamente debe haber sido aceptada por el menor⁷¹¹. Es decir, una vez establecido el contacto con el menor (lo que implica la necesidad de respuesta por parte del mismo), basta la mera proposición por parte del sujeto activo de concertar un encuentro (sin que esta propuesta haya sido ni aceptada, ni rechazada por el menor) para que se verifique el comportamiento típico.

Bajo esta interpretación, que es la que más adecuada nos parece en atención a la voluntad del legislador; se evidencia uno de los principales cuestionamientos que se puede realizar a la figura del grooming, esto es, el excesivo adelantamiento de la intervención penal con las conductas en él reguladas. Efectivamente, tal como expone FERRANDIS CIPRIÁN⁷¹², según la descripción típica del art. 183 *ter* 1CP, no se está castigando el concertar un encuentro sino únicamente la propuesta para concertar un encuentro, o sea no se castigaría "citarse" con el menor, sino "pedirle una cita". La diferencia es clara, una cosa es concertar una cita que implica necesariamente la aceptación por la otra parte, y otra proponer concertar una cita, proposición que puede ser

⁷¹¹ En esta línea, GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731. Así afirma MENDOZA CALDERON que el consentimiento del menor a estos efectos, aceptando encontrarse con el sujeto que propone el encuentro, sería absolutamente irrelevante penalmente. MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 160.

⁷¹² FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en ORTS BERENGUER, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014. TOL4.143.421

aceptada, que puede ser rechazada o que simplemente puede ser ignorada. Tal como se encuentra regulada la conducta típica en este precepto, “proponga concertar un encuentro”, debe interpretarse en el segundo de los sentidos señalados.

Sobre esta base, al margen de que la finalidad de la cita solicitada sea de carácter sexual, teniendo en consideración que el menor puede perfectamente rechazarla o simplemente ignorarla sin ofrecer ningún tipo de respuesta al requerimiento realizado por el sujeto activo, es absurdo considerar que con esta simple conducta puede siquiera ponerse en peligro el bien jurídico indemnidad sexual, es decir, la lejanía del comportamiento descrito de una potencialidad lesiva del bien jurídico que se protege, es tan elevada, que difícilmente podría legitimarse la criminalización autónoma de este comportamiento.

Sin embargo, es preciso señalar que un sector de la doctrina interpreta este precepto en sentido opuesto, tal es el caso de RAMOS VÁZQUEZ⁷¹³ quien, en un intento de dotar de sentido y de una mínima legitimidad a lo que en nuestra opinión carece por completo de ello, entiende que la propuesta de encuentro debe haber sido aceptada por el menor, pues es lo penalmente coherente con la exigencia típica de realizar “actos materiales encaminados al acercamiento”.

Efectivamente, el requisito de realizar actos encaminados al acercamiento supondría deducir que para poder realizarlos, en principio la propuesta deberá haber sido aceptada. Sin embargo, por mucha lógica que ello pueda tener en orden a dotar de contenido el precepto, ello no se deduce de la configuración del tipo, -que tampoco especifica cuáles deberían de ser estos actos-, sino que de su redacción se desprende únicamente el carácter cumulativo de una consecutividad de actos por parte del sujeto activo, que no requieren de una reacción (salvo el referente al contacto) por parte del sujeto pasivo.

⁷¹³ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso*...p. 440.

De hecho, al establecer “*siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento*” parece más acertado pensar que estos actos encaminados al acercamiento son exigidos a fin de que se manifieste cierto grado de seriedad en la propuesta, lo cual bien podría realizarse incluso antes de la aceptación, y no como un acto posterior a su aceptación, supóngase p. ej., la reserva de un billete aéreo o la compra de un teléfono móvil.

De igual modo, cabe plantearse la posibilidad, y no tan remota, de que sea el menor quien, después de que el sujeto activo haya hecho el contacto y probablemente exista una “relación” entre ambos, virtual obviamente, haga la propuesta del encuentro e incluso, sea él quien realice los actos encaminados al acercamiento. ¿Podría en este caso determinarse el comportamiento realizado como constitutivo del tipo penal descrito en el apartado primero del art. 183 *ter*? Consideramos que sería inaplicable. En primer lugar porque al tratarse de un tipo acumulativo mixto, el sujeto activo sólo ha realizado uno de los comportamientos descritos, cual es el del contacto con el menor; los otros dos comportamientos, son realizados por el propio menor, y ello nos llevaría a la posibilidad de considerar si el “embaucamiento” del menor mediante el contacto previo que determine una propuesta de encuentro por parte del menor, configura el tipo básico. La respuesta nuevamente debe ser negativa, dado que el embaucamiento del que puede derivar la acción propositiva del sujeto pasivo, no está previsto para configurar el tipo básico. En segundo lugar, entendemos que tampoco podría aceptarse la respuesta penal en aquellos casos en los que el comportamiento del sujeto activo se queda limitado a la realización del mero contacto (siempre y cuando pudiera demostrarse la finalidad que perseguía con el referido contacto), por cuanto estaríamos ante una tentativa que quería impune en relación con un delito de peligro como el que nos ocupa, por cuanto

la lejanía del comportamiento respecto de una eventual lesión del bien jurídico determinaría la inadecuación e ilegitimidad de la sanción penal⁷¹⁴.

Retomando la delimitación de los elementos que configuran la conducta típica, en relación a cual debiera ser la naturaleza del encuentro que se propone por parte del sujeto activo, la mayoría de la doctrina entiende que debe ser de carácter personal o físico⁷¹⁵, en definitiva, real.

Sin embargo, es preciso señalar que un sector doctrinal⁷¹⁶ discrepa de este planteamiento, y considera que es perfectamente posible que el encuentro típico al que se refiere el precepto pueda ser llevado a cabo en el ciberespacio o a distancia, dadas las opciones que permiten las TIC, es decir, perfectamente podría ser meramente virtual. Para ello, argumentan que alguno de los delitos sexuales sobre los que versa la finalidad del autor, son susceptibles de ser cometidos a distancia, piénsese p. ej, en la elaboración de material pornográfico o en la utilización del menor en espectáculos exhibicionistas o pornográficos.

No compartimos esta última postura dado que se ha configurado la modalidad típica contenida en el apartado primero del art. 183 *ter* Cp, como un tipo *mixto*

⁷¹⁴ Así, partiendo de la base de que los delitos de peligro se trata de casos en los que el legislador decide voluntariamente “anticipar” la consumación, invadiendo el terreno antijurídico que tradicionalmente se reserva a las formas imperfectas de ejecución (cuanto más si se trata incluso de meros actos preparatorios que debieran ser impunes como es el caso analizado), si pretendiéramos castigar a quien sólo intentó consumir un delito de peligro, estaríamos invadiendo un terreno tan alejado de la zona de legítima intervención penal que la sanción carecería de justificación a la luz del principio de lesividad. Así, señala BERDUGO COMEZ DE LA TORRE, Ignacio Y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2004, p. 362, que “habríamos sancionado el «peligro del peligro»”. En el mismo sentido se pronuncia, si bien reconociendo que hay polémica doctrinal al respecto, SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos Y OTROS, *Manual de Derecho penal . Tomo I. Parte general*, 4ª ed., Madrid 2006, p. 346.

⁷¹⁵ Por todos, GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731.

⁷¹⁶ GONZÁLEZ TASCÓN, M., El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011.

acumulativo, lo que implica la necesidad de que todos los actos exigidos por el tipo penal se interrelacionen entre ellos; así el contacto debe servir como paso previo a la propuesta de encuentro, y ésta debe ir acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento. Es, por tanto, la concurrencia conjunta de los distintos actos descritos lo que configura el delito, de manera que como afirma FERRANDIS CIPRIÁN⁷¹⁷ de admitirse la posibilidad de que la propuesta de encuentro no estuviese encaminada a la verificación de una relación personal, física y real, sino meramente virtual, quedaría vacía de contenido la ulterior exigencia de que esa propuesta vaya acompañada de "actos materiales encaminados al acercamiento", de manera que éste "acercamiento" quedaría reducido a una mera reiteración de contactos a través de las TIC. Lo que en modo alguno puede deducirse del tenor literal del precepto.

Pero es que, ni desde la opción político criminal de tratar de evitar cualquier tipo de laguna de punibilidad respecto de las conductas que conlleven algún tipo de finalidad sexual, sería necesaria tal interpretación. De hecho, aquellos comportamientos de acoso o acercamiento a menores con finalidad sexual que se producen de manera exclusiva en el *mundo virtual*, serían susceptibles de ser calificados conforme a otros tipos penales ya existentes, tal sería el caso de los delitos que regulan la pornografía infantil o el mismo grooming en el apartado segundo, si concurriera el embaucamiento, pero nunca en el apartado primero del artículo.

Por último es necesario hacer referencia a la cuestión del número de contactos o propuestas necesarias para la configuración del tipo penal recogido en el apartado primero del art. 183 *ter* Cp. Atendiendo a la descripción típica, no se requiere que ninguno de ellos sea reiterado, sino que bastaría con un solo

⁷¹⁷ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421.

contacto o propuesta para integrar el tipo⁷¹⁸. Sin embargo, es preciso reconocer que la casuística nos muestra que las comunicaciones entre el sujeto activo y el menor acostumbran a ser repetidas⁷¹⁹, precisamente porque como ya se puso de relieve, antes de llegar al encuentro usualmente ya se ha establecido una relación de “amistad” y “confianza” previa con el menor, que se sustenta precisamente en la existencia de contactos reiterados.

d) Verificación de actos materiales encaminados al acercamiento

Tal como hemos expuesto reiteradamente desde el comienzo de esta Capítulo, nos encontramos ante un *tipo mixto acumulativo* que determina que el contacto y la propuesta de encuentro que se derive del mismo, sólo podrá ser punible en la medida en que se acompañe de "actos materiales encaminados al acercamiento": Es decir, es preciso la concurrencia de una serie de comportamientos realizados por el sujeto activo que evidencien la finalidad de acercamiento físico con el menor, con lo que, tal como manifiesta GONZÁLEZ CUSSAC⁷²⁰, puede verse en ello un plus de riesgo para el bien jurídico protegido y una mayor proximidad al comienzo de la ejecución de los elementos del tipo, aunque, tal y como sostenemos aquí, tampoco se acaba de traspasar la tentativa.

A la hora de enfrentarnos a la configuración típica de este elemento, es preciso señalar que, desde una interpretación restrictiva del tipo que impida una

⁷¹⁸ Como mismo se exponía sucede con el acoso sexual, que si bien se entiende como actos de hostigamiento reiterados, el tipo puede consumarse con un solo acto lo suficientemente grave. Cfr. cita No. Del Capítulo III de este trabajo.

⁷¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁷²⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, y otros, Tomo VII, Esquemas de Derecho penal, parte general, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 84. De la misma manera ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 269-270.

mayor vulneración de la legitimidad de la intervención penal que la que el propio tipo supone por si mismo, estos “actos materiales encaminados al acercamiento”, de modo similar a como se afirmó en relación con la interpretación de la propuesta de encuentro, es preciso que trasciendan al mundo virtual para entrar en el físico, es decir, estar dirigidos a lograr la efectividad de la relación personal propuesta al menor⁷²¹. De esta manera, es preciso constatar que se plasmen en la realidad física externa, abandonando el exclusivo entorno de la realidad virtual.

Por consiguiente, tal como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, debe “tratarse de actos materiales que condujesen al encuentro físico con el menor, y no a un mero supuesto de encuentro "virtual" con el mismo para practicar sexo cibernético. En el entendido de que nos hallamos ante la elevación a delito de actos preparatorios encaminados a la comisión de atentados contra la indemnidad sexual que, cuando constituyen abusos o agresiones sexuales, requieren de la convergencia de autor y víctima en un mismo espacio y tiempo "físicos"⁷²². Una interpretación contraria a la expuesta, en el sentido de considerar que bastaría la realización de actos encaminados al encuentro en el mundo virtual, sino la existencia de un contacto o encuentro físico real entre los sujetos, la conducta sancionada se alejaría cada vez más de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico; y ello supondría una evidente e innegable lesión de los principios limitadores del *ius puniendi*, sobre todo en los que a la

⁷²¹ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421; GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731.

⁷²² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. En la misma línea TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", ob. cit., págs. 1185 y 1186. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 587. “Así quedan fuera del ámbito de aplicación de esta norma aquellos supuestos en los que un sujeto contacta con algún menor y, sin el propósito de llegar a encontrarse con él, sino para entablar algún tipo de conversación con contenido sexual”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290.

intervención mínima y lesividad se refiere, configurándose, tal como señala MUÑOZ CONDE, como un delito de sospecha⁷²³.

Al margen de todo lo expuesto hasta el momento, el principal problema que plantea este precepto, es que no resulta fácil determinar qué conductas concretas pueden constituir estos actos materiales, ni qué actos pueden considerarse aptos para el acercamiento⁷²⁴.

Así, algunos autores manifiestan que los mismos pueden ser muy diversos, entre los que se podría considerar: la selección del lugar o la forma en que se efectuará dicho encuentro, la adquisición de un billete de transporte con destino al lugar donde se encuentre la víctima, la compra de un teléfono móvil⁷²⁵ o incluso quizás quizá remitir una postal o una caja de bombones⁷²⁶.

Para PANIZO⁷²⁷ no bastaría, a fin de establecer que nos encontramos ante la realización de actos encaminados al acercamiento, por ejemplo, que un adulto

⁷²³ Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 20º ed., p.....

⁷²⁴ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*...p. 440. GONZÁLEZ CUSSAC, y otros, *Ob. Cit.*, Tomo VII, *Esquemas de Derecho penal, parte general*...p. 84. ORTS BERENQUER, Enrique, *Ob. Cit.*, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*...p. 270. Lo que, como expone MONGE FERNÁNDEZ resulta contrario al principio de taxatividad. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *Ob. Cit.*, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*...p. 234.

⁷²⁵ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Ob. Cit.*, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Ob. Cit.*, *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*...p. 289.

⁷²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, y otros, *Ob. Cit.*, Tomo VII, *Esquemas de Derecho penal, parte general*, pp. 269-270.

⁷²⁷ PANIZO GALENCE, Victoriano, *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, QDC, p. 26. Igual GALLEGO SOLER expone que enviar fotografías o mensajes explícitos se adecua al precepto en el sentido que son actos para ganarse la confianza del menor. Aunque apunta que se debe dejar claro que no se castiga el mero hecho de quedar con un menor de trece años, salvo que la finalidad sea mantener relaciones sexuales con él. GALLEGO SOLER, José I, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 439.

entre en el perfil virtual o de una red social de un menor y empiece a chatear con él, sino que “tendría que haber realizado actos materiales para ganarse su confianza, tales como enviarle una fotografía o video de un niño de 14 años, ligero de ropa fingiendo ser él y proponerle seguidamente al menor que haga lo mismo”. Aparte de establecer la necesidad de que, para entender realizado el tipo penal, es precisa la verificación de la existencia de actos materiales que hayan ocasionado un contacto, encuentro o acercamiento físico del sujeto activo al menor, es preciso señalar que este ejemplo en concreto, ya no podría considerarse como conducta incluida en el tipo básico del apartado primero del art. 183 *ter* Cp, sino que, al contemplar el embaucamiento y la posible pornografía infantil, parece más conveniente considerarlo como un delito consumado del apartado segundo del mismo *grooming*.

Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ sostiene que “se quiere una exteriorización perceptible por los sentidos, más allá de lo que consta en los contactos a distancia para tener la certeza de que el acecho es más que efluvios morbosos del seductor; se trata de poder constatar que el menor realmente está en peligro de ser víctima de un abuso o de una agresión sexual”⁷²⁸. Y es que lo que persigue el requerimiento, es descartar del ámbito de la tipicidad proposiciones poco serías que ni de modo indirecto podrían representar peligro alguno respecto del bien jurídico, en un intento por evitar los numerosos reproches de ausencia de lesividad efectuados al precepto⁷²⁹.

⁷²⁸ Agrega como ejemplo la selección de lugar público o privado (bar, cine, gimnasio, domicilio particular). QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240. En el mismo sentido, expresa LAMARCA PÉREZ que en realidad se trata de la preparación de un atentado sexual pero donde el tipo específico exige expresamente que se acrediten actos materiales encaminados al acercamiento. LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194.

⁷²⁹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., Delitos contra la libertad sexual I. Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.) Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 259. Igual, FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. Agrega

Sin embargo, a pesar de todos los intentos doctrinales por delimitar lo que debe considerarse como actos encaminados al acercamiento, lo cierto es que la interpretación del tipo, sigue siendo confusa, pues recaen muchas dudas sobre lo que finalmente configuraría el tipo, ello principalmente porque resulta difícil probar que los actos realizados se pueden considerar como actos encaminados al acercamiento y no conllevan otra intención, por ejemplo, si se compra para el menor un billete aéreo con destino a la ciudad del sujeto activo, es evidente que éste es un acto encaminado al acercamiento, sin embargo, si se obsequia un *iphone*, esto no necesariamente es muestra inequívoca de un acto encaminado al acercamiento, pues bien puede tratarse de un acto propio del “cortejo” o seducción, un simple obsequio.

En un intento de restringir todavía más el posible ámbito de aplicación de esta modalidad típica, un sector doctrinal considera que más que la exteriorización, para poder considerar que un acto está encaminado al acercamiento, se requiere el desplazamiento del autor, por ejemplo, desde la ciudad en la que reside hasta la del menor; si se suceden visitas a su centro escolar, si se merodea la residencia habitual, etc.⁷³⁰, sin que sea necesario el desplazamiento de la víctima⁷³¹. Es decir, centran la esencia de esos actos encaminados al

GALLEGO SOLER que con esta mención el legislador ha pretendido dotar al tipo de un mínimo contenido de lesividad para con la libertad e indemnidad sexual del menor que, en este caso, se traduciría en su mera puesta en peligro. GALLEGOSOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244.

⁷³⁰ GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 731. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...* TOL4.143.421. TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", ob. cit., págs. 1185 y 1186. Agrega como ejemplo GONZÁLEZ CUSSAC, acercarse al colegio que asiste para contemplarlo desde lejos o rondar el portal de la casa. GONZÁLEZ CUSSAC, y otros, Ob. Cit., Tomo VII, Esquemas de Derecho penal, parte general, pp. 269-270.

⁷³¹ Así, afirma SERRANO GÓMEZ que los actos materiales encaminados al acercamiento, habrá que entenderlo como el desplazamiento de ambas partes o de

acercamiento, en el hecho de que ambos sujetos (adulto y menor) se encuentren en un espacio geográfico cercano.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta afirmación no encuentra fundamento alguno en la descripción legal, de manera que los actos materiales encaminados al acercamiento, no necesariamente revisten una necesidad de desplazamiento por ninguna de las dos partes, sino que podría considerarse suficiente para la realización del tipo, aquellas conductas que se dirijan directamente al encuentro, como la compra del billete; sobre todo porque, si partimos de la premisa de que lo relevante sería el desplazamiento, nos veríamos obligados a interpretar que la consumación se centraría en el inicio del viaje por parte de uno de los sujetos; de este modo, la compra del billete todo lo más podría constituir una tentativa de esta modalidad típica, que al estar configurada como delito de peligro y consecuentemente no ser legítima su sanción, quedaría fuera del ámbito de punibilidad de los comportamientos descritos en el apartado primero del art. 183 *ter* Cp. Y no parece que esta fuera ni la intención, ni la voluntad del legislador a la hora de criminalizar este tipo de conductas. De hecho, lo que ha quedado demostrado es que lo que se persigue con la tipificación de estos comportamientos es justamente todo lo contrario, es decir, adelantar la intervención penal a todos los actos relacionados, siquiera de manera indirecta, con conductas de naturaleza sexual en relación con menores.

una de ellas, para contactar personalmente en algún lugar, es decir, que el adulto consigue llegar a un acuerdo con el menor para reunirse con él. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y otros, Curso de Derecho penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2012, p. 144. Con opinión contraria a que sea necesario el desplazamiento del menor, sostiene QUERALT JIMÉNEZ que el término típico acercamiento viene siendo una mera descripción del encaminamiento dirigido hacia el menor por parte del sujeto activo, no viceversa. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240. En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", ob. cit., págs. 1185 y 1186; LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194.

Por tanto, partiendo de la base de que los actos encaminados a realizar el encuentro, deben pertenecer al mundo real y físico, y haber salido ya del mundo virtual, no es preciso, a efectos de consumación del tipo penal que estamos analizando, que este encuentro se haya verificado efectivamente; es decir, no es preciso que el sujeto haya llegado ya al lugar concertado para el referido encuentro, porque la realización efectiva del mismo no constituye un requisito típico del delito. De este modo, para su consumación bastaría con la realización de actos materiales llevados a cabo en el mundo físico.

Una opinión contraria a la que se acaba de exponer, mantiene BOIX REIG cuando manifiesta “parece que el acercamiento efectivo al menor debe darse realmente, como consecuencia causal del contacto inicial, dado que se establece un tipo agravado en función de los medios utilizados para conseguir el acercamiento”⁷³². De este modo, en opinión de este autor, solo cuando se produce el acercamiento físico efectivo al menor, podríamos considerar que se consume el tipo básico del delito de *grooming*.

Sin pretender adelantarnos al análisis del tipo agravado⁷³³, ciertamente, desde esta perspectiva se podría considerar acertado interpretar que la verificación física del encuentro se constituye como requisito típico del delito, en el entendido de que si el tipo agravado se fundamenta en que el mencionado encuentro se realice *mediante coacción, intimidación o engaño*, pudiera parecer evidente que en el tipo básico que el encuentro también se ha llevado a cabo pero por medios distintos a estos, es decir, sin forzar la voluntad del menor. No obstante, en nuestra opinión, esta concreta interpretación es más el resultado de una incongruencia normativa que de una verdadera intención del legislador por requerir el encuentro; efectivamente, consideramos que, de haber sido esta la intención del legislador, hubiese estipulado directamente en la conducta el

⁷³² BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 357.

⁷³³ Se analizará en este mismo capítulo en el apartado siguiente.

requerimiento de la producción del encuentro para consumir el tipo y no un mero acto encaminado al acercamiento.

Por eso sostenemos que cuando ha previsto una pena agravada en el supuesto de que el encuentro se realice por medio de coacción, intimidación o engaño, no lo ha hecho en función de que en el tipo básico el encuentro también ha debido producirse pero por medios distintos a estos, sino porque no tendría sentido agravar la conducta de utilizar los medios coercitivos para la simple realización de la propuesta de concertar un encuentro, pues ello no supondría un mayor desvalor si no se consiguiera el resultado deseado de que se aceptase la propuesta y de verse con el menor.

Ahora bien, independientemente de lo concretamente tipificado por el legislador, y siguiendo en esta misma línea crítica, MENDOZA CALDERON⁷³⁴ considera muy acertadamente que hubiera sido más respetuoso con el principio de intervención mínima del Derecho penal, y más congruente legislativamente, detallar en el tipo penal que el encuentro (físico, no virtual) entre el sujeto activo y el sujeto pasivo debería obligatoriamente haberse producido. Es evidente, que el planteamiento realizado por esta autora, es mucho más respetuoso con los principios informadores del ordenamiento jurídico penal, que la regulación existente, por cuanto la exigencia de un encuentro o contacto físico real nos acerca de manera exponencial a una posible lesión del bien jurídico, con lo cual estaríamos ante una mayor legitimación de la tipificación del comportamiento, aún debiendo reconocer que incluso con la producción del efectivo encuentro físico entre ambos sujetos, seguiría sin quedar claramente constatada la potencial lesión del bien jurídico.

El problema de esta regulación muy más legítima y jurídicamente correcta, es que con ella se estaría agregando un plus de riesgo para el bien jurídico

⁷³⁴ MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 160.

protegido, que nos llevaría inevitablemente a reducir de manera notoria la línea divisoria entre el tipo de grooming y la tentativa de abusos o agresiones sexuales, según sea el caso, ello por supuesto, en el hipotético caso de que se pudiese probar que el sujeto activo ha llegado al encuentro con la finalidad de abusar sexualmente del menor. Es decir, se estarían superponiendo dos normas a aplicar a un mismo comportamiento: el tipo básico del delito de grooming, si para su consumación se exigiera el efectivo encuentro físico entre los sujetos, y la tentativa del delito sexual concreto que se tuviera la finalidad de cometer.

Y, precisamente, este es uno de los problemas que conlleva la técnica legislativa que ha inundado nuestro ordenamiento jurídico en los últimos tiempos, de elevar a categoría de delito autónomo una conducta que es un mero acto preparatorio sin ningún contenido lesivo para el bien jurídico, y ello, porque al pretender darle una connotación más gravosa se corre el riesgo de invadir el terreno del acto ejecutivo del delito que se pretende cometer. Asegurando entonces el inevitable concurso de normas.

Por lo tanto, en nuestra opinión, lo que sería realmente respetuoso con el principio de intervención mínima al tiempo que legítimo, es que este tipo de comportamientos no constituyeran un delito autónomo, sino todo lo más, y cuando el encuentro efectivamente se hubiera producido y demostrado la finalidad sexual, una tentativa de delito contra la indemnidad sexual, en su caso.

De hecho, lo único favorable que implicaría la inclusión del requisito de la materialización del encuentro, es que con ellos, al menos, se resolvería el hecho de que, tal y como se regula ahora, el simple encuentro entre el adulto y el menor, de no producirse una conducta valorable como inicio de acción

ejecutiva de otro delito sexual, solamente puede considerarse un acto posterior impune del delito de *grooming*⁷³⁵.

En nuestra opinión, la tipicidad de la conducta solamente podría sostenerse si se comprueba, respecto del contacto y la propuesta previa, la finalidad sexual, aunque esta no se materialice en el encuentro, que como ya hemos señalado, no consta como requisito típico del delito contenido en el número primero del art. 183 *ter*.

En realidad, tal como hemos puesto de relieve, la falta de claridad de lo que implica “*actos materiales encaminados al acercamiento*”, ha determinado una polémica doctrinal sobre qué deben considerarse como tales. Y esta misma confusión se observa en la jurisprudencia. Así, de las tres sentencias⁷³⁶ que aplicaron el antiguo artículo 183 bis (*ter* 1, tras la reforma de la LO 1/2015) en dos de ellas, el encuentro llegó a producirse, por lo que resultó sencillo probar que había habido actos materialmente encaminados al acercamiento. Sin embargo, en la tercera de las resoluciones, la Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense de 13 de mayo de 2013⁷³⁷ se castiga a un sujeto que no llegó a tener un encuentro físico con la persona a la que le hizo la proposición. De este modo, el órgano judicial afirma lo siguiente:

⁷³⁵ En este sentido, MENDOZA CALDERON, Silvia, Ob. Cit., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores...*p. 162. Igualmente, ORTS BERENGUER considera que si llega a verificarse el encuentro y todo queda en una conversación intrascendente o el autor comparte v.gr. un helado con la víctima, el hecho no será merecedor de una sanción penal, porque la lesión de la indemnidad sexual del menor no se ha producido. ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 270.

⁷³⁶ La SAP de Ourense de 13 de mayo de 2013 (ARP 2013, 1691), la SAP de Barcelona de 19 de julio de 2013 (JUR 2013, 331671) y la SAP de Cádiz de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012, 389670).

⁷³⁷ Sentencia del Juzgado de Menores de Ourense de 13 de mayo de 2013, sobre cuyo recurso de apelación decidió la Audiencia Provincial en su sentencia de 4 de octubre del mismo año (ARP 2013, 1691).

“El propósito normativo al que responde la exigencia de concurrencia de actos materiales encaminados al acercamiento está ligada a la constatación de la seriedad de la proposición; o dicho de otro modo, tratando de descartar proposiciones poco serias. En el caso, el contenido de la propia secuencia comunicativa pone de relieve lo veraz y auténtico de la proposición, a lo que debe unirse la foto del pene erecto que el acusado acompañó finalmente a uno de sus mensajes con indisimulado ánimo de respaldar sus sugerencias libidinosas”.

La inconcreción de este elemento, así como las dificultades interpretativas que el mismo plantea puede determinar que la jurisprudencia tienda a obviarlo⁷³⁸, de manera que trate de encajarse la conducta realizada en el tipo penal de *grooming* incluso sin la verificación de que han existido actos encaminados al acercamiento. Ello que es lo que se realiza en la resolución que acabamos de mencionar, constituye, en nuestra opinión, a todas luces, un error en el fallo, a menos, que el envío de la fotografía de contenido sexual se considere como manifestación de actos materiales; y, como hemos mantenido a lo largo de todas los apartados anteriores, esta interpretación no resultaría correcta al amparo de lo establecido en el apartado primero del art. 183 *ter*, sino que su encaje correcto sería en el solamente en el apartado segundo del *grooming* que regula el tipo específico. El problema es que la Sentencia analizada, no pudo tomar en consideración este segundo apartado, por cuanto fue introducido por la reforma del 2015; por el contrario, en nuestra opinión, este fallo judicial responde precisamente al peligro que acabamos de anunciar, esto es, a la tendencia de la jurisprudencia a obviar la verificación de que hayan existido actos encaminados al acercamiento, tanto por las dificultades de su delimitación, como por su dificultad probatoria.

⁷³⁸ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 441.

Hemos expuesto aquí una serie de propuestas doctrinales de lo que se podría interpretar como actos encaminados al acercamiento, algunas a lo mejor, más acertadas que otras, pero de lo que no cabe ninguna duda, es de la falta de especificidad de esta categoría y del tipo penal en general, que permite enormes variantes interpretativas, creando un ambiente de inseguridad jurídica desde la propia configuración del tipo.

Es entonces, por todo lo antes expuesto, que la mayoría de la doctrina califica el delito de *grooming* tipificado en el art. 183 ter, como un acto preparatorio de los delitos de los artículos 183 y 189 CP⁷³⁹, ya que estos comportamientos se ubican en un momento previo al inicio de la ejecución de los concretos delitos sexuales planeados por el autor. Sobre esta base, es evidente que si aún no se han comenzado los actos ejecutivos, de no estar expresamente regulados de forma autónoma serían impunes, pues no se configurarían como tentativa de

⁷³⁹ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España, en Un Derecho penal comprometido, Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, MUÑOZ CONDE y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1146. También ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*pp. 269-270. TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6ª edición, Pamplona 2011, pág. 1186. GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 73. GALLEGO SOLER, José I, Ob. Cit., De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...p. 439. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290. RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, p.

los delitos recogidos en los mencionados artículos⁷⁴⁰. Por ello, considera RAMOS VÁZQUEZ que “se castiga en cuanto que predelito”⁷⁴¹.

Esto supone, de manera innegable, un adelantamiento de la barrera de protección del Derecho penal en la medida en que, aun con la acumulación de conductas, ni siquiera estas en su conjunto pueden llegar a lesionar el bien jurídico protegido, en este caso, la indemnidad sexual del menor.

En otras palabras, el legislador ha convertido en típica una conducta que ni lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido, y para dotarla de un mayor desvalor lo que ha hecho es requerir, entre la conducta inicial del contacto y la última, que sería la realización de actos encaminados al acercamiento, una serie de actos intermedios. Como si la acumulación de estos comportamientos encaminados a un encuentro de naturaleza sexual con un menor, representara un mayor peligro para el bien jurídico, pues establecer un contacto, proponer un encuentro, realizar actos encaminados al acercamiento, aunque sean acciones sucesivas, ni por si solas ni la suma de ellas, suponen ningún tipo de peligro.

A este respecto, es muy acertada y contundente la afirmación de VIVES ANTÓN y ORTS BERENGUER “como es obvio la simple acción de contactar con un menor por medio de alguno de los medios citados, por más que rebose en deseos sexuales, mal puede denominarse tentativa de violación o abuso, etc., (salvo a los ojos de quienes, bajo una u otra argumentación, se empiecen

⁷⁴⁰ GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al artículo 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., pág. 73. VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España, en *Un Derecho penal comprometido*, Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, MUÑOZ CONDE y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1146. También ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*pp. 269-270.

⁷⁴¹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, en *Diario La Ley*, No. 7746, Año XXXII, noviembre 2011, p. 587. Es interesante el uso de este término que nos evoca al *Minority Report* que escribiera Philip K. Dick (1955) en el que utilizaba el término “precrime”.

en castigar las intenciones), porque la realización de los distintos tipos de acción contenidos en los artículos citados no ha comenzado ni el ataque al bien jurídico, tampoco⁷⁴². Es decir, la conducta en sí está lejos del comienzo de la ejecución del delito que se pretende cometer y más aun de la lesión al bien jurídico.

Por lo cual como manifiesta MUÑOZ CONDE “el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, convierte a este delito en uno de peligro abstracto⁷⁴³ e incluso de sospecha, en la medida en que incluso requiriendo el acercamiento no siempre es fácil determinar hasta qué punto ese “acercamiento” se hace realmente para cometer algún delito”⁷⁴⁴.

En sentido contrario a la consideración del delito como acto preparatorio, se manifiesta CUGAT MAURI⁷⁴⁵ en el entendido que por un lado, el contacto con el menor previo a la relación sexual directa con éste, puede favorecer una

⁷⁴² VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España...p. 1146. También ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*...pp. 269-270.

⁷⁴³ En los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro. Vid ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, op.cit., p.338. Citado por MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*...p. 229. VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España*...p. 1146. También ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*...pp. 269-270. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172. Por las mismas razones, VILLACAMPA lo califica de peligro estadístico, e incluso, de peligro hipotético. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming*... TOL5.204.096.

⁷⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 233.

⁷⁴⁵ CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Álvarez García/González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma penal 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 235.

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 e imágenes del menor que luego pueden ser utilizadas para su chantaje sexual⁷⁴⁶ y solo con este comportamiento se reuniría ya gravedad bastante para afirmar la ofensividad de la conducta, con independencia de su orientación a la comisión de futuros delitos sexuales. Por lo tanto, afirma la mencionada autora, no puede deducirse que estemos ante un mero acto preparatorio que atente contra el principio de *ultima ratio*.

Por otra parte agrega que si bien, por el hecho de realizarse la comunicación a distancia, es más difícil apreciar el inicio de actos ejecutivos del delito sexual que configuren una tentativa de los mismos, no es imposible, pues del solo hecho de la distancia física, no podría deducirse que la conducta necesariamente quede en grado de acto preparatorio. Ello basado en la existencia de jurisprudencia que admite la comisión de atentados sexuales sin contacto directo entre autor y víctima⁷⁴⁷.

En nuestra opinión, ante la postura de la mencionada autora, consideramos que cabe efectuar dos objeciones:

- en primer lugar, si partimos del hecho de que la orientación a la comisión de futuros delitos sexuales no es relevante, no se podría hablar de un chantaje sexual, con lo cual para que la captación, almacenamiento,

⁷⁴⁶ En el mismo sentido, sostiene MONGE FERNÁNDEZ que los medios descritos en el precepto (...) permiten establecer un contacto con el menor previo a la relación sexual, favoreciendo así una situación de subordinación con el agresor. Ya que, por ejemplo, este medio facilita la captación, almacenamiento, reproducción y difusión de confesiones e imágenes del menor que luego pueden ser utilizadas como chantaje sexual. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 232.

⁷⁴⁷ Pone de ejemplo, la STS 1029/1996, de 18 de diciembre, que condena por agresiones sexuales a los tíos del menor que lo conducen a unas reuniones en las que se le obliga a masturbarse ante terceros. CUGAT MAURI, Miriam, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 236.

reproducción y difusión de imágenes del menor puedan encajar en el ámbito de regulación del grooming, que de por sí ya nos remitiría al subtipo del art. 183 ter 2, deberán tener por sí mismas, un contenido sexual, en cuyo caso, la conducta per se, se encontraría abarcada en los delitos relativos a la pornografía infantil.

En caso contrario, si las imágenes no tuviesen un contenido sexual, puede que la conducta del chantaje sea ofensiva para la integridad moral del menor y, por lo tanto, ameritaría la intervención penal, pero no sería bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Ante ambas soluciones, nuevamente conlleva a considerar al *grooming* un tipo innecesario, pues la conductas en él reguladas, bien son atípicas per se o bien están recogidas en otros tipos penales.

En segundo lugar, lo relevante para calificarlo como acto preparatorio no es la distancia física a la que se encuentran el sujeto activo y el pasivo, sino que a través de esta comunicación se hace más difícil determinar la finalidad sexual, que es realmente lo que convierte en típica la conducta. Ahora, si bien es cierto que hay abusos que podrían realizarse a la distancia, como los autotocamientos, no es esta la conducta que ha sido intención del legislador regular bajo el supuesto de grooming, esto se desprende del hecho, de que de lo contrario no encajaría la exigencia de los actos encaminados al acercamiento, bajo lo cual se presupone que en la manifestación del delito que se pretenden sancionar debe mediar un contacto entre víctima y agresor. Por eso sosteníamos también de que el encuentro que se propone es de carácter físico y no virtual.

B) TIPO AGRAVADO (art. 183 ter 1 *in fine* CP)

En su parte *in fine* el art. 183.1 ter dispone: “*Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.

Se regula en este inciso un comportamiento típico que consiste esencialmente con la conducta establecida en el tipo básico, pero que, en atención a los medios comisivos de la misma, se sanciona con una mayor pena, esto es, se regula un tipo agravado⁷⁴⁸. Por tanto, es preciso establecer la existencia de un nexo causal entre el uso de los medios comisivos descritos en el tipo y el acercamiento, es decir la aceptación del menor al encuentro deberá derivarse directamente y estar provocada por la utilización de dichos medios⁷⁴⁹. La razón de esta agravación resulta evidente, dado que contiene un mayor desvalor del injusto, en el entendido, como sostiene SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ⁷⁵⁰, que estas formas comisivas son más lesivas para el bienestar psíquico y el adecuado proceso de formación del menor, es decir, con el empleo de estos concretos medios comisivos no solo se está poniendo en peligro el bien jurídico

⁷⁴⁸ Así apunta MONGE FERNÁNDEZ “El fundamento de esta agravación reside en el mayor des-valor de injusto que supone el empleo de la violencia o la intimidación o engaño, a efectos de conseguir el acercamiento”. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 233. BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*pp. 357-358. Sin embargo, en estricta relación gramatical, debe hacerse notar que la agravante no establece que los medios empleados pretenden conseguir el encuentro, sino que se adelantan a decir que el encuentro ya se ha conseguido. Afirmación sobre la que se tratará más adelante.

⁷⁴⁹ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en ORTS BERENGUER, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014. TOL4.143.421. Del mismo modo, BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*pp. 357-358, que añade que si bien comporta un plus en la incidencia negativa en la voluntad del menor, de éste ya se presume *iuris et de iure* la ausencia de libertad.

⁷⁵⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172.

indemnidad sexual, sino otros diferentes, como libertad, integridad moral, integridad corporal, etc.. Es evidente que el acercamiento alcanzado mediante el uso de determinados medios comisivos que conllevan violencia o engaño, resultan mucho más dañinos para el desarrollo de la personalidad de un menor que aquellos supuestos en los que tales medios no concurren, y también es evidente, que la potencial lesión de estos otros bienes jurídicos que pudieran verse afectados por el comportamiento del sujeto activo, determinan un mayor desvalor del injusto que justifica la imposición de una mayor pena.

