

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

El menor-víctima en el contexto de la Directiva 2012/29

Especial referencia a los abusos sexuales sobre menores en el código penal español

Antonia Monge Fernández

Key Words: Victims- Child Grooming- Criminal Law.

Sumario. 1. Introducción. 2. Análisis legal del artículo 183 CP. 2.1. La agresión sexual sobre le menor de trece años (art. 183.2 CP). 2.1.1. El atentado a la indemnidad sexual del menor de trece años (art. 183.1 CP). 2.2. El abuso sexual. 2.2.1. La cuestión del contacto corporal. 2.2.2. La ausencia de violencia o intimidación. 2.2.3. El consentimiento de la víctima. 2.3. Estudio de las circunstancias cualificadoras en las que los sujetos pasivos sean menores. 2.3.1. Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una *situación*¹ de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. 2.3.2. Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor. 3. Análisis del llamado “Child Grooming” (Artículo 183 bis CP) 3.1. Los sujetos del delito. 3.2. Estudio de la conducta típica del artículo 183 bis CP. 3.2.1. “Contactar” y “proponer” concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. 3.3. Aspectos subjetivos. Conclusiones.

1. Introducción

La necesidad de ofrecer una especial protección a las víctimas de delitos llevó a la Unión Europea a dictar la Directiva 2012/29/UE² por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Precisamente, en los considerandos de la citada Directiva y acatando lo acordado en el *Plan de Trabajo de Budapest*, se estableció como objetivo la revisión y complementación de los principios establecidos en la Decisión marco 2001/220/JAI y avanzar de forma significativa en la protección de las víctimas en el conjunto de la Unión, en particular en el marco de los procesos penales. Retomando el marco legal, cabe referirse a la Directiva 2011/36/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³ y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y

¹ “Ciertamente, el término ‘*situación*’ (referido al número 3º del artículo 180 CP) tiene el carácter de cláusula de cierre que exige una interpretación restrictiva que debe tomar como parámetro interpretativo el que se deriva de las otras dos causas de vulnerabilidad: la edad y la enfermedad” (STS, 23 de noviembre 2005, FJ 2º, LL 153/2006).

² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012

³ DO L 101 de 15.4.2011, p.1.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil⁴, que abordaron, entre otras, las necesidades específicas de las categorías particulares de víctimas de la trata de seres humanos, los abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil.

Con anterioridad, la necesidad de *armonizar* la normativa europea en materia de lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 diciembre 2003)⁵ obligó al legislador español a tipificar nuevas conductas delictivas, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Una vez fijado este marco legal, voy a centrar mi atención en los delitos de abusos sexuales sobre menores regulados en el Código penal español, por ser de aplicación primordial en la aplicación de la Directiva 2012/29/UE⁶ el interés superior del menor, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Conforme con ello, las víctimas menores del edad deben ser consideradas y tratadas como titulares plenos de los derechos establecidos en la presente Directiva, y deben tener la facultad de ejercitar esos derechos de una forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio.

No obstante, considero necesario hacer unas observaciones previas, de carácter formal. En primer término, la normativa Europea considera *víctima*, a la “persona

⁴ DO L 335 de 17.12.2011, p. 1.

⁵ La Comisión es consciente de que el fenómeno de la trata de seres humanos tiene una dimensión mundial y que decenas de miles de personas, sobre todo niños y mujeres, son las primeras víctimas. Las causas de este tráfico son a menudo la pobreza, el desempleo, la falta de educación, y la vulnerabilidad de los niños y mujeres. Con el fin de encontrar una solución satisfactoria, la Comisión sugiere un enfoque general que pueda abordar los distintos aspectos de un problema tan complejo. Desde 1996, la Unión Europea cuenta con una serie de programas en materia de lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de la infancia. Para ello desarrolló los programas STOP y DAPHNE, con el fin de combatir la violencia de la que son objeto las mujeres y niños, y en los que participaron tanto las autoridades públicas como las organizaciones no gubernamentales. Como el programa STOP expiraba en el año 2000, la Comisión presentó al Consejo una propuesta de prórroga para los años 2001 y 2002, que está examinándose actualmente. En 1997, el Consejo adoptó una acción común con el fin de favorecer la cooperación judicial. Los Consejos Europeos de Tampere y de Santa María de Feira invitaron a los Estados miembros a adoptar medidas concretas en la materia. A pesar de las modificaciones introducidas por los Estados miembros en sus legislaciones, la cooperación judicial resulta difícil por la falta de definiciones comunes de los elementos constitutivos del delito, la tipificación y las sanciones aplicables. Con el fin de remediar esta situación, la Comisión presentó en diciembre de 2000 dos propuestas de decisiones marco. La primera (relativa a la lucha contra la trata de seres humanos) aborda dos aspectos distintos de este tráfico: el tráfico con fines de explotación sexual y el tráfico con fines de explotación laboral. La segunda (relativa a la explotación sexual de la infancia y a la pornografía infantil) se refiere al nuevo y espantoso fenómeno de la pornografía infantil en Internet. Al elaborar las dos propuestas de decisión marco, la Comisión tuvo en cuenta los trabajos a nivel internacional recogidos por el protocolo de las Naciones Unidas sobre la trata de seres humanos y por el proyecto de convenio del Consejo de Europa relativo a la delincuencia informática. La Comisión invita al Consejo a adoptar sin demora ambas propuestas con el fin de reaccionar de forma clara contra un fenómeno inaceptable de violación de los derechos fundamentales del individuo. **Vid DO C 357, de 14 diciembre 2001.**

⁶ DO L 317 de 14.11.2012, p.58

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una penal" (...) En segundo término, incluyendo en el concepto de víctima al *menor*, entiende por tal, "cualquier persona menor de 18 años"⁷. En tercer lugar, el penal español ha otorgado especial atención a los abusos sexuales de los menores de trece años, considerando a los menores de dieciocho, víctimas de los delitos la prostitución, incluyendo un concepto de *menor* distinto al de la Directiva. 2012/29/UE.