Sin embargo, si bien la motivación de la cláusula en sí no merece objeción, porque ciertamente la utilización de los medios coercitivos e intimidantes supone un incremento en el desvalor del injusto, la agravación de la pena cobraría mayor sentido si el tipo agravado se desprendiera de un tipo básico congruente, con una conducta lo suficientemente delimitada, que fuera respetuosa de los principios limitadores del *ius puniendi*, sobre todo en relación con intervención mínima, proporcionalidad y seguridad jurídica. Sin embargo, al adolecer el tipo básico del delito de *grooming* de una notable confusión en su redacción típica, es evidente que resulta incoherente que justifiquemos el aumento de una pena en un tipo agravado que parte de una conducta que en sí misma no está clara y que sostenemos ha sido innecesariamente tipificada⁷⁵¹, pues ello se contrapone tanto al principio de seguridad jurídica como al de proporcionalidad. Es decir, la incoherencia y falta de legitimidad del tipo agravado, no se deriva de la agravación que determina el empleo de determinados medios de comisión en la realización de la conducta típica, sino que se extrae de la incoherencia e innecesariedad de la conducta misma.

⁷⁵¹ En el mismo sentido expone SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS que las cláusulas añadidas sobre la penalidad en el caso de que además de la concertación de “cita” se produzca efectivamente la comisión de un delito o sobre la agravación cuando el “acercamiento” se produzca mediante coacción, intimidación o engaño, serían asumibles si el tipo del que depende tuviera algún sentido. Véase SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., *Delitos contra la libertad sexual I. Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años*, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 259.

Dejando a un lado la motivación que fundamenta este tipo agravado, que puede que sea de las pocas aportaciones que no han suscitado mayores polémicas por parte de la doctrina, algunos autores ha criticado la configuración de la agravación del tipo en sí misma, empezando por el uso del término coacción, en vez de la acostumbrada “violencia” que usualmente acompaña a la intimidación⁷⁵².

Según define MUÑOZ CONDE⁷⁵³, la **coacción** “consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíba o compelerle a efectuar lo que no requiere”.

Partiendo de este concepto, señala FERRANDIS CIPRIÁN⁷⁵⁴ que la referencia a la coacción resulta extraña en la medida en que para que haya un despliegue de violencia -*vís física*- (en el entendido de que la violencia es parte integrante de la coacción) el acercamiento ya debe haberse realizado. Aunque, acepta que se podría asumir la espiritualización del concepto de violencia que preside la interpretación jurisprudencial extensiva usual del delito de coacciones en la que incluye también los supuestos de intimidación, fuerza en las cosas o fuerza física compulsiva. Si esta es la interpretación correcta, la inclusión de las coacciones como medio comisivo del tipo agravado resultaría redundante, por cuanto se prevé expresamente también la utilización de intimidación para conseguir el acercamiento.

⁷⁵² En el mismo sentido, GALLEGU SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 245.

⁷⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 145.

⁷⁵⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Ob. Cit., El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)... TOL4.143.421*. Sobre la percepción jurisprudencial también MUÑOZ CONDE, Francisco, *Ob. Cit., Derecho penal. Parte Especial...p. 145*.

Es decir, se plantea la innecesariedad de la referencia al término “coacción” que se realiza en el precepto, por cuanto, si se entiende como violencia física, resultaría incompatible con la descripción típica de la conducta, por cuanto no es necesario el efectivo acercamiento físico, y sin ese acercamiento físico, difícilmente podría configurarse una violencia física sobre el sujeto pasivo. Por el contrario, si la coacción se entendiera como violencia o *vis* psíquica, resultaría redundante, por cuanto se trataría de un supuesto de intimidación que está expresamente previsto en el precepto penal.

Por lo que se refiere a la **intimidación** se pretende doblegar la resistencia del menor para que acepte el encuentro⁷⁵⁵, pues se puede inferir que para recurrir a este medio, el sujeto activo debe haber agotado otros menos agresivos, pero que le han resultado ineficaces para conseguir el encuentro⁷⁵⁶, que puede haber sido aceptado por el menor, pero que finalmente no se acaba de materializar. Es decir, bien puede suceder que el menor rechace a la primera la propuesta de encuentro, lo que llevará al sujeto activo a hacer uso de la intimidación, o bien aceptando el encuentro este no llega a realizarse por una u otra razón, lo que también llevará al uso del mismo medio.

Y es que, como expone MUÑOZ CONDE⁷⁵⁷, la intimidación, como *vis psíquica*, equivale a una amenaza, que para que se constituya ha de tener una

⁷⁵⁵ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 587. También FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en ORTS BERENGUER, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, 2014. TOL4.143.421

⁷⁵⁶ Así sostiene QUERALT JIMÉNEZ “Para llevar a cabo la seducción pueden no bastar las buenas palabras; si el seductor recurre a la coacción, a la intimidación o al engaño, se incrementa el injusto”. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241. Sin embargo, la palabra seducción aquí perdería su sentido, si bien para el tipo básico podría entenderse aplicable, ahora sí parecería más adecuado hablar del *grooming* como una forma de acoso.

⁷⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 214.

cierta gravedad. Por supuesto la gravedad de la amenaza deberá ser valorada por el menor mismo de acuerdo a los intereses que podrían estar en juego y que para él tienen una determinada relevancia, tal puede ser el caso de la revelación de secretos a los padres, exponerlo frente a sus amigos o compañeros, o incluso en la misma web, con material íntimo o comprometedor facilitado por el menor⁷⁵⁸ en la etapa de “amistad” o a los que haya conseguido tener acceso.

Agrega RAMOS VÁZQUEZ⁷⁵⁹ que la intimidación puede también estar dirigida a evitar que el menor interrumpa el contacto o informe del hecho a sus padres. Sin embargo, tal interpretación si bien puede realizarse de forma genérica, sería extensiva en cuanto que el tipo agravado específicamente establece que con ella se ha alcanzado el encuentro, a diferencia de las intenciones propuestas por el referido autor, que irían orientadas a mantener un contacto o a asegurar la impunidad del acto pero con las que no se garantiza la realización del encuentro. Cabría entonces pensar que en caso de que la intimidación vaya dirigida a algo distinto del encuentro, se aplicarían las reglas del concurso real, es decir, se sancionaría el comportamiento de *grooming* en virtud del tipo básico (apartado primero del art. 183 *ter* Cp), y la intimidación como un delito de amenaza genérica, quedando fuera la posibilidad de aplicar el tipo agravado de *grooming*.

Al margen de los problemas interpretativos que puedan suscitar los términos coacción e intimidación empleadas por el legislador en la configuración del tipo agravado, la principal crítica en esta materia, ha surgido en relación con la referencia al **engaño** como medio para lograr el encuentro. La crítica encuentra

⁷⁵⁸ Véase en este sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*... TOL4.143.421. Igual, LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194.

⁷⁵⁹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores*...p. 587.

su fundamento principal en el hecho, tal y como afirman GALLEGO SOLER y HORTAL IBARRA⁷⁶⁰, de que en el *grooming*, el engaño constituye el elemento consustancial a la propia conducta típica, pues el *modus operandi* del sujeto activo usualmente es valerse del ardid y la mentira para establecer el contacto con el menor lo que, eventualmente, devendrá en la oportunidad de atentar sexualmente contra él.

Es por ello, que se debe realizar una interpretación restrictiva del tipo que le dote de una cierta y relevante entidad pues, en caso contrario, la agravación devendría automáticamente inmersa en la mayoría de supuestos, lo que, podría conllevar tres consecuencias prácticas:

- primero, desvirtuaría el sentido agravatorio de este último inciso⁷⁶¹,
- segundo, supondría vaciar la conducta básica, imposibilitando su aplicación en favor de la cualificación⁷⁶²
- y, finalmente, implicaría una vulneración del principio del *ne bis in idem*, al tomar el engaño como forma de ejecución de la

⁷⁶⁰ GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 245. En el mismo sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Ob. Cit., El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...* TOL4.143.421. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ob. Cit., El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso...*p. 441. Así agrega VILLACAMPA que el tipo agravado debería desaparecer, considerando implícito el requerimiento de tal medio comisivo en el tipo básico. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Ob. Cit., El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁷⁶¹ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Ob. Cit., El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...* TOL4.143.421. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ob. Cit., El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso...*p. 441. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Ob. Cit., El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. Quien sostiene que de no existir el tipo cualificado, hubiera conducido a considerar implícitamente necesarios en el tipo básico del delito, supuestos como el abuso de situación de superioridad por la diferencia de edad o el engaño, dotando de mayor contenido material de injusto a la conducta.

⁷⁶² GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Ob. Cit., Delitos contra la libertad e indemnidad sexual...*p. 245.

conducta básica, y nuevamente considerarlo como fundamento de la agravación.

Sobre la base de lo expuesto, esto es, partiendo del hecho de que las propias conductas de grooming (entiéndase las del tipo básico), se configuran ya sobre la realización de comportamientos engañosos, la pregunta que surge es ¿ sobre qué debe versar el engaño que lo dote de la relevante entidad que justifique la agravación, las características del sujeto activo o sobre la finalidad del encuentro?

La mayor parte de la doctrina se decanta por considerar que debe referirse al sujeto, por ejemplo, que simule ser un amigo, conocido o tener una edad similar a la del menor⁷⁶³. Así, es posible que la finalidad sexual puede ser conocida e incluso querida por el menor, en unos casos con pleno conocimiento de la identidad del autor, en otros bajo el engaño de que el encuentro sexual se realizaría con alguien distinto del que realmente es, situación que de saber la verdadera identidad no habría aceptado.

Opinión contraria sostiene QUERALT JIMÉNEZ⁷⁶⁴ para quien que agravar la conducta por el engaño, cuando la seducción es engaño, resulta algo

⁷⁶³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso...*p. 441. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...*p

⁷⁶⁴ Así agrega, “La confección del tipo no es muy afortunada, pues requiere que el objeto de la presente infracción sea cometer un delito del art. 183; como tal ello es difícil y, de antemano, no es predecible, pues no parece razonable que se pueda seducir a un menor de 13 anunciándole los abusos y agresiones del citado precepto. El tipo debe situarse en su justo ámbito: el fin sexual, violento o no, que persigue el sujeto activo no consta a la víctima”. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 240. En la misma línea, FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...*p. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso...*p. 441.

sorprendente pues es difícilmente imaginable, salvo para menores ya corruptos, que un menor acceda a una propuesta sexual abierta por parte de un desconocido y por internet.

No obstante, algo amerita destacar de la redacción del tipo agravado, y es que si se quiere configurar al *grooming* como un tipo de acoso o como delito autónomo de tentativa de abuso sexual sobre menores, esta redacción parece un poco más acertada para encajar en tales figuras que el mismo tipo básico⁷⁶⁵. En primer lugar, porque de los medios que se utilizan en el tipo agravado, se derivan situaciones que afectan en mayor medida el proceso de formación del menor y por otra parte, al requerir el encuentro sitúan la conducta un poco más cerca de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Sin embargo, no se puede dejar de señalar, nuevamente, que es primordial la coherencia legislativa en la redacción de las normas, pues si bien de la descripción de la conducta agravada cabe interpretar que el encuentro se ha realizado, ello en razón de que el precepto claramente estipula “*cuando el acercamiento se obtenga*” y no, “*cuando la propuesta de acercamiento se realice por medio de*” o “*para lograr el acercamiento*”, lo que, como se acaba de decir, le da un poco más de sentido al tipo; esto no se concilia con el tipo básico, de hecho de la redacción de la conducta agravada parecería entenderse que en el tipo básico el encuentro también debe llevarse a cabo aunque por

⁷⁶⁵ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., Delitos contra la libertad sexual I. Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.) Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 259. Una diferenciación que proponen MONTIEL JUAN y otros, es que cuando las solicitudes sexuales impliquen estrategias o conductas agresivas por parte del ciber-agresor (amenazas, chantajes, extorsión, exposición indeseada a contenido sexual, etc.), estaríamos hablando de Ciberacoso sexual; pero si, por el contrario, se realizan en el marco de una interacción que simula una relación romántica simétrica, se trataría de Ciber-abuso sexual. MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Ob. cit.*, TOL4.143.417. Al margen que ya se ha hecho mención sobre los términos empleados para referirse al *grooming*, no parece acertado hablar de ciberabuso, el en sentido de que la conducta descrita en el artículo está muy lejos de llegar a constituir algún tipo de abuso.

medios distintos a los agravados, cuando la realidad es que no requiere que el encuentro llegue efectivamente a realizarse.

De aquí surgirán otros problemas de interpretación, por ejemplo, cuando se emplee la coacción o intimidación, pero de todas formas no se obtenga el acercamiento, ¿deberemos remitirnos nuevamente a la conducta básica y aplicarla en concurso con estas?, ¿entendemos la coacción o intimidación como actos encaminados al acercamiento? o ¿se deja impune el acto? Parece que en estos supuestos, la interpretación adecuada en relación con el principio de legalidad, sería la primera de ellas, es decir, aplicar el tipo básico con el correspondiente concurso con los delitos que pudieran derivarse del empleo de coacción o intimidación, caso que revistieran la gravedad suficiente.

C) TIPO ESPECÍFICO (art. 183 ter 2 CP)

Una de las principales reformas que sufrió la anterior regulación del *grooming* del art. 183 bis con la LO 1/2015, fue la introducción del apartado segundo, que quedó finalmente previsto en el art. 183 ter 2.

La fundamentación de su inclusión estaba recogida en la Exposición de motivos de la referida Ley: *“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”*⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ Cfr. BOE No.77 de 31 de marzo de 2015, p. 27061.

Ya la doctrina⁷⁶⁷ había puesto de relieve que el art. 183 bis, en su redacción de 2010, dejaba al margen del tipo penal, y por tanto, sin regulación aquellos comportamientos que pudieran afectar o ir encaminados a la obtención, producción y/o distribución de pornografía infantil. Efectivamente, el tipo penal regulado en el anterior art. 183 bis exigía, para calificar como típicas las conductas, que existiese una propuesta de concertar un encuentro, que fuera acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, esto es, al encuentro físico entre ambos sujetos. Desde este planteamiento, era evidente que todos aquellos comportamientos que no buscasen o pretendiesen un encuentro físico (y consecuentemente, no concudiesen los actos de acercamiento exigidos por el tipo penal), quedaban claramente al margen de la tipicidad prevista en el art. 183 bis. En este sentido, sostenía CANCIO MELIÁ⁷⁶⁸ que por ejemplo, el comportamiento de amenazar a un menor con difundir alguna imagen suya por internet, a menos que realizase una conducta sexual sobre sí o un tercero, pero sin encuentro previsto, no quedaba abarcado por el tipo penal y, consecuentemente, concluía que la redacción del tipo había sido apresurada.

En la misma línea de crítica hacia la regulación prevista, consideraba MUÑOZ CONDE que “el hecho de captar la imagen del menor posando desnudo o en una postura o actividad inequívocamente sexual, o la voz del menor en una conversación de contenido sexual a través de un teléfono móvil o de Internet por parte de un adulto, o incluso la realización de este hecho por un menor de

⁷⁶⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, en La Ley Penal, N° 80, Sección Estudios, Marzo 2011, p. 9. En el mismo sentido, BOIX REIG agregaba que incluso debió considerarse conveniente incluir también las conductas que comprenden los delitos relativos a la prostitución de menores. Véase BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 357. También MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 234; GONZALEZ TASCÓN, María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI (2011), p. 248.

⁷⁶⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual*, op. cit., p. 9.

entre 14 y 18 años [...], simplemente para la propia satisfacción, sin después llegar al contacto físico ni difundir su imagen por Internet, ni mostrarla a otras personas, no entraba dentro del tipo previsto en el art. 183 bis”⁷⁶⁹.

Ante este tipo de alegaciones doctrinales, el legislador de 2015, pretendiendo cubrir estos vacíos, modifica la regulación de esta figura típica del *grooming*, incluyendo un apartado segundo en el art. 183 ter que establece lo siguiente:

“El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte a un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.

A pesar de las críticas realizadas al respecto, la incorporación de este artículo se fundamenta en la implementación de la ya citada Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo⁷⁷⁰ que en su art. 6.2. establece que *“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*

⁷⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 230. Concluía que distinto sería si *el sujeto guarda las imágenes así obtenidas en el disco duro de su ordenador o en cualquier otro tipo de soporte, donde se podría llegar a apreciar un delito de posesión de material pornográfico, o incluso uno de corrupción de menores.* En este mismo sentido, RAMON RIBAS, Eduardo, “Las reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier y OTROS (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, p. 860 y 861.

⁷⁷⁰ Véase en este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación, en Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIV, 2014, p. 703. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015, p. 185. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 443. DÍAZ CORTÉS, Lina, Una nueva modalidad del denominado child grooming: análisis en el proyecto de reforma, Actualidad jurídica Aranzadi, No. 885/2014, Pamplona, 2014, p. 1.

el artículo 5, apartados 2 y 3 [adquisición, posesión o acceso a sabiendas a pornografía infantil], 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”.

Sin embargo, es preciso señalar que, a pesar de la aparente similitud entre ambos cuerpos normativos, las diferencias entre ellos son realmente notables, concentrándose principalmente en dos:

- *la directiva se refiere a garantizar el castigo de un adulto que realice este tipo de comportamientos descritos; por el contrario, el CP español, no realiza tal precisión, de manera que, de forma similar a como quedó configurado el primer apartado de este mismo artículo, dentro del círculo de posibles sujetos activos quedan también incluidos los menores de edad.*
- *En segundo lugar, la Directiva refiere que el embaucamiento al menor se realiza para que proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor, es decir, las imágenes serán del propio menor que las facilita, sin embargo el art. 183 ter 2 habla de un menor en general, por lo que el material proporcionado puede ser de cualquier menor y no necesariamente de aquel que ha sido “embaucado” para tal efecto.*

Se evidencia de este modo el evidente exceso por parte del legislador español tanto al ampliar el círculo de sujetos activos más allá de lo que estipulan los instrumentos internacionales que regulan la materia y el propio concepto del grooming, que es un fenómeno que versa sobre la figura del adulto como victimario, como en el hecho de que el material o las imágenes pornográficas puedan pertenecer a un menor distinto que el que las facilita, lo

que a su vez trae graves consecuencias en la aplicabilidad del tipo, como se verá en adelante⁷⁷¹.

Pero no sólo surgen críticas en relación con la ampliación desmesurada del ámbito típico realizado por el legislador español, sino también en relación con la aplicabilidad práctica, la dificultad de prueba de la misma, y el hecho de que la mayor parte de los comportamientos susceptibles de incluirse en este tipo penal, serían absorbidos por otros ya existentes. Así, si la conducta incriminada tuviera éxito y se consiguieran el material o imágenes pornográficas, quedaría absorbido este comportamiento por el delito previsto en el art. 189. 1 a) del Código penal, como utilización de menores para producir material pornográfico, que además conlleva mayor pena. Ello, como afirmamos, implicaría la práctica inaplicabilidad del precepto analizado⁷⁷².

Sin embargo, ningunas de las consideraciones expresadas han sido tomadas en cuenta por el legislador del 2015, que procedió a regular el comportamiento

⁷⁷¹ Para MANZANARES SAMANIEGO el apartado 2 que se ocupa de la pornografía infantil[...] es un precepto de una redacción tan paupérrima como confusa, de forma que su entendimiento debe matizarse con el socorrido “granum salis”. MANZANARES SAMANIEGO, José Luís, Ob. Cit., *La reforma del Código penal de 2015...*p. 185. Igualmente DÍAZ CORTÉS, Lina, Ob. Cit., Una nueva modalidad del denominado child grooming...p. 2. En sentido contrario CUGAT MAURI, sostiene que ampliar el círculo de autores a los adultos no necesariamente supone un exceso, ya que según afirma, los datos empíricos demuestran que también los menores de dieciocho años incurrir en estas prácticas. CUGAT MAURI, Miriam, La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso, La Ley penal, No. 107, Sección de estudios, marzo-abril 2014, Publicación en La ley digital 360, p.7. Sin embargo, lo primordial para la regulación penal no debe ser si la conducta se da entre menores o no, sino si tiene alguna relevancia en cuanto a la afectación del bien jurídico que se intenta proteger, lo que no parece tan palpable en estos casos.

⁷⁷² Estos problemas ya fueron puestos de relieve en relación con el Anteproyecto de reforma de 2012, mediante el Informe de la Fiscalía General del Estado de 8 de enero 2013, donde se afirma “que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189. 1 a)”, considerando, por tanto, que la previsión expresa de esta conducta es innecesaria al encontrar acomodo en otros tipos penales. En la misma línea se pronunció el Consejo General del Poder Judicial en el Informe de 16 de enero de 2013, que además señala que lo correcto hubiera sido, en todo caso, incluir este comportamiento como modalidad típica dentro del art. 189, y no como modalidad del delito de *grooming*, con el que poco o nada tiene que ver.

descrito como tipo específico de grooming dentro del apartado segundo del art. 183 ter. Cabe proceder entonces al análisis de la conducta típica descrita en el artículo que se configura mediante la presencia de los siguientes elementos:

a) **Contactar con un menor de dieciséis años**

Como se puede observar, este precepto es similar a la estructura de la conducta del apartado primero, pues no sólo establece el mismo sujeto activo – que puede ser cualquiera, sino que también lo hace con el pasivo –el menor de dieciséis años⁷⁷³.

De la misma manera, se mantiene el *contactar* como verbo rector, por lo que resultará preciso que, una vez enviado algún mensaje por el sujeto activo, éste obtenga respuesta por parte del menor, de modo que no se entenderá por contacto en sentido típico el sólo envío de mensajes o correos electrónicos por parte del sujeto activo que no hayan sido contestados por el destinatario de los mismos⁷⁷⁴, pues sólo así se podrán realizar los actos restantes requeridos para la configuración del delito. Esto es, nuevamente será preciso constatar la existencia de una relación bidireccional entre los sujetos involucrados en el contacto e intercambio de mensajes.

⁷⁷³ Ver infra el análisis de los sujetos del delito. Tal como se expondrá, se trata de un criterio de edad cronológico, sin que a fin de determinar la tipicidad del comportamiento se tengan en cuenta otro tipo de circunstancias, como pudieran ser el desarrollo intelectuales de los sujetos, la capacidad o no de discernimiento. Cualquier consideración de este tipo, sobre todo respecto de la posible relación con el sujeto activo del delito, serán objeto de consideración en otras categorías del delito, esencialmente, en sede de culpabilidad.

⁷⁷⁴ Véase en este sentido FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit. *Ciberacoso*...p. 440. TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", ob. cit., p. 1185. LAMARCA PÉREZ, Carmen, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, p. 194. PÉREZ CEPEDA, Ana, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (dir.), *Nociones fundamentales del Derecho penal, parte especial*, Vol. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, p. 290.

Como veremos a continuación, otro de los elementos típicos de esta modalidad es que se realicen *actos dirigidos a embaucar* al menor; sea cual sea el concepto de embaucamiento por el que optemos, lo que si se convierte en necesario es la existencia de una comunicación entre ambas partes, esto es, intercambio de mensajes entre ellos, que permita la realización del engaño, conquista o embaucamiento. Resultado que difícilmente podría conseguirse si los mensajes son exclusivamente de una parte. La interacción entre ambos sujetos se convierte en este punto en esencial para la configuración del tipo.

b) El contacto sea a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación.

En lo que corresponde a las TIC's, como medio requerido para la comunicación, al igual que sucede en el art. 183 ter 1 CP, la regulación deja fuera cualquier otro medio distinto de estas para realizar la conducta típica, como lo es el contacto físico directo o el uso de un medio escrito que no sea telemático, p. ej., a través de una carta.

Es preciso realizar alguna referencia a los medios descritos en el precepto, como punto de partida, el hecho de que no se requiera para consumir el tipo, la propuesta de encuentro con el menor (a diferencia de lo establecido en el apartado primero de este mismo precepto), nos conduce a pensar que todo el comportamiento típico se desarrolla y consume a través de medios tecnológicos y electrónicos. Es, por ello, en nuestra opinión adecuada la referencia exclusiva a las TIC's, por parte del legislador. Sin embargo, siendo adecuada, en nuestra opinión, tal vez resulte redundante, esto es, la diferenciación entre internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y comunicación, determina la reiteración de medios comisivos. Es decir, internet o teléfono, no son sino tecnologías de la información y comunicación. Así, en nuestra opinión

hubiera bastado con una referencia genérica a las TIC's que, por propia definición, absorben todos los demás medios descritos en el precepto⁷⁷⁵.

Esta específica referencia a las TIC's, contribuye al menos parcialmente, a diferenciar el ámbito de aplicación de este acto preparatorio, elevado a tipo autónomo, de la tentativa de un delito del art. 189 CP; delimitación que es prácticamente imposible de realizar, y que sólo la exigencia de que se realice a través de TIC's y que se trate de un "embaucamiento", es lo que separa esta conducta de aquella ya regulada en los delitos de pornografía infantil, sobre todo las contempladas en el literal a) del artículo señalado, que se refieren a la captación de menores con fines pornográficos.

Es evidente que ello no contribuye a una delimitación clara entre ambos comportamientos, dado que las conductas descritas en el art. 189.1 a) del Código penal, no establecen limitación de medios típicos, esto es, se pueden realizar de cualquier manera, y con cualquier finalidad (embaucar o no). Con lo cual, las conductas realizadas que pudieran ser calificadas conforme al art. 183 ter 2, tendrían perfecta cabida en el delito del art. 189. 1 a), si bien en grado de tentativa. Se trataría por tanto de un concurso de leyes entre ambas figuras típicas que podría implicar que el nuevo apartado regulado en el art. 183 ter quedaría sin aplicación práctica y vacío de contenido⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p.; GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244; TAMARIT SUMALLA, J. M., *Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores*, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010, pág. 172

⁷⁷⁶ En relación con los problemas concursales, cfrs. *Infra* en este mismo capítulo "Concursos"

c) **Realizar actos dirigidos a embaucarle**

Sobre la base de los elementos expuestos, esto es, menor de dieciséis años, que se realice un contacto, y que se produzca a través del empleo de TIC's, es evidente que la diferencia sustancial del ámbito objetivo de esta figura con el primer apartado, radica en que los actos realizados no serán aquellos que van encaminados a lograr un acercamiento de los dos sujetos (apartado primero del art. 183 ter), sino que deben ir dirigidos a embaucar al menor para que éste facilite material o muestre imágenes pornográficas al sujeto activo.

Por tanto, el núcleo esencial de esta modalidad típica en relación a su diferenciación con la recogida en el apartado primero, radica en interpretar lo que debe considerarse como **embaucamiento**. Es decir, ¿sobre qué debe versar este embaucamiento para considerarlo típico? ¿sobre las características del sujeto activo? ¿en relación con alguna promesa que no se pretende cumplir o la finalidad del contacto? Se trata, por tanto, de delimitar cual debe ser el contenido de este “innovador” término (embaucar), a fin de precisar cual pudiera ser el ámbito típico de aplicación de esta modalidad delictiva.

Según el diccionario de la Real Academia Española⁷⁷⁷, *embaucar* es “engañar, alucinar, prevaliéndose de la inexperiencia o candor del engañado”. Es decir, debe concurrir en el comportamiento del autor de los hechos, el engaño a fin de “convencer” al sujeto pasivo del delito para que le envíe determinado tipo de imágenes. El problema surge, de modo similar a lo que pasaba en relación con el tipo cualificado regulado en el apartado primero del art. 183 ter, en que en el *grooming*, tal como ya hemos dicho, el engaño constituye el elemento consustancial a la propia conducta típica, esto es, el sujeto activo se vale de un ardid y una mentira para contactar con el menor⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ Consúltese página oficial www.rae.es

⁷⁷⁸ Cfrs. GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal*.

Y desde esta concepción podría afirmarse que en toda conducta constitutiva de *grooming* concurre, de un modo u otro, el embaucamiento del sujeto pasivo.

A ello se une otra cuestión, cual es el hecho de que en el caso de menores de edad el consentimiento emitido por el mismo, por mucho que sea libre, no es válido, con lo cual no es precisa la existencia a mayores de un engaño ni embaucamiento que pudiera invalidar el mismo, porque ya *ab initio*, y en virtud del sujeto pasivo, la conducta sería ilícita.

El embaucamiento podría definirse entonces, como un engaño en el que el sujeto activo se aprovecha de la inexperiencia sexual del menor y que supone un riesgo serio para su bienestar psíquico y el correcto desarrollo del proceso de formación de éste en el ámbito sexual⁷⁷⁹. Ello, sin embargo, tal como hemos dicho, seguiría sin constituir algo distinto del engaño, seducción o conquista propios de cualquier comportamiento constitutivo de un delito de *grooming*.

Esto falta de concreción en relación a lo que debiera entenderse por *embaucamiento* que permitiera diferenciar las conductas incluidas en el apartado primero, de la reguladas en el apartado segundo del art. 183 *ter* CP, ha llevado a un sector doctrinal a plantearse la inadecuación del término empleado por el legislador del 2015, afirmando que habría sido preferible una correcta adaptación de *sociliting* contenido en el Directiva 2011/93/UE, optando por términos como *solicitar* u *obtener*⁷⁸⁰, a fin de evitar la vulneración del

Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 245. En el mismo sentido, FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *Ob. Cit.*, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Ob. Cit.*, *El nuevo delito de ciberacoso de menores*...p. 588. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*...p. 441.

⁷⁷⁹ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y sexting*, op. cit., p.

⁷⁸⁰ Así lo indican, Miró Linares, F./Morón Lerma, E./Rodríguez Puerta, M.J., "*Child grooming: Art. 183 Ter CP*", en Álvarez García, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 672.

principio de taxatividad que provoca la utilización de un verbo tan indeterminado e indeterminable como es el de *embaucar*⁷⁸¹.

Se trata por tanto, de una conducta que es equiparable al engaño, pero éste surte efecto gracias a la inexperiencia o ingenuidad del engañado - en este caso en el ámbito sexual - que de otra forma no hubiese podido realizarse⁷⁸².

Partiendo de esta definición, manifiesta RAMOS VÁZQUEZ⁷⁸³ que no bastaría con cualquier engaño, sino que debe probarse que existieron actos dirigidos a

⁷⁸¹ Así, afirman Miró Linares, F./Morón Lerma, E./Rodríguez Puerta, M.J., "*Child grooming*: Art. 183 Ter CP", en Álvarez García, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 673, que las conductas de obtener y solicitar, definen de manera más precisa el comportamiento que debe ser tipificado. De esta manera, obtener la imagen pornográfica, sería una conducta que más bien define el resultado de riesgo para el bien jurídico que el legislador quiere sancionar; así, la imagen se podría "obtener de muchas formas posibles y por medio de dinámicas distintas de engaño, abuso de superioridad, coacción, entre muchas otras; pero el propio hecho de lograr tener la imagen conlleva ya un riesgo en relación con bienes fundamentales relacionados directamente con la libertad e indemnidad del menor que merece el reproche penal que se le asigna. Eso sí, no se entenderá que habrá tipicidad cuando el adulto reciba las imágenes por parte del menor, pues en ese caso no es él quien, de un modo u otro, las ha obtenido". Por otro lado, el comportamiento consistente en *solicitar*, que puede interpretarse como "petición" o "requerimiento", no implica la necesidad de haber obtenido efectivamente la imagen o material en concreto, pero su realización, podría conllevar, en opinión de los autores mencionados, "un riesgo para la libertad en el proceso de toma de decisiones del menor y en relación con otros intereses como su propia indemnidad sexual, suficiente como para la incriminación de tal conducta".

⁷⁸² Nótese que esta forma de engaño constituye entonces un elemento del tipo, a diferencia del apartado primero en el que este se regula sólo como una circunstancia agravante. Sobre la definición de embaucamiento, Cfr. DE LEMUS VEGA, Francisco, El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal, por la Ley Orgánica 1/2015, Diario La Ley, No. 8604, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2015, Publicación en La ley digital 360, p. 3. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit. *Ciberacoso...*p. 442.

⁷⁸³ RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y sexting*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 443, donde alega que no comparte la posición de algunos autores que consideran la cláusula superflua, por ser el menor considerado *ex lege* incapacitado para tomar decisiones en materia de sexualidad. Indica que al contrario la cláusula permite una interpretación restrictiva, en la que el engaño ha de estar centrado en un candor sexual que debe ser probado en el caso concreto. En sentido contrario, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, Derecho penal español. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.

un aprovechamiento de la inexperiencia sexual del menor, el potencial engañoso que estos actos hayan tenido sobre la víctima y si éstos pusieron en peligro el bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación y su vivencia de la sexualidad; pues de lo contrario, habría que dejar fuera del ámbito de lo punible aquellas conductas que no representaron un riesgo serio para el bien jurídico protegido⁷⁸⁴.

Esto, por supuesto, implica que en el caso de que sea el menor de *motu proprio* quien envía el material visual, o aun solicitándolo el sujeto activo, pero sin mediar el embaucamiento, la conducta del receptor no sería imputable, al menos no por el delito de *grooming*⁷⁸⁵, dado que no concurren los elementos típicos exigidos por la misma.

La situación, en nuestra opinión y tal como ya hemos señalado, se hubiese resuelto si el elemento de *embaucamiento* se hubiera sustituido por la exigencia de una *simple solicitud del material sexual*⁷⁸⁶, respetando más la terminología empleada en la normativa europea. De hecho, consideramos que la razón de la utilización del término embaucamiento, así como la incorporación de las TIC's

⁷⁸⁴ Embaucamiento típico será por ejemplo, alagar las características físicas del menor para que se tome una foto "sexy", ofrécele un empleo de modelo o artista para que facilite imágenes que supone que serán con carácter promocional para tal efecto, el envío de fotos por parte del sujeto activo haciéndose pasar por algún menor con escasa ropa para instar a que la víctima haga lo mismo, etc., por lo que todo aquello que no suponga aprovecharse del candor sexual del menor no podrá calificarse como embaucamiento.

⁷⁸⁵ Habrá que determinar en su caso si es aplicable el delito de posesión de material pornográfico. Véase en esta línea, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso*...p. 443. En desacuerdo, cfr. DÍAZ CORTÉS, Lina, Ob. Cit., Una nueva modalidad del denominado child grooming...p. 2.

⁷⁸⁶ Por su parte, VILLACAMPA manifiesta que la incorporación del embaucamiento proviene de una dudosa traducción del verbo *soliciting* que ocupa la Directiva, tanto en la 6.1 como 6.2. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming*...p. 703. Igualmente, QUERALT JIMÉNEZ, Joan, Derecho penal español. Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. PÉREZ CEPEDA, Ana, Ob. Cit., *Nociones fundamentales del Derecho penal*...p. 290. DÍAZ CORTÉS, Lina, Ob. Cit., Una nueva modalidad del denominado child grooming...p. 3.

como medio comisivo radica, tal como señalamos, en que de no haberse regulado, evidenciaría de forma, aún más clara si es posible, la innecesaria incorporación de este tipo penal, dado que los comportamientos descritos estarían contemplados de lleno en el art. 189.1 a), cuando se hace referencia a la captación de menores con fines pornográficos.

d) *Para que facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor*

El verdadero problema del art. 183 ter 2, proviene de la finalidad de que el menor facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor, que, de modo similar a como ocurre en el apartado primero, se configura como elemento subjetivo del injusto.

La inclusión de la solicitud de material pornográfico como elemento subjetivo del injusto, esto es, configurando una mera finalidad del tipo sin necesidad de que ese material se haya entregado efectivamente, conlleva una enorme expansión de las barreras de intervención penal, de manera que se adelanta enormemente el ámbito de lo punible a comportamientos que ni de manera indirecta e hipotética son susceptibles de lesionar el bien jurídico que se protege, basta con realizar actos de “embaucamiento” para que el delito quede consumado⁷⁸⁷.

Con ello, se adelanta la intervención penal al punto de sancionar la conducta de contactar con un menor y pretender engañarlo aprovechándose de su ingenuidad sexual, esto sin conocer que la ulterior finalidad es conseguir

⁷⁸⁷ En esta línea, MANZANARES SAMANIEGO, José Luís, Ob. Cit., *La reforma del Código penal de 2015...*p. 185. Igualmente, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 446. Pero agrega que si bien el tipo se consuma con la mera realización de los actos dirigidos al embaucamiento, debe haber existido un riesgo de afectación al bien jurídico protegido para otorgarle un mínimo de lesividad al tipo. Sin embargo, aquí se defiende que no es posible que el embaucamiento como tal produzca una afectación en la indemnidad sexual del menor.

material o imágenes pornográficas -algo que sólo sabe el sujeto activo-, es algo que no deja entrever ninguna puesta en peligro y menos una lesión para el bien jurídico que se pretende proteger.

En segundo lugar, al contemplar que en el material pornográfico se *represente* a un menor, admite la posibilidad de que quien aparezca en las imágenes sea un adulto interpretando a un menor de edad. Así, puede suceder que el material en cuestión ni siquiera contenga pornografía infantil, lo que difícilmente se consideraría que en modo alguno pudiera afectar a la indemnidad sexual del sujeto pasivo⁷⁸⁸, entre otras razones, porque no existiría ningún “sujeto pasivo”.

Y finalmente, cabe la misma consideración en el supuesto que se requiera que aparezca *un menor*. Si bien en este caso efectivamente se hablaría de pornografía infantil, no sería pornografía autoproducida por el menor sino, cualquier tipo de material pornográfico que éste haya podido obtener, en otras palabras, las imágenes o el material pornográfico pueden no ser del propio menor embaucado⁷⁸⁹.

Este supuesto, *como ya se exponía, no sólo entra en clara contraposición con lo que establece la Directiva 2011/92/UE*, que requiere que en la fotografía o videos facilitados quien se represente sea dicho menor –el embaucado-, sino que además colisiona con el principio de lesividad en el entendido de que si el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual concebida como el desarrollo y

⁷⁸⁸ Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (dir.) Delitos. La parte especial del Derecho penal, 3ª ed., Colex, Madrid, 2015, p. 202. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...*p. 705. También en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁷⁸⁹ DE LEMUS VEGA, Francisco, Ob. Cit., El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal...p. 3. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...*p. 704. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *Grooming y sexting...*p.

proceso de formación sexual del menor, no se relaciona la afectación directa de ésta con el hecho de proporcionar una imagen o material pornográfico ajeno⁷⁹⁰.

De ahí que VILLACAMPA ESTIARTE⁷⁹¹ sostenga, que de mantenerse la incriminación de esta nueva forma de *grooming* debería limitarse a la directa solicitud de material pornográfico en que aparezca representada la víctima, postura con la que aquí se concuerda.

En caso contrario, se daría la paradoja de que al ser el menor el que facilita las imágenes pornográficas, que como se dijo bien pueden no ser suyas, en el supuesto de llegar a entregarlas o mostrarlas, y *siendo que, a diferencia del apartado primero, el art. 183 ter 2 no contempla una cláusula concursal, por el principio de consunción* cometería el delito de distribución de material pornográfico de menores regulado en el art. 189 CP, con lo que pasaría de víctima a victimario⁷⁹². Esta situación alcanza alto grado de irracionalidad si se piensa que la conducta puede ser entre menores, por ejemplo, el hecho de que un menor de dieciséis años le solicite a una de catorce le envíe una foto “sexy” y ésta decida hacer un desnudo total frente a una cámara web, podría entrar en la configuración del tipo.

*Ahora, si bien la penalización de las conductas sexuales entre menores quiso ser salvada por el legislador al agregar la cláusula de exención de la responsabilidad criminal que regula el art. 183 quater, como se abordará más adelante, ésta no es aplicable en esta situación en concreto, ello porque esta regla se basa en el hecho de que para evitar la incriminación de tales conductas, la víctima debe haber prestado un consentimiento libre del acto sexual realizado, y en el caso de este tipo de *grooming* se requiere el*

⁷⁹⁰ En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 444.