En aras de soslayar las críticas esgrimidas sobre la vigente regulación penal en materia de delincuencia sexual con menores, y con el objetivo de acatar el mandato europeo, el legislador penal redactó la **LO 5/2010**, de 22 junio, a tenor de la cual se introduce en el Código Penal el **Capítulo II bis**, rubricado "*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*" (artículos 183 y 183 bis).

En líneas generales, la nueva regulación se caracteriza por un notable incremento de las sanciones punitivas, a la par de suprimir o introducir algunas circunstancias cualificadoras de las conductas. Con relación al nuevo **Capítulo II bis**, se otorga una dimensión especial al *bien jurídico protegido*, en virtud del mayor contenido de injusto que suponen estas conductas, tutelando no sólo la *indemnidad sexual*, sino también la *formación y el desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor*.

La LO 5/2010, 22 de junio ha reforzado la protección penal de la indemnidad sexual, otorgando una regulación autónoma a los atentados sexuales que afecten a menores de trece años, en el nuevo Capítulo II bis rubricado "*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*". El nuevo Capítulo incluye cuatro tipologías delictivas; en primer término, los abusos sexuales (art. 183.1 CP). En segundo lugar, las agresiones sexuales (art. 183.2 CP), tipificando unas cualificaciones comunes a ambas. En tercer lugar, se aborda el nuevo delito denominado "*Child grooming*" (art.183 bis CP), que constituye una especie de acto preparatorio de los delitos tipificados en los artículos 178 a 183. Finalmente, el de captación y utilización de esos menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para la elaboración de material pornográfico (artículo 189.1 CP).

Pese a la sistemática legal, comenzaremos con el estudio de las *agresiones sexuales*, que suponen un ataque a la indemnidad sexual del menor, con el empleo de la violencia o la intimidación, y seguiremos con el examen de los *abusos sexuales*, al presentar elementos comunes con aquéllas, y otros diferenciales, tales como la ausencia de violencia o intimidación. Como aspectos problemáticos comunes a ambas tipologías delictivas, se han planteado los relativos a la delimitación de la conducta típica; la ausencia de consentimiento; la gravedad de la conducta y la presencia/ausencia de violencia o intimidación.

⁷ Artículo 2 Directiva 2012/29/UE, de 14.11.2012, pp.65-66.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

2. Análisis legal del artículo 183 Código Penal español

2.1. La agresión sexual sobre el menor de trece años (artículo 183.2 CP)

A modo de preámbulo, conviene recordar el tenor literal del artículo 183.2 CP:

“2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años”.

De una lectura del precepto transcrito se deduce que la conducta típica está compuesta por el *ataque* a la indemnidad sexual del menor de trece años, realizado con el empleo de *violencia* o *intimidación*. Conforme con ello, será preciso delimitar el contenido de la *agresión sexual*, concretando qué *actos* son constitutivos de un atentado típico. En segundo término, será necesario analizar los elementos de la *violencia* y la *intimidación*. En tercer lugar, se abordará la cuestión relativa a la exigencia o no de *contacto corporal* entre los sujetos del delito.

2.1.1. El atentado a la indemnidad sexual del menor de trece años (art. 183.1 CP)

El nuevo Capítulo II bis del Título VIII del Libro II del Código penal tipifica junto a las agresiones sexuales, el tipo de abusos sexuales sobre menores de trece años, dotándolos de una regulación autónoma. Esta segunda modalidad consiste en un *atentado contra la libertad e indemnidad sexuales*, **sin** la concurrencia de **violencia** ni **intimidación**, y **sin** el **consentimiento** del sujeto pasivo –o con consentimiento viciado–.

En líneas generales puede afirmarse que lo característico del abuso sexual en cualquiera de sus tres modalidades es, por un lado, el elemento negativo de la ausencia por el sujeto activo de medios violentos o intimidatorios a través de los cuales, como sucede en los artículos 178 y 183.2 CP se domina o vence una voluntad contraria de la víctima. Y por otro lado, que ésta tampoco presta un verdadero consentimiento valorable como libre ejercicio de su libertad sexual, en el que sólo la prestación de un consentimiento verdadero y válido excluye la tipicidad. **Por ejemplo**, dar besos y tocamientos a las hijas de la pareja del acusado⁸.

Por lo tanto, la diferencia fundamental con las agresiones sexuales reside en la **no** concurrencia en los “abusos” de la **violencia** o la **intimidación** como medios de ataque a la libertad sexual, aunque coinciden con aquéllas en consistir en un ataque a la libertad sexual **no consentido** (o con consentimiento viciado) o contra la indemnidad sexual de menores o incapaces⁹.

⁸ STS, 2 de marzo 2010 (LL 5328/2010).

⁹ Vid. *Muñoz Conde*, PE, 18ª ed., Valencia, 2010, p.232. Vid. STS, 1 octubre 1999 (Tol 213.383).

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

El legislador penal había considerado tradicionalmente que cuando el abuso sexual recaía sobre un menor de trece años, se había realizado sin el consentimiento de éste –presunción *iuris et de iure*–, careciendo de trascendencia que el menor hubiere prestado su consentimiento¹⁰.

2.2. El abuso sexual

Al igual que sucedía con respecto al tipo básico de agresiones sexuales, el legislador no ofrece aquí tampoco una redacción precisa sobre qué tipo de actos integran la conducta típica de abusos sexuales, limitándose a castigar con la pena de prisión de dos a seis años *al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años*.

Una aproximación inicial a la conducta típica del delito de abusos sexuales debe realizarse a partir de una *delimitación negativa*, en el sentido de excluir en primer lugar, los comportamientos de carácter sexual cometidos con violencia o intimidación, que integrarán el tipo básico de agresiones sexuales sobre menores de trece años (artículo 183.2 CP). En segundo lugar, se descartan del tipo aquellos otros que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, que constituyen los abusos y agresiones sexuales cualificados sobre menores de trece años (artículo 183.4 CP).

En segundo lugar, y dado el contexto en el que se ubican estos delitos, sólo van a ser constitutivos de abusos sexuales típicos aquellos actos que sean de *carácter sexual*, es decir, que representen una **manifestación del instinto sexual**¹¹. Como ya manifestábamos en relación a las agresiones sexuales, resulta complejo definir qué deba entenderse por “actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años”, suscitándose las mismas dificultades interpretativas, siendo preciso acudir tanto a criterios culturales, como a la características personales de la víctima¹². Por ejemplo, un beso en la mejilla¹³, en la cara, nariz y boca; tocamientos en zonas íntimas¹⁴ (pechos¹⁵); en el muslo¹⁶; en las nalgas; tocarle el vientre por encima del pantalón¹⁷.

¹⁰ Resulta significativa a este respecto la STS, 6 de mayo 2010 (LL 76121/2010) Abusos sexuales cualificados.

¹¹ Véase STS, 18 de junio 2007 (Tol 1.113.051); STS, 11 de mayo 2005 (Tol 731.543).

¹² Muñoz Conde, PE, 18ª ed., p. 233.

¹³ De esta opinión *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch op. cit., p. 670; OLG Zweibrücken *NSfZ* 1998, 357.

¹⁴ STS, 11 febrero 2003 (Tol 265.562).

¹⁵ ATS, 1 julio 2004 (Tol 501.608).

¹⁶ STS, 11 octubre 2005 (Tol 731.543).

¹⁷ STS, 21 noviembre 2000 (LL 2256/2001).

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

En síntesis, la conducta estará integrada por acciones lascivas llevadas a cabo con o sobre otro (menor de trece años) sin el consentimiento válido de éste¹⁸. Se puede definir el abuso sexual como todo acto salaz en el que se implica a otra persona sin su consentimiento o con éste viciado, sin emplear violencia ni intimidación¹⁹.

2.2.1. La cuestión el contacto corporal

La delimitación de la conducta típica del delito de abusos sexuales con menores va a suscitar un segundo problema, cual es el relativo a si la realización del atentado a la indemnidad sexual exige necesariamente algún tipo de *contacto corporal* entre los sujetos activo y pasivo del delito.

Una primera línea jurisprudencial²⁰ consideró como elemento necesario del delito de abusos sexuales la exigencia de contacto corporal entre los sujetos activos y pasivo. En el mismo sentido se ha manifestado un sector de la doctrina²¹, representado representado de modo destacado por *Octavio de Toledo*, argumentando su posición a partir de la formulación del tipo de agresiones y de abusos –con anterioridad a la reforma de 2010–, que es ligeramente distinta (“atentare contra la libertad sexual de otra persona” en las agresiones, frente a “realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona”, en los abusos), concluye que en aquéllas no siempre es preciso el contacto físico entre el sujeto activo y el pasivo –delito de *mano ajena*–, pero sí es imprescindible en éstos –delito de *propia mano* necesitado de dicho contacto–. En consecuencia con este parecer, se excluirían del ámbito del abuso los atentados sexuales consistentes en acciones del sujeto pasivo sobre sí mismo, y sobre un tercero (o viceversa) y sobre el sujeto activo²².

En sentido contrario, se ha pronunciado otra opinión doctrinal, para la cual el delito de abusos sexuales **no** necesita un **contacto corporal** entre el autor y la víctima²³. En las

¹⁸ De esta opinión *Orts Berenguer/Suárez-Mira Rodríguez*, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, op.cit., p.123.

¹⁹ Véase *Orts Berenguer*, en *Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez Buján*, Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008, p. 243.

²⁰ STS, 8 de junio 2007 (Tol 1.106.917) (LL 52026/2007).

²¹ En la doctrina alemana, se exige el **contacto corporal directo** entre el autor y el niño con respecto a la modalidad §176.1 StGB, “(1) quien practique acciones sexuales **en** –“an”–, una persona menor de catorce años (niño)”; vid. *Satzger/Schmitt/Widmaier*, StGB Kommentar, op.cit., § 176, Nr.3, p.1098. Asimismo, *Lackner/Kühl*, StGB Kommentar, 26. Auflage, op.cit., p.762, Nr.3.