⁷⁹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...p. 705.

⁷⁹² RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 444.

embaucamiento al menor para configurar la conducta típica, con lo que el consentimiento se entendería viciado⁷⁹³, en tanto en cuanto el embaucamiento constituye un engaño que invalida cualquier consentimiento emitido.

Por lo cual, para evitar la incriminación debería demostrarse que, además de ser próximos en edad, no existió embaucamiento alguno, elemento que al ser indispensable en el tipo, su ausencia implicaría la atipicidad de la conducta. Es decir, el comportamiento no quedaría exento de pena por aplicación de la circunstancia prevista en el art. 183 *quater*, sino que sería atípica por no concurrir los elementos exigidos por el tipo penal, esto es el embaucamiento. Ello si no se interpreta que una diferencia de edad entre los sujetos, aunque sea mínima –imagínese cuatro años-, supondría *per se* un prevalimiento y por tanto un embaucamiento implícito.

Para VILLACAMPA ESTIARTE⁷⁹⁴, de no aplicarse la cláusula de exención de la responsabilidad, supondría la incriminación de supuestos de hecho del

⁷⁹³ PÉREZ CEPEDA, Ana, Ob. Cit., *Nociones fundamentales del Derecho penal...*p. 291.

⁷⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...*pp. 705-708. Sostiene que tal y como está tipificada la conducta, al no ser sujeta de la cláusula de exención de la responsabilidad penal, este apartado regula lo que se conoce como *sexting*, en concreto sexting primario que es el intercambio de imágenes de contenido sexual entre menores; lo diferencia del *sexting* secundario, es que este último consiste en la ulterior difusión, sin consentimiento, de una imagen pornográfica de un menor autoproducida, regulado ya en el ordenamiento español en el art. 197.7 CP. En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, TOL5.204.096. También sobre la idea de que el apartado segundo del art. 183 ter aborda la figura del sexting, véase RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *Grooming y sexting...*p. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 444. Ampliamente sobre el sexting véase MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 168 y ss. AGUSTINA, José R., *¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante en sexting*, REPC, No. 12-11, 2010, pp. 1 y ss. INTECO, *Observatorio de la seguridad de la información, Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo*, febrero 2011, pp. 4 y ss.

denominado *sexting* en Estados Unidos, por medio del cual se les aplica a los menores –solicitantes y autoprodutores de material sexual- los estatutos antipornografía inicialmente previstos para predadores sexuales adultos. Conductas que entre menores, no tienen contenido lesivo alguno para la indemnidad sexual de la supuesta víctima que también puede acabar siendo inculpada⁷⁹⁵. Algo que, no sólo en ninguno de los compromisos internacionales se demanda penalizar, sino que puede conducir también a que se violenten derechos fundamentales de los adolescentes y que se acabe protegiendo a las víctimas de sí mismas, de su conducta irresponsable, a golpe de Código penal sucumbiendo al mismo tratamiento que el de Estados Unidos.

Por otra parte, sin entrar en debate sobre lo que supone la conducta del *sexting*, aquí se sostiene que lo que ha tipificado el legislador español es la fase de amistad del *grooming* en la que el sujeto se gana la confianza del menor y donde se intercambian tanto fotografías como secretos, que bien pueden ser para el propio uso del victimario o para a *posteriori* utilizarlas como chantaje para lograr el encuentro o bien obtener conductas sexuales más explícitas⁷⁹⁶.

Se consideró entonces que esta etapa no estaba cubierta por el apartado primero del art. 183 ter y que era una exigencia de la normativa europea, sin embargo, como ya se fundamentaba, el legislador se ha excedido en la inculpa de las conductas y por otra parte, su regulación tampoco resultaba necesaria, pues si bien el apartado primero del citado artículo no lo cubría en su totalidad, al ser esta forma de *grooming* un claro acto preparatorio

⁷⁹⁵ Agrega que sobre el particular, únicamente las conductas de los supuestos de *sexting* secundario, tienen algún sentido que puedan ganar relevancia penal, si bien en tal caso la duda es si tales conductas deberían tipificarse entre los delitos contra la indemnidad sexual o contra la intimidad o propia imagen. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores...* TOL5.204.096.

⁷⁹⁶ Lo que se conoce como sextorción. En el mismo sentido, DE LEMUS VEGA, Francisco, Ob. Cit., *El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal...*p. 3. DÍAZ CORTÉS, Lina, Ob. Cit., *Una nueva modalidad del denominado child grooming...*p. 1.

de los delitos de pornografía infantil, incluso como forma de tentativa, valga decir con mayor pena, ya estaba recogida en el art. 189 CP, con lo cual también se daba cumplimiento a las obligaciones de la Directiva que no necesariamente estipulaban la creación de un tipo *ad hoc* del *grooming*⁷⁹⁷.

La incongruencia legislativa sobre este artículo ha llegado hasta la imposición de la pena, que si bien en apariencia es más leve a la del art. 183 ter 1 -algo que resulta lógico si se parte del hecho de que en el apartado segundo el potencial lesivo para los bienes jurídicos del menor es teóricamente inferior pues no tiene como finalidad realizar un delito de abuso o agresión sexual, ni exige una propuesta de encuentro ni actos materialmente tendentes a conseguirlo- la pena privativa de libertad del apartado primero es alternativa a una pena de multa, algo que no sucede en el apartado segundo. Es decir, quien realice las conductas descritas en el primero puede ser castigado con una pena de multa, mientras que el que realice la conducta del segundo recibirá inexcusablemente una pena de prisión, algo que no se corresponde con la

⁷⁹⁷ Sobre la idea de que la conducta ya estaba cubierta en el art. 189 CP, véase PÉREZ CEPEDA, Ana, Ob. Cit., *Nociones fundamentales del Derecho penal...*p. 291. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...*p. 704. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 445. Por su parte, DÍAZ CORTÉS, opina que esta regulación está lejos de constituir un acto preparatorio ya que al señalarse “facilite material pornográfico”, puede referirse a material donde no se representen menores. Véase DÍAZ CORTÉS, Lina, Ob. Cit., *Una nueva modalidad del denominado child grooming...*p. 2. Esta interpretación parece un poco restrictiva, pues el facilitar el material pornográfico, debe según la redacción del tipo, correlacionarse con la disposición que se establece adelante, y es que en él aparezca un menor, lo que efectivamente constituye pornografía infantil. No obstante, cierto es que el tipo contempla la posibilidad de que no sea efectivamente un menor el que se aparezca, pero ello se interpreta del hecho de que en las imágenes se represente a un menor, con lo cual puede ser un adulto pareciendo ser adolescente. Ahora, ello tampoco lo desvirtúa totalmente de la conducta típica de pornografía infantil, en el sentido de que el art. 189 CP también contempla esta posibilidad, véase así el inciso c) del artículo mencionado cuando establece: Que “a los efectos de este Título se considera pornografía infantil [...] c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor...”, aunque incluye en esta franja sólo a los menores de dieciocho años pero mayores de dieciséis. Con ello, no debe interpretarse que aquí se defienda la postura de la incriminación de conductas donde no sean efectivamente menores de edad los que aparecen en las imágenes, sino que se ha hecho una interpretación del tipo como tal.

configuración de los delitos⁷⁹⁸, excediéndose una vez más, de la disposición de la Directiva que no prevé requerimiento sancionatorio específico alguno, sino que advierte que debe adoptar las medidas necesarias para que tales conductas sean punibles⁷⁹⁹.

Por lo tanto, desde todos los ángulos posibles, este apartado colisiona con los principios de proporcionalidad y lesividad, principalmente porque no existe una correspondencia entre la redacción del tipo y el bien jurídico que se pretende proteger, actuando más con un paternalismo estatal absurdo, con bases moralizantes que se creían ya hace tiempo superadas y reaccionando cual reflejo a las normas internacionales, más que con la intención de responder a la necesidad de regulación de la figura aquí descrita.

3.3.2. Sujetos

A) SUJETO ACTIVO

Al establecer en la descripción de la conducta típica regulada en el art 183 *ter* del Código penal como sujeto activo “*el que [...]*”, resulta evidente que el legislador lo configura como un delito común que puede ser cometido por cualquier persona responsable penalmente, sin que se requiera mayor calificación o situación específica⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, Ob. Cit., *Ciberacoso...*p. 446. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209.

⁷⁹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming...*p. 703. También en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁸⁰⁰ Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...*p. PANIZO GALENCE, Victoriano, El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming, QDC, p. 25.

La cuestión que surge en este punto es la relativa a la edad de los posibles sujetos pasivos, por cuanto, como ya hemos señalado, el fenómeno de *grooming* se concibe como la interrelación entre un sujeto adulto y un menor: Sin embargo, ninguna referencia al respecto se realiza en la regulación penal, ni en la LO 5/2010, de 22 de junio que introdujo el delito en el art. 183 *bis*, ni tampoco en la modificación realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que lo reubicó en el art. 183 *ter*. Consecuentemente, al no establecer limitaciones expresas el precepto, ello implica que sujeto activo del mismo puede serlo *cualquier persona*, obviamente siempre que pueda ser imputable. Esto por supuesto, incluye tanto personas adultas como a menores⁸⁰¹, siempre que éstos se encuentren en el rango de edad comprendido entre los catorce y los dieciocho años aunque, lógicamente, al tratarse de un menor de edad responderá con aplicación alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, que regula la responsabilidad penal de los menores.

Y es que, si bien es cierto que la regulación del *grooming* gira en torno a la idea de que estas conductas se cometen generalmente de mayores a menores, es decir, el sujeto activo es “frecuentemente” un adulto, hay que reconocer que también son cometidas en gran número por menores de edad, cuyo perfil, como bien expone PARDO ALBIACH⁸⁰² no es el de un menor con una situación familiar y social desestructurada, sino de un menor que dispone de una educación y unos medios de vida (ordenador, Internet, móvil, etc.) que no denotan marginalidad en absoluto.

Sin embargo, el propósito que se expresa en los instrumentos internacionales (Convenio de Lanzarote y Directiva 2011/92/UE), e incluso en la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 que refleja la intención del

⁸⁰¹ MAGRO SERVET, Vicente, *El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal*, en Diario La Ley, No. 7492, Año XXXI, octubre 2010, p. 1428.

⁸⁰² PARDO ALBIACH, Juan, Ob. Cit., *“Ciberacoso: Cyberbullying, Grooming...págs.58-59.*

legislador al introducir el tipo, versaba en la especificación de que los posibles sujetos activos del delito serán los adultos⁸⁰³. Pero finalmente, no quedó contemplado de forma específica en la redacción del supuesto en el caso español, dejando abierta la puerta a que se constituyan como autores tanto adultos como menores.

Esto, como expone VILLACAMPA ESTIARTE⁸⁰⁴, trae la paradoja de que se podría condenar un menor de edad por la comisión de un delito, que el legislador introdujo al ordenamiento penal español para luchar contra conductas abusivas de adultos contra menores, situación, cabe decir, que ya ha ocurrido por lo menos en una ocasión desde que el tipo entrara en vigencia.

Esta situación resulta un tanto llamativa en relación con la inclusión dentro del ámbito típico de conductas que se realizan entre menores de edad, con lo cual parece que pudiera llegar a ser difícil imaginar la posibilidad de que el sujeto activo pudiera aprovecharse de la credulidad, inmadurez, vulnerabilidad e indefensión del sujeto pasivo, por cuanto, siendo ambos menores, esas circunstancias pudieran llegar a darse en ambos sujetos. Por ello, el legislador la ha querido remediar con la inclusión del art. 183 quater que contempla la nueva *cláusula de exclusión de responsabilidad* penal por delitos sexuales cuando medie el consentimiento del menor y el autor sea próximo al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. Sin embargo, esta regla presenta serias dificultades interpretativas como la falta de concreción de lo que debe entenderse por la proximidad en edad –que no tiene ni siquiera un rango establecido-, y grado de desarrollo y madurez, siendo estos dos últimos conceptos muy subjetivos y difíciles de probar que finalmente dependerán de la interpretación que de ello realice el judicial; con lo cual, por la misma

⁸⁰³ Véase supra el contenido de los referidos instrumentos internacionales y la citada exposición de motivos. En el mismo sentido, Daniel, *Ob. Cit., El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p.

⁸⁰⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Ob. Cit., El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

configuración de la cláusula, está lejos de ser ésta una solución para estos casos.

Por otra parte, lo único positivo de que se contemple que la conducta puede ser realizada por cualquiera, es que deja atrás la visión del *groomer*⁸⁰⁵ como el pedófilo⁸⁰⁶ o depredador sexual, aceptando, al menos en cierta medida, que no hay un perfil concreto que caracterice a los autores de este tipo de conductas. Lo que debería haber llevado a la conclusión de que realmente la introducción del tipo no se corresponde con la alarma social que lo fundamenta, menos si se piensa en que sean los mismos menores los sancionados por *grooming*.

Se evidencia con ello, el problema que suscita del hecho de que se introduzca en el ordenamiento jurídico un delito pensando en un tipo autor en concreto, sin que exista ninguna necesidad criminológica real que amerite la intervención penal sobre el fundamento de protección de bienes jurídicos. Esto en el entendido, de que si bien se tiene la creencia de que el *groomer* es el pederasta que pretende finalmente atacar sexualmente al menor, la realidad demuestra que la conducta típica no en pocos casos es cometida entre menores, con lo cual, tendremos la paradoja de que el Derecho penal terminará sancionando por conducta delictivas a aquellos a quienes se pensaba proteger. Estaremos

⁸⁰⁵ WEBSTER y otros, distinguen tres tipos de "*online groomers*" dependiendo de sus necesidades y motivaciones, lo que marcará los ritmos y estrategias de acercamiento, entre aquellos que buscan relaciones románticas e íntimas a largo plazo con menores ("*intimacy-seeking*" o "*distorted attachment offender*"), aquellos que necesitan satisfacer impulsos sexuales de manera inmediata ("*hyper-sexualised offender*"), y un grupo intermedio que se adaptaría a las características del menor y a cómo éste reaccionara durante la dinámica ("*adaptable offender*"). WEBSTER, S. y otros, *Scoping Report: European Online Grooming Project*. European Online Grooming Project for the European Commission Safer internet Plus Programme, London, April 2010, p. 7. Citado por MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Ob. cit.*, TOL4.143.417.

⁸⁰⁶ Así manifestaba LAMARCA PÉREZ "La conducta, prevista en el artículo [...], se concibe en realidad como una modalidad de pederastia...". Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 193.

entonces protegiendo al menor de sus propios actos “irresponsables” cual paternalismo estatal.

En lo que respecta al género del sujeto activo, como sucede en todos los delitos contra la indemnidad sexual, puede ser cometido, tanto hombre como mujer⁸⁰⁷. Aunque, “*Crimes Against Center Research Center (CCRC)*, ha puesto de relieve que la mayoría de los ciber-agresores son hombres, cuya edad media ha disminuido en los últimos años hasta el punto de que en 2009, un 50% de éstos tenía menos de 25 años⁸⁰⁸ [...] aunque comienza a haber estudios que concluyen que las mujeres también pueden estar involucradas en casos de ciberacoso sexual, bien como instigadoras, facilitadoras o participantes”⁸⁰⁹.

Finalmente, cabe agregar que por ser un tipo común éste no presenta mayores problemas de autoría y participación, ni variaciones especiales para el supuesto agravado o para el inciso segundo del mismo artículo.

B) SUJETO PASIVO

Será sujeto pasivo del delito solamente el menor de dieciséis años. Edad por debajo de la cual el legislador español entiende que cualquier consentimiento de carácter sexual que pudiera dar el menor estaría viciado, al carecer éste de la suficiente madurez para decidir sobre su sexualidad y otorgarlo libremente.

⁸⁰⁷ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 229.

⁸⁰⁸ Nótese que cada vez la media se acerca más a la minoría de edad.

⁸⁰⁹ MARTELLOZZO, E., NEHRING, D. y TAYLOR, H. (2010). *Online child sexual abuse by female offenders: An exploratory study. International Journal of Cyber Criminology (IJCC)*, Vol 4, p. 592-609. Citado por MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online...Ob. cit.*, TOL4.143.417.

Cabe recordar que la reforma de 2015 al CP, supuso un incremento de la edad de la víctima que anteriormente estaba contemplada en los trece años. El cambio se debió principalmente a dos razones, la primera la argumentaba el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015⁸¹⁰ y era en función de equiparar la edad del consentimiento sexual con el resto de los países, adecuándose así a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

La segunda, podría derivarse de la demanda, más social que doctrinaria, que sostenía que es en la edad entre los 13 y 18 años donde el menor está más expuesto, ya que en torno a dicha edad se hace más generalizado el uso del correo electrónico, los chat y las redes sociales⁸¹¹.

En esta línea apuntaba HORTAL IBARRA sobre el anterior 183 bis, “el legislador debió elevar la edad del sujeto pasivo hasta los 16 años [...] De esta forma también se protegería a los menores situados en la franja de los 13 a 15 años, quienes tienen mayor probabilidad de acceso a las TIC y, debido a su inmadurez así como a sus comienzos en la exploración de su sexualidad, podrían ser objeto de un ardid que podría derivar en la comisión de un futuro delito sexual”⁸¹².

Lo que contrariamente, como ya se sostenía, aquí se considera un desacierto en razón de que elevar la edad del consentimiento sexual enfocada solamente

⁸¹⁰ Se aludía a la Directiva 2011/93/UE que define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» Véase BOE No.77 de 31 de marzo de 2015, p. 27061.

⁸¹¹ PANIZO GALENCE, Victoriano, El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming, QDC, p. 25. En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁸¹² HORTAL IBARRA, Juan C., *"El nuevo delito de online child grooming (art. 183. Bis Cp): ¿Otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?"*, en Mir Puig, Santiago y Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dirs.), *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

en un análisis comparativo de la legislación, sin determinar si puede ser asumida por la realidad social del país, es un fundamento muy superficial para un cambio tan trascendental como éste.

A este respecto, es necesario señalar que el límite de edad establecido por el legislador de 2015, es un límite de edad meramente cronológico, esto es, la efectiva constatación de cual sea la edad física del sujeto. Con ello deja fuera de la posibilidad de delimitar en sujeto pasivo del delito atendiendo a cualquier otro criterio que no sea el meramente cronológico, esto es, uno que pudiera fundamentarse en el desarrollo psicológico o madurez sexual del menor. Sin embargo, esta disposición variará en los casos donde el autor sea otro menor, o incluso un adulto pero de edad muy próxima a la del menor, dado que la cláusula de exclusión de la responsabilidad basa su aplicación en criterios de madurez psicológica para determinar la responsabilidad penal.

Por otra parte, si bien es cierto que el precepto establece un límite máximo de edad (dieciséis años), no establece ningún límite mínimo de edad en relación con las posibles víctimas, con lo cual deberá entenderse que, al menos legalmente, este no existe. Ahora bien, si bien la edad no ha sido establecida en el rango inferior, es lógico suponer, que por la confluencia de las TIC's en la configuración del tipo, su manejo requerirá una edad mínima para para la utilización de este tipo de dispositivos, que cercaría el círculo de víctimas entre los ocho y los dieciséis años. Es decir, no cualquier menor, de muy corta edad, podría ser sujeto pasivo de este delito por cuanto el comportamiento típico exige una interrelación entre ambos sujetos (activo y pasivo) que no podría ser verificada por un menor de muy corta edad. Ello no obstante, si en algún caso concreto, un menor de edad inferior al rango de los ocho años que acabamos de exponer, llevara a cabo la interrelación necesaria para la producción del tipo penal, no existiría inconveniente legal alguno para poder apreciar la concurrencia del mismo.

Finalmente, en cuanto al sujeto pasivo, se le criticó a este supuesto, tanto en el anterior artículo como después de la reforma, que no se incluyeran a los incapaces como posibles víctimas del delito, que usualmente han acompañado a los menores como víctimas especialmente vulnerables, las que además se sostenía que también “*pueden ser contactados por los medios típicos, y resultar tanto o más frágiles e inermes que aquéllos [menores]*”⁸¹³

Esta exclusión podría estar basada por un lado, en que para poder ser sujeto pasivo, necesariamente se debe hacer uso de las TIC’s, las que para su manejo requerirán una capacidad mínima, que como se acaba de señalar, excluye a los más pequeños y podría también excluir a los incapaces, en dependencia de su afectación. Por otra parte, el legislador ya ha dejado clara su intención de dar cumplimiento a los instrumentos internacionales en los que no se ha contemplado como víctimas del delito más allá de los menores.

Un último aspecto que es necesario poner de relieve en relación con la edad establecida respecto del sujeto pasivo del delito, es que al tratarse de un criterio exclusivamente cronológico, y formar parte de la descripción típica, una errónea apreciación sobre la concreta edad del menor, tendría tratamiento de *error de tipo*, que fuera vencible o invencible, determinaría la atipicidad de los comportamientos, en tanto que no se ha previsto, como veremos en el epígrafe siguiente, la modalidad de comisión imprudente⁸¹⁴.

⁸¹³ ORTS BERENQUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 271. RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 587. En el mismo sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096

⁸¹⁴ Lo cual es un aspecto positivo, tal como analizaremos más adelante, por cuanto el adelantamiento tan desmesurado de la intervención penal que implican este tipo de conductas, resultaría ya insostenible en relación con los comportamientos imprudentes. De hecho, tanto el Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/93/UE demandan la incriminación de las conductas de *grooming* realizadas dolosamente, sin hacer referencia alguna a las cometidas de manera imprudente. De hecho, es preciso señalar que el Convenio de Lanzarote, en su versión oficial en inglés, el art. 23 se refiere a la necesidad de que la proposición que debe incriminarse sea “intencional”, aunque en la

3.4. Elementos del Tipo subjetivo

Las figuras delictivas reguladas en el art. 183 ter del Código penal, se configuran como comportamientos cometidos de manera absolutamente intencional, esto es, nos encontramos frente a un delito doloso por configuración legal y ontológica⁸¹⁵. Como toda modalidad dolosa, que para que pueda constituirse, el conocimiento debe recaer sobre todos los elementos del tipo objetivo, tanto normativos como descriptivos, y la voluntad de realizarlos⁸¹⁶.

En lo que se refiere al primer elemento, el intelectual, el sujeto debe saber lo que hace, es decir, debe conocer todos los elementos y características que conforman la acción descrita por el tipo objetivo, elementos descriptivos, normativos, modalidades típicas, objeto material del delito, resultado, relación causal, medios, modos o formas de comisión, ect.⁸¹⁷. Es evidente que este conocimiento debe ser real, cierto y actual, no resultando bastante un conocimiento potencial; en definitiva, el sujeto debe saber lo que hace, y no es suficiente con que hubiera podido o debido saberlo; ello, no obstante, no quiere decir que deba tener un conocimiento exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo, sino que basta con que sea un conocimiento aproximado de la

versión española de ese documento, publicada en el BOE de 12 de noviembre de 2012, se haya omitido tal adjetivo.

⁸¹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241.

⁸¹⁶ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 234. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (direct.), 3ª ed., Madrid ,2015, p. 199; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte general*, en MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, 9ª ed., valencia 2015, p. 283; CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español. Parte general, Vol. II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid, p.123.

⁸¹⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 200.

significación natural, social o jurídica, o lo que se ha venido a denominar, *la valoración paralela en la esfera del profano*⁸¹⁸.

Así, MUÑOZ CONDE pone el ejemplo de que en el caso de un abuso sexual contra un menor no es preciso que el sujeto activo conozca exactamente la edad de dicho menor, bastando con que aproximadamente se represente tal extremo⁸¹⁹.

Precisamente, hacemos mayor hincapié en el elemento cognitivo⁸²⁰, porque en este caso, el mayor problema para configurar el dolo será el conocimiento de la edad del sujeto pasivo, la cual, como ya hemos dicho, es un elemento esencial del tipo penal y por lo tanto debe ser abarcada en el dolo⁸²¹. De este modo, nos enfrentamos a uno de los principales problemas que se plantean en este ámbito, cual es, como ya señalábamos, el del conocimiento por parte del sujeto activo que aquel a quien se dirige y con quien mantiene contacto es un menor de dieciséis años.

⁸¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 284 y 285; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 19ª ed., Dykinson, 2009, p.85; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 263.

⁸¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, p. 284.

⁸²⁰ Sin embargo, el dolo se completa mediante la concurrencia de un segundo elemento, el *volitivo*, de manera que para actuar dolosamente, además de conocer los elementos del tipo objetivo, es necesario querer realizarlos; y ello implica la necesaria concurrencia del elemento cognitivo, por cuanto nadie puede querer realizar lo que no conoce. De este modo, el “querer” supone la voluntad incondicionada de realizar un hecho típico, con independencia de referencias afectivas de índole valorativa o utilitaria. Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general*, op. cit., p. 201; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 285.

⁸²¹ MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, op. cit., p. 163.

3.4.1. El error sobre la edad del sujeto pasivo del delito

Como ya hemos expuesto en epígrafes anteriores, la exigencia de que se trate de un menor de dieciséis años, constituye un elemento del tipo objetivo del delito, esto es, la realización de las conductas descritas en cualquiera de los apartados del art. 183 *ter* Cp, respecto de un menor de edad, pero que tenga diecisiete años, sería atípica a los efectos del delito de *grooming*. Consecuentemente, esta exigencia se convierte en elemento típico del delito analizado; y como tal elemento típico, necesariamente debe ser abarcado por el dolo del autor. Es, por tanto, preciso que el sujeto activo sepa (conozca) que se trata de un menor de dieciséis años, aquel con quien está contactando y proponiéndole un encuentro, y que, sabiéndolo, quiera (tenga la voluntad) de hacerlo,

La dificultad en cuanto al conocimiento de la edad del sujeto, radica principalmente en dos aspectos esenciales:

- El primero, es que el criterio para determinar la cualidad de sujeto pasivo, y por tanto, para delimitar ese concreto elemento típico, es un criterio meramente cronológico, que no se puede valorar. Esto es, se sabe o no se sabe, se conoce o no se conoce. Resulta evidente que, como ya señalamos con anterioridad, no es necesario que se trate de un conocimiento preciso, bastando con que sea uno aproximado⁸²².
- El segundo, radica en que en el medio en que se desarrolla el delito –internet- una de las ventajas que proporciona es precisamente el anonimato, que puede “favorecer” tanto a sujeto activo como pasivo, con lo cual existen formas de contacto en la

⁸²² En este mismo sentido, como ya hemos expuesto, se pronuncia MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 284.

que no habrá objetivamente posibilidad de conocer que la edad del menor es inferior a 16 años, pues todo dependerá de si el menor quiere revelar su verdadera edad, o si por el contrario tratará de ocultarla refiriendo una edad falsa en la redes sociales o enviando fotografías ajenas o extraídas de la red⁸²³.

De la consideración conjunta de ambos aspectos, queda de manifiesto que en aquellos casos en los que el sujeto activo actúe con desconocimiento sobre el dato de la edad del menor, al menos de manera aproximada, habrá que apreciar un error de tipo sobre un elemento normativo: Sería de aplicación, consecuentemente lo establecido en el art. 14.1 CP, en cuya virtud, sin importar si su carácter es vencible o invencible, se determinara la exención de responsabilidad criminal al no ser objeto de punición esta conducta a título de imprudencia⁸²⁴. Lo cual, lógicamente deberá de probarse tomando en consideración los elementos que rodean al hecho.

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de octubre de 2013, señala, en relación con la apreciación del delito de *grooming* y de abuso sexual a menores de trece años (tal como se establecía hasta la reforma de 2015) que “en relación con el tipo penal examinado, no sólo es suficiente que el sujeto pasivo sea menor de 13 años, sino que es necesario que dicho dato sea conocido por el sujeto activo”⁸²⁵. Se configura de este modo

⁸²³ GALLEGO SOLER, José I, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 440. También FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p

⁸²⁴ FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p. En la misma línea, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*...p. 234.

⁸²⁵ Véase la SAP Valencia núm. 722/2013, de 24 de octubre, que dicta fallo absolutorio tanto por el delito de abuso sexual como por el delito de *child grooming*, al acusado, de 21 años que contacta con una menor de 12 años -pero que manifestó tener como mínimo 14- a través de la red social Tuenti, con la que llega a encontrarse y mantener

un error de tipo que, dada la inexistencia de una modalidad imprudente de esta figura delictiva, determina la atipicidad del comportamiento, incluso en el supuesto de que este error hubiera sido vencible, si el sujeto activo hubiera empleado un mínimo de diligencia para percatarse de la edad concreta del menor.

En definitiva, en aplicación de nuestro ordenamiento jurídico, un error del sujeto activo sobre la edad del sujeto pasivo, fuera este vencible o invencible, daría lugar a la atipicidad del comportamiento realizado. Solución que se diferencia de la ofrecida en otras legislaciones, como la holandesa o la australiana que, tal como ya hemos puesto de relieve, prevén el tratamiento de las situaciones en las que se produjera este error. Así, la descripción de la conducta típica, incluyendo expresiones tales como “crea”, “sabe” o “debería saber” dicha edad, determinan que no se admite el error de tipo sobre este supuesto. En nuestra opinión, esta exigencia supone una carga adicional al conocimiento del sujeto pasivo que contraviene los principios del Derecho penal.

Sin embargo, es preciso reconocer que pueden existir casos en los que el sujeto activo no tenga un conocimiento concreto sobre la edad del menor, pero que actúa con total desprecio sobre este dato. Es decir, el sujeto activo puede que no tenga certeza de que sea un menor de dieciséis años, pero es algo que para él resulta absolutamente irrelevante, sin que, habiéndose planteado la posibilidad de que efectivamente fuera un menor de la edad señalada, hubiese realizado la más mínima acción encaminada a obtener un mayor conocimiento sobre ese dato concreto.

relaciones sexuales; bajo el argumento de que el acusado desconocía que la menor tuviese menos de 13 años, siendo que para poderse registrar en la mencionada red social había mentado acerca de su edad, indicando que contaba ya con 14 años. Por tanto, es con base en la existencia de un error de tipo acerca de la edad de la menor el Tribunal absuelve.

Tal como ya hemos señalado, no es preciso que se tenga un conocimiento exacto de la misma, pero la aceptación de un error de tipo, tanto en su modalidad invencible como en la vencible, determina que el sujeto no se ha planteado siquiera la posibilidad de que el sujeto pasivo fuera efectivamente menor de dieciséis años; más bien al contrario, el sujeto activo actúa en el convencimiento (erróneo obviamente) de que la persona con quien realiza el contacto es mayor de dieciséis años. Y es precisamente, la imposibilidad de salir de su error (invencible) o la falta de diligencia a la hora de tener un conocimiento mas preciso en relación con su edad (vencible), lo que determina que el comportamiento quede fuera del ámbito de tipicidad del precepto.

Por el contrario, en el caso que hemos expuesto, el sujeto no actúa con en convencimiento erróneo, sino que actúa sin conocer exactamente el dato concreto de la edad, pero habiéndose planteado que pudiera ser un menor de la edad típica, sigue actuando porque este extremo le resulta absolutamente irrelevante. Es evidente, que en este supuesto seguimos ante un comportamiento que puede calificarse como conducta dolosa, en la cual no concurre error algo, que si bien no sería un dolo directo de primer grado, sí cabría perfectamente configurarlo como dolo eventual, esto en el entendido, de que en el dolo eventual el sujeto se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual realización⁸²⁶. Y esta admisión consciente de que pudiera darse el hecho típico, por ser el sujeto con el que realiza el contacto un menor de dieciséis años, resulta suficiente para permitir que se excluya la apreciación de un error de tipo en el comportamiento realizado.

⁸²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 287. En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 202 y 203, considera que en el supuesto del dolo eventual el hecho típico y su resultado constituye una alternativa posible cuya realización o no le resulta indiferente. Es decir, se trata de un proceso mental del sujeto que, representándose un riesgo para el bien jurídico protegido, toma una decisión contraria al mismo, aceptando la posible lesión que se pudiera ocasionar.

3.4.2. El elemento subjetivo del injusto en el delito de *grooming*

Tal como hemos señalado, en el delito de *grooming*, de forma adicional al dolo como forma de imputación subjetiva, se ha introducido un especial elemento subjetivo del injusto⁸²⁷, en cada una de las modalidades típicas previstas en el art. 183 *ter* Cp, que ha de concurrir para configurar el tipo:

- Así, en relación con el tipo básico y agravado de *grooming*, previstos en el apartado primero del precepto, se establece la exigencia de que concurra la finalidad de cometer contra el menor los delitos sexuales previstos en los artículos 183 y 189 CP⁸²⁸, pues en caso contrario, al ser esta concreta modalidad

⁸²⁷ ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 270. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241. MONGE FERNÁNDEZ expone que el tipo “exige la concurrencia de un elemento teleológico”. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 235. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, p. 288. Cabe referir que los tipos que presentan elementos subjetivos de lo injusto suelen clasificarse en delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión. Cfr. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Vol. II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid, p.122; en el mismo sentido, LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 19ª ed., Dykinson, 2009, p.91.

⁸²⁸ Esta, fue otra variante que sobre el tipo supuso la reforma de 2015, pues los delitos a los que remitía, anteriormente eran del 178 a 183 y 189 CP, pero en la versión final contenida en el actual art. 183 *ter*.1 CP se incluyen únicamente los delitos contemplados en el art. 183 y 189 CP. Para la doctrina, este es un acierto en el sentido que mejora la versión anterior del precepto, que hacía una desafortunada referencia a los artículos 178 a 183, ello porque los artículos 178 a 181 CP tipificaban las agresiones y abusos sexuales, pero sobre mayores de trece años, y el artículo 182 el abuso sexual fraudulento sobre un menor de edad de entre trece y dieciséis años, por lo que su congruencia con la conducta descrita en el actual artículo 183 *ter* apartado uno era nula. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y sexting*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. Así manifestaban que, efectivamente, lo correcto era referirse al art. 183, pues en él se recogen las conductas contra la

típica del grooming un delito mutilado en dos actos, de faltar un elemento del tipo objetivo -ya sea la propuesta de acercamiento, los actos encaminados al mismo-, o que el sujeto activo tenga una finalidad diversa a la prevista, la conducta sería impune⁸²⁹.

- Respecto del tipo específico, previsto en el apartado segundo del mencionado precepto, se exige la finalidad de que el comportamiento típico se realice para que el menor facilite

indemnidad sexual del menor a que se quiere referir el precepto. Sin embargo, mantener la remisión “*in totum*” al art. 189, nuevamente suscitaba la polémica dada la multiplicidad de conductas que se sancionan en el mismo. Ello porque si la incorporación del delito a la jurisdicción española obedece a los compromisos adquiridos con la comunidad europea, aquí tampoco se ve justificada la remisión al artículo referido, en el sentido de que tanto en Convenio de Lanzarote como la Directiva 2011/92/UE limitan el alcance de la finalidad del sujeto activo a los supuestos de producción de pornografía infantil dejando fuera de él al resto de comportamientos delictivos relacionados como la oferta, distribución o posesión de material pornográfico, lo que supone un exceso del legislador que sobrepasa la intención de las normas internacionales.

De ahí que se haya propuesto una interpretación restrictiva circunscribiendo el ámbito típico, además del art. 183 que regula las conductas de abuso y agresión sexuales a menores de dieciséis años, a las contenidas en la letra a) del art. 189.1, esto es, la captación o la utilización del menor para la elaboración de material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, propuesta que casa mejor con ambas normativas que están en su origen. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)...p.* Tamarit Sumalla, J.M., Ob. Cit., Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)...pp. 171 y ss. GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244-245. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011, p. 289. BOIX REIG expresa que en lo que se refiere al artículo 189, se debía mantener la remisión. BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 357.

⁸²⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172.

material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor⁸³⁰.

En determinados supuestos, a fin de restringir el ámbito de aplicación de algunos tipos delictivos, el legislador incorpora expresamente a la descripción típica del delito, algún elemento subjetivo esencial, cuya presencia, se exigirá además del dolo. Estos elementos subjetivos específicos son especiales tendencias, motivos, fines o propósitos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito⁸³¹.

Dentro de las clases de elementos subjetivos, podemos encontrarnos varias modalidades⁸³², entre ellas aquellos que están constituidos por una tendencia

⁸³⁰ Cfrs. MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis, *La reforma del Código penal de 2015*, op. cit., p. 185; RAMOS VAZQUEZ, Jose Antonio, *Ciberacoso*, op. cit., p. 446; PEREZ CEPEDA, Ana, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, Parte especial*, vol. I, GOMEZ RIVERO (direct.), 2ª ed., Madrid 2015, p. 291

⁸³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, p. 296; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 211.

⁸³² Aquellos tipos penales en los cuales concurre la exigencia de un elemento subjetivo del injusto se denominan como *delitos de tendencia*. Dentro de ellos, se diferencia entre *tendencia interna trascendente* (o delitos de intención) que son aquellos en los que la conducta sólo constituye infracción penal en la medida en que expresamente se acompaña una intención o elemento subjetivo que trasciende al dolo (ej. El ánimo de lucro en el delito de hurto), y los de *tendencia interna intensificada*, que se trata de aquellos supuestos en los que la ley no exige formalmente un ánimo específico, pero su sentido requiere que el sujeto actúe con una tendencia o impulso concreto (así, el delito de abusos sexuales), cfrs., NUÑEZ CASTAÑO, Elena, en *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, pp. 149 y 150; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, 7ª ed., op. cit., pág. 230; BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, Parte General*, op. cit., pp.293 y ss. Dentro de la primera clasificación, puede diferenciarse, así mismo, entre *delitos mutilados en dos actos*, que se caracterizan porque la intención del autor al ejecutar la acción típica debe dirigirse a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, y *delitos de resultado cortado*, que son aquellos en los que el segundo resultado debe derivarse de la acción inicial, sin que exista ningún comportamiento posterior que lo verifique, y sin que sea necesario que este segundo resultado se produzca. Así, establece JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol. I, op. cit., pp. 360 y 361, que en los tipos delictivos que se componen de dos actos, “el legislador a menudo traslada el segundo acto del hecho punible al tipo subjetivo con el objeto de adelantar la línea de protección”; es decir, incluye el segundo acto como un específico elemento subjetivo del injusto,

interna trascendente, esto es por una finalidad o motivo que va más allá de la realización de hecho típico⁸³³. En el caso del grooming, en relación con el apartado primero, la finalidad es cometer un delito de los regulados en los artículos 183 y 189 CP, es decir, la intención del contacto o la propuesta de encuentro trasciende la mera realización de estos actos típicos para dirigirse a una finalidad sexual, misma, que al hablar de menores, a su vez, se convierte en un delito; mientras que en el caso del apartado segundo, la finalidad se concretaría en que el menor facilite material pornográfico o muestre imágenes pornográficas.

Es evidente, como agrega LAMARCA PÉREZ⁸³⁴ que esa finalidad específica o tendencia deberá probarse necesariamente. Y es que precisamente, tanto el dolo como cualquier otro elemento subjetivo del injusto, no sólo para este delito sino en general, son los conceptos que mayor dificultad probatoria encierran, pues recaen en aspecto interno, en la psiquis del sujeto y no todos reflejan con claridad la intención en sus actos, lo que, como afirma MUÑOZ CONDE⁸³⁵, podría conllevar a castigar por meras sospechas.

configurándose como un delito de tendencia interna trascendente; si esa tendencia depende de un acto posterior que debe realizar el mismo sujeto activo del delito, nos encontraríamos ante un delito *mutitado en dos actos*, por el contrario, si se materializa en la finalidad de producción de un resultado que nada tiene que ver con la actividad del sujeto activo, se trataría de un delito de *resultado cortado*.