²² Véase *Octavio de Toledo y Ubieto*, “Razones y sinrazones”, op. cit., p.1144. Asimismo, vid. *González Rus* (CPC núm. 59, 1996, p.340) quien sostiene que “es preciso que haya contacto corporal entre los sujetos, en sentido amplio”.

²³ Véase *Tamarit Sumalla*, La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, Pamplona, 2000, p.72. De la misma opinión *Orts Berenguer/Suárez-Mira Rodríguez*, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, op.cit., p. 123, n.1. Del mismo modo, entiende *Gómez Tomillo* que “en general, la acción típica se circunscribe sobre todo a los contactos físicos sobre zonas del cuerpo ajeno sexualmente significativas, sin que se pueda afirmar que los tocamientos constituyen una exigencia legal, de forma que

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

hipótesis en que se determine a la víctima a mantener un contacto corporal con un tercero no será posible acudir a las modalidades cualificadas de acceso carnal (arts. ó 183.2) al no adecuarse a las exigencias de proporcionalidad y resultar impedido una interpretación teleológica²⁴.

A mi juicio, la exigencia de *contacto corporal* debe matizarse, en el sentido de asimismo, los casos en que se convence al sujeto pasivo para que afectúe sobre sí mismo. Incluso cuando se le convence para ejecutar actos de exhibición obscena o prácticas de indudable naturaleza sexual que no requieren el contacto de cuerpos de los sujetos²⁵.

2.2.2. La ausencia de violencia o intimidación

Si reparamos en la lectura del artículo 183.2 CP, podemos llegar a la conclusión de que las agresiones sexuales son unos abusos con coacciones o amenazas, si bien la opinión del legislador ha sido otra, redactando un tipo autónomo. Conforme con ello, si ambas tipologías delictivas presentan zonas comunes, tales como el bien jurídico protegido, la cuestión del contacto corporal, y la ausencia de consentimiento, la principal diferencia radica en los medios comisivos, dado que las agresiones sexuales requieren el empleo de violencia o intimidación, elementos ausentes en los abusos sexuales.

Por consiguiente, aquellos atentados de cierta entidad, que afecten a la indemnidad sexual proyectada sobre menores de trece años, reveladores de un instinto sexual **sin violencia** o **intimidación**, serán calificados como abusos sexuales. Por ejemplo, ataques sorpresivos, supuestos de privación de sentido, víctima aquejada de incapacidad de resistir, etc.

cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual ajenas con independencia de si existe o no el contacto físico determina la tipicidad de la conducta" ("Derecho penal sexual y reforma legal: análisis desde una perspectiva político-criminal", op. cit., p.138).

²⁴ Tamarit Sumalla, luc. Críticamente, Orts Berenguer/Suárez-Mira Rodríguez, consideran que "no debe resultar penado de igual manera, el hecho de determinar a un menor por ejemplo a mantener un contacto sexual superficial con otra persona que a realizar con él un coito. Pese a no haber contacto directo entre autor y víctima, ello no debe impedir un trato punitivo más riguroso en función de la naturaleza y la gravedad del acto al que es obligado el sujeto pasivo a practicar (Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, op. cit., p.123, n.1).

²⁵ De esta opinión Orts Berenguer, en Vives Antón/Orts Berenguer/Carbonell Mateu/González Cussac/Martínez Buján, Derecho Penal. Parte Especial, 2ª ed., op.cit., p.244. Vid. STS, 8 de junio 2007 (LL 52026/2007).

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

2.2.3. El consentimiento de la víctima²⁶

En líneas generales puede afirmarse que la falta de consentimiento es requisito fundamental en el delito de abusos sexuales²⁷, bastando simplemente que el autor se aproveche de un descuido de la víctima para realizar el atentado sexual. El delito de abuso sexual consiste en un atentado a la libertad o indemnidad sexual de otra persona, realizado sin violencia o intimidación, y sin el consentimiento de aquélla, o con consentimiento viciado²⁸, de modo que si la víctima consiente, siquiera tácitamente la conducta deviene atípica (en el caso de abusos sexuales sobre adultos). No obstante, de esta afirmación no cabe colegir que cualquier contacto corporal revista la tipicidad de un abuso sexual²⁹.

La reforma de 1999, modificando un criterio tradicional proveniente de la Codificación penal decimonónica supuso un tratamiento distinto del consentimiento de los menores en materia sexual, fijando un límite de edad hasta el cual se negaba valor al consentimiento otorgado por los *menores de trece años* en aras de excluir de la tipicidad los hechos de naturaleza sexual perpetrados sobre ellos por terceras personas. Así las cosas, el legislador penal presumía “iuris et de iure” que los menores de trece años carecían de la capacidad y la madurez suficiente para conocer el significado de la sexualidad y conducirse en consecuencia³⁰. Conforme con ello, se presumía sin excepciones que aunque un menor de aquella edad la comprendiera perfectamente y la aceptase y provocase la relación con un adulto, se le seguiría considerando incapaz para consentir de manera válida y eficaz³¹.

Es conveniente subrayar que la edad a la que se refiere el legislador es la edad física o cronológica³², sin que ostente relevancia la mayor o menor madurez psicológica de la

²⁶ Frente a la redacción del Código penal español, el legislador europeo, por el contrario, otorga cierta relevancia al consentimiento del menor, al afirmar que “las víctimas menores de edad deben ser consideradas y tratadas como titulares plenos de los derechos establecidos en la presente Directiva, deben tener la **facultad de ejercitar esos derechos de una forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio**” (considerando 14, p.58).

²⁷ STS, 20 de enero 2006 (LL 10925/2006); STS, 15 de diciembre 2009 (LL 273453/2009).

²⁸ Pensemos en los casos en los que el consentimiento se obtiene abusando de una *situación de prevalimiento*, o bien, a través de *engaño*.

²⁹ Vid. *Muñoz Conde*, DP.PE, 18ª ed., op.cit., p.233.

³⁰ Vid. STS, 18 abril 2006 (LL 39837/2006).

³¹ Con anterioridad a 1999, el legislador penal mantuvo el límite de edad en los 12 años, aumentando ahora a los 13, careciendo de razón el aumento, pues desde el punto de vista biológico o psicológico no se justifica el cambio, que más bien trasluce, como toda la reforma de 1999, un afán por aumentar la gravedad de los tipos penales y ampliar la aplicación de los abusos sexuales no consentidos” (*Muñoz Conde*, PE, op. cit., 212; 17ª ed., p.210; 18ª ed., p.219) En la doctrina tradicional, *Quintano Ripollés* criticó el límite excesivamente bajo de la edad de 12 años, que en su opinión debería elevarse por lo menos a los catorce (*Comentarios*, op. cit., p.787).

³² Vid. *González Rus*, CPC núm. 59, 1996, p.341; *Carmona Salgado*, Los delitos de abusos deshonestos, op.cit, p.155

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

víctima a estos efectos³³, presumiéndose “*iuris et de iure*” que siempre existe abuso sexual cuando se realiza un acto de contenido sexual con persona menor de trece de edad³⁴. De este modo, el legislador ha introducido una edad concreta como elemento del tipo, imposibilitando cualquier interpretación a ello, incluso cuando la necesidad de tutelar a estos sujetos en virtud de esa falta de madurez mental y desarrollo de su libre personalidad pudiera hacer aconsejable su asimilación a la mental.

De seguirse una interpretación contraria, además de vulnerar el principio de legalidad, se conculcaría la seguridad jurídica, sobre todo al no existir criterios fijos para determinar los casos en los que procedería la asimilación (STS, 2 de enero 1990). La nueva redacción de los delitos de abusos sexuales sobre menores de trece años, en virtud de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha suprimido la presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento en los casos de abusos sexuales sobre menores de trece años. ¿Cómo debe interpretarse tal supresión? ¿Cabe otorgar algún tipo de relevancia al consentimiento prestado por menores de trece años a una relación sexual con un adulto? ¿Estamos ante una presunción *iuris tantum*?

En mi opinión, la nueva tipificación parece otorgar relevancia al consentimiento menor de trece años en los casos de relaciones sexuales entre menores. La *ratio legis* sólo pretende preservar al menor de las relaciones practicadas con adultos, para que sea objeto de manipulación por parte de éstos. En este contexto van a suscitarse supuestos de *error* sobre el consentimiento de la víctima que serán tratados como de error sobre el elemento integrante de la infracción penal, dando lugar a la impunidad, al no estar prevista la comisión imprudente³⁵.

2.3. Estudio de las circunstancias cualificadoras en las que los sujetos pasivos sean menores

A modo de introducción cabe comentar que la verdadera novedad del artículo 183 CP reside en la relación del elenco de calificaciones específicas de este nuevo tipo, que presentan distinta naturaleza. Hay que comenzar afirmando que las citadas calificaciones pueden agruparse siguiendo tres criterios. En primer lugar, algunas de las indicadas circunstancias, estaban ya previstas para los delitos de abusos y agresiones sexuales. En segundo lugar, otras calificaciones, inicialmente redactadas sólo para unos tipos, se extendieron a los demás. Finalmente, un tercer grupo, de nueva incorporación, se debe al cumplimiento del mandato de armonización con las disposiciones de la Unión Europea.

³³ En esta línea, *Morales Prats/García Albero*, Comentarios al Nuevo Código Penal, p. 891.

³⁴ De esta opinión *Muñoz Conde*, DP.PE, 17ª ed., p.210; *Morales Prats/García Albero*, Comentarios al Nuevo Código Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp.890-891.

³⁵ Véase, *Muñoz Conde*, luc. En sentido contrario, cfr. STS, 20 de enero 2006 (LL 10925/2006).

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Antes de proceder al estudio pormenorizado de las indicadas circunstancias, debe repararse en algunos aspectos a tenor de la LO 5/2010. En primer lugar, respecto a la de *especial vulnerabilidad por minoría de trece años*, el legislador ha incorporado su contenido al tipo de injusto del artículo 183 CP, desapareciendo como tal agravante.

En segundo término, la cualificación relativa al *prevalimiento de una relación de superioridad o parentesco*, común a los abusos y agresiones sexuales, permanece inalterada, si bien matizando un aspecto, cual es el referido a que el autor del delito sea “*descendiente*”. Esta supresión es lógica, si tenemos en cuenta que el nuevo Capítulo II bis, Título VIII, Libro II CP, versa sobre los Abusos y agresiones sexuales a *menores de trece años*.