⁸³³ MIR, p. 281. NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, Lección XIII, El dolo, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, Tecnos, Madrid, p. 196-197.

⁸³⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, p. 194. En el mismo sentido manifiesta VILLACAMPA que el delito integra un elemento subjetivo del injusto de tendencia interna trascendente. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096

⁸³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 232. Vid.

A) Finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 183 y 189 Cp.

El apartado primero del art. 183 *ter* establece la necesidad de que, a fin de determinar la tipicidad del comportamiento del sujeto activo que contacta con un menor de dieciséis años a través de las TIC's, le propone un encuentro y realiza actos de acercamiento es un delito de *grooming*, se constate que la *finalidad* del sujeto es la de cometer, contra dicho menor, alguno de los delitos previstos en el art. 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) o 189 (corrupción de menores y pornografía infantil). Esto es, establece la necesidad de que concurra un especial elemento subjetivo del injusto en su comportamiento, cual es la finalidad de cometer algún delito de naturaleza sexual contra el menor.

Obviamente, al tratarse de una mera finalidad, no es preciso que el concreto delito sexual se haya siquiera iniciado. Caso de ser así, nos encontraríamos ante un supuesto de tentativa de correspondiente delito sexual y no ante un supuesto de *grooming*,

El principal problema que presenta este elemento subjetivo, es que no siempre será fácil determinar cual es la concreta finalidad del acercamiento⁸³⁶

⁸³⁶ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013*, en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 160; Ello porque, como expresa RAMOS VÁZQUEZ, “resulta extremadamente difícil discernir *ex ante* qué conductas están siendo dirigidas a un abuso y cuáles son, simplemente, conductas de atenciones, digamos, sinceras respecto de menores”. Agrega, “por ello en la mayoría de las legislaciones no se castiga el grooming en sí mismo considerado, sino algo muy distinto: la preparación de un delito sexual”. RAMOS VÁZQUEZ, José A., El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, en *Diario La Ley*, No. 7746, Año XXXII, noviembre 2011, p. 585. En el mismo sentido, GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244-245.

que ha realizado el sujeto activo; ello, porque en los supuestos en que medie el engaño, el menor desconoce cuál es la finalidad del encuentro, por lo cual ésta no constará en la comunicación entre ambos. Por otra parte, en caso de que la intención sexual sea del conocimiento del menor, puede que aun así no se encuentre expresamente reflejada en la comunicación, con lo cual habría que entrar a valorar si el contenido de la misma tiene un componente sexual del que se pueda inferir ésta finalidad, o si lo que se pretende es embaucarle para que le facilite material pornográfico según se estipula en el apartado segundo del mismo artículo.

Esto en el hipotético caso de que se puedan recuperar todos los mensajes, correos, videos y demás que se hayan intercambiado los sujetos para efectos probatorios, los que, como manifiesta DOLZ LAGO, “necesariamente habrán que constituirse mediante la prueba indiciaria, por cuanto un aspecto tan subjetivo como el ánimo o finalidad del sujeto activo del delito, salvo confesión expresa corroborada objetivamente, solo puede extraerse mediante indicios probatorios”⁸³⁷.

La necesidad de probar la finalidad sexual en el grooming, proviene de las consecuencias que genera la falta de concurrencia del elemento subjetivo requerido en el tipo. En este sentido, según expone MIR PUIG⁸³⁸, pueden darse

⁸³⁷ DOLZ LAGO, Manuel J., Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, No. 7575, Año XXXII, 23 feb. 2011, p. 1740. En el mismo sentido MONGE FERNÁNDEZ opina que esta redacción resulta, además, peligrosa, pues hacer depender la tipicidad de la intención con que opere el sujeto, algo que es en extremo de difícil o imposible prueba, y de lo que surgen innumerables problemas en la práctica, es de por sí contrario al principio de seguridad jurídica. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 234.

⁸³⁸ Para el primer supuesto expone el ejemplo de tomar un libro ajeno solo con el objeto de usarlo, esto es, sin el ánimo de apropiación. Para el segundo, pone el ejemplo de tomar un vehículo automotor sin ánimo de apropiación, sino solo de utilizarlo por plazo inferior a 48 horas, no constituye hurto, pero sí el delito de utilización indebida de vehículo a motor. MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006, p. 282. Según expone LUZÓN CUESTA, otra consecuencia de la estimación de un elemento subjetivo es la imposibilidad de su

dos supuestos: a) procederá la impunidad si la conducta sin los elementos subjetivos correspondientes no integra ningún otro tipo, b) corresponderá la aplicación de otro tipo penal si la conducta realizada integra otra figura de delito.

De acuerdo con la redacción del tipo de grooming, podemos entonces afirmar que en caso de que no se demuestre la existencia de la finalidad sexual, la conducta sería impune. Esto en el entendido de que los actos que componen el delito son lícitos, así el contacto, la propuesta de encuentro, y los actos encaminados al acercamiento, máxime, si consideramos el hecho, que de por sí, este delito es un mero acto preparatorio del delito que se pretende cometer.

B) *Finalidad de que el menor le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pronográficas en las que se represente o aparezca un menor*

El apartado segundo del art. 183 *ter* Cp, establece de igual modo que el apartado primero, la exigencia de que el comportamiento del sujeto activo, esto es, el embaucamiento del menor a través de las TIC's, se realice con una específica finalidad o propósito, en este caso, la entrega o muestra de material pornográfico por parte del menor. Se constituye, por tanto, de igual manera a como ocurría en el apartado anterior, como un especial elemento subjetivo del injusto, sin cuya concurrencia, la conducta sería atípica a efectos del delito de *grooming*, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

Si es preciso señalar, que al configurarse este requisito como una mera finalidad del tipo, no es necesario que el material pornográfico llegue efectivamente a entregarse o mostrarse. Bastaría con demostrar que esa era la finalidad perseguida, con la consiguiente dificultad probatoria que los elementos subjetivos del injusto acarrearán en este concreto ámbito.

comisión culposa. LUZÓN CUESTA, José María, Compendio de Derecho penal. Parte general, 19ª ed., Dykinson, 2009, p.90.

Por último es preciso señalar en relación con este concreto elemento subjetivo del injusto, que, al margen de su configuración típica que ya fue expuesta al analizar el tipo específico del delito de *grooming*⁸³⁹, que el tipo específico de *grooming* contenido en el apartado segundo del art. 183 *ter* Cp, sólo será de aplicación si, demostrada la existencia de esa finalidad, el material pornográfico no es ni entregado ni mostrado, porque en caso de que así lo fuera, estaríamos ante un delito de distribución de pornografía infantil regulado en el art. 189 Cp⁸⁴⁰. Extremo este que ya había sido puesto de manifiesto por la Fiscalía General del Estado que en su Informe de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se reforma el Código penal, señaló que la previsión de esta conducta resultaba innecesaria porque “si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo y efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico del art. 189. 1 a)”

3.5.- *Iter Criminis*

Al empezar el análisis de la conducta, se definía el delito de *grooming* como un tipo acumulativo en el que la norma requiere que se realice una consecutividad de actos para el delito quede consumado respecto del cual se hace necesaria la constatación de la existencia de específicos elementos subjetivos del injusto, es decir, se puede calificar el delito de *grooming* contenido en el art. 183 *ter*, en sus dos apartados, como un delito de *tendencia*

⁸³⁹ Cfrs. infra Epígrafe II, 3.3.1 C), del Capítulo Tercero.

⁸⁴⁰ Una nueva muestra de que en realidad nos encontramos ante actos preparatorios que han sido elevados a la categoría de delitos autónomos por una exclusiva decisión político criminal del legislador. Cfrs. PEREZ CEPEDA, Ana, *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 291.

interna trascendente, que sólo constituirían infracción penal, siempre y cuando exista una especial intención o finalidad que trascienda al dolo⁸⁴¹.

Ahora bien, configurándose como delito de tendencia interna trascendente⁸⁴² los dos apartados del art. 183 ter, en cuanto en ambos concurre la exigencia de que esté presente una especial finalidad o un específico elemento subjetivo del injusto, la estructura típica de ambos apartados no es la misma. Así, los delitos de tendencia interna trascendente pueden diferenciarse en dos tipos: los delitos mutilados en dos actos y los delitos de resultado cortado. En ambos se encuentra presente la existencia de una primera actividad encaminada o con la finalidad de producir una segunda actividad posterior; la diferencia entre ellos radica en que en los supuestos de *delitos mutilados en dos actos*, ese segundo acto posterior debe realizarse por el propio sujeto activo del delito, mientras que en los supuestos de *delitos de resultado cortado* la producción de la segunda acción o resultado es independiente de la propia acción del sujeto⁸⁴³.

⁸⁴¹ Así, establece JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, op. cit. pp. 360 y 361, que en los tipos delictivos que se componen de dos actos, “el legislador a menudo traslada el segundo acto del hecho punible al tipo subjetivo con el objeto de adelantar la línea de protección”; es decir, incluye el segundo acto como un específico elemento subjetivo del injusto, configurándose como un delito de tendencia interna trascendente; vid. en el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, en *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, op. cit. pág. 150; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 230

⁸⁴² Cfrs. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de online child grooming...*, op. cit., TOL5.204.096

⁸⁴³ Señala JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 361, que en el caso de lo que el denomina *delitos imperfectos de dos actos* basta que “en el momento de la primera acción concurre la intención del autor de realizar más adelante la segunda acción que todavía falta”, sin embargo, distinto sería el caso de los delitos de resultado cortado, en los que “la producción del resultado no se incluye en el tipo, sino que basta la intención del autor dirigida al resultado”. De esta manera, concluye que “mientras en el primer grupo la intención se dirige a un comportamiento ulterior del propio sujeto, en el segundo la producción del resultado producido es *independiente* de la propia actuación del autor”. En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, en *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 150; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., pág. 230; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, Vol. II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid, p.122.

Así, en relación con la conducta descrita en el apartado primero del art. 183 ter, se configuraría claramente como un *delito mutilado en dos actos*, esto es, se deberá establecer un contacto con un menor de dieciséis años, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información mediante el que se proponga concertar un encuentro y realizar actos materiales encaminados al acercamiento, esta sería la primera de las acciones descritas en el tipo penal; y esa primera acción, iría acompañada de un especial elemento subjetivo del injusto que se concreta en la finalidad de realizar de un segundo comportamiento, esto es, cometer un delito de los estipulados en el art. 183 y 189 CP⁸⁴⁴. Es decir, ese especial elemento subjetivo del injusto que se encuentra configurado por la finalidad que persigue el sujeto activo con la realización del primero de los comportamientos descritos, es lo que configura el segundo acto posterior exigido por los delitos de mutilados en dos actos. Sobre esta base, para la existencia de tipicidad ex art. 183 ter 1, se hace preciso que concorra tanto la conducta primera, como la finalidad perseguida. Tal como hemos señalado, si falta alguna de ellas la conducta sería impune. Y, a mayor abundamiento, si la finalidad que se persigue no fuese de contenido sexual, la conducta previa que realiza el sujeto activo sería lícita. En definitiva, como delito mutilado en dos actos, el grooming del apartado primero del art. 183 ter exige la presencia de dos acciones diferenciadas: la primera, la conducta típica exigida en el precepto, y la segunda, la finalidad que se persigue con esa conducta, que depende de una actuación posterior del propio sujeto activo y que constituye el elemento subjetivo del injusto. Sobre esta base, no es necesario que esa finalidad perseguida llegue efectivamente a producirse para poder considerar consumado el delito en cuestión⁸⁴⁵.

⁸⁴⁴ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 232. GALLEGO SOLER, José I, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 439.

⁸⁴⁵ De hecho, si la finalidad se verificara efectivamente, no estaríamos ante un delito de *grooming*, sino ante un delito de abusos o agresiones sexuales o de corrupción de menores, según los casos.

En parte similar y en parte diferente es el caso del apartado segundo del mismo artículo, es decir, se exige la concurrencia de una primer acción típica: el contacto con el menor por los medios descritos realizando actos de embaucamiento, junto con un especial elemento subjetivo del injusto, que se configura como segunda acción: la finalidad de que el menor le facilite imágenes o material pornográfico. Es, por tanto, del mismo modo que el comportamiento contenido en el apartado primero, un delito de *tendencia interna trascendente*, por cuanto exige la concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto. Sin embargo, a diferencia del apartado anterior, no estamos aquí ante un delito mutilado en dos actos, por cuanto la segunda acción posterior, esto es, facilitar el material pornográfico, no es un comportamiento realizado por el sujeto activo, sino una conducta del sujeto pasivo del delito, es decir, el menor. Se trataría, por tanto, de un *delito de resultado cortado*. En definitiva, en este segundo apartado del art. 183 ter, la primera acción del delito la constituye el contacto con el menor mediante las TIC's que produzca un embaucamiento del mismo, mientras que la segunda acción, que constituye la finalidad o el específico elemento subjetivo del injusto, es que le facilite el menor el material pornográfico, esto es, la segunda acción posterior la realiza el propio sujeto pasivo, y, por tanto, independiente del comportamiento del sujeto.

Una vez delimitada la naturaleza del tipo (o tipos penales) contenidos en el art. 183 ter, lo cierto es que al estar ambos apartados como *delitos de tendencia interna trascendente*, es preciso delimitar en qué momento se entienden consumados los mismos. Es decir, dado que en este tipo de delitos concurre la realización de dos actos típicos diferenciados, es preciso determinar si el delito estaría consumado con la realización del primero de ellos, o sería preciso que se produjeran los dos para entender plenamente consumado el tipo delictivo. Así, en relación con el primero de los apartados, habría que establecer si basta con el contacto que suponga actos de acercamiento, o será necesario que se

realice alguno de los delitos contra la indemnidad sexual previstos en el tipo; y en el caso del segundo de los apartados, si nuevamente bastaría el contacto que haya provocado el embaucamiento del menor, o sería necesario que éste efectivamente le facilitara al sujeto activo el material pornográfico.

A este respecto, ya hemos señalado que en los *delitos de tendencia interna trascendente* no es preciso que lleguen a ejecutarse efectivamente las dos acciones previstas en el tipo penal, por el contrario, se entienden consumados desde el momento en el que se realiza la primera de ellas, mientras que la segunda, tal como hemos señalado, se configura como un especial elemento subjetivo del tipo, es decir, una finalidad que si bien es cierto que debe acreditarse su concurrencia, no es necesario que se consiga. Así, sobre esta base, para lograr la consumación del delito de *grooming*, tampoco resulta necesario que se lleguen a conseguir los propósitos que se persiguen o la finalidad requerida para cada una de las modalidades típicas, basta con la realización de la primera de las acciones previstas en cada uno de los apartados del art. 183 ter.

En otras palabras, en el caso del art. 183 ter 1 no se requiere que llegue a existir contacto sexual, ni siquiera, que el encuentro entre ambos sujetos llegue efectivamente a producirse, por el contrario, el injusto típico previsto en este primer apartado quedaría consumado con la realización del contacto con el menor a través de internet mediante el que se proponga un encuentro y se realicen actos encaminados al mismo. Es decir, la acreditación de que se ha producido una propuesta de encuentro y se han ejecutado actos dirigidos a verificar ese encuentro, se configuran suficientes para entender el tipo consumado, independientemente de si efectivamente se ha producido o no el encuentro o si se ha realizado o no el contacto sexual perseguido, que como ya hemos dicho, configura un especial elemento subjetivo del injusto respecto del cual debe demostrarse su concurrencia, pero no su verificación concreta.

Lo mismo ocurre en relación con el art. 183 ter 2 respecto del cual basta el contacto con el menor mediante las TIC's produciendo un embaucamiento sobre el mismo para que se dé la consumación del injusto regulado en el referido precepto, sin que sea necesario que el menor facilite o le muestre el material, acción que constituye la finalidad perseguida por el autor del delito y que lo convierte en elemento subjetivo del injusto⁸⁴⁶.

Surge, sin embargo, un nuevo problema en relación con la figura delictiva prevista en el precepto analizado. Si tal como hemos señalado reiteradamente, en realidad el art. 183 ter, constituye un acto preparatorio de los delitos de los art. 183 y 189 CP, elevado a delito autónomo, ¿sería posible considerar que en éste cabe la tentativa en caso de realizarse sólo algunos de los actos regulados en el tipo, por ejemplo que después del contacto se haga una propuesta de encuentro y no se realice ningún acto posterior dirigido al acercamiento o a embaucarle –según requiere el segundo apartado? Es evidente que la configuración de una tentativa respecto de lo que ya es per se un acto preparatorio implicaría adelantar la intervención del Derecho penal a niveles ya desproporcionados y carentes de toda lógica y justificación, por su absoluta lejanía y falta de capacidad ofensiva respecto del bien jurídico que pretende protegerse. Es decir, si lo que pretende protegerse con este tipo delictivo es la indemnidad sexual del menor, castigar como tentativa, es decir, como potencial peligro para esa indemnidad sexual el comportamiento de quien habiendo contactado con el menor y proponiéndole un encuentro, posteriormente no realiza ningún acto encaminado a verificar el mismo, la pregunta sería evidente ¿dónde está la lesión de ese bien jurídico? ¿cuál sería el comportamiento que directamente lo pusiera al menos en peligro? La respuesta también es evidente: en ninguna parte. La conducta descrita carecería de toda capacidad lesiva, por

⁸⁴⁶ En este sentido, RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, en RECPC 16-06, 2014, p.18. <http://criminet.ugr.es/recpc>

cuanto en nuestra opinión ya carece de capacidad lesiva incluso el propio art. 183 ter incluso habiéndose consumado el injusto previsto en el mismo,

Y es que, precisamente, los actos preparatorios en sí, al ubicarse en un momento intermedio entre la fase interna y la fase de ejecución punible, como expresa MORENO-TORRES HERRERA⁸⁴⁷, “por regla general son impunes, lo que se debe en buena medida, al carácter equívoco de esos actos, que no siempre proporcionan una prueba clara de una incipiente voluntad criminal, o que, incluso, respondiendo a una resolución criminal firme, no necesariamente implican que dicha decisión vaya a mantenerse y a manifestarse a través de acciones peligrosas para los bienes jurídicos protegidos”. Con lo cual estaríamos frente al absurdo de castigar la tentativa del acto preparatorio, cercenando la libertad de expresión y el resto de garantías y derechos constitucionalmente protegidos, al movernos en la frágil línea de castigar por meras sospechas derivadas de simples intenciones, olvidándonos de la máxima de que “*el pensamiento no delinque*”. Ya la doctrina ha definido el tipo penal previsto en el art. 183 ter como un *delito de sospecha*⁸⁴⁸, situación que se estaría agravando sobremanera, de admitir la posibilidad de sancionar por tentativa de estos delitos.

Al margen de todas las consideraciones que acaban de realizarse en relación con la legitimidad o no de la regulación como delito autónomo de lo que no es sino un acto preparatorio de otro delito, y la irracionalidad que implicaría castigar la tentativa de estos comportamientos (esto es, tentativa de un acto

⁸⁴⁷ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *El iter criminis*, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.), *Fundamentos de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 380.

⁸⁴⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20, ed., op. cit., p. 209. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 233; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013*, en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 160.

preparatorio), lo cierto es que la regulación positiva de nuestro ordenamiento jurídico, configura el delito de *grooming* contenido en el art. 183 *ter* Co, como un *delito de peligro (abstracto)* respecto del bien jurídico indemnidad sexual; sobre esta base, y tal como ya hemos manifestado, entendemos que tampoco podría aceptarse la respuesta penal en aquellos casos en los que el comportamiento del sujeto activo se queda limitado a la realización del mero contacto (siempre y cuando pudiera demostrarse la finalidad que perseguía con el referido contacto), por cuanto estaríamos ante una tentativa que quería impune en relación con un delito de peligro como el que nos ocupa, por cuanto la lejanía del comportamiento respecto de una eventual lesión del bien jurídico determinaría la inadecuación e ilegitimidad de la sanción penal⁸⁴⁹.

3.6.- Problemas concursales

En relación con los problemas concursales que pudieran derivarse de la realización de esta conducta típica que, en esencia, constituye un acto preparatorio de otras figuras delictivas, es preciso señalar que haremos referencia en primer lugar, a la solución que consideramos teórica y dogmáticamente correcta, para posteriormente analizar la solución legislativa que se ofrece en el Código penal con la incorporación de la regla concursal en

⁸⁴⁹ Así, partiendo de la base de que los delitos de peligro se trata de casos en los que el legislador decide voluntariamente “anticipar” la consumación, invadiendo el terreno antijurídico que tradicionalmente se reserva a las formas imperfectas de ejecución (cuanto más si se trata incluso de meros actos preparatorios que debieran ser impunes como es el caso analizado), si pretendiéramos castigar a quien sólo intentó consumir un delito de peligro, estaríamos invadiendo un terreno tan alejado de la zona de legítima intervención penal que la sanción carecería de justificación a la luz del principio de lesividad. Así, señala BERDUGO COMEZ DE LA TORRE, Ignacio Y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2004, p. 362, que “habríamos sancionado el «peligro del peligro»”. En el mismo sentido se pronuncia, si bien reconociendo que hay polémica doctrinal al respecto, SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos Y OTROS, *Manual de Derecho penal . Tomo I. Parte general*, 4ª ed., Madrid 2006, p. 346.

el art. 183 ter 1, en relación con la conducta descrita en este mismo apartado⁸⁵⁰, que nos obligará *ex lege* a una solución radicalmente diversa.

3.6.1.- Análisis de los problemas concursales desde el prisma dogmático

A) Relación con el delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años⁸⁵¹

Como se ha expresado anteriormente, el tipo del art. 183 ter no requiere para su consumación que el sujeto activo consiga el propósito sexual pretendido, por lo cual cabe preguntarse qué sucedería si efectivamente llega a realizarse, bien el delito de abuso, o el de agresiones sexuales contemplados en el art. 183 CP.

En este caso, al igual que otros tipos delictivos que tipifican actos preparatorios, estaríamos ante un concurso de leyes que deberá resolverse por medio del criterio de la consunción, con lo cual el tipo del art. 183 ter quedará

⁸⁵⁰ Consideramos, por tanto, que en un estricto respeto del principio de legalidad, esta cláusula concursal prevista en el apartado primero no puede ser aplicada en relación con el apartado segundo. Con ello, la solución que sostenemos como teóricamente correcta, sería, en relación con este segundo apartado, también la legislativamente correcta.

⁸⁵¹ El Capítulo II bis regula “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” (antes de la reforma contemplaba los trece años), así en el art. 183 estipula:

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

subsumido en el delito sexual realizado, es decir, se castigará sólo por el abuso o la agresión sexual cometida⁸⁵².

En nuestra opinión, no cabe otra interpretación dado que tanto en el art. 183 ter como en el art. 183 CP, se protege el mismo bien jurídico que es la indemnidad sexual del menor, sin que además, la conducta del *grooming*, lleve agregado un mayor desvalor del injusto que merezca otro tipo de tratamiento.

Si se diera el caso de que el tipo de *grooming* quedara configurado en su forma agravada, esto es cuando el acercamiento se obtenga por medio de coacción, intimidación o engaño, y además, se consiguiera el propósito sexual pretendido, igualmente el delito del art. 183 ter, aunque sea en su categoría agravada, quedará absorbido por el delito sexual cometido.

Es posible pensar que en esta situación el mayor desvalor que supone la coacción o la intimidación no estaría recogido por el delito sexual realizado, máxime cuando no se trate de una agresión sexual que también contempla estos medios. Sin embargo, a pesar de ello, no se justificaría la tipificación del grooming y además el abuso o la agresión sexual cometida, pues eso implicaría sancionar el acto preparatorio y, a la vez, la realización del delito sexual; por lo

⁸⁵² En el mismo sentido, GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), Derecho penal español. Parte Especial I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624-625. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241. LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. Vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 229. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290. Así agrega GALLEGU SOLER "si efectivamente se mantuvieron las relaciones sexuales, se aplicará el tipo que corresponda del art. 183, tipo especial por progresión delictiva". GALLEGU SOLER, José I, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 440

que, más acertado parecería resolver por medio del concurso de delitos entre las coacciones o amenazas y el delito sexual realizado.

En el caso de que se produjera el encuentro mediante coacción y/o intimidación, sería aplicable exclusivamente el tipo agravado del art. 183 *ter* 1, sin que fuera posible castigar de manera separada las coacciones o intimidación como delitos distintos. Nos encontraríamos ante un concurso de leyes que, por aplicación del principio de especialidad, debe resolverse a favor del tipo agravado de *grooming* a fin de evitar un quebrantamiento del principio *ne bis in ídem*, caso de aplicar ambos tipos delictivos⁸⁵³. En otras palabras, si el encuentro se consigue mediante intimidación, coacción o engaño, pero no se produce un contacto sexual, solamente se aplicará el tipo agravado, pero no se puede pretender castigar además del tipo agravado de *grooming*, un delito de coacción o amenazas.

Llegados a este punto, es necesario precisar que ocurriría en aquellos supuestos en los que, una vez consumado el grooming, no se consume el delito sexual pretendido, sino que solamente lleguen a realizarse actos ejecutivos de estos delitos contra la indemnidad sexual. Un sector de la doctrina considera que la tentativa de los delitos de agresión o abuso sexual absorberá al art. 183 *ter* 1⁸⁵⁴, por cuanto como ya hemos manifestado reiteradamente, se trata de actos preparatorios en la misma línea de ataque contra el mismo bien jurídico, es decir, comenzada la ejecución del concreto delito sexual, los actos previos

⁸⁵³ Así manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, “las coacciones y la intimidación, al formar un delito compuesto, están copenadas en el incremento de penalidad”. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241. Véase en la misma línea, MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 162.

⁸⁵⁴ Véase RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290. También GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244.

encaminados a conseguir el mismo (como son los regulados como *grooming*) quedarían consumidos por estos actos ejecutivos. El problema, y dada la configuración del tipo penal contenido en este precepto, será determinar cuándo se ha traspasado la línea de la consumación del delito de *grooming* y se ha iniciado una fase ejecutiva de los delitos regulados en el art. 183 CP.

En este sentido, si, por ejemplo, se realizaran todos los actos previstos para consumar el delito de *grooming* y además se lograra el encuentro entre el sujeto pasivo y la víctima, en principio sólo se castigaría por el delito del art. 183 ter, dado que, si bien el encuentro en sí no constituye requisito típico para la consumación del tipo penal, tampoco se puede considerar como tentativa de un abuso o agresión sexual el simple hecho de encontrarse el sujeto activo y el pasivo, sin que se realice ningún otro acto que pueda dar inicio a una fase ejecutiva de los delitos del 183 CP.

En este punto, para MENDOZA CALDERON⁸⁵⁵ la cuestión se resuelve según la STS 1696/2003, de 19 de diciembre, que ha considerado, en relación al art. 181.1 CP⁸⁵⁶, que la tipicidad requiere la ejecución de una acción sexual sobre el cuerpo de otro. Siguiendo esta argumentación, podría sostenerse que la necesidad de contacto sobre el cuerpo del otro se configura como principio de los actos ejecutivos de un futuro delito sexual, y por tanto, la línea delimitadora entre el *grooming* y estos. Es decir, posterior a los actos materiales encaminadas al acercamiento, que consuman el tipo de *grooming*, la tentativa de un delito de abuso o agresión sexual, según corresponda, iniciará una vez efectuado el contacto sobre el cuerpo del otro. Esto supondría que cualquier conducta que se ubique entre los actos encaminados al acercamiento y sea anterior al contacto físico con el cuerpo del sujeto pasivo, quedaría abarcada por el desvalor propio del delito de *grooming* sin que pueda implicar una

⁸⁵⁵ MENDOZA CALDERON, Silvia, El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 161.

⁸⁵⁶ Que hace referencia a los abusos sexuales.

sanción mayor ni diferente a aquellos supuestos en los que el encuentro no se hubiera producido, p. ej. el simple encuentro entre sujeto pasivo y activo sin que se lleve a cabo ninguna conducta sexual⁸⁵⁷.

B) Relación con los delitos relativos a la explotación sexual y pornografía infantil⁸⁵⁸

El art. 183 ter establece que la finalidad puede ser cometer bien los delitos regulados en el art. 183, o bien los delitos previstos en el art. 189 CP, más específicamente los delimitados en el apartado primero inciso a) de dicho artículo (art. 189.1. a), que están referidos a la captación o utilización de menores para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico.

Aquí aplicaría lo mismo que para el art. 183 CP, si se produjere la utilización del menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico, estaríamos ante un concurso de leyes que deberá resolverse por

⁸⁵⁷ Es decir una consumación material que en este caso carece de relevancia penal. Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 440.

⁸⁵⁸ El Capítulo V regula “De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores”, así dispone el art. 189:

1. Será castigado con pena de prisión de uno a cinco años:

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

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

2. Serán castigados con pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.

medio del criterio de la consunción, con lo cual el tipo del art. 183 ter 2 quedará absorbido en el delito sexual realizado, es decir, se castigará sólo por la conducta regulada en el art. 189.1 a) CP⁸⁵⁹, que además, como agrega MUÑOZ CONDE⁸⁶⁰, será de preferente aplicación, por tener paradójicamente mayor pena.

La dificultad de esta interpretación, radica en la figura de la “captación” que regula el art. 189, pues ésta, de por sí es una conducta que se ubica en un momento anterior a la utilización del menor para los actos referidos en el tipo, con lo cual hace más complicado delimitar el *grooming* y el delito de captación o utilización de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos. En otras palabras, cómo determinar cuándo hemos pasado de la consumación del delito de grooming y entramos a una fase ejecutiva del delito de captación de menores.

⁸⁵⁹ En el mismo sentido, GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), Derecho penal español. Parte Especial I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624-625. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241. LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 194. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096. MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. Vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 229. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290. Así agrega GALLEGU SOLER “si efectivamente se mantuvieron las relaciones sexuales, se aplicará el tipo que corresponda del art. 183, tipo especial por progresión delictiva”. GALLEGU SOLER, José I, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 440

⁸⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, (2013) ob. cit.,...p. 230. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 231. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación, en Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIV, 2014, p. 706. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, *Ciberacoso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 445.

En nuestra opinión, las conductas que configuren la captación de menores deben tener una especial connotación que la haga merecedora de formar parte de este delito y no considerarse como un acto material encaminado al acercamiento con el fin de cometer el delito del art. 189.1 CP, p. ej., podría ser una vez logrado el encuentro, que el sujeto activo realice una propuesta directa al menor para formar parte de un espectáculo exhibicionista o pornográfico. Todo ello desde la necesidad de otorgar un contenido de injusto al delito regulado en el art. 183 *ter*; caso contrario, de tomarse las conductas descritas en el art. 183 *ter* como captación de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos, se vaciaría de contenido el delito de *grooming* cuando la finalidad fuese la de cometer el delito regulado en el 189.1 CP. Por tanto, deberá interpretarse que la captación requerirá, bien realizarse por medios distintos de las TIC's o bien, de actos más concretos dirigidos a la finalidad referida.

El problema, es que a falta de disposiciones concretas, la interpretación de adecuar la conducta en uno u otro delito, recaerá sobre la instancia judicial que deberá hacer un análisis específico para cada caso según las circunstancias que rodeen el hecho.

En esta misma línea, otra dificultad, supone la inclusión del apartado segundo del art. 183 *ter*, en el que la conducta es realizar actos dirigidos a embaucar al menor para que facilite material pornográfico o muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor.

En este caso, si se llega a facilitar el material o las imágenes pornográficas, como se sostenía, se deberá aplicar el art. 189.1 a) o b), según corresponda, pues el primero cabe en relación a la conducta a la captación o la utilización del menor con fines pornográficos, si fuesen imágenes en las que aparece el menor que las facilita, y el segundo, es decir el inciso b) aplica para la posesión del

material pornográfico para aquellos supuestos que en las imágenes el menor que se presente sea uno distinto al menor que las proporciona.

El verdadero dilema radica en el supuesto de que el menor solamente muestre las imágenes pornográficas sin que éstas lleguen a ser grabadas sino solamente vistas por el sujeto activo de *grooming*. En teoría, se debería aplicar el delito del 189 CP por la conducta de captación, si es que se pudiese probar el hecho. Pero si en las imágenes mostradas no fuese el menor embaucado el que aparece, el resultado pretendido por el sujeto activo del tipo específico de *grooming* no sólo sería impune, sino que además trae la paradoja, de que quien en un inicio fue el sujeto pasivo del *grooming* se podría transformar a su vez, en un sujeto activo del delito del art. 189, en el entendido de que es el menor mismo el que exhibe el material pornográfico.

Por si no fuera suficiente, aun sin producirse el resultado de obtener las imágenes, surge la disyuntiva de qué tipo aplicar, el *grooming* o la pornografía infantil, esto porque el “captar” no supone un medio específico para su realización, pues la captación podría perfectamente darse a través del engaño o embaucamiento. En otras palabras, ¿podría decirse que la conducta de captar a un menor a través del engaño con fines pornográficos regulada en el art. 189.1 a) CP, es algo totalmente distinto que el embaucarlo para que facilite o muestre material pornográfico, por ejemplo un video, en donde sea él mismo el que aparece?

Nuevamente, al aplicar de forma preferente el art. 189 CP, quedaría vacío de contenido el tipo penal previsto en el art. 183 *ter* 2 Cp, siendo la única posibilidad de aplicar el tipo específico de *grooming* el recurso a la aplicación del principio de especialidad en aquellos casos en los que la conducta se produjera por medio de las TIC’s., con la paradoja de que ello supondría un tratamiento mucho más benévolo en cuanto a la pena correspondiente.

Esto deja entrever, además de la incorrecta técnica legislativa empleada en la redacción del tipo, lo innecesario de la regulación del *grooming*, pues la conducta, cuando suponía una puesta en peligro al bien jurídico, ya estaba recogida en el Código Penal por medio de la tentativa de los delitos que se pretenden cometer, tanto los del 183 como los del 189 CP, el que además sanciona como agravante cuando en los actos previstos se utilice a menores de dieciséis años.

3.6.2.- Análisis de los problemas concursales desde el prisma normativo: la cláusula concursal del art. 183 ter

Al margen de lo dicho hasta ahora, y que constituye lo que nos parece la solución correcta dogmáticamente en relación con los distintos problemas concursales que la incorporación del delito de *grooming* plantea, sin embargo el legislador ha querido solucionar los mismos mediante la incorporación de una a cláusula concursal definida en el mismo art. 183.1 ter cuando expresa que las penas previstas para este tipo, se aplicarán “*sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos*”. De este modo, el legislador de 2015, opta por la aplicación de un concurso de delitos, que sanciona de manera separada los desvalores correspondientes a las distintas figuras delictivas, en lugar de un concurso de leyes como se ha propuesto, por un concurso de delitos; es decir, en caso de llegar a producirse alguno de los delitos previstos en los artículos 183 o 189 CP, se aplicarán tanto éstos como el tipo básico o agravado de *grooming* según corresponda⁸⁶¹.

⁸⁶¹ Sobre esta interpretación, véase VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENQUER, Enrique, Ob. Cit., *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España...*p. 1146. GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 244. MENDOZA CALDERON, Silvia, Ob. Cit., *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores...*p. 162. RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y sexting*, en GONZÁLEZ

Sin embargo, la doctrina, de forma mayoritaria se ha pronunciado en contra de la aplicación y la legitimidad de esta regla concursal, entendiendo que se trata de una cláusula distorsionadora⁸⁶², que no debe aceptarse sin más, fundamentalmente sobre la base de dos razones esenciales:

- En primer lugar, tal como sostiene VILLACAMPA ESTIARTE⁸⁶³, no es necesario que una cláusula nos recuerde que cabe la posibilidad de que un delito entre en concurso con otros que eventualmente puedan cometerse, si tal concurso se afirma teniendo en cuenta las reglas generales de resolución de tales situaciones.
- Y, en segundo lugar, por considerar que las cláusulas concursales específicas, ni permiten ni legitiman que se obvие la teoría general del concurso de delitos⁸⁶⁴, pues como en el caso que nos ocupa, castigar como dos delitos distintos el *grooming* y el posterior abuso, agresión sexual, o la pornografía infantil, puede llevar, a una infracción flagrante del principio *non bis in idem* en aquellos supuestos en los que existiera coincidencia

CUSSAC, José L., (dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, Ob. Cit., *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*...p.

⁸⁶² BOIX REIG, J., en Boix Reig, J., *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 358; RAGUÉS I VALLÉS, R., "Los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca", op. cit., p. 290.

⁸⁶³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁸⁶⁴ Argumenta que éstas "pueden conducir únicamente a la afirmación de un concurso de delitos allí donde las reglas concursales la admitirían en los supuestos de concurrencia de un delito de peligro con el correspondiente delito de lesión, esto es, en aquellos casos en que el peligro inherente a la conducta no directamente lesiva no se ha concretado completamente en lesión, por lo que la calificación de los hechos únicamente conforme al delito de lesión no calificaría completamente el desvalor inherente a la conducta". VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

absoluta entre las víctimas de ambos delitos, ya que la duplicidad de sanción no se inspira aquí en una correspondiente doble lesión del hecho, sino que todos los delitos, tanto el *grooming* como los que se pretenden cometer, se orientan hacia la protección del mismo bien jurídico: la indemnidad sexual⁸⁶⁵.

Por todo ello, consideramos, junto con la doctrina mayoritaria que esta cláusula debería desaparecer⁸⁶⁶, desde el prisma del respeto del principio *ne bis in ídem*; y, de hecho, la jurisprudencia en fallos anteriores a la reforma que incluyó la cláusula concursal, se inclinaba por la aplicación de la consunción que consideraba como una solución más acertada.

En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 465/2013, de 3 de octubre, donde describe el hecho de un sujeto de 26 años, que contacta a una menor de 11 años, a través de una red social solicitando a ésta la ejecución de actos de contenido sexual. Los hechos se prolongan durante dos años, hasta que el sujeto activo se traslada a la ciudad donde reside la menor logrando tener encuentros con ella, en los que en algunos casos, realiza abusos sexuales. Todo este período, contempla una situación de amenazas hacia la menor para que accediera a tener relaciones

⁸⁶⁵ En esta línea, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. Vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 229. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales...*p. 290. GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), Derecho penal español. Parte Especial I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624-625. BOIX REIG agrega que “sólo excepcionalmente tendrá virtualidad propia el precepto, si no estamos ante una tentativa o consumación de los aludidos delitos, en cuyo caso se puede hablar de una mera conducta preparatoria elevada a la categoría de delito”. BOIX REIG, Javier, ob. cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*p. 358. Para QUERALT JIMÉNEZ, no parece pese a la alusión legal, que este delito de ordinario vaya acompañado de otros, salvo quizás delitos relativos al abuso de las telecomunicaciones. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, p. 241.

⁸⁶⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

sexuales. Los hechos finalizan el 28 de agosto de 2011, cuando el sujeto ataca a la menor con el fin de matarla ante las negativas reiteradas de ésta a la solicitud sexual, finalidad que no consiguió por la intervención de la abuela de la niña, quien también resultó herida por el sujeto.

En la sentencia se condena al acusado por un delito continuado de abuso sexual del art. 181.1 y 2 CP, provocación sexual del art. 185 CP, amenazas del art. 169.2 CP, una tentativa de asesinato y un delito de lesiones cualificado del art. 148 CP -cuyo sujeto pasivo fue la abuela de la menor -. El Tribunal, a instancias de la acusación sostenida por el Ministerio Fiscal, plantea a este supuesto la aplicabilidad del art. 183 bis CP; sin embargo, concluye que, en los casos de concurso normativo se da una unidad valorativa frente al hecho cometido, por lo cual, la aplicación de uno sólo de los preceptos es suficiente para agotar todo el desvalor jurídico penal de la infracción⁸⁶⁷. Es decir, considera que el desvalor típico del delito regulado en el antiguo art. 183 bis, hoy 183 ter, queda absorbido por el ataque a la indemnidad sexual del menor que configura el delito de abuso sexual.

De la misma manera, se falla en la STS núm. 97/2015, de 24 de febrero, en la que se ratifica la condena del procesado por los hechos iniciados en el mes de septiembre 2012, cuando contacta con un menor de 12 años, al que en diversas ocasiones le propone encuentros para sostener relaciones sexuales, en algunas de las cuales, ofrece pagarle dinero a cambio de la solicitud.

El primer motivo de casación que se alega por la parte recurrente, es la aplicación indebida del art. 187 del Código Penal , en relación con el art. 183 bis de igual texto, ante lo cual el Tribunal declara no haber lugar al recurso de

⁸⁶⁷ Del análisis más detallado de la sentencia, véase DÍAZ CORTÉS, Lina M., *Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores No. 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013), Pronunciamiento sobre el denominado delito de child grooming*, en *Reseñas de Jurisprudencia Penal*, Julio-Diciembre 2013, Ed. Universidad de Salamanca, pp. 351-354.

casación interpuesto por el procesado, por lo que se refirma la sentencia de la instancia que condena al acusado como autor de un delito de corrupción de menores, a la pena de cuatro años de prisión y pena de libertad vigilada por el mismo período. El rechazo de este motivo de casación por el Tribunal se centra en que al no regular el art. 183 bis una remuneración o promesa de ésta, la conducta no se encuentra cubierta por este delitos, que considera plenamente abarcado en el art. 187.1 CP, ya que, según refiere, éste es un delito en el que lo importante para su incriminación no es el acto en sí mismo solicitado, sino el que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prestación del cuerpo propio para la realización de actos de contenido sexual a cambio de precio u otros favores. Por otra parte admite la existencia de un concurso de normas y opta por aplicar el precepto penal más grave, conforme a lo dispuesto en el art. 8.4 CP.

Con lo cual, se puede observar, la jurisprudencia ha considerado, que si se produjera alguno de los delitos previstos en el tipo de *grooming*, lo correcto sería aplicar el concurso de normas, castigando solamente por el delito más grave. Con ello, se devirtua, en nuestra opinión la legitimidad de la cláusula concursal, en tanto que vulneraría gravemente el principio ne bis in ídem.

4. El consentimiento del menor como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales.

La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo incluyó una cláusula que excluye la responsabilidad penal en los delitos sexuales, siempre y cuando sean actos consentidos entre menores. Así establece el art. 183 quater: *“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”*.

Es preciso señalar que esta cláusula no aparecía en la primera versión del Anteproyecto de 2012, sino que fue incorporada ya en la versión definitiva de 2013. Frente a su inclusión, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, por medio de la enmienda No. 561, expresaba:

“...se considera positiva la inclusión de la exención de responsabilidad cuando entre autor y víctima no exista diferencia de edad o madurez. Sin embargo, consideramos que la utilización del concepto “próximo” es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación del juez. Por tanto consideramos más adecuado fijar en tiempo concreto el concepto de “proximidad”, en este caso, 3 años. En este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal⁸⁶⁸, al ser aplicable el artículo 183 conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir “la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores.

Ahora bien, esa escasa diferencia de edad ha de ser tomada en cuenta no sólo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola. Como hemos propuesto la reducción del consentimiento a los 15 años, esta proximidad estaría precisamente en los 18 años. Si se mantiene la previsión del Proyecto de los 16 años, estaría en los 19 años.”

⁸⁶⁸ La Fiscalía General del Estado, expresada en su Circular 9/2011 de 16 de noviembre: «No todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. (...) En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalecimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de anti juridicidad exigible (...)».

Por su parte, el Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de reforma del Código penal, manifestó que el artículo 183 *quater* no suscitaba objeción alguna.

Pero como observamos en la redacción final del art. 183 *quater*, no se tomó en consideración la propuesta de la enmienda.

Cabe decir, que esta regla es bien conocida en el Derecho anglosajón donde se suele denominar *Romeo and Juliet exception*, aludiendo al hecho de que ambos enamorados shakesperianos acababan de entrar en la adolescencia⁸⁶⁹.

Con ella, el legislador español, ha tratado de eximir a los menores de edad que mantengan relaciones sexuales entre sí, para hacer una aplicación más racional del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal, tomando en cuenta, que este supuesto no es ajeno a la realidad social de hoy en día. Y, en lo que concierne específicamente al *grooming*, se intentó subsanar el hecho de que si bien esta conducta está pensada sobre la base del adulto como sujeto activo, la redacción abierta del tipo del art. 183 ter contempla en el castigo de este delito también a los menores infractores, lo que no concuerda ni con los instrumentos internacionales de la materia, ni con la misma exposición de motivos de la reforma del CP español.

Así, el primer efecto que tiene esta regla, como expresa GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁷⁰ es que la presunción sobre la falta de validez del consentimiento

⁸⁶⁹ Véase la referencia al término en RAMOS VÁZQUEZ, José A., ob. cit., *Grooming y sexting...*,p; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096

⁸⁷⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013*, en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 163. Para RAMOS VÁZQUEZ la elevación de la edad mínima necesaria para poder consentir válidamente actos sexuales a los dieciséis años plantea el indudable problema de que, como es natural, los adolescentes por debajo de esa edad se interrelacionan sexualmente con manifiesta

de los menores de dieciséis años en el ámbito de los delitos de abusos sexuales dejaría de tener carácter de *iuris et de iuris* y pasaría a tener carácter *iuris tantum*. Lo que conlleva a fundamentar el carácter atípico de los actos sexuales consentidos entre menores de edad.

Ciertamente, el precepto presenta una solución favorable en aquellos casos de delitos sexuales, no tan remotos, donde la misma persona puede configurarse tanto sujeto activo como sujeto pasivo del tipo, partiendo de que ambas son menores de edad con igual bien jurídico digno de protección.

Sin embargo, debido a su redacción, el artículo no está ajeno de críticas, pues aunque la intención se comprende, en el momento de plasmarla, con el afán de no dejar ningún hueco a la impunidad, el legislador oscurece el precepto haciendo complicada su interpretación y consiguiente aplicación.

Un punto que conviene señalar, antes de valorar los requerimientos del supuesto, es que, si bien el legislador hace referencia a que “*excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo*”, al referirse al consentimiento como la causa que permite aplicar la eximente, los delitos en los que *per se* no medie consentimiento no podrán ser cobijados por este precepto.

Tal es el caso, de aquellos tipos que exigen para su configuración que se den situaciones que influyan sobre la voluntad del menor como puede ser la violencia, intimidación, coacciones o engaño, sobre todo expresados en los tipos agravados, o en el mismo subtipo de *grooming* del art. 183 ter 2 que

asiduidad. Lo que acarrea una serie de distorsiones: básicamente, en primer lugar, la proliferación de abusos sexuales recíprocos entre los menores, pues la responsabilidad penal se inicia a los catorce años y es de prever que el cambio legislativo no habrá de suponer un cambio en la conducta sexual de nuestros jóvenes. Véase RAMOS VÁZQUEZ, José A., *Grooming y sexting*, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p.

contempla la figura del embaucamiento, que también influye en el consentimiento del menor⁸⁷¹.

Por lo cual, debe entenderse que en cualquiera de los delitos que no medie el consentimiento o éste se encuentre viciado, incluso en el tipo de *grooming*, subsistirá la responsabilidad penal del autor, aunque sea un menor de edad.

Ahora, claro está que aquellas conductas que estén fuera del capítulo señalado, no estarán cubiertas bajo este supuesto, aunque sean delitos relacionados, por ejemplo, los de pornografía infantil. Aquí se observa el absurdo de que si un menor contacta a otro menor por medio de las TIC's, le propone un encuentro y después de conseguido éste, mantienen relaciones sexuales durante las cuales deciden grabarse en video, la eximente sería aplicable para el *grooming* y el abuso sexual, pero no para la producción de pornografía infantil, con lo cual por ese delito si serían penalmente responsables⁸⁷².

A este supuesto se adelantaba ya la Fiscalía General del Estado, cuando en su Circular 9/2011 de 16 de noviembre exponía: *“Ha de considerarse también que cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila. Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y*

⁸⁷¹ En el mismo sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José A., ob. cit., *Grooming y sexting...*,p. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096 Opina GARCÍA ÁLVAREZ que no podría admitirse el consentimiento en casos de actos de carácter sexual mediando violencia e intimidación tratándose de menores de dieciséis años, cuándo tal previsión no existe de forma específica para los adultos. Véase GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, Ob. Cit., *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal...*p. 163.

⁸⁷² Véase sobre esta línea, RAMOS VÁZQUEZ, José A., ob. cit., *Grooming y sexting...*,p

teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores (...) Estas pautas también son extensibles al nuevo delito de captación de niños y niñas por medio de internet con fines sexuales (grooming) (art. 183 bis CP) al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP)”. No obstante, este criterio no fue recogido en la regulación por el legislador español.

Son varios los elementos que configuran la cláusula que estamos analizando:

a) ***El consentimiento libre del menor de dieciséis años***

En primera instancia, debemos hacer notar que se expresa de forma generalizada que el consentimiento del menor excluirá de responsabilidad penal, sin especificar ningún mínimo de edad requerido, es decir, se podría contemplar como válido el consentimiento de un menor de ocho, nueve o diez años, casos en los cuales, hubiese sido conveniente conservar *iuris et de iure* la irrelevancia del consentimiento sexual prestado por éste, sobre todo porque, como se expondrá en adelante, los restantes requisitos como la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez, no ofrecen ninguna aclaración⁸⁷³.

La incapacidad del menor de dieciséis años para disponer de su sexualidad y por tanto, prestar su libre consentimiento en esta materia, como acabamos de referir, contenía una presunción *iuris et de iure*, -que no admite prueba en contrario-, por lo cual, no se permite indagar las condiciones del menor para confirmar la existencia de esa capacidad que la Ley considera incompleta⁸⁷⁴.

⁸⁷³ En el mismo sentido sostiene GARCÍA ÁLVAREZ: “entiendo que en este contexto el legislador debería de haber blindado a los menores de determinadas edades y que su consentimiento no pudiera entenderse como válido en supuesto alguno, por ejemplo hasta los trece años”. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, Ob. Cit., *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal...*p. 164.

⁸⁷⁴ RAMÓN RIBAS, Eduardo, *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, P. 25

Conviene mencionar que tanto la jurisprudencia⁸⁷⁵ como la doctrina ya se oponían a que la capacidad del menor de brindar su libre consentimiento en materia sexual fuera un concepto *iuris et de iure*, alegando de que las conductas sexuales consentidas entre menores carecían de relevancia penal pues no eran actos que atentaran contra la indemnidad sexual. Esto basado principalmente en el hecho de que no todos los tipos penales ameritaban tal concepción, p. ej. no tiene la misma connotación una relación sexual entre uno de dieciséis con uno de veinte años, que un beso entre un menor de trece años y uno de quince.

Unido a ello es preciso señalar que para que pudiera considerarse que el consentimiento prestado es efectivamente *libre*, no podría concurrir en el comportamiento ni violencia, ni intimidación, ni engaño que invalidaría el consentimiento emitido de manera automática.

Esta concepción, por tanto, parece cambiar con el precepto aquí analizado, pues permite en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias catalogar como válido en consentimiento sexual del menor. Pero para ello, se deben dar otros presupuestos.

b) ***Proximidad en edad***

En lo que respecta a que el autor debe ser una persona próxima al menor por edad, se plantean dos dificultades: primero, qué es lo que se debe entender por el concepto de proximidad, pues el precepto no plantea ningún rango específico –al contrario de lo que proponía la enmienda del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, que fuera de 3 años- dejando la brecha abierta a la interpretación; y segundo, dentro de esta proximidad, al no establecer un

⁸⁷⁵ Véase a este respecto, STS 476/2006, de 2 de mayo.

máximo ni un mínimo en la edad, se permitiría contemplar la posibilidad de que estén abarcados tanto menores como mayores de edad⁸⁷⁶.

Es decir, partiendo de estos dos supuestos, podrían darse innumerables variables y todas estarían cobijadas bajo la cláusula, por ejemplo, el caso de que el autor tenga dieciséis años y la víctima catorce, que ambos tengan catorce años, que el autor tenga diecinueve y la víctima dieciséis, que el autor tenga catorce y la víctima once, y así sucesivamente. Interpretaciones que estarían resueltas si se hubiese tasado la diferencia de edad permitida, lo que como apunta RAMOS VÁZQUEZ⁸⁷⁷, se haría con el sentido de ofrecer seguridad jurídica.

Sobre esta base, y dada la indefinición que se desprende de la redacción típica del precepto, consideramos que, siendo que la cláusula no establece un criterio específico de que sólo los menores, tanto desde la perspectiva de sujetos pasivos como activos, podrán ser abarcados en ella, cuando dispone *que el autor sea una persona próxima al menor por edad* deja abierta la posibilidad de incluir en ella a los adultos.

El problema será establecer el límite de edad máxima de los adultos que se puedan incluir en ella. En este sentido, haciendo una interpretación basada en la intención del legislador al incorporar esta regla, creemos que mientras más se acerque la edad del adulto a la edad del menor, se podrán considerar cubiertos por el precepto. Así, estará exenta de sanción penal, la conducta sexual realizada entre un menor de dieciséis y un adulto de diecinueve, o edad cercana.

⁸⁷⁶ Manifiesta VILLACAMPA que es cierto que la cláusula Romeo y Julieta permitirá, en supuestos de *grooming*, excluir la responsabilidad criminal tanto de jóvenes delincuentes que han alcanzado ya la mayoría de edad como de menores que pueden ser considerados responsables penalmente conforme a la LO 5/2000. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁸⁷⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José A., ob. cit., *Grooming y sexting...*p

Es evidente, que no aplicará la cláusula para la relación de un menor de dieciséis años con un adulto de cuarenta, por ejemplo; esto basado en el hecho de que no sólo se amplía la distancia entre ambas edades de forma abismal, sino que la madurez psicológica entre uno y otro no sería equiparable. En otras palabras, la proximidad en edad es un concepto que está directamente relacionado con la prevalencia de un sujeto sobre el otro, por tanto, más que evaluar la edad en sentido numérico se debe hacer en función de que la brecha de desarrollo y madurez entre ambos sujetos, no suponga un grado de prevalencia que desvirtúe el “libre” consentimiento del menor.

Y es que, la proximidad desde el criterio cronológico no basta para cumplir con la exigente, sino que además, ésta debe acontecer en el grado de desarrollo o madurez.

c) ***Proximidad en grado de desarrollo y madurez***

Parece entonces que al incluir este elemento, los requisitos de edad y de madurez o desarrollo son cumulativos y no alternativos, es decir, no basta con una proximidad en la edad sin proximidad en el grado de desarrollo o madurez y viceversa.

Con lo cual, de facto, como expone RAMOS VÁZQUEZ⁸⁷⁸ se está haciendo gravitar el peso de la exigente sobre este último requisito, que de por sí genera incertidumbre al ser un aspecto muy subjetivo que debe ser valorado por el judicial en cada caso en concreto, con las evidentes dificultades probatorias que ello puede suponer. Siendo así, aunque la relación sexual entre menores

⁸⁷⁸ Ídem

próximos en edad, sea con consentimiento, sin mediar violencia, intimidación o engaño, si hay una notable diferencia de madurez, la conducta será típica⁸⁷⁹.

Este supuesto, puede además traer como consecuencia que la mayor madurez sexual de uno u otro, repercuta de manera negativa para la valoración judicial, piénsese por ejemplo, en el caso de que ambos sujetos sean menores de edad, ¿sobre quién recaería entonces la sanción penal? Parece evidente que sobre el más maduro, el de mayor experiencia, o el que domine y este mejor informado en materia sexual. Siendo así, se consideraría con un carácter negativo, una serie de circunstancias ajenas a la afectación del bien jurídico, como puede ser el entorno social o educativo del menor que lo lleve a entender con mayor claridad la materia sexual⁸⁸⁰.

Con lo cual, según este aspecto, ya el sujeto pasivo no será valorado solamente por su condición de menor, sino por la condición de menor ingenuo.

Es por todo lo expuesto, que consideramos que con esta “solución” que ha presentado el legislador ante los problemas que suscitan de aquellos delitos sexuales cometidos entre menores, si bien la intención ha sido acertada, por la forma de su configuración, basada en una mentalidad punitivista, se han producido más inquietudes que aclaraciones, resumiendo algunas por ejemplo, ¿quién podrá finalmente considerarse como autor bajo estos criterios, el que tenga más edad, el varón, el más maduro, el más desarrollado biológica o psicológicamente?; ¿la mayor madurez implica *per se* un prevalimiento?, o

⁸⁷⁹ Así opina VILLACAMPA cuando manifiesta que la hermenéutica de conceptos como la proximidad del autor a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez es suficientemente abierta como para que una interpretación restrictiva de esta disposición permita continuar incriminando conductas de menores de edad por la comisión de conductas de *online child grooming*. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁸⁸⁰ Piénsese por ejemplo en aquel menor que estudia en una escuela que tiene como materia la salud sexual y reproductiva.

como expone GARCÍA ÁLVAREZ⁸⁸¹, ¿podría la madurez equivalente de los implicados hacer que una diferencia de edad entre ellos más relevante, careciera de importancia? Son interrogantes que están lejos de ser respondidas con esta cláusula, y que, como se apuntaba, deberán ser resultar a criterio del juez según corresponda.

⁸⁸¹ La solución hubiese estado, según esta autora en “que el legislador hubiera mantenido los trece años como edad en la que la falta de validez del consentimiento prestado en este ámbito careciera de relevancia con carácter de *iuris et de iure* y, a partir de esa edad, admitido la atipicidad de las relaciones sexuales consentidas libremente que puedan mantener con otros menores o con adultos, siempre y cuando no sea mediando violencia, intimidación, o con un consentimiento viciado por engaño u obtenido por prevalimiento”. Véase GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, Ob. Cit., *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal...*p. 165.

CAPITULO CUARTO

LA REGULACIÓN DEL DELITO DE GROOMING COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Una de las principales características que ha tenido el ordenamiento jurídico penal en nuestro país en los últimos tiempos, concretamente desde la aprobación del Código penal de 1995, conocido con el nombre de *Código penal de la democracia*⁸⁸², es la continua y profunda reforma del mismo, que han sido generalmente realizadas por razones de política criminal, en épocas prelectorales y a “golpe de telediario”. Es por ello que, acertadamente, afirma NUÑEZ CASTAÑO⁸⁸³ que “al margen de la irracionalidad y el atentado a la seguridad jurídica (entre otros principios) que muchas (si no la mayoría) de estas reformas puedan implicar, lo cierto es que responden a las características del Derecho penal de la seguridad que hemos apuntado previamente; en ellas, el legislador se hace eco de las demandas sociales de una mayor seguridad, legislando a impulsos en materias que, presuntamente, implican alarma social.

⁸⁸² No podemos olvidar que el Código penal de 1995, sustituyó al Código penal de 1944, Texto Refundido de 1973, que se había aprobado durante la Dictadura de Francisco Franco; a pesar de las distintas y profundas reformas que sufrió el texto penal, sobre todo a partir de la Constitución de 1978, y de los distintos intentos, desde el Proyecto de Código penal de 1980, de modificar el texto penal, no fue sino hasta 1995 cuando por fin se aprueba un nuevo texto, a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, que entra en vigor de Mayo de 1996. Es por eso que, al ser el primer texto penal íntegro que se aprueba en nuestro país tras el regreso de la democracia, se le conoce como tal, esto es, el *Código penal de la Democracia*. Sin embargo, las incontables, sucesivas, profundas e irracionales reformas penales que ha sufrido desde aquel momento, provocan que nada o casi nada quede de aquel texto penal, y tampoco del espíritu de democracia, respeto incondicional e inflexible de los principios penales y de los derechos y garantías de los ciudadanos, que determinó su primera denominación.

⁸⁸³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 31.

De hecho, la gestión estatal de la seguridad/inseguridad, se caracteriza por el endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social; endurecimiento que se manifiesta a través de reformas jurídicas de mayor corte represivo”⁸⁸⁴.

Y dentro de estas propuestas de seguridad ciudadana, los principales ámbitos de donde procedían los “riesgos” y, consecuentemente, donde se exigía una mayor intervención del Estado, se centraban en la delincuencia organizada, la delincuencia violenta y/o sexual, y la delincuencia habitual⁸⁸⁵, y, curiosamente, estos son los ámbitos a los que se refieren las reformas realizadas. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, afirma que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar”, o la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (ya la propia denominación de la Ley es clara al respecto) donde se afirma que “la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Es, por ello, que nuestro texto penal, ha pasado de denominarse *Código penal de la democracia*, a *Código penal de la seguridad*, donde la flexibilización de los derechos y garantías en determinados ámbitos, el adelantamiento de las barreras de intervención penal, la tendencia prevencionista, la criminalización del *modus vivendi*, o peligrosidad del sujeto, se convierten en los principales ejes de la regulación penal.

⁸⁸⁵ Como podemos apreciar, nada tienen que ver estos ámbitos señalados, con los propios del moderno Derecho penal, y de la expansión del mismo, esto es, orden económico, medio ambiente, fraudes alimentarios o de medicamentos, corrupción, etc.

⁸⁸⁶ Continúa afirmando la mencionada Exposición de Motivos que “son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones,

Y esa intervención exigida por la sociedad se refería a tipos delictivos ya existentes, estableciendo un incremento de penas y un adelantamiento de la intervención penal. Así se pone de relieve por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, de modificación del Código penal, donde se señala que “la reforma penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual”. Es decir, en los últimos tiempos, la “obsesión” por la seguridad de nuestro legislador, y la manifestación de la intención de estar dispuesto a conseguirla a costa de lo que sea, ya encuentra plasmación positiva, y así, prueba de ello son las recentísimas Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo, de reforma del Código penal, donde lo que hemos dado en denominar *Derecho Penal del enemigo*, se convierte en el espíritu informador de las mismas. Así, se introducen penas draconianas (entre ellas, la prisión permanente revisable, de dudosa constitucionalidad), se incrementan desmesuradamente las penas, se sancionan actos preparatorios con nula potencialidad lesiva respecto del bien jurídico como delitos autónomos, se criminaliza la forma de ser o de pensar, acercándose peligrosamente (si es que ya no está plenamente incluida en el) a lo que se ha dado en llamar *Crimen de pensamiento*, etc.

delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”; en este punto, señala NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op. cit., p. 32, nota 105 que “ la pregunta es evidente en mi opinión: ¿adecuada a qué? ¿adecuada al desvalor del hecho cometido? ¿adecuada a la vivencia subjetiva de la víctima? ¿adecuada a la forma de vida del autor? ¿adecuada a los intereses políticos de turno? La respuesta a esta pregunta nos permitirá determinar en que tipo de sistema nos encontramos. Si la adecuación se refiriese al primero de los supuestos, es decir, al hecho que se realice, estaríamos ante un Derecho penal respetuoso de los principios y garantías penales; desgraciadamente, no es a ese supuesto al que se refiere esa adecuación”.

Son muchos los ejemplos en los que se puede apreciar esta tendencia del legislador a criminalizar modos de vida o personalidades de los sujetos, y entre ellas se encuentra la de conductas que constituyen meros comportamientos “inmorales” sobre todo en el ámbito sexual y de menores⁸⁸⁷, que no reúnen, en sí mismos, aptitud idónea de lesionar el bien jurídico en cuestión.; es el caso del delito de posesión, *para su propio uso*, de material pornográfico en cuya elaboración (en la cual no ha participado el sujeto que lo posee) se haya utilizado a menores de edad y/o incapaces⁸⁸⁸. De este modo, lo que se está castigando es una especie de *favorecimiento indirecto* de la pornografía de menores, sobre la base de que ésta se realiza porque hay quien la consume, que contribuye igualmente a la comisión del hecho. Innegablemente, este comportamiento puede resultar, y resulta, absolutamente reprochable tanto moral como socialmente, pero esta reprochabilidad no es suficiente para legitimarlo como tipo penal autónomo, cuyo único contenido del injusto fuera la criminalización de determinados comportamientos o hábitos sexuales de aquel que no ha intervenido de manera directa en la lesión de la

⁸⁸⁷ La alarma creada con el aparente incremento de los abusos sexuales de menores y la utilización de Internet para difundir pornografía infantil provocaron en 2003 una serie de reformas del Código penal, precedidas por la introducción en 1999 del delito de corrupción de menores, y que ha tenido sus últimas manifestaciones en las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el delito de *grooming*, y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que lo modificó profundamente, de manera que se han criminalizado comportamientos que son meros actos preparatorios de posteriores delitos sexuales carentes de la más mínima aptitud lesiva respecto del bien jurídico protegido. En realidad, como afirma MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, cit., pág. 94, “*se hace difícil imaginar una corrupción que no sea un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código penal. Pero el legislador, en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la indemnidad sexual del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en anteriores delitos, deba ser castigado*”. Esta misma argumentación es plenamente trasladable al delito de *grooming*.

⁸⁸⁸ Art. 189, 5 del Código penal, introducido en su actual redacción por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de Marzo.

indemnidad sexual del sujeto pasivo mediante la elaboración del material pornográfico en sí⁸⁸⁹. Y resulta muy discutible afirmar que el visionado o la posesión para el consumo de este tipo de material lesione el bien jurídico libertad o indemnidad sexual, sino que éste ya se ha visto lesionado por la conducta previa de elaboración en la cual no participa el consumidor⁸⁹⁰. De este modo, se evidencia la influencia del Derecho penal del enemigo en esta regulación donde, a través de la presunta protección de un bien jurídico inexistente, se solapa la persecución de una tendencia sexual determinada que, “por muy aberrante que pueda parecer, no es per se, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal”⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Así, afirma RAMOS VAZQUEZ, José Antonio, “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, cit., pág. 111, que “*la persecución del pedófilo supera los límites admisibles en un Derecho penal democrático, entroncando con regulaciones propias, efectivamente, de un «Derecho penal del enemigo»*”.

⁸⁹⁰ La introducción de estos tipos penales ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Así, a favor de este tipo de regulación se ha pronunciado GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, afirmando que “*el adquirente de pornografía infantil, por una parte, y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas (a veces de menores de 5 o 6 años, o, incluso, de bebés) perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente, y, por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante «industria» que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquella sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores*”, cfrs., “La reforma de los delitos sexuales”, en *Prólogo al Código penal*, 5ª ed., Tecnos, Madrid 1999, págs. 18 y 19. Críticamente, en contra de esta regulación, TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000; RAMOS VAZQUEZ, José Antonio, “Del otro lado del espejo:...” cit., págs. 112-115, planteándose si realmente existe en estas conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido, afirmando que la repulsión que dichos comportamientos produzcan no debe representar un argumento a favor de la penalización de quien, sin haber participado en los hechos grabados, satisfaga sus impulsos sexuales visionándolos. Este último autor, afirma, acertadamente, que “*argumentos de índole emocional, si se me permite la expresión, deben quedar fuera de la reflexión penal, pues de lo contrario, como considero que sucede en el presente caso, se castiga una tendencia sexual (o trastorno sexual, o parafilia) en vez de una auténtica lesión de un bien jurídico*”, ult. op. cit., pág. 113.

⁸⁹¹ Cfrs. RAMOS VAZQUEZ, José Antonio, “Del otro lado del espejo:....”, cit., pág. 113.

Y la situación se agrava todavía más al enfrentarnos a lo que, tras la reforma de 2015, se considera “pornografía infantil”, en el art. 189. 1, párrafo segundo, donde se incluyen supuestos en los que el material pornográfico se refiere a “personas que parecen ser un menor” (con lo que consecuentemente no lo son, porque estarían incluidos en otro apartado) e “imágenes realistas de un menor” (con lo es preciso interpretar que no se trata de un menor real, sino de imágenes simuladas de manera muy real de un menor). Y aquí es ya donde no se entiende nada, si no es desde el planteamiento del Derecho penal del enemigo consistente en la sanción e inculpa de los que tengan determinadas tendencias consideradas “inmorales” por el legislador de turno, en este caso concreto, tendencias pederastas. Porque, si no se utilizan directamente menores e incapaces, resulta obvio que los actos realizados (esto es, la producción o difusión del material pornográfico, en esos dos casos concretos) en modo alguno incide sobre el menor o incapaz, y consecuentemente, difícilmente puede lesionar bien jurídico alguno que se predique de estos⁸⁹², y si no lo lesionan quien directamente produce o difunde el material, dado que no existe bien jurídico que se lesione, ¿cómo podría lesionarlo quien simplemente lo adquiere para su posesión?

Es aquí donde adquieren pleno sentido las palabras de FARALDO CABANA⁸⁹³ al afirmar que “la función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto como no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a

⁸⁹² Cfrs. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Las reformas de la parte especial ...”, cit., pág. 10.

⁸⁹³ Cfrs. FARALDO CABANA, Patricia, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de Junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (direct.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004., pág. 311.

elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma”.

En este punto, es preciso señalar que tal como hemos ido exponiendo a lo largo de los capítulos anteriores de este trabajo, el delito de *grooming*, que ha sido criminalizado de manera autónoma por la Ley Orgánica 5/2010, y modificado posteriormente por la 1/2015, parece responder a esta tendencia de política criminal que, como acabamos de exponer, ya se encuentra claramente incorporada a nuestros ordenamientos jurídicos.

Los delitos de naturaleza sexual que tienen como sujetos pasivos a menores, generan no sólo gran conmoción social por lo reprochable de las conductas que regulan, sino una importante alarma que provoca el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías que hacen los menores y los enormes riesgos a los que, con ello, se exponen. Esta situación es lo que ha provocado una mayor demanda de “rigurosidad” penal, y de protección a ultranza contra quien se ha convertido en el *enemigo* de la sociedad tanto por lo reprochable de su comportamiento, como por la peligrosidad de su forma de ser o de vivir; y ello, aún a costa de la restricción de determinados derechos y garantías, es decir, la incorporación del *derecho penal del enemigo* a nuestro ordenamiento jurídico.

De ahí, afirmamos que la regulación del *grooming*, no sólo responde a las directrices internacionales encaminadas tanto a la sanción de estos comportamientos, como a la prevención de los mismos a toda costa, sino a satisfacer el clamor social que propugnaba como indispensable su incorporación en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, ya hemos puesto de relieve a lo largo de todo este trabajo que, en nuestra opinión, esta regulación como tipo penal autónomo de las conductas constitutivas de *grooming* resulta absolutamente innecesaria por cuanto su desvalor quedaba perfectamente abarcado por otras figuras delictivas que ya recogía el Código penal. Es decir, no cuestionamos la necesidad de que el bien jurídico

indemnidad sexual del menor sea merecedor y esté necesitado de protección, pero consideramos que esa protección ya se realizaba mediante los tipos preexistentes a la introducción del *grooming* en relación con los comportamientos que implicaban peligro para el bien jurídico. El resto de conductas susceptibles de calificarse con la actual regulación, como constitutivas de *grooming* no sólo no representan en nuestra opinión la menor capacidad lesiva respecto del bien jurídico, sino que se trata de meros actos preparatorios que se han elevado, por razones de política criminal, a la consideración de tipo penal autónomo.

Además, el legislar a golpe de noticia en algún medio de comunicación - muchos de ellos, lejos de ser serias fuentes informativas-, trae como resultado delitos como el aquí abordado, de confusa redacción, incoherente entre sí y con el resto de delitos en este ámbito, pero sobretodo, excesivo y persecutorio. Y es que, por el afán de proteger a toda costa la indemnidad sexual de los menores, no se pueden vulnerar todas las garantías y principios sobre los cuales se basa el Derecho penal, que no está diseñado para ser respetuoso con los derechos sólo de aquellos que comenten delitos menos graves, sino por el contrario, es frente a las acciones más desvaloradas que debe proceder con toda la fuerza garantizadora.

Así, afirma NUÑEZ CASTAÑO⁸⁹⁴ que, en este punto, la importancia de este “Derecho penal del enemigo” radica en que este Derecho penal excepcional, que obviamente resulta contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones internacionales de Derechos humanos, se está introduciendo de forma notoria en las legislaciones de los Estados democráticos de Derecho que, en principio, acogen en sus ordenamientos jurídicos, los principios básicos e inspiradores del Derecho penal material en todo Estado de

⁸⁹⁴ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales”, op cit., p. 26.

Derecho (legalidad, culpabilidad, y principalmente, las garantías procesales penales como presunción de inocencia y/o debido proceso, etc.)⁸⁹⁵. Resulta altamente preocupante que, cada vez con mayor frecuencia, pueda constatarse en los Estados modernos un aumento de leyes y actuaciones gubernativas que claramente se pueden incluir en el concepto de “Derecho penal de enemigo” que representan “no «la fortaleza del Estado de libertades» sino su debilitamiento o su inexistencia”⁸⁹⁶. Lo que no debe ni puede olvidarse es que una seguridad cognitiva total no puede nunca ser garantizada por ningún sistema, sea del tipo que sea; se podrán alcanzar niveles de seguridad más o menos elevados, pero tratando siempre que sean compatibles con los derechos y garantías constitucionales. Son dos extremos difíciles de equilibrar; pero si, como señala MUÑOZ CONDE⁸⁹⁷, “... la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”.

Ahora bien, hay que señalar que la aparente gravedad de algunos comportamientos y la, también, aparente impunidad de sus autores, provocan que la sociedad reclame un mayor intervencionismo y protección por parte del Estado, así como un incremento de la gravedad de los castigos que se les impongan. Y la solución que se reclama es siempre la misma: el recurso al Derecho penal, de manera que se tipifique un mayor número de conductas y se incrementen las penas de las mismas. Así, el Derecho penal se convierte en

⁸⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De nuevo sobre...*, cit., p. 27.

⁸⁹⁶ Cfrs. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Comentarios a los Congresos...”, *ibidem*.

⁸⁹⁷ Cfrs. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, cit., pág. 111.

instrumento de la Política Criminal⁸⁹⁸, preparada y apoyada por las teorías funcionales del Derecho penal, de los fines de la pena y de la Dogmática jurídica, en un clima en el que la prevención, la consideración de las consecuencias y la utilización de instrumentos jurídico penales en la persecución de fines políticos se han convertido en los criterios centrales de justificación del Derecho penal⁸⁹⁹.

Sin embargo, tal como señala NUÑEZ CASTAÑO⁹⁰⁰ aunque la indignación y el miedo de la sociedad y la consiguiente e inmediata petición por la “opinión pública” de que se adopten medidas extremas, pueda llegar a resultar comprensible desde el prisma de la repulsa y el terror que ocasionan determinados comportamientos, lo que, bajo ningún concepto está justificado en un Estado de Derecho como, al menos formalmente, es el nuestro, es que los poderes públicos actúen del mismo modo visceral e irreflexivo, produciendo con ello un menoscabo de los derechos y garantía de los ciudadanos. O en palabras de MIR PUIG⁹⁰¹ “la fórmula «Estado Democrático de Derecho» no es meramente formal, esto es, no alude al simple proceso de aprobación de las leyes por mayoría con independencia de lo que establezcan, sino también material: hace referencia a un modelo de Estado que impone unos límites a su potestad punitiva, siguiendo un modelo de gobierno basado en unos principio-garantísticos-legitimadores del IUS PUNIENDI (...) Un Estado democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social”. Y ello pasa por no subordinar ningún derecho a la prevalencia de otro derecho, por muy graves que sean las conductas que se pretendan

⁸⁹⁸ Cfrs. HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, en *Actualidad Penal*, 1993-2, págs. 635-639.

⁸⁹⁹ Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales...”, cit., pág. 2.

⁹⁰⁰ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Valencia, 2013, p. 27.

⁹⁰¹ Cfrs. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal parte General*, op. cit., p.. 130-131.

atajar. Sobre todo, porque esa subordinación contribuye de manera innegable a lo que “pudiera llamarse Derecho penal del odio que rebasa no sólo los límites constitucionales sino los que se derivan de la idea de justicia en el medidas en que se distingue de la venganza”⁹⁰².

O dicho de otro modo, con los nuevos planteamientos de política criminal, casi sin darnos cuenta se están cambiando concepciones antropológicas, sociales y jurídicas muy serias y arraigadas, y permitiendo la formulación de posturas que, bajo la apariencia del respeto al modelo de Estado de Derecho consideran que en determinados supuestos y/o respecto de determinadas personas, no sólo se puede sino que se debe regresar a un Derecho penal con “tintes autoritarios” como único medio idóneo y capaz de garantizar la seguridad de nuestro sistema frente a quienes pretenden socavarlo o destruirlo⁹⁰³.

Señala MUÑOZ CONDE⁹⁰⁴ que estos planteamientos y tendencias no resultan novedad alguna, sino que “con nuevos nombres resucitan viejas posiciones autoritarias, no por viejas ya superadas”, y aparecen cada vez con más frecuencia en legislaciones de excepción que, como respuesta a determinados fenómenos como el terrorismo, la criminalidad organizada o la delincuencia sexual, se han ido elaborando tanto en nuestro país como en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Planteamientos y tesis que “pretenden legitimar este Derecho penal máximo o de excepción, de corte autoritario y difícilmente compatible con los principios y bases del Estado de Derecho”⁹⁰⁵, que están dando paso a un peligroso principio de *tolerancia cero*, de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías

⁹⁰² Cfrs. VIVES ANTON/CARBONELL MATEU, *Derecho penal Parte especial*, 2º ed. 2008, pág. 722.

⁹⁰³ Cfrs. NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales...”, cit., págs. 6 y 7.

⁹⁰⁴ Cfrs. MUÑOZ CONDE, Francisco, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade Publica, Xunta de Galicia, Segunda época, nº 9, pág. 88.

⁹⁰⁵ Cfrs. MUÑOZ CONDE, Francisco, *ibídem*.

jurídicas⁹⁰⁶, y que se exteriorizan en la exigencia de *seguridad* de la sociedad actual que está arrinconando a la reclamación de *libertad* del Estado liberal.

Así, afirma NUÑEZ CASTAÑO⁹⁰⁷ que “esta nueva situación se enfrenta al planteamiento tradicional existente respecto del Derecho penal, donde la principal aspiración de cualquier tipo de intervención penal radicaba en el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos a través de la elaboración de toda una estructura jurídico penal encaminada a respetar los mencionados principios. De este modo, lo que hasta hace relativamente poco tiempo, constituía esa tradición y esencia, se ha visto superado por el devenir de los tiempos y de las distintas situaciones que provienen de la nueva configuración de la sociedad actual donde, cada vez con mayor frecuencia, abundan propuestas securitarias que tratan de legitimarse dentro del sistema social”.

Pero la realidad se impone a la coherencia jurídica, y lo cierto es que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, y el español no podía ser distinto en este ámbito, contienen claras manifestaciones de ese *Derecho penal del enemigo* en su articulado. Se trata, por tanto, de establecer si el caso concreto del *grooming* recogido en el art. 183 ter del Código penal, es o no una manifestación de esta tendencia político criminal.