En tercer lugar, se tipifican algunas circunstancias que si bien, ya eran conocidas en las anteriores regulaciones, con la actual reforma se les concede un nuevo ámbito de aplicación. En esta clase incluyo a la *comisión de los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas*, cuya previa regulación sólo se extendía a las agresiones sexuales, y no a los abusos.

2.3.1. Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación³⁶ de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

La redacción de esta nueva circunstancia obedece, sin lugar a dudas, a los recientes acontecimientos sucedidos en nuestro país, en el caso *Mari Luz*³⁷, donde se suscitó una enorme alarma social sobre la propia eficacia del sistema penal, y se inició un enconado debate sobre la reintroducción de la cadena perpetua para los pederastas.

En segundo lugar, la necesidad de esta agravación viene, asimismo, corroborada por lo dispuesto en la *Exposición de Motivos* del *Anteproyecto*, donde se subraya “la mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito”.

La introducción de esta cualificación desplazó a la anterior de “especial vulnerabilidad de la víctima”, consustancial al tipo básico de abusos sexuales sobre

³⁶ “Ciertamente, el término ‘*situación*’ (referido al número 3º del artículo 180 CP) tiene el carácter de cláusula de cierre que exige una interpretación restrictiva que debe tomar como parámetro interpretativo el que se deriva de las otras dos causas de vulnerabilidad: la edad y la enfermedad” (STS, 23 de noviembre 2005, FJ 2º, LL 153/2006).

³⁷ Con el nombre de “*Caso Mari Luz*”, se alude a un suceso acaecido en España, relacionado con el presunto asesinato de la niña onubense, Mari Luz Cortés, de 5 años de edad, ocurrido el 13 de enero de 2008. Su presunto asesino, Santiago del Valle, tenía una condena pendiente por pederastia, pero a causa de una cadena de errores judiciales estaba en libertad. El citado episodio provocó una gran alarma social, abriéndose el debate en torno a la necesidad o no de introducir la cadena perpetua para los casos de delitos de abusos sexuales con menores. En detalle, vid. www.elpais.es.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

menores de trece años, que puede ser aplicada a las hipótesis en que el “escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años”³⁸.

Con la actual redacción, ni la enfermedad, ni la discapacidad tienen relevancia alguna, a efectos de admitir la cualificación, salvo que pueda conectarse de algún modo con el *escaso desarrollo intelectual o físico* del menor.

Por ejemplo, si un menor de trece años, tetrapléjico a causa de un accidente de circulación es víctima de una agresión sexual, resultaría de aplicación el artículo 183, apartados 2 y 3 CP, en su caso. Ahora bien, si esa misma agresión se produce cuando el accidentado ha cumplido los 30 años, procedería subsumir la conducta en el artículo 180.1.3° CP.

Y desde luego, resulta sorprendente que con la nueva redacción se va a lograr, precisamente, el efecto inverso que se perseguía; pues la especial protección que el nuevo precepto procuraba ofrecer a los menores de trece años desaparece³⁹. En definitiva, ¿cómo debe interpretarse tal circunstancia, a efectos de apreciar la agravación? ¿Cuál es su ámbito de aplicación?

Una línea de interpretación admisible es la que ha seguido el Tribunal Supremo, al considerar el **escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima** como causa de especial vulnerabilidad por *razón de enfermedad*. Consecuentemente, cabe rechazar cualquier otra clase de enfermedad como subsumible en el artículo 183.4 a) CP, al ser ésta la elección del legislador, excluyendo cualquier *discapacidad*, dado que se ha obviado el empleo de este término⁴⁰.

A diferencia de la regulación anterior, la aplicación de la circunstancia requiere no sólo probar la *especial vulnerabilidad* que, por otro lado, es inherente al tipo básico, sino además, contrastar la *total indefensión*. De modo que, para agravar la pena, se exige que la indefensión se derive de una de las causas apuntadas por el tipo; es decir, el escaso desarrollo intelectual o físico, o la *minoría de cuatro años*. Por lo tanto, si la situación de total indefensión se deriva de un hecho distinto (valga de cita, una enfermedad que no repercute en el desarrollo del menor), o incluso cuando éste no provoque el total desamparo sino sólo una especial vulnerabilidad, sólo cabe tenerlo en cuenta en la determinación de la pena del tipo básico.

2.3.2. Cuando el autor *haya puesto en peligro la vida del menor*

³⁸ Vid. *Cugat Mauri*, Comentarios, op.cit., pp. 231-232.

³⁹ Salvo que se proceda a una interpretación forzada, en el sentido de entender que el escaso desarrollo físico del menor se debe medir, en su caso, considerando el desarrollo no producido desde que el menor sufrió el accidente hasta el momento de la agresión sexual (*Sánchez De Fauce*, en Comentarios, op.cit., p. 222).

⁴⁰ *Sánchez De Fauce*, Comentarios, op. cit., pp. 222-223.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

La presente agravación, desconocida en las regulaciones anteriores, es fruto de la armonización de la normativa europea –Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, 22 diciembre 2003 (DO n° L013, de 20 enero 2004)– a nuestro Derecho interno, que preveía preveía una especial protección para los niños “que no hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual según el Derecho nacional, así como un especial castigo para los los supuestos en que se exponga al menor a un *especial peligro para su vida* o salud (...)”⁴¹.