⁹⁰⁶ En este sentido pone claramente de relieve MUÑOZ CONDE, Francisco, “Comentarios a los Congresos”, op. cit., p. 338 que este planteamiento responde a “*ideas totalitarias que han existido y parece que desgraciadamente seguirán existiendo como último recurso al que se acoge el poder, cuando ve como una amenaza todo lo que pueda perturbar de forma relevante sus intereses o su sistema social de convivencia, y que se pueden condensar en la frase acuñada por el fascismo italiano: «¡Protegi il tuo simile, distruggi tutto il resto!»*”.

⁹⁰⁷ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, op. cit., p. 31.

II.- LA ADECUACION DE LA REGULACION DEL GROOMING A LAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Cuando analizábamos las tendencias político criminales que inspiraban la regulación legislativa en materia penal en la actualidad, indicábamos que una de las principales era la relativa a la *intensificación* de la intervención penal, tanto mediante el aumento de penas en relación con determinados delitos, como el adelantamiento desmesurado de las barreras de intervención y el castigo de la peligrosidad de los sujetos. Esta tendencia la identificábamos con lo que se ha dado en denominar *Derecho penal del enemigo*⁹⁰⁸, en relación con el que diferenciábamos, siguiendo a la doctrina penal dominante⁹⁰⁹, cuatro grandes bloques de características que permitían identificar este planteamiento:

- a) la “actitud del autor” o su “peligrosidad criminal” en relación con su tendencia o inclinación hacia el delito, abandonando con ello toda referencia a la gravedad o desvalor del hecho que realmente se ha producido⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Vid, supra, Capítulo Segundo, epígrafe II.4,

⁹⁰⁹ En este sentido, de un modo u otro estas características generales han sido puesta de relieve por diversos autores, así JAKOBS, Günter “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” cit., pp. 53 y ss; CANCIO MELIA, Manuel “¿Derecho penal del enemigo?, op. cit. , p. 37; GRACIA MARTIN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, op. cit., pp. 9 y ss; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo Darf nich sein”, op. cit., p. 13; NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales*, op. cit., pp. 29 y 30.

⁹¹⁰ De este modo, Jakobs afirma que “el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual «peligroso» según el §20 a del Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo «complot de asesinato») es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra ese déficit a través de su comportamiento”, Cfrs. JAKOBS, Günter, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal”, op. cit., p. 59. En definitiva, como acertadamente señala ZAFFARONI⁹¹⁰ el núcleo esencial del diferente trato respecto del “*enemigo*” radicaría

b) un amplio adelantamiento de la punibilidad; de manera que la perspectiva del ordenamiento jurídico pasa a ser prospectiva, tomando como referencia el potencial hecho futuro, en lugar del tradicional punto de vista retrospectivo, el hecho ya cometido⁹¹¹.

c) un incremento desmesurado e injustificado de las penas estableciendo penas draconianas para supuestos en los que ni la gravedad y desvalor de la acción ni los del resultado las justifican en forma alguna⁹¹², y

d) la “flexibilización” de determinadas garantías procesales individuales, que ponen claramente de relieve que al “enemigo” no se le reconocen los mismos derechos que a aquellos que respetan el ordenamiento jurídico, y ostentan, por tanto, la condición de ciudadanos.

Llegados a este punto, la pregunta es evidente: ¿responde la actual regulación del delito de *grooming* que contiene nuestro Código penal en el art. 183 *ter* una manifestación del *Derecho penal del enemigo*? Para ello, resulta necesario analizar si las características que acabamos de exponer se

en que el Derecho “*le niega la condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino*”, cfrs. . ZAFFARONI, Raúl E., *El enemigo en Derecho penal*, op. cit., pág. 18. En este sentido, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, “EL Derecho penal ante las transformaciones societales”, op. cit., p.29, sostiene que “precisamente, la consideración como *enemigo* (no-persona), que implica la posibilidad de privarle de determinados derechos individuales, es la primera incompatibilidad y quebrantamiento de los principios de un Estado de Derecho”,

⁹¹¹ Cfrs. CANCIO MELIA, Manuel, “Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo”, en Retos de la política criminal actual, en *Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, Segunda época, nº 9, pág. 58. Un claro reflejo de ello es la elevación a la categoría de delito autónomo, lo que no son sino meros actos preparatorios hasta ese momento impunes en la mayoría de los casos y estableciendo la intervención penal en supuestos alejados, incluso, de la puesta en peligro del bien jurídico.

⁹¹² Situación que se agrava especialmente al analizarlo en relación con la anterior característica del adelantamiento de la barrera de intervención penal que no se tiene en cuenta a la hora de ponderar adecuadamente la pena, determinando que se sancione casi de igual manera lo que es un mero acto preparatorio y lo que representa la lesión efectiva del bien jurídico.

manifiestan o no en la regulación típica del delito. Sin embargo, lleguemos a la conclusión que lleguemos en este análisis, lo innegable, tal como hemos dicho, es que manifestación o no de esta tendencia político criminal, e incluso vulnerando o no los principios penales básicos y clásicos, o los derechos y garantías constitucionales, el *grooming* ya se encuentra positivizado en nuestro texto penal.

1. El pederasta⁹¹³ como el enemigo en el Derecho penal

Cuando se analizaba al sujeto activo del delito de grooming, se exponía que tanto en las normas internacionales como en su configuración criminológica, este tipo de comportamientos estaba previsto desde el prisma de la consideración del autor de los mismos como un sujeto adulto, generalmente considerado como pedófilo o depredador sexual⁹¹⁴.

⁹¹³ En este apartado utilizaremos el término pederasta sobre el de pedófilo, ello en razón de que, si bien en muchos casos se utilizan ambos términos indistintamente, no significan lo mismo. El pederasta es aquel que tiene una atracción sexual hacia los menores y producto de ello, posteriormente se convierte en un abusador sexual, mientras que el pedófilo, si bien tiene el mismo componente de **la atracción erótica** o sexual hacia los niños, no necesariamente llegará a abusar de ellos. La diferencia entre ambos es que el *pederasta* ha lesionado el bien jurídico indemnidad sexual desde la base de la realización de comportamientos que determinan e implican contacto corporal con el sujeto pasivo; mientras que el *pedófilo*, se mantiene en un ámbito previo a la lesión del bien jurídico, al contacto corporal, con conductas que en algunos casos concretos pudieran resultar peligrosas, pero en que la mayor parte de supuestos carecen de toda lesividad. Partiendo de esta consideración, afirmamos que para referirse a quien consume los actos sexuales contra menores, resulta más apropiado el término pederasta para definir al que se proyectó como autor ideal del delito de *grooming*, pues según la regulación del tipo, quien le interesa es aquel que puede llegar a lesionar el bien jurídico indemnidad sexual a través de un delito de abuso, agresión sexual o pornografía infantil. Sin embargo, resulta necesario señalar, que esto no constituye sino una interpretación restrictiva de la legislación, en orden a tratar de atribuirle un mayor grado de seguridad jurídica. Sin embargo, de la descripción típica del delito, lo cierto es que, en realidad a quien se está castigando es al *pedófilo*, por cuanto no es siquiera preciso un potencial y lejano peligro respecto del bien jurídico *indemnidad sexual* para que se afirme la tipicidad del hecho.

⁹¹⁴ Así manifestaba LAMARCA PÉREZ “La conducta, prevista en el artículo [...], se concibe en realidad como una modalidad de pederastia...”. Véase LAMARCA PÉREZ, Carmen, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en LAMARCA PÉREZ,

Tal como hemos ido exponiendo en capítulos anteriores, la “guerra total” declarada a los delincuentes sexuales, viene gestándose desde hace ya algún tiempo, sobre todo en Estados Unidos, donde no sólo se sanciona con penas de larga duración, sino con medidas que rebasan con creces al cumplimiento de las condenas, por ejemplo, el registrarlos en listas de perfiles de agresores sexuales o someterlos a libertad vigilada; política que ya se está implementando en muchos países, incluido entre ellos España.

El problema que se deriva de esta “guerra total” es que, como toda guerra no hace distinciones. Una de las principales características del Derecho penal es que la respuesta debe ser adecuada (proporcionada) al hecho cometido. Por el contrario, cuando se realiza cualquier tipo de comportamientos que lleve la calificación del “sexual”, esta distinción de la gravedad de cada conducta desaparece, y lo relevante ya no es lo “grave que sea el hecho”, sino lo “peligroso que es el autor” que realiza esas acciones con connotaciones sexuales. En definitiva, no importa la magnitud de la conducta realizada, basta que esté regulado en los tipos que comprenden los delitos contra la libertad o indemnidad sexual para ser tratado, por supuesto, como un delincuente sexual, o pedófilo si se quiere, en el caso de los menores.

Y el hecho de que se considere delincuente, o incluso delincuente peligroso, a quien haya realizado un hecho tipificado penalmente, no tiene que ser malo *ab initio*; lo malo, lo criticable, o mejor dicho, lo ilegítimo en estos supuesto se deriva directamente de que lo que se ha tipificado penalmente no llegue a la categoría de hecho, o al menos, a la categoría de hecho peligroso o lesivo para el bien jurídico. Es decir, un sujeto puede ser peligroso porque ha realizado un hecho peligroso o lesivo de un bien jurídico, o bien un sujeto puede ser peligroso porque el legislador considera *ex ante* que sus acciones pudieran ser potencialmente peligrosas para realizar una potencial lesión de un bien

Carmen (coord.) Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 193.

jurídico. La diferencia entre un sujeto y otro sujeto, es que la peligrosidad del primero es en referencia a la lesión del bien jurídico (que ya se ha producido, o hay un peligro muy cercano de ello), mientras que la peligrosidad del segundo, se basa exclusivamente, en consideraciones éticas o morales del legislador, que desvalora y criminaliza determinados gustos, tendencias o usos, en relación, en el caso que nos ocupa, con comportamientos de naturaleza sexual. Así, si la acción del sujeto supone un ataque directo (logrado o no, consumado o no) a la indemnidad sexual del menor, sería legítimo el castigo del mismo por cuanto es legítima la tipificación que se realiza para la protección del bien jurídico; pero si la conducta del sujeto, se basa en meros gustos o tendencias, y se encuentra totalmente alejada de una posible lesión del bien jurídico, el castigo perdería su legitimidad, por cuanto tampoco sería legítima la tipificación penal de lo que son simples gustos o tendencias sexuales, por muy inmorales o reprochables que estas resulten para la sociedad.

De este modo, la *peligrosidad* y su control, pasan a primer término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento de excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria al derecho, y justificar, de esta forma, el rigor de las intervenciones penales que se realicen. Ante ello, RAMOS VÁZQUEZ sostiene, que la persecución del pedófilo supera los límites admisibles en un Derecho penal democrático, entroncando con regulaciones propias, efectivamente, de un Derecho penal del enemigo⁹¹⁵.

Coincidimos plenamente con la opinión que acabamos de exponer, y consideramos que la misma queda plenamente comprobada en el delito de grooming, no sólo por el hecho de que el groomer⁹¹⁶ es considerado un pederasta *per se* al que hay que combatir, sino porque de la construcción de la conducta típica se advierte que los actos ahí recogidos tienen la tendencia de criminalizar modos de vida o personalidades de los sujetos, basados en meros

⁹¹⁵ RAMOS VÁZQUEZ, José A., “Del otro lado del espejo...”, ob. cit., p.113.

⁹¹⁶ Se utilizará aquí esta palabra para identificar al autor del delito de grooming.

comportamientos “inmorales”, que no reúnen en sí mismos, aptitud idónea de lesionar el bien jurídico indemnidad sexual⁹¹⁷.

Como acabamos de exponer, consideramos que la legitimidad de una regulación penal radica en la protección de un bien jurídico, y en consecuencia es necesaria una lesión o al menos un elevado riesgo de lesión del mismo para justificar la criminalización de un comportamiento concreto. Sin embargo, los supuestos en los que el comportamiento que se criminaliza, carece por completo de capacidad lesiva alguna respecto del bien jurídico, por tratarse de conductas completamente alejadas del núcleo del mismo, y que responden a las tendencias y personalidad del autor, resultan absolutamente ilegítimas. Tal es el caso de que en la regulación de la conducta de grooming, tanto en el tipo básico (art. 183 ter 1), como en el específico (art. 183 ter 2), no se requiere ningún contacto sexual que implique una lesión a la indemnidad sexual del menor, por el contrario, toda la conducta típica se desarrolla a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, más concretamente internet, es decir, nótese que aquí ya no estamos hablando de que no hay un contacto sexual, sino que no hay siquiera un contacto físico, que al menos, derivado de la finalidad sexual del sujeto activo, pudiese suponer un peligro para el referido bien jurídico.

⁹¹⁷ Como afirma MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade pública, Xunta de Galicia, Segunda época, No. 9, p. 94. “Se hace difícil imaginar una corrupción que no sea un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código penal. Pero el legislador en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la indemnidad sexual del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en anteriores delitos, deba ser castigado”.

Por lo cual, lo que se sanciona son propuestas, intenciones y tendencias, que por el hecho de estar ligadas a una finalidad sexual con un menor y ser provenientes de un autor considerado peligroso (pederasta⁹¹⁸), se consideran lo suficientemente reprochables socialmente para intervenir penalmente.

Así concretamente, el tipo específico de grooming del art. 183 ter 2, estipula que los actos dirigidos a embaucar al menor son para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en la que se represente o aparezca un menor. De aquí se infiere que lo que se penaliza, más que conductas que suponen una lesión o puesta en peligro para un bien jurídico, son tendencias consideradas por el legislador, como inmorales o, en este caso en concreto, pederastas⁹¹⁹. Ello, principalmente por las siguientes razones.

En primer lugar, la regulación de esta conducta se fundamenta en la exigencia de elementos subjetivos del injusto, cuando establece que la finalidad es que el menor proporcione imágenes o material pornográfico, sin que se exija que este propósito llegue efectivamente a producirse. Si, además de ello, tomamos en cuenta que de la redacción del tipo se desprende que la imágenes facilitadas bien pueden ser de un menor distinto del menor embaucado, la conducta del sujeto activo del grooming puede ser considerada inmoral pero no lesiva para el bien jurídico protegido, pues de ninguna manera la indemnidad sexual del menor embaucado se ve amenazada. Es más, en puridad, sería el menor embaucado quien de manera directa pudiera lesionar la indemnidad de otro menor al obtener o distribuir material pornográfico del mismo, respondiendo con

⁹¹⁸ Sin embargo considero que en este caso concreto, y precisamente por el hecho de que no se exige contacto corporal alguno con el sujeto pasivo (el menor), y ni siquiera contacto físico, dado que la interrelación entre ambos sujetos es meramente virtual, en realidad estamos castigando conductas de *pedofilia* que por sí mismas no implican ningún tipo de lesión ni de peligro para la indemnidad sexual, y que sólo desde el prisma de constatación de la *finalidad sexual* que persiga el sujeto activo, pueden implicar una lejana e hipotética posibilidad de peligro para el mismo.

⁹¹⁹ Véase en este sentido, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, en Revista General de Derecho penal, No. 11, 2009, p. 37.

ello por un delito de distribución de pornografía infantil, del que obviamente también respondería el adulto “embaucador”, dejando sin posibilidad de aplicarse el tipo específico de *grooming* en virtud del respeto al principio *ne bis in idem*⁹²⁰

Por otra parte, téngase en cuenta que la conducta establece que esta finalidad puede ser para que el menor facilite o muestre imágenes pornográficas, el sólo hecho de mostrar las imágenes se considera, entonces, además del delito que implica para quien las facilita, en este caso el menor, una conducta desvalorada para el que las observa, quien es el sujeto activo del delito de grooming.

Esto parece tener relación directa con el delito de posesión⁹²¹ para su propio uso, de materiales pornográficos en cuya elaboración se ha utilizado a menores de edad o incapaces, en el que se sanciona a quien posea el mencionado material cuando éste sujeto no ha participado en la elaboración del mismo. Con lo cual, y en correlación con la conducta de grooming antes expuesta, lo que se está castigando es una especie de favorecimiento indirecto de la pornografía de menores, sobre la base de que esta se realiza porque alguien la consume, que contribuye igualmente a la comisión del hecho⁹²².

⁹²⁰ Cfrs. Supra, Capítulo Tercero, epígrafe II, 3. 6.

⁹²¹ Sobre los delitos de posesión, pero con referencia a la posesión concreta de objetos peligrosos, POLAINO ORTS expone que “la conducta incriminada difiere de los conceptos tradicionales de acción y omisión, aquí se sanciona el mero tener sin necesidad de hacer nada más. En definitiva, no se sanciona a un sujeto por su peligrosidad o su conducción de vida sino porque su hecho es socialmente perturbador”. Cfr. POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, 2ª ed. Mergablum, Sevilla, 2012, p. 117. De lo cual, aquí inferimos que, al no tener la posesión de material pornográfico un sentido perturbador para la sociedad, lo que se castiga efectivamente, es una mera conducción de vida del autor.

⁹²² Véase NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en *Revista General de Derecho penal*, No. 11, 2009, p. 35-36.

Sin embargo, como expresa NUÑEZ CASTAÑO, “por muy reprochable que sea este tipo de comportamiento, desde el punto de vista moral o social, desde luego jurídicamente es difícilmente sostenible su legitimidad como tipo penal, por cuanto se está criminalizando (por su comportamiento y/o hábitos sexuales) a quien no ha participado directamente en la lesión del bien jurídico que se está protegiendo, es decir, no ha participado en la elaboración del material pornográfico en sí”⁹²³.

Esta afirmación concuerda con el hecho de que el tipo del art. 183 ter 2 expresa que en el material que se facilite o muestre se *represente* o aparezca un menor. Se entiende, entonces de una interpretación literal del verbo “representar”, esto es, personificar, simbolizar, simular, parecer, etc., que es perfectamente factible desde la propia redacción típica del precepto que estamos analizando, que el sujeto que aparezca en las imágenes o material pornográfico, ni siquiera sea un menor, sino un adulto simulando serlo⁹²⁴. Surge

⁹²³ NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en Revista General de Derecho penal, No. 11, 2009, p. 35-36. RAMOS VÁZQUEZ, José A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal de la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 113. Se plantea si realmente existe en estas conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido, afirmando que la repulsión que dichos comportamientos produzcan no debe representar un argumento a favor de la penalización de quien, sin haber participado en los hechos grabados, satisfaga sus impulsos sexuales visionándolos. Además agrega que “argumentos de índole emocional, (...) deben quedar fuera de la reflexión penal, pues de lo contrario, como considero que sucede en el presente caso, se castiga una tendencia sexual (o trastorno sexual, o parafilia) en vez de una auténtica lesión de un bien jurídico”.

⁹²⁴ O incluso pudiera llegar a ocurrir que ni siquiera fuera una persona real la que aparezca, porque sobre la base de los avances tecnológicos e informáticos en relación con las imágenes, es perfectamente posible crear representaciones virtuales o por ordenador que simulen con absoluto realismo que son personas de verdad. La descripción que se realiza en el art. 189. 1 del Cp, respecto de lo que debe entenderse por pornografía infantil, permite incluir este tipo de material, al establecer, tras la reforma de 2015, en la letra d) que se incluyen también las “imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales”

aquí el cuestionamiento, ¿de quién y cuál es el bien jurídico que se pretende proteger, si no es un menor el que aparece en las imágenes pornográficas?⁹²⁵

De este modo, como expone RAMOS VÁZQUEZ, en esta regulación se evidencia la influencia del Derecho penal del enemigo porque por razones prácticas de persecución de quien tiene una tendencia sexual, que es objeto de un absoluto reproche social, como la pedofilia, se incrimina un conducta para la protección de un bien jurídico inexistente, que, “por muy aberrante que pueda parecer, no es *per se*, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal”⁹²⁶.

Es evidente que de la regulación típica del delito de *grooming*, tanto en su tipo básico como en el tipo específico, resulta imposible establecer un claro bien jurídico a proteger o bien una enorme lejanía incluso respecto de un potencial peligro para el interés que pudiera identificarse. De este modo, al no quedar claramente delimitado cual sea el objeto de protección, parece ser que la función que cumple esta norma, que se basa en la configuración de un tipo de autor a quien se cataloga como enemigo, por sus tendencias, inclinaciones o personalidad, es, como sostiene FARALDO CABANA, “permitir reacciones

⁹²⁵ En este sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 584. Agrega que la sensación de que se persigue un tipo de autor y no exactamente un comportamiento vulnerador de un bien jurídico es muy poderosa.

⁹²⁶ RAMOS VÁZQUEZ, José A., “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal de la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 113. En el mismo sentido, NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?*, en *Revista General de Derecho penal*, No. 11, 2009, p. 35-36. Véase también RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 589, donde afirma que “en resumidas cuentas, busca ante todo castigar, incluso en situaciones en las que difícilmente se puede argumentar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de menores, a una clase de sujetos: los pedófilos, sujetos convertidos en auténticos íconos mediáticos y en uno de los objetivos prioritarios de las políticas criminales de nuestro tiempo. Estamos, por consiguiente, ante una muestra de Derecho penal de autor. Cuando no ante una muestra de Derecho penal del enemigo”.

desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma”⁹²⁷.

Se trata de planteamientos de moral sexual que el legislador ha decidido plasmar positivamente en nuestro ordenamiento jurídico, obviando para ello que la única intervención penal legítima es aquella que se basa en la protección de la lesión (incluso en un elevado peligro) respecto de un delimitado bien jurídico. Es decir, la moral sexual no puede tomarse como parámetro de tipificación de conductas por dos razones esenciales: la primera, que por mucho que se intente, jamás va a ser objeto de consenso la delimitación de lo que sea o no moral desde el punto de vista sexual⁹²⁸; y la segunda, porque no es ningún bien jurídico que deba ser protegido por nuestro ordenamiento jurídico, de manera que lo moral, amoral o inmoral, debe quedar bajo el control de otras instancias sociales. Y todo ello, lo único que provoca son exageraciones legislativas indeseadas respecto de determinados comportamientos, que pueden provocar como ha sido el caso, que justo aquellos sujetos que se pretendía proteger,

⁹²⁷ FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (Dir.), *Nuevos retos del Derecho penal de la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 311. Parece encajar aquí la reflexión de REYNOSO DÁVILA que señala que una de las revelaciones fundamentales de la obra de Kinsey (refiriéndose a la encuesta sobre sexualidad que llevó a cabo Alfred Charles Kinsey profesor de biología de la Universidad de Indiana) es que “el 86 por ciento de los adultos viven en ruptura permanente con el código moral que fingen aceptar o que a veces ellos mismos imponen. La sexualidad actual tiene un peligro nuevo que se podría llamar inflación. La publicidad, la literatura, el cine, la fotografía especializada, el espectáculo sexy, etc., van transformando poco a poco la sexualidad en algo obsesivo, larvado y sin posibilidad de satisfacción en muchas ocasiones. Podría decirse que hemos llegado a la era del “Homo Eroticus”. Pero resulta más problemático discernir si se ha llegado a la conquista de una libertad más plena y humanizadora o a una nueva esclavitud deshumanizada”. Cfr. REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Porrúa, México, 2001, p. 6.

⁹²⁸ En este sentido, ya hemos señalado que el ordenamiento penal, ha considerado delito conductas como el adulterio o la homosexualidad,, que han dejado de serlo, precisamente por la evolución de esa moral sexual. Es obvio que un concepto tan cambiante, pero sobre todo, tan diverso, no puede servir de base ni de fundamento para configurar una regulación penal.

puedan resultar sancionados conforme a esa regulación; así se deriva del hecho de que si bien la regulación del delito de grooming fue pensada para autores adultos, pero el legislador español, en su intento de no dejar laguna alguna en relación con el castigo de este tipo de comportamientos, ha contemplado en la comisión del delito también a los menores como posibles sujetos activos⁹²⁹. Con lo cual, termina por incriminar a los menores en una conducta de la que los intenta proteger, y es ese uno de los mayores problemas de legislar pensando en un supuesto de autor concreto, el delincuente “ideal”, porque luego, la conducta diseñada para unos termina aplicándose para todos.

Por ello, desde nuestra perspectiva, concordamos plenamente con lo expuesto por GÓMEZ MARTÍN⁹³⁰ en relación a que debemos seguir propugnando por el respeto al principio de la responsabilidad por el hecho. Pues el Estado sólo será legitimado para intervenir penalmente para castigar hechos, nunca meros pensamientos, personalidades, caracteres o voluntades no manifestadas externamente, y ni siquiera aquellas que han sido manifestadas externamente, pero que no determinen el principio de la ejecución de un hecho que efectivamente lesione o ponga en peligro un bien jurídico.

Y ello porque a través de la historia, basados en esta última línea de intervención, se han justificado las más grande atrocidades en contra de personas que de la noche a la mañana pasaron a ser consideradas enemigos públicos, lo que a la postre siempre ha terminado implicando su exterminio. En este sentido, incluso en sociedades democráticas como España y otras que forman parte de su contexto cultural, en las que no existen dudas razonables

⁹²⁹ Aunque esto quiso moderarse con la introducción del art. 183 quater, por las razones ya explicadas, esta cláusula tampoco deja a los menores fuera de la imputabilidad.

⁹³⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *El Derecho penal de autor. Desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas de derecho penal de varias velocidades*, Valencia, 2007 (Tol 1108745), p. 5 y ss. En el mismo sentido, MENDOZA CALDERON, Silvia, *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 167.

acerca de la legitimidad del principio de “responsabilidad por el hecho”, la amenaza de ceder ante un “Derecho penal de autor” en el que el sujeto ya no respondería penalmente por lo que hace, sino por cómo es, no debería ser contemplada como un riesgo histórico ya superado por completo, sino como un peligro plenamente vigente a la luz del fenómeno de la expansión del Derecho penal.

2. El grooming como acto preparatorio de los delitos de abuso sexual, agresión sexual y pornografía infantil.

Una de las principales críticas que se ha realizado respecto del delito de grooming, es que con él se ha elevado a delito autónomo, un simple acto preparatorio de los delitos sexuales contra menores a cuya comisión se orienta.

Uno de los principales problemas que se desprende de tanto de la criminalización de este tipo de comportamientos, como de la misma regulación típica, radica en que nos encontramos ante un tipo penal, respecto del cual es difícil, sino imposible, precisa cuál sea su concreto contenido del injusto; o como afirma SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS⁹³¹, “al margen de sus muchos defectos técnicos, la estructura es de una complejidad y un sin sentido notable” y

⁹³¹ Así expone, “de principio, porque tal como vemos la figura, nos encontramos con algo más difuso en cuanto a su contenido a los actos preparatorios punibles cuando expresamente lo prevé la ley: la conducta supone contactar con medios que necesariamente suponen el alejamiento entre el menor y el sujeto activo (internet, teléfono u otro medio de comunicación), con un menor al que se ha de “proponer” concertar un encuentro: nótese que no se castiga el concertar un encuentro, ni se use un medio que suponga un especial hostigamiento (lo que permitiría hablar de acoso), sino que adelantando el momento de la intervención, se castiga la propuesta para concertar un encuentro, o sea no se castiga “citarse” con el menor, sino “pedirle una cita”. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., Delitos contra la libertad sexual I. Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.) Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 258-259.

sobretudo, está lejos, no se diga de lesionar, de poner en peligro al bien jurídico indemnidad sexual que se pretende proteger.

La anterior afirmación se basa en la propia descripción típica del delito contenido en el art. 183 *ter* Cp, por cuanto de la misma no puede delimitarse cuál es el concreto comportamiento que pudiera poner siquiera en un potencial peligro el bien jurídico objeto de protección, esto es, la indemnidad sexual. Es evidente, como pone de relieve MENDOZA CALDERON⁹³², “el discernimiento del bien jurídico es esencial para la posterior implantación típica del delito”. Así, afirma ROXIN el injusto material representa una lesión de bienes jurídicos que por regla general se hace necesario combatir con los medios del Derecho penal. La gravedad, cantidad y cualidad del injusto material son esenciales, tanto para determinar el grado de la culpabilidad, como la medición de la pena⁹³³. Si prescindimos de que la creación de un tipo delictivo debe partir obligatoriamente de esta correcta fundamentación material acorde con una responsabilidad penal por el hecho cometido, estaremos hablando de nuevos delitos que rememoran tiempos de un antiguo Derecho penal, que no tiene por qué ser revivido.

Y justo esto de lo que nos alertan, es lo que ocurre en relación con el apartado primero del delito de *grooming*; y ello por varias razones:

- El primer requisito típico que se establece en la regulación del *grooming* es el hecho de “contactar con un menor”⁹³⁴ y “proponerle concertar un encuentro”; en este sentido, ya hemos indicado⁹³⁵, que

⁹³² MENDOZA CALDERON, Silvia, “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 CP”, en *Revista General del Derecho Penal*, www.iustel.com, n° 3, Mayo 2005, pp. 45 y 46.

⁹³³ ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1997, p.. 558 ss.

⁹³⁴ Ya se ha dicho que para que este contacto sea típico como delito de grooming debe darse por medio de las TIC’s.

⁹³⁵ Véase supra, Cap. Tercero, epígrafe 3.3.

el contacto debe ser respondido (es decir, debe constatarse la existencia de una relación bidireccional entre ambos sujetos), pero la propuesta de encuentro no: Consecuentemente, para entender realizado este primer acto típico, el sujeto pasivo solamente deberá enviar un e-mail diciendo “hola”, por ejemplo, el menor contestar en el mismo sentido, y, nuevamente, hacer un contacto expresando algo como “*me gustaría conocerte en persona, podríamos vernos?*”⁹³⁶. Desde este prisma, es evidente que no podría considerarse legítimo en modo alguno, considerar que estos actos, fueran algo distinto del ejercicio de la libertad de las personas, de la libertad de comunicación, y de la libertad de expresión.

Resulta obvio, por tanto, que estos meros comportamientos no serían, por si mismos, suficiente para legitimar la intervención penal. Y, de hecho, tampoco lo son para consumir la conducta típica porque, para dotar de mayor contenido al tipo, el legislador ha incorporado un segundo requisito que deberá verificarse, cual es, realizar actos encaminados al acercamiento, esto es, no sería suficiente el mero contacto entre los sujetos, con propuesta de encuentro incluida, sino que es preciso que se haya realizado algún tipo de acción material que vaya dirigida a verificar el encuentro entre los dos sujetos. La dificultad inmediata que se deriva de este requisito, es la falta de claridad sobre cuáles serían estos actos que se pudieran considerar como “encaminados al acercamiento”. ¿Podría ser el merodear por la escuela donde estudia en menor, comprarle un billete para que asista al encuentro, regalarle un teléfono móvil?, en fin, un serie de hipótesis que podrían acontecer cuya punición dependerá, exclusivamente, de la interpretación valorativa del juez. Lo cual no sólo vulneraría el principio de seguridad jurídica, sino que sería imposible determinar cual sería la lesividad

⁹³⁶ Al margen de que, aunque la conducta típica no lo establece, resulta muy difícil reconocer que después de un solo contacto el sujeto activo proponga el encuentro.

que los mismos representan para el bien jurídico que se protege; o en otras palabras, ¿Cuál sería, no ya la lesión, sino el riesgo que representa para la indemnidad sexual, que el sujeto le regale un teléfono móvil al menor?

- Quizás por las razones expuestas, el legislador incorpora al tipo penal, un elemento específico, subjetivo del injusto, cual es la concurrencia de la *finalidad sexual* en los comportamientos reseñados. Es decir, reconoce que *per se*, estos comportamientos no son peligrosos para el bien jurídico, sino que es preciso que se realicen con una finalidad concreta, de naturaleza sexual, para alcanzar un mínimo de peligrosidad. El problema de las “finalidades” y de los elementos subjetivos del injusto, es precisamente, poder establecer su efectiva concurrencia, en tanto, pertenecen por completo a la esfera interna del sujeto activo, y sólo se podrían deducir a través de indicios. Indicios que deben derivarse, esencialmente, del comportamiento realizado por el autor. Y si este comportamiento, tal y como hemos señalado carece, al menos de manera aparente, de capacidad lesiva alguna, e incluso de relevancia, no ya penal, sino incluso social, difícilmente podrá deducirse indicio alguno que acredite la concurrencia de esta finalidad sexual.

Los mismos problemas presenta el segundo apartado del art, 183 *ter* Cp, con la diferencia que en éste, no se exige una propuesta de encuentro sino actos dirigidos a embaucar al menor para que facilite pornografía infantil: De igual modo a como hemos argumentado en relación con la conducta contenida en el apartado primero, tampoco se puede inferir de la descripción típica, lo que significa la expresión “embaucamiento”; y, consecuentemente, cuales serían los

comportamientos en principio prohibidos⁹³⁷, y sobre todo, un comportamiento que nos permitiera deducir claramente cual sería la finalidad del sujeto, a fin de poder establecer al menos la existencia de un potencial riesgo para el bien jurídico por la específica intención del sujeto activo.

La descripción típica del delito contenido en el art. 183 *ter* Cp, evidencia que se trata de un supuesto en el que el legislador, en un afán preventivista que está inspirando las últimas reformas legislativas, ha pretendido “bloquear” todo el potencial círculo de ataques de naturaleza sexual contra menores, castigando para ello, todo aquel comportamiento que, aun de manera lejana e indirecta, pudiera de algún modo incidir en el bien jurídico, adelantando la intervención penal a estados absolutamente alejado de su potencial lesión. Así, al tipificar el art 183 *ter* Cp, conductas que ni siquiera implican el comienzo de ejecución de algún tipo de delito sexual, es decir, ni siquiera constituyen tentativa en relación con los mismos, y se encuentran muy alejadas de la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídico, evidencia un claro adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal.

Por lo cual, como manifiesta MUÑOZ CONDE “el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, convierte a este delito en uno de peligro abstracto⁹³⁸ e incluso de sospecha⁹³⁹, lo que supone una evidente

⁹³⁷ En relación con la delimitación del término “embaucar”, y si diferenciación del engaño consuntancial al propio *grooming*, cfrs. Supra, Capítulo Tercero, epígrafe 3.3.1., C).

⁹³⁸ De la afirmación del tipo como un delito de peligro abstracto, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, Ob. Cit., *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años...*p. 229. VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España...*p. 1146. También ORTS BERENGUER, Enrique, Ob. Cit., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales...*pp. 269-270. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 172. Por las mismas razones, VILLACAMPA lo califica de peligro estadístico, e incluso, de peligro hipotético. Véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

quiebra del principio de lesividad y constituye una muestra más del Derecho penal defensivo, supuestamente protector del menor, que ha traspasado los límites del Derecho penal democrático⁹⁴⁰ y que no cabe más que denominarlo como un Derecho penal del enemigo.

Los argumentos que han conducido al mencionado adelantamiento de la intervención penal, han estado referidos a un supuesto incremento de tales conductas producidas empleando los medios tecnológicos y su mayor peligrosidad. Sin embargo, no existe hasta el momento, ningún estudio serio que sostenga esa hipótesis. Si bien es cierto que los menores están expuestos en la red, no se comprueba que el peligro sea mayor que el que experimentan en el “mundo físico”, ante personas conocidas y propias de su círculo social.

Parecería entonces que se pretende tipificar un delito pluriofensivo que no sólo protege anticipadamente la indemnidad sexual de los individuales sujetos pasivos contactados, sino también un bien jurídico colectivo, como sería la

⁹³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 233. Para GARCÍA PÉREZ, la singularidad de los delitos de sospecha reside en que la existencia de ciertos elementos del tipo se infiere a partir de la concurrencia de otro u otros. En algunos casos, el precepto se cumple una vez probados los elementos que sirven de base a la presunción, con lo cual el legislador, consiente de las dificultades probatorias que presentan determinadas figuras delictivas, opta por resolverlas a nivel legislativo, pretendiendo solucionar un problema procesal a través del Derecho material, es decir, la formulación de estos tipos penales, estaría en el plano procesal. Por lo tanto, esta serie de tipos delictivos presentarían grandes incompatibilidades con el principio de culpabilidad y con el derecho a la presunción de inocencia. GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Fasc. II, 1993, p. 629 y ss.

⁹⁴⁰ Véase en este sentido, GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), Derecho penal español. Parte Especial I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 624-625; RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588.

infancia en general⁹⁴¹, incrementando la criminalización de toda cuanta conducta, si quiera remotamente, se estime mínimamente atentatoria contra los menores⁹⁴², lo que supone, como expresan VIVES ANTÓN y ORTS BERENGUER “estaríamos, pues, ante un nuevo intento de proteger a los menores, que en cierto modo, convierte al Derecho penal en un supletorio de padres y guardadores”⁹⁴³, algo que dista mucho de la función de la norma penal.

Por tanto, me adhiero a la postura de BETTIOL cuando señala que es cierto que vivimos en un momento de tremenda tensión, en virtud del desencadenamiento de pasiones y tendencias que llevan las nuevas formas terribles de delincuencia, pero ello no quiere decir que el Derecho penal pueda dar saltos cualitativos y olvidar lo que esencialmente es y los límites dentro de los cuales puede y debe obrar. No se puede crear tipos delictuosos centrados en la sospecha, no se puede, en nombre de presunciones, predisponer medidas “*ante delictum*”, no se puede trabajar con el criterio del tipo preventivo de autor,

⁹⁴¹ De esta opinión, Dolz Lago, M.J., "Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia", op. cit., p. 1740, para quien "el bien jurídico protegido tiene un doble carácter, el individual, en relación con ese menor, y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas". En semejantes términos, aunque identificando el bien jurídico supraindividual no con la "infancia" en general, sino con "la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC", González Tascón, M.M., "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", op. cit., p. 242. En sentido opuesto, véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, Ob. Cit., *El delito de online child grooming...* TOL5.204.096.

⁹⁴² Véase RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588-589, quien Agrega que “en suma, aquí lo que se busca no es tanto proteger al menor (que bien puede no ser consciente de que ha estado en riesgo; aún más, que puede no haber estado en modo alguno en riesgo) sino perseguir una parafilia o proteger una moral sexual colectiva”.

⁹⁴³ VIVES ANTÓN, Tomás, S. y ORTS BERENGUER, Enrique, Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España, en Un Derecho penal comprometido, Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, MUÑOZ CONDE y otros (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1147.

subvirtiendo un siglo de pacientes trabajos y mellando los principios de un Estado de Derecho⁹⁴⁴.

3. Desproporcionalidad e incoherencia en la imposición de las penas.

En el Derecho penal del enemigo, la primera expresión de la desproporcionalidad en las penas, aplicada al caso concreto, viene marcada en que la sanción para los actos preparatorios que se conforman como delitos autónomos, es elevada, sin tomar en consideración lo distante que están estas conductas de lesionar a un bien jurídico concreto, incluso llegando a equiparar las penas con las de aquellos comportamientos que implican la efectiva lesión del bien jurídico.

Y es que, como expone GALÁN MUÑOZ⁹⁴⁵, “Las penas no se pueden fundamentar en meras finalidades preventivas. Las penas siempre limitan la libertad de los ciudadanos y, por ello, sólo son legítimas si castigan ataques reales realizados contra bienes jurídicos reales. Han de ser fundadas en la existencia de un ataque real. Pero, además también han de ser penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de dicho ataque, ya que sólo si se exige la fundamentación material tanto de la existencia, como de la intensidad de la pena prevista para un delito, se podrá evitar que el Estado pueda llegar a imponer penas muy graves a delitos leves pero frecuentes, alegando que no son necesarias para prevenir su comisión”

⁹⁴⁴ Citando a BETTIOL, Giuseppe, ALLER, Germán, ob. cit., pág. 98-99.