En el ámbito del Derecho comparado, el ordenamiento penal alemán –contiene dos tipos similares, tipificando como abusos sexuales agravados, en primer lugar, cuando el autor a través de su acto ponga al niño *en peligro de un daño grave* a la salud o o de un daño considerable en el desarrollo psíquico o corporal (§ 176 a, 2, 3 StGB) En segundo lugar, considera asimismo abusos sexuales cualificados, en los casos de los apartados 1 y 3 del parágrafo 176 la conducta de quien con su acto maltrate físicamente de manera considerable o con su acto ponga *en peligro la vida*⁴² (§ 176 a, 5 StGB)

La nueva cualificación, configura el tipo como un *delito cualificado de peligro*, protegiéndose además de la indemnidad sexual, la vida del menor⁴³.

Acorde con ello, el autor debe actuar **conociendo** que con su conducta ha puesto en peligro la vida del menor, con circunstancias idóneas para ello, de lo que se deduce que nos hallamos ante un tipo *doloso*⁴⁴. Con la nueva redacción se ha eliminado la referencia a las posibilidades de comisión deliberada o por imprudencia temeraria, que sí fueron reconocidas por los primeros textos de la reforma, por reflejo de la literalidad de la Decisión Marco⁴⁵.

Por ejemplo, pensemos en el caso de quien embriaga al menor hasta un extremo de alcanzar un coma etílico, con el fin de abusar de su estado de inconsciencia.

La literalidad del precepto excluye aquellos casos donde no sea posible probar más que un peligro para la salud o integridad física del menor que no alcanza a poner en riesgo su vida, cuya tipificación fue reclamada por el Informe del Consejo Fiscal del Anteproyecto de noviembre de 2008⁴⁶.

⁴¹ De esta opinión *Cugat Mauri*, en Comentarios, op.cit., p. 228 ss.

⁴² Véase *Folkers*, NJW 2000, p. 3317 s.; NStZ 2001, p. 246.

⁴³ El legislador alemán agrupa los delitos sexuales bajo la rúbrica de “Delitos contra la determinación sexual”, teniendo como denominador común la acción sexual, protegiendo los diversos delitos sexuales diferentes bienes jurídicos. En aras de su configuración, los delitos sexuales se configuran como delitos de peligro abstracto (“*abstrakte Gefährungsdelikte*”), *Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch, 2. Auflage, Gieseking, Bielefeld, , 2009, p. 297.

⁴⁴ Por consiguiente, y atendiendo al sistema de “*numerus clausus*” para la imprudencia (artículo 12 CP), las puestas en peligro imprudentes serán atípicas.

⁴⁵ **Artículo 5, b** Decisión Marco 2004/68/JAI, citado por *Cugat Mauri*, en Comentarios a la Reforma penal de 2010, op. cit., p. 232.

⁴⁶ La duda respecto al alcance del peligro deberá interpretarse a favor del reo, *Cugat Mauri*, Comentarios a la Reforma penal de 2010, op.cit., p.233.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

Por último, si como consecuencia de esta situación de peligro para la vida del menor sobreviene la muerte o se ocasionan lesiones, se aplicará el correspondiente *concurso ideal de delitos*, como regla general.

3. Análisis del llamado “*Child Grooming*” (Artículo 183 bis CP)

El desarrollo de la sociedad del bienestar ha derivado en la extensa utilización de nuevas tecnologías de información y comunicación (Internet), no siempre con fines lícitos, sino en algunas ocasiones con propósitos sexuales sobre menores⁴⁷. Ha sido precisamente este fenómeno, el que ha evidenciado la necesidad de perseguir y castigar penalmente las conductas en las que una persona adulta *abusa* de la de un menor, con el objetivo de concertar un encuentro de carácter sexual.

El artículo 183 bis CP se inserta en el nuevo Capítulo II bis, intitulado “*De los abusos y agresiones sexuales sobre menores de trece años*”, y fue introducido en el articulado del Código penal de manera sobrevenida⁴⁸, como su propia numeración refleja, tipificando un nuevo tipo delictivo que se cierne principalmente sobre los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías⁴⁹.

El reciente Capítulo obedece a diversas razones, que se pueden resumir fundamentalmente en dos. La primera, reside en el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por España, a través de la técnica de la *armonización*⁵⁰. La segunda, se conecta con el aumento de los casos de pederastia o pedofilia⁵¹, con su mayor repercusión y alarma social⁵² –*Caso Mariluz*–.

⁴⁷ En su Informe “*Protection of Children Against Abuse Through New Technologies*”, el Comité del Consejo de Europa para la *Convención sobre Cibercriminalidad* se ocupó de los temas emergentes de violencia contra niños por medio de las nuevas tecnologías, con particular énfasis en el *grooming* tanto a través de Internet como de telefonía móvil. El tema de la pornografía infantil por Internet está cubierto en el **artículo 9** de la citada Convención. Algunos países ya han acogido el “*grooming*” como delito en sus legislaciones. Valga de cita, el caso de Alemania, donde se prohíbe ejercer influencia sobre un/a menor, por medio de la exhibición de pornografía o por conversaciones en el mismo sentido. En España, la Ley 5/2010, tipifica por vez primera el “*grooming*” entre los tipos de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales.