⁹⁴⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la violencia doméstica a la Violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en NUÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.90. Véase en este sentido, la disposición del art. 66.5 CP, que basado en la reincidencia permite la posibilidad de aplicar la pena superior en grado prevista por la ley para el delito del que se trate.

En el delito de grooming, como acto preparatorio de otros delitos contra la indemnidad sexual de los menores, sanciona la conducta del primer apartado, con una pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, que podrá ser impuesta en su mitad superior cuando se den las causales previstas en el tipo agravado. Y, castiga con prisión de seis meses a dos años en el caso del tipo específico.

Ahora, si bien pudiese considerarse que las penas de este delito no son lo suficientemente altas para crear una desproporción punitiva⁹⁴⁶ y por tanto, se dejaría de cumplir esta característica tan propia del Derecho penal del enemigo, alejando a la regulación de la conducta como manifestación de esta política criminal, la interpretación no puede ir dirigida en este sentido principalmente por dos razones:

- Primero, la gravedad punitiva y el establecimiento de penas desproporcionadas, ni es la única, ni mucho menos es la esencial de las características que configuran el Derecho penal del enemigo. Por ello, si las restantes características sí están presentes, - y a mi juicio, tienen mayor relevancia en cuanto a la caracterización propia de esta política criminal-, la ausencia de esta gravedad de las penas no significa, necesariamente, que no se pueda catalogar al tipo penal como un manifestación del Derecho penal del enemigo; de lo

⁹⁴⁶ Refiriéndose a la regulación de la violencia de género, GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la violencia doméstica a la Violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en NUÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.88, expone que “este delito no es un ejemplo claro del verdadero Derecho penal del enemigo, porque a pesar de que el legislador lo ha creado partiendo de unos presupuestos y unos argumentos realmente cercanos a los que han dado pie a dicha propuesta doctrinal y lo ha acompañado de algunas medidas procesales que comienzan a recordar al Derecho procesal que lo acompaña, su creación no ha llegado (todavía) a generar las enormes desproporciones punitivas, ni a establecer las pérdidas absolutas de garantías procesales que caracterizan y diferencian a éste Derecho respecto del resto del Derecho penal y procesal, esto es, del Derecho penal que JAKOBS, llamaría del ciudadano.

contrario estaríamos centrando la base de éste en la pena, lo que, a su vez, podría llevar a considerar que cualquier delito con pena desproporcionada es Derecho penal del enemigo, algo que estamos lejos de asumir.

- En nuestra opinión, además, la desproporción en la pena que se deriva de la tipificación del delito de *grooming* no procede de la perspectiva cuantitativa de la misma, sino de la cualitativa. Es decir, cualquier conducta para ser merecedora de sanción penal, es preciso que afecte a un bien jurídico, de manera que la criminalización de un comportamiento que no suponga afcción ninguna para un concreto bien jurídico, conllevará siempre una pena desproporcionada, independientemente de si se castiga, sólo, con una pena de multa. En otras palabras, una pena siempre será alta y desproporcionada para una conducta que nunca debió haber sido típica.

Ello porque, es precisamente el bien jurídico que se vulnera, el que sirve como justificación y guía para la sanción penal⁹⁴⁷, caso contrario, se pierden los principios orientadores del Derecho penal que legitiman su intervención como sistema de control, originando cualquier tipo de arbitrariedad y abusos.

A ello se une que, en el concreto caso de los delitos sexuales, el sólo hecho de ser condenado conlleva otras repercusiones que van más allá de la pena propia del delito en cuestión, como son la severidad de medias posteriores a la condena y la especial dificultad de obtener beneficios penitenciarios para este tipo específico de delitos.

⁹⁴⁷ Con ello además, se fundamenta la coherencia tipo penal, sino téngase como ejemplo este caso del *grooming*, donde una conducta que se supone más desvalorada admite una pena de multa, en relación a otra que más lejos de un resultado que puede influir en menor medida en el libre desarrollo de la sexualidad del menor, sólo puede ser sancionado con pena de prisión (Cfr. La pena del apartado primero y el segundo del art. 183 ter).

Una clara manifestación de la gravedad de las consecuencias jurídicas en este ámbito concreto, se desprende de, por ejemplo, la posibilidad que contiene el art. 57 Cp de que, en atención a la peligrosidad que el delincuente represente, se pueda establecer, junto con la pena privativa de libertad, una serie de penas restrictivas de derechos⁹⁴⁸; en esta misma línea, la regulación del art. 90 inc. 3, último párrafo que no permite aplicar la suspensión de la ejecución de la pena y conceder la libertad condicional a los delincuentes sexuales, o la disposición del art. 192 que establece la medida de libertad vigilada para los condenados por los delitos comprendidos en los capítulos que regulan los delitos contra la libertad o indemnidad sexual, cuyo cumplimiento deberá ser posterior a la pena privativa de libertad, y que, tomando igualmente en consideración no sólo la gravedad del delito sino la peligrosidad del autor, puede llegar hasta los diez años, así como la imposición, esta vez al arbitrio del Tribunal, de la pena de privación de la patria potestad, o de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años..

La evidencia de la desproporcionalidad de las consecuencias jurídicas impuestas en comparación con la gravedad y lesividad de los comportamientos realizados es absolutamente innegable en nuestra opinión.

4. Flexibilización y supresión de garantías penales y procesales

Cuando nos referimos a garantías penales, pensamos en primer término en los principios del Derecho penal que han sido creados como limitadores del *ius puniendi*.

⁹⁴⁸ Así, se establece la posibilidad de imponer alguna de las prohibiciones recogidas en el art. 48, que afectan entre otros al derecho a la libertad ambulatoria, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave. Quedando esta decisión, es decir, la peligrosidad o no del sujeto, al mero arbitrio judicial.

Ya cuando tratábamos el Derecho penal del enemigo, se afirmaba que bajo esta política criminal, las vulneraciones a estos principios eran evidentes, y, la misma consideración mantendremos para la regulación del grooming, que al provenir de la configuración del Derecho penal del enemigo, este delito también ha supuesto la vulneración de estos principios

La contravención más palpable recae en el ***principio de intervención mínima***, según el cual, el Derecho penal sólo debería intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes⁹⁴⁹. Sin embargo, la regulación del grooming, basada en una idea de máxima prevención contra el sujeto peligroso, en este caso concreto referido a aquel que atenta contra menores, ha repercutido en un adelantamiento desmesurado de la intervención penal.

Esto se demuestra, en la innecesaria elevación a delito autónomo de un mero acto preparatorio de otros delitos de naturaleza sexual, como lo es el grooming. Ante lo que reafirma MUÑOZ CONDE que “el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, convierte a este delito en uno de peligro abstracto e incluso de sospecha”⁹⁵⁰, lo que constituye una muestra más del Derecho penal defensivo, supuestamente protector del menor, que ha traspasa los límites del Derecho penal democrático⁹⁵¹ y que no cabe más que denominarlo como un Derecho penal del enemigo.

⁹⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 72.

⁹⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte Especial, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 209. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 233. GARCÍA PÉREZ, “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, Fasc. II, 1993, p. 629 y ss.

⁹⁵¹ Véase en este sentido, GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), Derecho penal español. Parte Especial I, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.

Derivado del mismo adelantamiento de la intervención penal, bajo el referente del sujeto peligroso, cabe destacar que otro punto, lamentablemente, característico del grooming, es lo lejos que se encuentra la conducta regulada de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico que pretende proteger, vulnerando con ello el **principio de lesividad**.

Y es que el Derecho penal tiene una función protectora de bienes jurídicos, definidos como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social, así sólo las acciones que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico pueden ser objeto de la intervención penal⁹⁵². Algo que no sucede en la regulación del delito de grooming que está más orientada a la prevención frente al sujeto peligroso, el delincuente sexual con alto exponente de reincidencia, al enemigo.

Así mismo, el **principio de proporcionalidad**, entendido como aquel que presupone que la pena o medida de seguridad debe ser proporcional al hecho cometido, por tanto, no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito⁹⁵³, se ve seriamente afectado en el delito de grooming.

Si analizamos las penas establecidas en el art. 183 ter, a lo mejor podría pensarse que no son en sí penas muy elevadas, sin embargo, tal interpretación no resulta la más acertada si se toma como punto de partida que la conducta que regula el grooming es un mero acto preparatorio compuesto de varios actos lícitos en su origen, frente a este supuesto, cualquier pena, sobre todo la de prisión, establecida para este delito será desproporcionada.

624-625; RAMOS VÁZQUEZ, José A., Ob. Cit., *El nuevo delito de ciberacoso de menores...*p. 588.

⁹⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 59.

⁹⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, op. cit., pág. 85.

Por otra parte, el grooming, al encontrarse dentro de las disposiciones de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se configura con un delito sexual, que conlleva penas accesorias a la respectiva privación de libertad, es decir el ser sancionado por un delito sexual, independientemente del que sea (que puede ir desde una agresión sexual hasta un acoso) incorpora al delincuente en la categoría de agresor sexual, con lo cual aparejado a la pena de prisión, pueden venir otras medidas, incluso, más gravosas en cuanto a la duración.

Y es que el Derecho penal del enemigo pregona la abolición del criterio de proporcionalidad de la pena con relación a los daños causados, a favor de la peligrosidad del agente⁹⁵⁴. Como se ha visto la respuesta penal no es necesariamente ajustada a la gravedad del delito, pues según el adelantamiento de la barreras de protección, lo que se mide no es la gravedad del hecho, sino la peligrosidad del individuo, lo que lleva a imponer una pena según se estime necesario para neutralizarlo y garantizar la seguridad de las personas y del Estado mismo.

Frente a ello surgen una serie de medidas asegurativas para al individuo peligroso, que paulatinamente abandonan el campo penal para entrar a la esfera procesal.

Así, por ejemplo, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, que reforma el Código penal, se modificó el art. 192.1 CP que dispone: *“A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un*

⁹⁵⁴ CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, op. cit., pág. 335.

solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor”.

Tal como señala ACALE SÁNCHEZ, la libertad vigilada es una medida de seguridad que consiste, y “como su propio nombre indica”, “en tener vigilada la libertad del condenado, aunque sin privarle de ella. Dicha vigilancia ha de llevarse a cabo a través del sometimiento del condenado a control judicial en un doble sentido pues si bien en primera instancia es el juez sentenciador quien la impone vacía de contenido, posteriormente su ejecución la controlará el juez de vigilancia penitenciaria quien propondrá al primero, a la vista de los informes penitenciarios que se le faciliten, en qué va a consistir”⁹⁵⁵.

Desde su aparición en el código penal, esta figura no ha estado exenta de críticas, que se concentran principalmente en que la libertad vigilada se configura como nueva pena, cuando no como medida de seguridad postdelictual, de lo cual se desprende la falta de proporcionalidad de este precepto con el hecho cometido⁹⁵⁶.

Sin embargo, CEREZO MIR⁹⁵⁷ critica tal limitación “porque las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente. La referencia a la gravedad del delito cometido, en la formulación del principio de la proporcionalidad, solo puede tener el sentido de que se trata de un síntoma más a tener en cuenta para enjuiciar la peligrosidad del delincuente; un síntoma que puede ser confirmado y

⁹⁵⁵ ACALE SÁNCHEZ, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Pamplona 2010, pág. 192.

⁹⁵⁶ PRIETO RODRÍGUEZ, Javier I., *Delitos sexuales y castración química Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales*, La Ley Penal, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, p. 10 y 12.

⁹⁵⁷ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, V. I., Introducción, Madrid, 2004, 6.ª edición, págs. 43 y ss.

desvirtuado por otro. El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves”.

Pero el problema de esto, no radica solamente en la desproporción de la medida y el hecho cometido, sino la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad, una para responder por el delito y la otra para garantizar, que al menos durante un tiempo, el sujeto no vuelva a delinquir. Esta situación, por más que se quiera cobijar con apariencia de legalidad, es a todas luces un exceso del Derecho penal para enfrentar a la delincuencia peligrosa. El legislador español, ha querido solucionar esta crítica encuadrar la libertad vigilada como pena accesoria y no como medida de peligrosidad, a pesar de la identidad de fundamentos⁹⁵⁸.

Independientemente del nombre que se le quiera poner, lo que no se puede ocultar, es que la libertad vigilada es una prolongación de la pena de prisión, que cobijada bajo el fundamento de prevención contra el delincuente peligroso⁹⁵⁹, supone una vulneración a los principios del Derecho penal y una flexibilización de las garantías reconocidas para el individuo.

Lo que es más preocupa, es que el legislador no se ha detenido ahí, la flexibilización de garantías en el ámbito procesal ha tenido su mayor expresión

⁹⁵⁸ En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco, “Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, TOL2.716.014

⁹⁵⁹ Opina TAMARIT SUMALLA al entender que la peligrosidad del autor deber ser entendida “*como riesgo razonable de comisión de futuros delitos de similar naturaleza, pese a que el art. 192 se limite a referirse a la peligrosidad del autor, que, pese a lo genérico de la fórmula legal no debe ser interpretada como condición del sujeto asociada a su modo de vida en términos de un inconstitucional Derecho Penal de autor*”. TAMARIT SUMALLA, “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona 2010, p. 179. En la misma línea, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco, “Estudios de Derecho Penal. Parte Especial. La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, TOL2.716.014

con la reforma que supuso la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, mediante la cual se autoriza registro dispositivos informáticos de almacenamiento masivo y la intervención de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, con un plazo de duración máximo de tres meses pero susceptible de ampliación y prórroga, hasta un máximo temporal de dieciocho meses, siempre que subsistan las causas que motivaron la intervención.

Así mismo, bajo la consideración de que no se afecta ningún derecho fundamental, se regula la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y la grabación de la imagen en espacio público sin necesidad de autorización judicial.

Se incorpora la figura de los agentes encubiertos informáticos en el ámbito de las nuevas tecnologías, quienes, previa autorización judicial, podrán obtener imágenes y grabar conversaciones, incluso en canales cerrados de comunicación y a su vez, en el curso de una investigación podrá intercambiar o enviar archivos ilícitos por razón de su contenido con delincuentes cibernéticos⁹⁶⁰.

Es evidente que la reforma sobre la LECrim, como de su definición se deriva, se ha debido a una necesidad de actualización legal frente a la aparición y riesgo que suponen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Lo que no se justifica, es que para ello, se flexibilicen las garantías procesales que en este caso afectan al investigado de un proceso penal, ampliando de

⁹⁶⁰ Véase la modificación del artículo 579 y el nuevo artículo 579 bis y las nuevas medidas de investigación tecnológica reguladas en los Capítulos V a VII del Título VIII del Libro II de la LECrim.

forma arbitraria y desmesurada la intervención penal bajo la fundamentación de una mayor eficacia preventiva frente al delito.

Pues amerita entonces reformar el nombre de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales, por el de Ley de Enjuiciamiento Criminal para el debilitamiento de las garantías procesales.

Es evidente, tal como hemos expuesto a lo largo de la páginas de este Capítulo Cuarto, que la regulación que el legislador ha realizado tanto en la Ley Orgánica 5/2010, como en la 1/2015, del delito *grooming*, responde de manera clara a todas y cada una de las características que hemos expuesto del Derecho penal del enemigo. Es, por tanto, innegable que constituye una evidente manifestación del mismo que sanciona comportamientos en virtud de considerar a aquel que los realiza como un enemigo de la sociedad, por cuanto no responde a las pautas sociales generales ni preestablecidas. La legitimidad de esta regulación no sólo es altamente cuestionable, sino que en nuestra opinión es absolutamente inexistente.

No es un buen camino para el respeto y la reafirmación del Estado de Derecho, criminalizar aquello que no coincida con la moral o las convicciones sociales de un momento histórico, porque ello no legitima el Estado de Derecho, sino que, por el contrario, contribuye a destruirlo.

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES

I

Las últimas décadas han estado marcadas por importantes cambios sociales, concentrados, principalmente, en la constante evolución de las Tecnologías de la información y la comunicación y el desarrollo de la economía de libre mercado, que ha trascendido de los niveles locales al mundo globalizado, de tal manera que las acciones de los sujetos en un lugar del mundo, pueden tener sus consecuencias en otros lugares a miles de kilómetros.

Esta situación ha originado nuevas realidades, como son las comunicaciones instantáneas, mediante imágenes en tiempo real, entre personas que se encuentran en lugares distantes geográficamente, o la posibilidad de enviar documentos, fotos, vídeos y toda clase de archivos o materiales, a puntos remotos, en cuestión de segundos. La posibilidad de cualquier tipo de comunicación e información inmediata a pesar de las distancias es una realidad hoy en día. De este modo, lo que apenas unos años atrás nos parecía impensable, y más cercano a la ciencia ficción que a la realidad, ahora es parte de nuestra vida cotidiana.

Como todos los avances tecnológicos, los referidos a las nuevas tecnologías de la información y comunicación, implican una mejora en el Estado de bienestar de las sociedades, pero al mismo tiempo surgen nuevos intereses y valores que deben ser protegidos, precisamente de estas nuevas tecnologías, Así, por ejemplo, un servicio de geolocalización es un evidente avance y mejora en el bienestar de las personas, pero, al mismo tiempo, y dependiendo de su uso puede implicar una lesión del derecho a la intimidad de las mismas. De este modo, surgen nuevos intereses y nuevos bienes dignos de protección desde el ámbito del Derecho.

Sin embargo, esas transformaciones sociales y los avances que ellas implican, están en manos del individuo, que, como hemos dicho, puede hacer un “buen” uso de ellas, y con ello contribuir a un avance del bienestar de la Sociedad, o bien, puede hacer un mal uso o un uso excesivo de las mismas, y con ello provocar una lesión de bienes jurídicos o derechos de otras personas. Es por ello, que necesitan ser reguladas para evitar posibles excesos, de hecho, la injerencia del ser humano en estas transformaciones es lo que genera mayor preocupación, ya que como considera SILVA SÁNCHEZ⁹⁶¹ buena parte de las amenazas a las que los individuos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos que derivan en las aplicaciones de los desarrollos en la industria, la biotecnología, la genética, la energía nuclear, la informática, las telecomunicaciones, etcétera.

Pero estas transformaciones, estos avances tecnológicos, y sobre todo, la globalización que de ellos se deriva, conllevan la aparición de condiciones específicas para el desarrollo de una nueva criminalidad sobre todo de carácter fundamentalmente económico. Efectivamente, las nuevas tecnologías de comunicación e información que permiten estar presentes al mismo tiempo en varios puntos distintos del planeta implica la posibilidad de que las grandes empresas transnacionales operen con total autonomía, sin responder a los mandatos y normativas de ningún Estado en concreto. Es decir, están presentes en todos y en ninguno al mismo tiempo, porque cuentan con una enorme disponibilidad, que garantizan sus recursos, de trasladar el establecimiento geográfico de sus centros de producción y de distribución de bienes y de servicios a cualquier lugar del mundo. Lo que, aunado a las facilidades de comunicación, y rapidez que proporcionan los avances tecnológicos, vuelve más que difícil su control, seguimiento y persecución.

⁹⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2da edición, Civitas Ediciones, 2001, p. 27.

Por tanto, es innegable que en este periodo postindustrial, las empresas del capital y, sobre todo, los avances en el sector de las telecomunicaciones, han venido a jugar un rol importante dentro de la convivencia cotidiana. Pues, como ha quedado expuesto, se han generado no sólo nuevas formas comerciales, que en parte se han dado gracias a las transformaciones tecnológicas, sino que los sujetos que en ellas intervienen tienen grandes facilidades de actuación dentro de los ordenamientos en los cuales se desempeñan, con lo que se dificulta el control sobre sus gestiones en el área local.

Cabe agregar, que para lograr el funcionamiento de estas transnacionales, que son las encargadas de ejecutar las transformaciones sociales a gran escala, se ha hecho uso de recursos de la misma magnitud, pues se ha requerido no solo el recurso humano sino también el natural, para poder satisfacer las demandas globales de cada uno de los rubros en los que se desempeñan. Así, podemos decir, que este proceso de evolución, también se ha caracterizado por el incremento del valor que se le da a bienes que tradicionalmente eran considerados abundantes y que hoy empiezan a manifestarse como bienes escasos, por ejemplo el medio ambiente.

En este sentido, se puede decir que con las transformaciones de la tecnología, la economía y la concepción del medio ambiente, hay una generalización de nuevas realidades, que al encontrarse en disposición de manipulación por parte del individuo, generan la conciencia del riesgo, que ellas suponen y que a la postre, han transformado a la sociedad tradicional en una sociedad amenazada por riesgos (*Risikogesellschaft*).

Estas situaciones, con el agregado de que de la misma manipulación del hombre, los bienes que antes considerábamos abundantes ahora se han convertido en bienes escasos, tales como el medio ambiente, han generado una conciencia social de que cada vez estamos expuestos a mayores riesgos, frente a los cuales necesitamos más protección. Sobre todo porque el avance

de la ciencia y la tecnología genera unos riesgos que no son fácilmente controlables ni en relación a su surgimiento, ni respecto a sus consecuencias. Esta dificultad de control y gestión de estos riesgos, han provocado que la sociedad los perciba de forma exacerbada, alentada en parte por los medios de comunicación y por los poderes públicos, generando con ello un elevado sentimiento subjetivo de inseguridad. Y este sentimiento subjetivo de inseguridad, determina que se reclame un mayor control, una mayor intervención por parte del Estado, a fin de evitar los posibles riesgos que estos avances ocasionen. Y esa mayor intervención se centra, en reclamar una mayor injerencia en los ámbitos de libertad, en pro de conseguir una mayor seguridad, frente a esos presuntos peligros.

Sin embargo, esa inseguridad que siente la sociedad, es simplemente subjetiva, y no se corresponde en absoluto con el realidad, es decir no es una percepción objetiva de los riesgos y de sus consecuencias. Efectivamente, la percepción social de los peligros se basa únicamente en referentes personales enmarcados por la realidad social de cada individuo, por la intervención de los medios de comunicación que exageran mediáticamente los problemas, y la de los poderes públicos que exacerbaban los potenciales riesgos; quedan, con esto, al margen de la percepción social los resultados o probabilidades estadísticas que sostengan científicamente tanto la propia existencia de estos peligros, como la magnitud de los mismos.

Aquí es donde los medios de comunicación juegan un papel importante, pues más que informar se han dedicado a desinformar sobre los verdaderos riesgos de la sociedad actual, con lo que simplemente han creado una alarma social generalizada, sin razón aparente, pero que sí tiene consecuencias reales sobre el individuo. Consecuencias reales que se traducen en una demanda de mayor injerencia por parte del estado mediante la regulación legal de estos riesgos y una restricción de los ámbitos de libertad de las personas.

Es innegable, que nos enfrentamos a nuevas realidades provenientes de un mundo cambiante, y como todo, lo desconocido conlleva riesgos; la cuestión es si la solución, o al menos la solución más eficaz para inocularlos, es el recurso al Derecho penal. Obviamente que el ordenamiento jurídico, y lógicamente también el Derecho penal, debe ir adaptándose a los cambios sociales en función de su papel de protector de bienes jurídicos, pero ello sólo bajo la necesidad de intervenir, cuando no hayan otras ramas del ordenamiento jurídico que puedan hacerlo de mejor manera. De lo contrario, la utilización casi exclusiva del Derecho penal como forma más eficaz de reacción, produce esa expansión e intensificación, en otras palabras, la hiperinflación del Derecho penal. Lo que conlleva en el primer caso a un Derecho simbólico y administrativizado, que pierde su verdadera esencia y en el segundo, a un Derecho penal meramente punitivista y arbitrario.

Sin embargo, el legislador, para dar respuesta a estas nuevas realidades sociales, paulatinamente, como era de esperarse, ha ido recurriendo a su arma más poderosa dentro del ordenamiento jurídico: el Derecho penal. Es así, que el Derecho penal mismo, ha experimentado un fenómeno de crecimiento e hiperinflación en su ámbito de acción, que ha dado paso a lo que hoy se ha denominado como “moderno” Derecho penal.

Como una de sus principales características podemos apuntar que el Derecho penal moderno ha sido un fenómeno cuantitativo que tiene lugar y se desarrolla inicial y principalmente en la parte especial. Esta dimensión cuantitativa contiene dos vertientes: por un lado, un aumento en las figuras delictivas con la introducción de nuevos tipos penales, pues las nuevas realidades, antes desconocidas, presentan nuevos bienes jurídicos para proteger y, por otro, el incremento de la respuesta penal en algunos tipos tradicionales con bienes jurídicos históricamente reconocidos. Es decir, en el moderno Derecho penal se pueden diferenciar dos corrientes, la **expansión** que se origina de estos nuevos riesgos, y que supone la tipificación de conductas que estaban reguladas fuera

del ámbito penal, y la ***intensificación*** que ya no responde a las nuevas realidades, sino a una idea de necesidad de mayor seguridad, para lo cual se produce un aumento en la severidad de la sanción penal frente conductas que ya se contemplaban en el ordenamiento jurídico penal.

II

Esta necesidad expansiva, y de incorporación de nuevos intereses y de nuevas conductas típicas, deriva de la evolución de la sociedad hacia una sociedad de riesgo, respecto de la cual, la principal característica radicaba en la aparición de nuevos riesgos para los individuos y para la sociedad en sí misma, que ocasionan un sentimiento generalizado de *inseguridad*. Sentimiento que se manifiesta en la petición de una intervención cada vez más amplia del Derecho penal, en los ámbitos de libertad de las personas.

Pero esa sensación de inseguridad no queda ahí, esto es, no se refiere en exclusiva a una expansión de la intervención penal a ámbitos hasta ahora desconocidos para la misma; sino que esa sensación de inseguridad incontrolada se plasma también en la exigencia de una mayor seguridad, y no sólo ante nuevos riesgos, sino incluso ante peligros ya conocidos y afrontados tradicionalmente en el ordenamiento jurídico penal. Se trata de otra de las manifestaciones que ya habíamos puesto de relieve, la *intensificación* de la intervención penal. Aquí, ya no estamos ante nuevas realidades y nuevos peligros ocasionados por la evolución social, sino ante el incremento de la respuesta penal, con mayores penas y adelantamiento de la intervención penal, en ámbitos ya tradicionalmente regulados por el ordenamiento jurídico penal.

De esta forma sobre la base de la necesidad de expansión del Derecho penal por las características que se derivan de la Sociedad de riesgo, se pasa sin justificación ni fundamento alguno a la sociedad de la seguridad ciudadana,

esto es, de la expansión a la intensificación del Derecho penal, traducido en una especie de Derecho de policía (*Polizeirecht*) cuyo objetivo es el control y la coerción. Y todo ello, aplicando las características esenciales del Derecho penal de la expansión, sobre todo en lo que respecta al adelantamiento de la intervención penal se refiere, a supuestos que nada tienen que ver con el mismo, es decir, la intensificación de la intervención penal en relación con la delincuencia tradicional. De este modo, el recurso a bienes jurídicos colectivos y a delitos de peligro abstracto que se justificaba en relación con los nuevos ámbitos de peligro derivados de la sociedad de riesgo, se materializan en la tipificación expresa de conductas que son meros actos preparatorios e, incluso, ni siquiera eso, alejándose por completo de una potencial lesión del bien jurídico. Y a diferencia, de lo que ocurre en el ámbito del “moderno” Derecho penal, esta técnica de tipificación no responde a una dificultad en delimitar cual pudiera ser el interés protegido y su consecuente lesión, sino a una mayor presión penal, adelantando el momento de intervención respecto de bienes jurídicos perfectamente delimitados y con una protección penal ya tradicional, criminalizando los estadios previos a esa lesión del bien jurídico, hasta convertir en delitos, comportamientos carentes por completo de cualquier potencialidad lesiva

Es por esto que la mayor crítica recae en la respuesta que el Estado ha dado a las demandas de mayor seguridad, a través de la implementación de políticas securitarias, como la seguridad ciudadana, la tolerancia cero o el Derecho penal del enemigo, que cada vez limitan más las libertades individuales y las garantías de los ciudadanos. En estos tiempos, la seguridad ocupa un lugar muy importante dentro de las prioridades nacionales, ahora necesitamos movernos con mayor cuidado y precisión, porque el Estado nos hace cada día más garantes de lo que nunca nos imaginamos ni se nos ocurría garantizar.

Se ha caído con ello en un campo muy peligroso porque el que una sociedad aspire a la seguridad como valor primordial y que para garantizarlo esté dispuesta a ceder cada vez más espacios de libertad, aspira a convertirse en una sociedad *robotizada* y, por ende, *despersonalizada*.

Como acertadamente afirma GALÁN MUÑOZ, “no se puede olvidar este peligro. El peligro de que en la búsqueda de ese valor tan etéreo y difuso que nos viene dado por la prevención de delitos o la seguridad, el legislador pueda llegar a sacrificar, inútil e injustificadamente, cuando menos parte del mucho más real y concreto valor de la libertad individual”⁹⁶².

Por otra parte, la seguridad respecto de una conducta futura –como se sabe – no es otra cosa que un pretexto más para legitimar el control social punitivo, que ha sido ocupado en ocasiones anteriores por regímenes de corte autoritario para legitimar, primero, una intervención excesiva del Estado en la esfera privada y segundo, la exclusión de sujetos indeseados políticamente.

De esta forma, se inicia por los legisladores un nuevo camino que abandona la referencia de la sociedad de riesgo, y la existencia de nuevos peligros incontrolables procedentes de los avances tecnológicos; sin embargo, las concesiones flexibilizadoras realizadas bajo su amparo, se han mantenido para supuestos que nada tienen que ver con los derivados de nuevos riesgos. Se trata no ya de riesgos incontrolados y desconocidos que puedan producirse por el avance de las nuevas tecnologías o de la propia sociedad; sino de peligros que se derivan del concreto actuar de determinados sujetos, que bien por el desvalor de su comportamiento, bien por el del resultado producido, o bien, por la reiteración de determinadas conductas criminalizadas, ocasionan un especial rechazo en la sociedad. Aquí el peligro no se deriva de un riesgo tecnológico,

⁹⁶² GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “De la violencia doméstica a la Violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en NUÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p.90.

sino de un individuo peligroso, y la máxima entonces radica en la “inocuidad” de estos sujetos apartados de manera habitual del orden jurídico.

No es raro entonces que se presenten propuestas como el Derecho penal del enemigo, basadas en la exclusión del otro, llegando a consideraciones tan insostenibles como la de despojar a los ciudadanos de su calidad de persona porque infringen la norma de manera continuada y no prestan seguridad cognitiva alguna de comportarse dentro de los márgenes del ordenamiento, y la admitir contra ellos cabe cualquier tipo de reacción penal, generando la errónea idea de que los derechos fundamentales y las garantías son sólo para el que se los gana.

Con la justificación de la mantener la vigencia de la norma a toda costa y la lucha contra la criminalidad, y por ende contra los sujetos peligrosos que la ejecutan, se crea un clima favorable para la represión estatal y la limitación de las garantías constitucionales otorgadas a los ciudadanos, lo que a su vez supone la creación de estados autoritarios y a todas luces el Estado de Derecho y el Estado totalitario o dictatorial, o policial, son irreconciliables. Por eso, el Derecho penal del enemigo tal y como lo ha formulado JAKOBS es incompatible con nuestro vigente Estado democrático de Derecho. Se diferenciaban cuatro grandes bloques de características que permitían identificar este planteamiento: a) la “actitud del autor” o su “peligrosidad criminal” en relación con su tendencia o inclinación hacia el delito, abandonando con ello toda referencia a la gravedad o desvalor del hecho que realmente se ha producido; b) un amplio adelantamiento de la punibilidad; de manera que la perspectiva del ordenamiento jurídico pasa a ser prospectiva, tomando como referencia el potencial hecho futuro, en lugar del tradicional punto de vista retrospectivo, el hecho ya cometido; c) un incremento desmesurado e injustificado de las penas estableciendo penas draconianas para supuestos en los que ni la gravedad y desvalor de la acción ni los del resultado las justifican en forma alguna, y d) la “flexibilización” de determinadas garantías procesales

individuales, que ponen claramente de relieve que al “enemigo” no se le reconocen los mismos derechos que a aquellos que respetan el ordenamiento jurídico, y ostentan, por tanto, la condición de ciudadanos.

Sin embargo, es preciso resalta que la vía para solucionar los conflictos sociales no es dismantelar el Derecho, sino por el contrario, fortalecer la razón jurídica del Estado de Derecho, donde no hay conoce amigos o enemigos, sino sólo culpables o inocentes.

Ahora, lo que es realmente grave es que estos postulados pasen del ámbito meramente académico al legislativo, pues incorporar figuras que son manifestación de un Derecho penal del enemigo, es una involución espasmódica del Derecho penal.

III

Si bien es cierto, que debe rechazarse de plano, el Derecho penal del enemigo y su posible implementación dentro de las legislaciones, esto ya es una realidad. Se ha empezado por los ámbitos más grandes dentro de la delincuencia como la criminalidad organizada, narcotráfico, trata de personas, terrorismo, etc., sin embargo, aunque algunos consideren legítimos los postulados del Derecho penal del enemigo frente a estos tipos de criminalidad, lo cierto es que ahí no acaba la intervención de esta política criminal, sino que paulatinamente se desplaza hacia otros ámbitos delictivos, que si bien, como todo delito, merecen reproche social, su configuración no se acerca a la magnitud de la criminalidad organizada. Tal es el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.

Los delitos de naturaleza sexual que tienen como sujetos pasivos a menores, generan no sólo gran conmoción social por lo reprochable de las conductas que

regulan, sino una importante alarma que provoca el uso indiscriminado de las nuevas tecnologías que hacen los menores y los enormes riesgos a los que, con ello, se exponen. Esta situación es lo que ha provocado una mayor demanda de “rigurosidad” penal, y de protección a ultranza contra quien se ha convertido en el *enemigo* de la sociedad tanto por lo reprochable de su comportamiento, como por la peligrosidad de su forma de ser o de vivir; y ello, aún a costa de la restricción de determinados derechos y garantías, es decir, la incorporación del *derecho penal del enemigo* a nuestro ordenamiento jurídico

Desde hace ya algún tiempo, probablemente por importación de la política criminal estadounidense, la respuesta penal para los delincuentes sexuales cada vez es más represiva. Bajo la consideración de la peligrosidad que estos individuos representan, sumado al hecho de la reincidencia de sus conductas, el Derecho penal entiende que frente a estos delitos debe intervenir de forma anticipada incluso antes de la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico y, en caso de que la lesión llegue a efectuarse, para ellos, presentan como sanción la inocuización.

Estado Unidos es el referente en los casos de medidas contra los delincuentes sexuales, especialmente aquellos que atacan a menores, utilizando prácticas que van desde la encarcelación prolongada hasta la humillación pública, como la publicación de listas de delincuentes sexuales, la exhibición de nombres y fotografías en boletines de noticias locales o en anuncios de televisión, o la obligación de que los delincuentes sexuales lleven puestas camisetas en las que se les identifique como tales, lo que algunos, sarcásticamente, han definido como la letra escarlata de los tiempos modernos⁹⁶³. De hecho, en no poco estados, aun fuera de Estados Unidos se debate sobre el uso de la castración química para los agresores sexuales. En otras palabras, hay una declaración de guerra para este tipo de delincuentes.

⁹⁶³ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009, p. 53.

Si bien en España aún no se llega a tales niveles, se están dando los primeros pasos para instaurar una política totalmente represiva contra los delincuentes sexuales, así por ejemplo, se regula la libertad vigilada, que supone la aplicación de una medida de seguridad para este delincuente peligroso, una vez cumplida la condena de prisión por el delito cometido.

Por supuesto, si los delitos sexuales generan gran indignación social, cuando son cometidos contra menores el reproche social es mucho mayor. Para estos casos se adelanta la barrera de protección del Derecho penal interviniendo muchos antes de que alguna conducta ponga en peligro al bien jurídico.

IV

La tipificación del grooming es un claro ejemplo de la lucha contra la delincuencia sexual contra menores, si bien su introducción en el ordenamiento jurídico español se debe al cumplimiento de leyes de compromiso, su regulación responde al Derecho penal del enemigo, pues una vez incorporada a la legislación penal, rebasa con creces los requerimientos de las normas internacionales que le han dado su origen.

Como ya se apuntaba, la sensación de distancia segura y el anonimato, son factores que facilitan la comisión de tipos delictivos por medio del uso de las tecnologías, pero además, contribuyen a que los jóvenes hagan un uso inadecuado y arriesgado de internet, bajo la creencia errónea de que lo que pasa *online* se queda en la red y no trasciende al "mundo real". Se piensa que las acciones que se realizan por medio de las TIC's, sobre todo el internet, no tendrán ninguna consecuencia práctica que afecte su vida cotidiana, como si se tratase de un juego en el que se interpreta un papel o se vive en el mundo

paralelo en el que las acciones realizadas y las decisiones tomadas en uno y otro no llegarán a tener relación entre sí.

Por otra parte, amerita resaltar el hecho de que cuanto más se acercan los jóvenes a la mayoría de edad, mayor es la conciencia que poseen acerca de los peligros que existen de la red, pero contradictoriamente, al mismo tiempo, incrementan las conductas de riesgo que llevan a cabo *online* como por ejemplo relacionarse con desconocidos, intercambiar información personal, o incluso concertar encuentros cara a cara con ellos.

Derivado de estas conductas, surgen los tipos de delitos que se comenten a través del internet contra menores, entre los que destacan, la distribución de pornografía infantil, el *ciber-bullying*, el *sexting* y el ciberacoso con intención sexual de un adulto a menores, también conocido como *grooming*, lo que produce una honda preocupación entre los padres por las consecuencias que tienen o pudieran tener para las víctimas, sobre todo porque este delito parte de la concurrencia en la conducta realizada por el sujeto de una finalidad sexual respecto al menor. Esta situación de honda preocupación por parte de los padres se ve agravada por el hecho de que, a diferencia de sus hijos que son "*nativos digitales*", con unos elevados conocimientos y dominio de las TIC's, infinitamente superior, en la mayor parte de los casos, al de sus padres, estos tienen conocimientos básicos y escaso dominio de estas tecnologías, siendo considerados "*inmigrantes digitales*". Y ello les dificulta enormemente un seguimiento continuo o exhaustivo del uso que los menores hacen de la web.

En relación con el grooming, lo primero que hay que poner de relieve es que no existe un concepto claro y único del mismo, pero es evidente que el núcleo central de esta conducta se encuentra en la realización de una acción encaminada a establecer una relación con un menor, usualmente proveniente de un adulto, para preparar un encuentro con el mismo, en el que la finalidad sea abusar sexualmente de él. A este respecto, algunos autores añaden que,

dado que la finalidad es sexual, puede también consistir en la producción o el intercambio de pornografía.

Es por ello, que no nos encontramos ante un nuevo delito que sanciona nuevas conductas delictivas que atentan contra nuevos bienes jurídicos que por distintas razones políticas, sociales o culturales el legislador hubiera decidido proteger, sino que modalidades de comisión adaptadas al nuevo entorno tecnológico respecto de tipos delictivos preexistentes. Así, como podemos apreciar, a la hora de definir y delimitar estos comportamientos típicos se emplean los tradicionales términos de acoso, abuso, pornografía, etc.

Sobre esta base, lo primero que es preciso poner de relieve es que el *grooming* se compone de diversas etapas, entre las que se encuentran sobre todo en el comienzo del comportamiento, actividades absolutamente irrelevantes e inocuas tanto social como jurídicamente, que no tendrían trascendencia alguna si no estuvieran marcadas por esta última finalidad sexual.

Esta conducta, fue específicamente incorporada al ordenamiento jurídico penal español, por la LO 5/2010, de 22 de junio, y modificada con posterioridad por la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo. La reforma de 2010 determinó la inclusión de todo un nuevo Capítulo, el II bis, relativo a los delitos de abusos y agresiones sexuales cometidos contra a menores de trece años, en el que se incluyó todos los supuestos referidos a comportamientos relativos a cualquier tipo de atentado contra la indemnidad sexual de los menores, y dentro del cual se introdujo el nuevo delito —también limitado a menores de trece años— que se denominó acoso por medio de tecnologías de la información, concretamente introducido por el art. 183 bis.

En este artículo tipifica el internacionalmente denominado *child grooming*, atendiendo fundamentalmente a las recomendaciones incluidas en el Convenio

de Lanzarote. De este modo, la regulación del 2010 incorpora en el tipo penal recogido en el art. 183 *bis*, los elementos y conductas típicas descritas en el Convenio, si bien estableciendo el límite de edad de los sujetos pasivos de las mismas en los menores de trece años, mientras que el mencionado texto europeo se refería a “menores de edad”, sin indicación alguna de su edad. Por su parte, la reforma de 2015, cambia de ubicación típica el delito pasando a configurar el art. 183 *ter*, incrementa el margen de edad hasta los 16 años, e introduce una nueva modalidad típica.

En el análisis de la configuración típica del delito de *grooming*, partimos del análisis del delito de acoso sexual del art. 184, por ser parecido en estructura a la conducta regulada como *grooming*, pero llegamos a la conclusión de que el acoso sexual no puede considerarse como fundamento del tipo penal contenido en el actual art. 183 *ter*, por cuanto las conductas que se regulan en el *grooming*, si bien, en algunos casos caben en la configuración del delito de acoso sexual del art. 184 CP, por la especificidad del ámbito en que se desarrollan estas conductas, no son equiparables. De hecho, tal y como está redactado el *grooming* en sí mismo no es siquiera un tipo de acoso sexual, de ahí que algunos autores le llamen seducción informática o propuesta sexual telemática.

Posteriormente, tras realizar el análisis de cada uno de los elementos típicos del mismo, una de las principales conclusiones y críticas a las que llegamos es que está configurado como acto preparatorio de otros delitos de carácter sexual contra menores, con lo que surge nuevamente, la ya mal acostumbrada técnica de adelantamiento de la intervención penal que no se ve justificada en ningún sentido en este artículo.

Efectivamente, el nuevo artículo 183 *ter* castiga dos conductas distintas, pero en ambas se requiere tanto la existencia de un contacto con un menor de dieciséis años, por medio del uso de las TIC's, como una finalidad sexual, el la

primera de las conductas, la de cometer alguno de los delitos previstos en los arts. 183 y 189, y en la segunda modalidad, la finalidad de obtener del menor material pornográfico infantil.

En relación con el bien jurídico protegido en las conductas de *grooming*, consideramos que es necesario partir de la fundamentación recogida en la Exposición de Motivos que acabamos de transcribir, lo que nos llevaría a individualizar el bien jurídico protegido, en el derecho del sujeto pasivo de esta conducta a un desarrollo y una formación adecuados, libres de injerencias extrañas a sus intereses, y a un adecuado proceso de socialización. Si a ello unimos, por una parte su ubicación sistemática, esto es, dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y más concretamente en el Capítulo II Bis dedicado a las conductas realizadas contra menores de dieciséis años, junto con la finalidad de cometer un delito sexual (art. 183 y 189 Cp), que constituye un requisito típico de este delito, resulta evidente que el bien jurídico a proteger en el art. 183 *ter* Cp, es el mismo que el de las restantes figuras típicas relativas a menores de edad, esto es, la *indemnidad sexual del menor*.

El problema, en relación con el delito de *grooming* radica, en que tal y como está redactado el tipo penal, la conducta ni siquiera supone una puesta en peligro para el bien jurídico. Ello porque, como abordaremos más adelante, el delito de *grooming* es un mero acto preparatorio de los delitos sexuales que se pretenden cometer, lo que tiene consecuencia de que la posible afectación al bien jurídico *indemnidad sexual* está excesivamente alejada de la conducta regulada, careciendo de cualquier capacidad lesiva respecto del mismo.

En relación con la configuración típica de las modalidades descritas en el art. 183 *ter* Cp, ambas presentan la estructura de delitos de *tendencia interna transcendente*, por cuanto requieren la presencia de un especial elemento subjetivo del injusto para la consumación del mismo. Y concurriendo éste, las conductas se verían consumadas una vez realizado el contacto con el menor y

propuesto el encuentro, se realicen actos materiales para el acercamiento (en el tipo básico), o se requiera la entrega de material pornográfico (en el segundo).

El problema radica en que, tal como hemos expuesto en este trabajo, las conductas tipificadas como delito en el art. 183 *ter* Cp, no poseen capacidad lesiva alguna respecto del bien jurídico *indemnidad sexual*, siendo en realidad mero actos preparatorios que han sido elevados a la categoría de delito autónomo.

En nuestra opinión, no existe razón para ello, por cuanto no es cierto que el grooming haya venido a llenar un vacío normativo en el ámbito de los delitos sexuales, pues su configuración responde a un simple acto preparatorio de los delitos sexuales que se pretenden cometer. Dicho esto, sostenemos que la regulación del grooming dentro de la legislación penal es innecesaria, bien porque en caso de que la conducta sea lo suficientemente grave se regula como tentativa del delito que corresponda, o en el caso de no serlo, la conducta realizada debería de ser impune por la falta de lesión o puesta en peligro del bien jurídico indemnidad sexual.

V

Partiendo de la innecesariedad de la regulación típica autónoma del grooming, la respuesta a la criminalización expresa por parte del legislador, pudiera encontrarse en las tendencias de política criminal que hemos analizado. Es decir, al tratarse los delitos de naturaleza sexual de uno de los ámbitos que mayor reproche social ocasiona, y que mayor inseguridad genera por la aparente impunidad de los autores de los mismos, la regulación legislativa es un mero reflejo de la demanda social de intervención penal. De hecho, como hemos expuesto, la incorporación y regulación típica de este delito, responde a una mezcla de las dos tendencias expuestas: por una parte, a la inseguridad

que producen las nuevas tecnologías (TIC`s), a causa de la imposibilidad de su control y gestión, así como de la posibilidad de anonimato de quien las utiliza, y el peligro que ello conlleva, especialmente en el caso de los menores (característica típica de lo que se ha denominado “moderno” Derecho penal); y, por otro lado, la respuesta represiva que la sociedad demanda para cualquier tipo de comportamiento que, incluso de manera indirecta y lejana, pudiera tener naturaleza sexual, sobre todo, si va referido a menores, determinando el adelantamiento de las barreras de intervención penal de manera que se convierten en delito autónomos lo que no son sino meros actos preparatorios, así como el castigo de inclinaciones o tendencias de los sujetos activos (característica principal del *Derecho penal del enemigo*). Es, por tanto, el *grooming* una manifestación de ambas tendencias que ya tiene reflejo positivo en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Tal como hemos analizado, la regulación actual del delito de *grooming* responde a todas y cada una de las características que definíamos en relación con el Derecho penal del enemigo.

Así, en primer lugar se basa en la actitud del autor (el pederasta) para declararlo como enemigo, contra quien solo bien cabe la guerra. Efectivamente, los supuestos en los que el comportamiento que se criminaliza, carece por completo de capacidad lesiva alguna respecto del bien jurídico, por tratarse de conductas completamente alejadas del núcleo del mismo, y que responden a las tendencias y personalidad del autor, resultan absolutamente ilegítimas. Tal es el caso de que en la regulación de la conducta de *grooming*, tanto en el tipo básico (art. 183 ter 1), como en el específico (art. 183 ter 2), no se requiere ningún contacto sexual que implique una lesión a la indemnidad sexual del menor, por el contrario, toda la conducta típica se desarrolla a través de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, más concretamente internet, es decir, nótese que aquí ya no estamos hablando de que no hay un contacto sexual, sino que no hay siquiera un contacto físico, que al menos, derivado de la finalidad sexual del sujeto activo, pudiese suponer un peligro

para el referido bien jurídico. Por lo cual, lo que se sanciona son propuestas, intenciones y tendencias, que por el hecho de estar ligadas a una finalidad sexual con un menor y ser provenientes de un autor considerado peligroso (pederasta), se consideran lo suficientemente reprochables socialmente para intervenir penalmente.

Segundo, al elevar a delito autónomo la conducta del grooming que es un mero acto preparatorio de otros delitos sexuales, se adelanta de manera exagerada e innecesaria la intervención penal. La descripción típica del delito contenido en el art. 183 *ter* Cp, evidencia que se trata de un supuesto en el que el legislador, en un afán preventivista que está inspirando las últimas reformas legislativas, ha pretendido “bloquear” todo el potencial círculo de ataques de naturaleza sexual contra menores, castigando para ello, todo aquel comportamiento que, aun de manera lejana e indirecta, pudiera de algún modo incidir en el bien jurídico, adelantando la intervención penal a estados absolutamente alejado de su potencial lesión. Así, al tipificar el art 183 *ter* Cp, conductas que ni siquiera implican el comienzo de ejecución de algún tipo de delito sexual, es decir, ni siquiera constituyen tentativa en relación con los mismos, y se encuentran muy alejadas de la posible lesión o puesta en peligro del bien jurídico, evidencia un claro adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal.

Tercero, hay una desproporcionalidad e incoherencia en la imposición de penas, rebasando la necesidad de respuesta penal frente a una conducta que ni lesiona ni pone en peligro al bien jurídico protegido. Ahora, si bien pudiese considerarse que las penas de este delito no son lo suficientemente altas para crear una desproporción punitiva y por tanto, se dejaría de cumplir esta característica tan propia del Derecho penal del enemigo, alejando a la regulación de la conducta como manifestación de esta política criminal, la interpretación no puede ir dirigida en este sentido principalmente por dos razones: Primero, la gravedad punitiva y el establecimiento de penas desproporcionadas, ni es la única, ni mucho menos es la esencial de las

características que configuran el Derecho penal del enemigo; de manera que si las restantes características sí están presentes no existiría problema alguno para aceptarlo, y en segundo lugar porque, en nuestra opinión, la desproporción en la pena que se deriva de la tipificación del delito de *grooming* no procede de la perspectiva cuantitativa de la misma, sino de la cualitativa. Es decir, cualquier conducta para ser merecedora de sanción penal, es preciso que afecte a un bien jurídico, de manera que la criminalización de un comportamiento que no suponga afección ninguna para un concreto bien jurídico, conllevará siempre una pena desproporcionada, independientemente de si se castiga, sólo, con una pena de multa. En otras palabras, una pena siempre será alta y desproporcionada para una conducta que nunca debió haber sido típica. A ello se une que, en el concreto caso de los delitos sexuales, el sólo hecho de ser condenado conlleva otras repercusiones que van más allá de la pena propia del delito en cuestión, como son la severidad de medias posteriores a la condena y la especial dificultad de obtener beneficios penitenciarios para este tipo específico de delitos.

Finalmente, se da una flexibilización y supresión de garantías penales y procesales, vulnerando con ello los principios y garantías del derecho penal y volviendo a un Derecho penal meramente represivo. En concreto el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad, el de culpabilidad; pero también estableciendo limitaciones y restricciones en materia de beneficios penitenciarios, de libertad condicional o de suspensión de la condena. Y de forma más grave mediante el establecimiento de la medida de seguridad de *libertad vigilada*. Dicha vigilancia ha de llevarse a cabo a través del sometimiento del condenado a control judicial en un doble sentido pues si bien en primera instancia es el juez sentenciador quien la impone vacía de contenido, posteriormente su ejecución la controlará el juez de vigilancia penitenciaria quien propondrá al primero, a la vista de los informes penitenciarios que se le faciliten, en qué va a consistir". Desde su aparición en el código penal, esta figura no ha estado exenta de críticas, que se concentran

principalmente en que la libertad vigilada se configura como nueva pena, cuando no como medida de seguridad postdelictual, de lo cual se desprende la falta de proporcionalidad de este precepto con el hecho cometido

Ahora, si bien mantenemos la postura de que por ser el grooming una manifestación del Derecho penal del enemigo, no debería tener cabida en la legislación penal, esto no quiere decir que no creamos que sea una realidad que afecta a los menores y que puede incidir en algún momento en el desarrollo de su personalidad sexual, sino que no consideramos que el Derecho penal sea la mejor solución para este fenómeno, por el contrario, la materia sociológica o la educativa tendrían un mayor calado en la regulación de estas conductas.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA PATIÑO, “De los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y pornografía”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid 1992.

AGUSTINA, José R., ¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas legales e hipótesis criminológicas ante en sexting, en RECPC, No. 12-11, 2010.

ALBRECHT, Peter-Alexis, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Dirigido por Carlos María Romero Casabona, Colmares, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ALCÓCER POVIS, Eduardo, *El derecho penal del enemigo, ¿realización de una opción político criminal o de una criminal política de estado?*, en *Revista de Derecho penal*, 2006.

ALLER, Germán, *El Derecho penal del enemigo y la sociedad en conflicto*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Delito de conducta reiterada, (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., pp. 55 y ss.

ALONSO ALAMO, Mercedes, “Los nuevos delitos de acoso sexual”, en *Diario La Ley*, 8 de marzo de 2001.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Dykinson, Madrid, 2001.

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant Monografías, Valencia, 2002.

AMBOS, "Feindstrafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, págs. 1 y ss.

AMBOS, Kai, Derecho penal del enemigo, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

APONTE, Alejandro, *Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luis, *Derecho penal económico y Constitución*, Revista Penal, 1997.

ASÚA BATARITA, Adela, Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico. <http://www.cienciaspenales.net>.

- *El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas" y conductas periféricas*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

BAJO FERNANDEZ, Miguel, *La actualización del Código penal de 1989*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1989.

BARATTA, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: Una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, en AA.VV "Pena y Estado", Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1995.

BEGUÉ LEZAÚN, J.J, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Bosch, Barcelona, 1999.

BELLO LANDROVE, Federico, *La familia y el Código penal español*, editorial Montecorvo, Madrid, 1977.

BERDUGO COMEZ DE LA TORRE, Ignacio Y OTROS, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.

BÖHM, María Laura, *Políticas de seguridad y neoliberalismo*, Manuscrito para la obra: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crimen, Finanzas y Globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (en imprenta).

- *Securitización*, Revista Penal, No. 32 (Julio), 2013.

BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E., “Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual por la Ley Orgánica 11/99”, *Actualidad penal*, No. 35, 1999.

BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BOIX REIG, J., en Boix Reig, J., *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 358;

- “Del estupro”, en COBO DEL ROSAL, Manuel y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, Tomo II, Madrid, 1993.
- *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3). Abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en BOIX REIG, Javier (dir.), *Derecho penal, parte especial*, Vol. I, La protección penal de los interés jurídicos personales (Adaptado a las reformas de 2010 del Código penal), Iustel, Madrid, 2010.

BRANDARIZ GARCÍA, José A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Valencia, 2004.

- “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade pública, Xunta de Galicia, Segunda época, No.9.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Inseguridad y lucha contra el terrorismo*.

- *Manual de Derecho penal, parte especial*, 2ª ed., Ariel, 1989.
- *Manual de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., PPU 1994.

CALLEGARI, André Luís y ARRUDA DUTRA, Fernanda, “Derecho penal del enemigo y Derecho fundamentales”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

CANCIO MELIA, Manuel “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003.

- "Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual", en *La Ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011.
- “Delitos contra la libertad sexual”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- “*Derecho penal*” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, en JdP, No. 44, 2002.
- “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, La Ley, No. 4181, 1996.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Problemática actual de la violación entre cónyuges y parejas de hecho”, en CEREZO MIR, José, SUÁREZ MONTES, Rodrigo, BERISTAIN IPIÑA, Antonio y ROMERO CASABONA, Carlos, (ed.), *El nuevo Código penal presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Madrid, 1996.

- *Addenda al Curso de derecho penal español-parte especial*, 1999.
- *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981.

CARUSO FONTÁN, Ma. Viviana, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CEREZO MIR, José, Curso de Derecho penal español. Parte general, Vol. II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CERVINI, Raúl, *Incidencia de las Mass Media en la expansión del control penal en Latinoamérica*, en Revista de Ciencias Penales, Quinta Época, No. 41, Editorial jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1994.

COBO DEL ROSAL, Manuel y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Comentarios a la legislación penal*, Revista de Derecho Público, Tomo II, Madrid, 1993.

COBO DEL ROSAL, Manuel Y ZABALA LOPEZ-GOMEZ, Carlos, *El acoso sexual*, Madrid, 2006, p. 21.

COBO DEL ROSAL, Manuel, “El delito de rapto”, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo II, Madrid 1983, p. 371

CORTES BECHIARELLI, Emilio, “El nuevo delito de grave acoso en el ámbito laboral”, en JUANES PECES (direct.), *Reforma del Código penal*, Madrid 2010.

CRAVEN, S., BROWN, S., GILCHRIST, E., "Sexual grooming of Children: Review of the Literature and Theoretical Considerations", en *Journal of Sexual Aggression*, 12, 2006.

CREUS, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, 4ª ed., Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983.

CUERDA RIEZU, “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, Estudio sobre cosnumo. No. 35, 1995.

CUGAT MAURI, Miriam, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en Álvarez García/González Cussac (Dir.), *Comentarios a la reforma penal 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

- La tutela penal de los menores ante el online grooming: entre la necesidad y el exceso, La Ley penal, No. 107, Sección de estudios, marzo-abril 2014, Publicación en La ley digital 360.

DE LEMUS VEGA, Francisco, El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal, por la Ley Orgánica 1/2015,

Diario La Ley, No. 8604, Sección Tribuna, 14 de septiembre de 2015, Publicación en La ley digital 360, p. 3.

DE VEGA RUIZ, José Augusto, *El acoso sexual como delito autónomo*, Editorial Colex, Madrid, 1991.

- *Los delitos contra la libertad sexual en la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio*, en La Ley.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009.

- Los delitos contra la libertad sexual, en DEL ROSAL BLASCO (editor), Estudios sobre el nuevo Código penal de 1995, Universidad de Alicante, Colegio de Abogados de Alicante, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo "El Derecho penal del enemigo Darf nich sein. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en *Revista General del Derecho penal*, nº 4, nov- 2005, www.iustel.com.

DÍAZ CABRERA, María Celeste, El ciberacoso. El art. 183 Bis del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.004.694.

DÍAZ CORTÉS, Lina M., "El denominado 'child grooming' del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2138, 2012.

- *Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 3 de octubre (ROJ SAP SE 3018/2013) y Sentencia del Juzgado de Menores No. 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013), Pronunciamiento sobre el denominado delito de child grooming*, en Reseñas de Jurisprudencia Penal, Julio-Diciembre 2013, Ed. Universidad de Salamanca.
- Una nueva modalidad del denominado child grooming: análisis en el proyecto de reforma, Actualidad jurídica Aranzadi, No. 885/2014, Pamplona, 2014, p. 1.

DÍAZ PITA, María del Mar y FARALDO CABANA, Patricia, *La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995*, en Revista Derecho y proceso penal, No. 7, 2002.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la libertad sexual: ¿Libertad sexual o moral sexual?”, en MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Nuevas tendencias en política criminal, Una auditoria al código penal español de 1995*, Bdf, Buenos Aires.

DÍEZ RIPOLLÉS, José L.: *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona, 1982.

- *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-01, 2004, p. 4. <http://criminet.ugr.es/recpc>
- *El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, 2003.
- *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido de Derecho penal sexual)*, Barcelona 1981.
- *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona 1986.

DOLZ LAGO, Manuel J., Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, No. 7575, Año XXXII, 23 feb. 2011.

DONINI, Massimo, El Derecho penal frente al “enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto, “El Derecho penal moderno, entre el problema de la inseguridad, la seguridad y la justicia”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María*

del Mar Díaz Pita, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

DOUGLAS, Mary, Risk and Blame. Essays in Cultural Theory, Routledge, London and New York, 1992.

DURÁN MIGLIARDI, Mario, *El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, op. cit., 2006.

ESER, “Consideración final de Albin Eser”, traducción de M^a del Carmen Gómez Rivero, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004.

FARALDO CABANA, Patricia, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (Dir.), Nuevos retos del Derecho penal de la era de la globalización, Valencia, 2004.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *El Derecho penal del Enemigo y el Estado democrático de Derecho*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

FELIP I SABORIT, David, *Observaciones a la expansión, diez años después, en La crisis del Derecho penal contemporáneo*,

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid 1995.

- El Derecho penal del enemigo, en *Jueces para la democracia*, No 57, Noviembre, 2006.

FERRANDIS CIPRIÁN, Daniel, *El delito de online child grooming (art. 183 bis CP)*, en Orts Berenguer, Enrique y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María (Coord),

Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial, Tirant lo Blanch, 2014.

FERRÉ TREPAT, Elena, “Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1984”, en ADPCP, 1986.

FLORES, Javier, ¿Qué es el grooming?, <http://www.muyinteresante.es/curiosidades/preguntas-respuestas/ique-es-el-grooming>.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso, El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del art. 248.2 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

GALLEGO SOLER, José I, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GALLEGO SOLER, José I. y HORTAL IBARRA, Juan C., *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.), *Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La reforma de los capítulos II bis, IV y V del Título VIII del Código penal, en el proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013*, en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Análisis de las reformas penales, presente y futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y LOPEZ GARRIDO, Diego, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

- “*Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático*”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones generales. Agresión y abusos sexuales, en Álvarez García, Javier (Dir.), *Derecho penal español. Parte Especial I*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GARLAND, David, *The limits of the sovereign state, Strategies of crime control in contemporary society*, en *The British journal of criminology*, No. 4, 1996.

GERBER, *Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre*, en *Novos rumos do Direito penal contemporaneo*, Livro en Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

GILLESPIE, A.A., "Child Protection on the Internet-Challenges for Criminal Law", en *Child and Family Law Quarterly*, 14, 2002.

- "Tackling Grooming", en *The Police Journal*, No. 77, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo”, en *Código penal*, Tecnos, 1996.

- *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, fasc. III, 1969.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional e Teoria de Constitucao*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

GOMES, Luís Flávio y BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel, “Sobre la teoría del bien jurídico (aproximación al ilícito penal)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid 1983.

GÓMEZ RIVERO, Carmen y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Isabel, Crónica de Derecho penal año 2014, en *Crónica jurídica hispalense*, No. 12, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GÓMEZ RIVERO, Carmen, “El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 482 (Comentario), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.

GÓMEZ TOMILLO, "Comentario al art. 183 bis", en *Comentarios al Código Penal*, en Manuel Gómez Tomillo (dir.), Valladolid 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, José L., en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, y otros, Tomo VII, Esquemas de Derecho penal, parte general, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZALEZ RUS, Juan José, *La violación en el Código penal español*, Granada 1982.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta., "El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2010.

GRACIA MARTIN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho penal del enemigo»”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 07-02, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

- “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo*, El discurso de la exclusión, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

- *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, *¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”?* Una aproximación crítica al concepto, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, 2006.

GUTIÉRREZ FRANCES, María Luz, *Fraude informático y estafa: (aptitud del tipo de estafa en el derecho español ante las defraudaciones por medios informáticos)*, Ministerio de Justicia, Secretaría técnica, Centro de publicaciones, 1991.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal por el producto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

HASSEMER, Winfried, *Crisis y características del Derecho Penal*, AP, 1993-2.

- *Perspectivas del Derecho penal futuro*, Revista Penal, 1997.
- *Viejo y nuevo Derecho penal*, en *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, 1999.

HERRERA VELARDE, Eduardo, *Algo sobre modernización del derecho penal*, Actualidad Jurídica, Tomo 159, 2007.

HERRERO HERRERO, C., *Introducción al nuevo Código penal (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid, 1996.

HIRSCH, H. J., *El Derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de la criminalidad*, en *Derecho penal, obras completas*, tomo II, trad. M. C. Alastuey Dobón, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

HORTAL IBARRA, J.C., "El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal?", en Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (dirs.), *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012.

INTECO, Observatorio de la seguridad de la información, Estudio sobre hábitos seguros en el uso de las TIC por niños y adolescentes y e-confianza de sus padres, marzo 2009. <https://www.incibe.es/>

- Guía legal sobre el ciberbullying y grooming. <https://www.incibe.es/>.
- Guía sobre adolescencia y sexting: qué es y cómo prevenirlo, febrero 2011.

JAKOBS, Günther, "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente" en *la ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004.

- "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS CANCIO, *Derecho penal del enemigo*.
- "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial, 20, Madrid 2000.
- *¿Terroristas como personas en Derecho?*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.
- "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997.
- "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Cuadernos Civitas, Madrid.

JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, vol. I, traducción y adiciones de Derecho español por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayo de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 5ª ed., Buenos Aires, 1942.

JURÍDICAS.COM, *Guía legislativa del Código penal, texto anotado y comparado, adaptado a la reforma de la LO 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1998.

KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, en KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, 2011.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, en LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.) *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012.

LÁZARO CARRETER, Fernando, “*Honestidad*”, en *El dardo en la palabra*, Galaxia Gutenberg, Círculo de lectores, Barcelona, 1997.

LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1996.

LORENTE ACOSTA, Miguel y LORENTE ACOSTA, José Antonio, *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*, 2ª edición, Comares, Granada, 1999.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, 19ª ed., Dykinson, 2009.

MAGRO SERVET, Vicente, *El “grooming” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal*, en *Diario La Ley*, No. 7492, Año XXXI, octubre 2010, p. 1427.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luís, *La reforma del Código penal de 2015. Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2015.

MAQUEDA ABREU, Ma. Luisa, “La reforma de los delitos sexuales: valoración crítica de sus criterios rectores”, en *El nuevo Código Penal y la ley del jurado*, Sevilla, 1996.

- *Políticas de seguridad y Estado de Derecho*, en *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

MARTELLOZZO, E., NEHRING, D. y TAYLOR, H. (2010). *Online child sexual abuse by female offenders: An exploratory study. International Journal of Cyber Criminology (IJCC), Vol 4.*

MARTINEZ GONZÁLEZ, Isabel, “Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral”, en MARTINEZ GONZALEZ (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTINEZ GONZALEZ, Isabel/MENDOZA CALDERON, Silvia, “El acoso en Derecho penal: una primera aproximación a las principales formas de acoso”, en *Revista penal*, nº 18, 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial*, en *Un Derecho penal comprometido, Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Muñoz Conde, Francisco y otros (Dir.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Estafa convencional, estafa informática y robo en el ámbito de los medios electrónicos*, Aranzadi, Navarra, 2007.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, “Acoso sexual a menores”, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María y ORTS BERENGUER, Enrique (coord.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- *El nuevo delito de acoso sexual*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000.

MENDOZA BUERGO, Blanca, "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo", en AGRA DOMINGUEZ, GARCÍA AMADO, HEBBERECHT, RECASENS eds. *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*", Atelier, 2003.

- *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- *El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución*.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia, "El fenómeno del acoso a menores "grooming" desde la perspectiva del Derecho Penal español", en Martínez González, Isabel (dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores, bullying, cyberbullying, grooming, y sexting*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MESTRE DELGADO, Esteban, *Nuevos delitos (II)*, La Ley Penal, Nº 78, Sección Editorial, Enero 2011.

MIR PUIG, Santiago, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.

- *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2006.

MIRÓ LINARES, F./MORÓN LERMA, E./RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., "*Child grooming: Art. 183 Ter CP*", en Álvarez García, J. (dir.), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luís, *El Derecho penal del enemigo: evolución (o ambigüedades) del concepto y su justificación*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *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*, Bosch, Barcelona, 2011..

MONTIEL JUAN, Irene, CARBONELL VAYÁ, Enrique J. y SALOM GARCÍA, Miriam, *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciber-abuso y ciber-acoso sexual*, en Orts Berenguer, Enrique y Lameiras Fernández, María, *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*.

MORALES PRATS, Fermín y GARCIA ALBERO, Ramón, en Quintero Olivares (direct.), *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, Pamplona 2002.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *El iter criminis*, en ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.), *Fundamentos de Derecho penal, parte general*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro*, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 04-06, 2001.
<http://criminetugr.es/recpc>

MUÑAGORRI LAGUIA, “Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003.

MUÑOZ CLARES, José, La presunción de in consentidas de las relaciones sexuales con menores de 13 años, iustel.com, RGDP, No. 2, noviembre 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal parte general*, 6ta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, *Estudios sobre el Derecho penal nacionalsocialista*, 4ta ed., Valencia, 2003.

- *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 2003.
- *Derecho penal, Parte especial*, 20, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- *La reforma penal de 1989*, Tecnos, 1989.

- "Diversas modalidades de acoso punible en el Código penal", en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Valencia, 2011..
- "El nuevo Derecho penal autoritario", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, op. cit., p. 806
- "Las reformas de la parte especial del Derecho penal español en el 2003: De la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo", en *Revista General de Derecho penal*, No. 3, mayo 2005, www.iustel.com
- *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2da ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- Derecho penal, parte especial, 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Derecho penal, parte especial, 15ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Derecho penal, parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilla, 1979.
- *El Derecho penal en tiempos de cólera*, en Un Derecho penal comprometido, Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Muñoz Conde, Francisco y otros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *El Moderno Derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, en La Ley, 1996.
- Introducción al Derecho penal, Barcelona, 1975.

NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, Lección XIII, El dolo, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, Tecnos, Madrid.

- *Nociones fundamentales de Derecho penal, parte general*, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (direct.), 3ª ed., Tecnos, Madrid ,2015.
- "Algunas consideraciones sobre el art. 173.2 CP: el maltrato habitual", en NÚÑEZ CASTAÑO (Directora), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, 2009.

- "El delito de maltrato habitual: entre la violencia de género y la violencia doméstica", Revista General de Derecho penal, núm. 12, 2009.
- *El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿Un "camino sin retorno" hacia el Derecho penal del enemigo?*, en Revista General de Derecho penal, No. 11, 2009.
- *Las transformaciones sociales y el Derecho penal: del estado liberal al Derecho penal de enemigos*, en Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- *Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial*, GOMEZ RIVERO (direct.), vol. II, 2ª ed., Madrid 2015

O'CONNELL, R., *A Typology of Child Cyberexploitation and Online Grooming Practices*, 2003, pp. 6-13, en <http://image.guardian.co.uk/sys.../Groomingreport.pdf>.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Agresión, abuso y acoso sexual en el Código penal de 1995", AP, 1996.

ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, en VIVES ANTÓN y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *Delitos contra la libertad sexual*, en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Servicio de editorial Universidad del País Vasco, 1996.
- *Delitos contra la libertad sexual*, en Comentarios al Código penal de 1995, volumen I, coord. por VIVES ANTÓN, Tomás, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- *El delito de violación*, Universidad de Valencia, 1981.

CREUS, Carlos, *Derecho penal, parte especial*, 4ª ed., Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1983.

OST, S., *Child pornography and sexual grooming. Legal and Societal Responses*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
[//books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MruKQz2ZdKMC&oi.](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=MruKQz2ZdKMC&oi.)

OTAZO ALZA, Eñaut, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, en *Jurisprudencia, Reseñas TS. Parte Especial*”, iustel.com, RGDP, No. 1, mayo 2004.

PANIZO GALENCE, Victoriano, *El ciber-acoso con intención sexual y el child-grooming*, QDC.

PARDO ALBIACH, Juan, "Ciberacoso: *cyberbullying, grooming*, redes sociales y otros peligros", en García González, Javier, (coord.), *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PARIONA ARANA, Raúl, "El Derecho penal "moderno"", en *Revista Penal*, No. 20, julio, 2007.

PÉREZ CEPEDA, Ana, *De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal*, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, Estudios penales en memoria de la prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Muñoz Conde, Francisco (Dir), Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

- Grooming, en GÓMEZ RIVERO, Carmen (dir.), *Nociones fundamentales del Derecho penal, parte especial*, Vol. I, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal posmoderno, iustel, pp. 29-59

PÉREZ MARTÍNEZ, Ana, *Una aproximación al Cyberbullying*, en García González, Javier (Coordinador), "Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: Algunos aspectos polémicos*, 2000.

POLAINO ORTS, Miguel, *Lecciones de Derecho penal del enemigo*, 2ª ed. Mergablum, Sevilla, 2012..

- *Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995 (Especial referencia a la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril)*.

PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Tomo II, Madrid 2004.

PRIETO RODRÍGUEZ, Javier Ignacio, Delitos sexuales y castración química Anteproyecto de reforma del Código Penal, de 2008, y nuevos tratamientos para delincuentes sexuales, en *La Ley Penal*, Nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010.

PRITTWITZ, Cornelius, *El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Dirigido por Carlos María Romero Casabona, Colmares, Granada, 2000, p. 429.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, 2010.

- *Derecho penal español. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*.

- *Estudio preliminar*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

BUSTOS RAMIREZ, Juan, *In – seguridad y lucha contra el terrorismo en LOSANO, Mario y MUÑOZ CONDE, Francisco, El Derecho ante la globalización y el terrorismo, “Cedant arma togae”*, Actas de coloquio internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales: otra vuelta de tuerca*, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *El nuevo código penal. Comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2011.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del Derecho penal de doble vía ¿Al Derecho penal de cinco vías?”, en FARALDO CABANA, Patricia (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “Las reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier y OTROS (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013.
- *Los delitos de abusos sexuales a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009..
- *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.

RAMOS VÁZQUEZ, José A., El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, en *Diario La Ley*, No. 7746, Año XXXII, noviembre 2011.

- Grooming y sexting, en GONZÁLEZ CUSSAC, José L., (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015-
- *Ciberacoso*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

RODRÍGUEZ MORENO, Felipe, *La expansión del Derecho penal simbólico*, Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2013.

RODRIGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, “El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, en RECPC 16-06, 2014. <http://criminet.ugr.es/recpc>

ROMEO CASABONA, C.M.: "Aportaciones del principio de precaución al Derecho penal", en VV.AA.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.

ROMERO SIRVENT, Clotilde, *Comentarios al Código penal*, 2002.

RUBIO LARA, Pedro Ángel, "*Acoso sexual de menores por internet: cuestiones penales, procesales penales y civiles*", en García González, Javier (Coordinador), "*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*", ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

SAINZ CANTERO, Jose Antonio, "La reforma del Derecho Penal sexual", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Madrid 1978.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., *Delitos contra la libertad sexual I. Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años*, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.) *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ DE LARA, Cruz y CHICANO JÁVEGA, Enriqueta, *Del acoso sexual aspectos penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Javier, *La aplicación del principio non bis in idem en la correcta interpretación del delito de abusos sexuales, Comentario a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 2004*.

SÁNCHEZ, Esther y LARRAURI, Elena, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ-ORTIZ, Pablo, "La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ,

Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

SANZ MULAS, Nieves, “Justicia y medios de comunicación: un conflicto permanente”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia Vs. Seguridad pública*, Granada, 2005.

- *El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable. El fantasma del enemigo en la legislación penal española*, en Un Derecho penal comprometido, Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Muñoz Conde, Francisco y otros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SAP de Barcelona de 19 de julio de 2013 (JUR 2013, 331671)

SAP de Cádiz de 14 de mayo de 2012 (JUR 2012, 389670).

SAP de Ourense de 3 de octubre de 2013 (ARP 2013, 1691),

SAP Valencia núm. 722/2013, de 24 de octubre,

SCHEERER, Sebastian, BÖHM, María Laura, VÍQUEZ, Carolina, “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 2009,

SERRANO GÓMEZ, Alfonso y otros, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2da edición, Civitas Ediciones, 2001.

- *Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del status personae*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho*

penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

SILVA SANCHEZ/FELIP SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ. "La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura", en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona 2003.

SELFE, David y BURKE, Vincent, *Perspectives on sex, crime and society*, 2ª ed., Cavendish, Londres, 2001.

JACOBS, E.T., "Online Sexual Solicitation Of Minors: An Analysis Of The Average Predator, His Victims, What Is Being Done And Can Be Done To Decrease Occurrences Of Victimization", en *Cardozo Pub. Law, Policy & Ethics J.*, 10, 2011-2012.

SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos Y OTROS, *Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general*, 4ª ed., Madrid 2006.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

TAMARIT SUMALLA, "Comentario al art. 183 bis", en *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, 6ª edición, Pamplona 2011.

- Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Madrid, 2010.
- "Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)", en Quintero Olivares, G (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- *Fundamentos y orientación de un sistema penal teleológico-garantista*, en *Revista de Derecho y proceso penal*, No. 5, 2001.

TERRADILLOS BASOCO, J. Ma., Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado "Derecho penal del enemigo", en CANCIO

MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión, Volumen II, Editorial Edisofer, Madrid, 2006.

VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Delito de acoso sexual*, Bosch, Barcelona, 2000.

FINKELHOR, D., *Child Sexual Abuse: New Theory and Research*, The Free Press, New York, 1984.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, en RECPC, 13-14, 2011.
- Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación, en Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIV, 2014.

VIVES ANTÓN, Tomás S., La reforma penal de 2015: una valoración genérica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás y ORTS BERENGUER, Enrique, *Reflexiones político-criminales sobre el devenir de la legislación penal en España*, en Un Derecho penal comprometido, Homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, Muñoz Conde, Francisco y otros (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

- La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, Teorías actuales en el Derecho penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, trabajo presentado en el segundo seminario Internacional de Derecho penal, organizado por CEPOLCRIM, del 22 al 26 de febrero de 1999.

- *La legitimación del control penal de los “extraños”*, en CANCIO MELIÁ, GÓMEZ – JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso de la exclusión*, Volumen I, Editorial Edisofer, Madrid, 2006..

ZUGALDÍA ESPINAL, José M., “seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del “Código penal de la seguridad” y el pensamiento funcionalista)”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón-*

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura, “Viejas y nuevas tendencias politicocriminales en las legislaciones penales”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (coord.), *Derecho penal de la democracia Vs. Seguridad pública*, Granada, 2005.

Páginas electrónicas

<http://padres20.org/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

<http://todoa1clic.com/>, última consulta, 30 de septiembre de 2015.

<http://www.alia2.org/>,

<http://www.coberturatic.com/>

<http://www.crispthinking.com/>

<http://www.gitsinformatica.com/phising.html>

<http://www.legislation.gov.uk/asp/2005/9/contents>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga#15>

<http://www.pantallasamigas.net/>,

<http://www.protegeles.com/>

<http://www.sentryparentalcontrols.co.uk/>

http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushtext_110801.html

<https://www.incibe.es/>

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2422>.

www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95503/112471/F-2082388954/CRI95503.pdf,

www.rae.es

<https://books.google.com.ni/books?id>

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028636&idParte=0>,

<http://www.iestudiospenales.com.ar/legislacion/leyes/1947-ley-no-26904-grooming-o-ciberacoso.html>

Leyes consultadas

LO 01/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los concejales;

LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo

LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

LO 4/2005, de 10 de octubre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos

LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte

LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social.

Jurisprudencia

STC 18/2003, de 23 de octubre

STS 1029/1996, de 18 de diciembre

STS 20 de julio de 1998

STS 476/2006, de 2 de mayo

STS 11 de octubre de 2011