⁴⁸ En concreto, vid. Dictamen de la Comisión publicado en BOCD 28 abril 2010, enmienda núm. 350 Grupo Popular, BOCG 18 marzo 2010. (“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 personas con ellos y llevar a cabo el abuso, o consiguen fotos pornográficas de ellos que se integran en la red”).

⁴⁹ Véase *Cugat Mauri*, Comentarios, op. cit., p. 224.

⁵⁰ Con el objetivo de cumplir sus obligaciones internacionales y la *europaización* del Derecho penal, se adopta la técnica de la *armonización*, mediante la que una norma europea –directiva o reglamento– establece para los Estados miembros el mandato de crear en sus ordenamientos internos, tipos penales orientados específicamente a la protección de bienes jurídicos europeos. (Vid. *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. Pp.98 ss.). De este modo, el legislador penal español cumple con el mandato de la norma comunitaria de proteger especialmente a los menores de trece años de

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

3.1. Los sujetos del delito

Como denominador común con los delitos de abusos y agresiones sexuales regulados en el artículo 183 CP, el llamado “*Child grooming*” se configura como un **tipo común**, pudiendo ser cometido por cualquier sujeto, tanto hombre como mujer, si bien es preciso que el sujeto pasivo sea **menor de trece años**.

3.2. Estudio de la conducta típica del artículo 183 bis CP

A modo de preámbulo recordemos la redacción del artículo 183 bis CP:

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

3.2.1. “Contactar” y “proponer” concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual

La conducta típica, en su modalidad básica, gira en torno a la acción nuclear de “*contactar*” y “*proponer concertar*” un *encuentro de carácter sexual* con un menor de trece años, a través de *internet* o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por “**contactar**”, “establecer contacto o comunicación con alguien”; y por “**proponer**”,

edad, elevándolo a la categoría de delito en el Derecho interno. Vid. La **Decisión Marco 2004/68/JAI Consejo, 22 diciembre 2003**, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO n° L013 de 20.1.2004) otorga especial protección para los niños que “no hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual según el Derecho nacional, así como un especial castigo para los supuestos en que se exponga al menor a un especial peligro para su vida o salud o el delito se cometa en el marco de una organización delictiva.

⁵¹ La *pedofilia* ha sido definida como un trastorno sexual en el que el objeto de la excitación radica en fantasías o actividades sexuales con niños pre púberes. Vid. DSM-III-R: Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, pp.339-340, citado por *Tamarit Sumalla*, La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual (Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, p.28, n.34.

⁵² En este sentido, *Muñoz Conde*, PE, 18ª ed., p.239.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

“manifestar con razones algo para conocimiento de alguien o para inducirle a adoptarlo”; finalmente, “determinar o hacer propósito de ejecutar o no algo”.

En líneas generales, la **acción nuclear** consiste en acciones realizadas por un utilizando medios tecnológicos virtuales, con la finalidad de concertar un encuentro carácter sexual, consiguiendo un contacto corporal para llevar a cabo un delito de abuso sexual⁵³, agresión sexual (artículos 178 a 183 CP), o para utilizarlos en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar material pornográfico (artículo 189 CP).

Cabe destacar que la finalidad de utilizar al menor para espectáculos exhibicionistas o elaboración de material pornográfico se puede superponer con la modalidad de “*captación*” de menores para espectáculos exhibicionistas o pornográficos, resultando de aplicación preferente este último delito [**artículo 189.1.a) CP**] al estar penado más severamente.

Por ejemplo, quedarán fuera del tipo, los actos de captar la imagen del menor posando desnudo, o en una postura de inequívoco carácter sexual; o captar la voz del menor en una conversión de carácter sexual a través del teléfono móvil⁵⁴.

En principio, el legislador extiende la punibilidad a la mera “toma de contacto” en Internet, a través de los *Chats*, o de cualquier otra tecnología de la información o

⁵³ Quince detenidos por inducir a una menor a la prostitución a través de redes sociales

La menor de edad fue obligada a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad (cira esparza / Madrid) **Día 19/10/2010**—14.20h. Una operación de la Policía Nacional para salvaguardar los derechos de los menores en la Red, ha logrado la detención de 15 personas en Barcelona, Murcia y Palma de Mallorca, por inducir a una menor a la prostitución, intercambio de material pornográfico en el que aparecía otros menores y al envío de fotos de ella desnuda. Las investigaciones se iniciaron el pasado mes de febrero cuando un padre y su hija pusieron en conocimiento de las autoridades que la niña había sido inducida a la prostitución por parte de varios individuos mayores de edad que había conocido a través de distintas redes sociales. La relación llegó a sobrepasar las barreras la red y la niña y alguno de los detenidos llegaron a conocerse personalmente. En uno de esos encuentros se produjo una agresión sexual por parte de uno de los detenidos; la menor de edad fue obligada a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad. Los agentes especializados en informática identificaron a un total de quince personas a través de las conversaciones, correos electrónicos e IP de los ordenadores desde los que se comunicaron con la menor. Además, se han practicado once registros en Barcelona , Murcia y Palma de Mallorca en los que se ha intervenido numeroso material informático relacionado con las imputaciones. No se descartan más detenciones a raíz de nuevos datos obtenidos en los correspondientes informes periciales del material decomisado. Cuatro de los detenidos han ingresado en prisión provisional por orden de la Autoridad Judicial competente y se han decretado decretadas diversas medidas cautelares para el resto (www.diarioabc.es).

⁵⁴ No obstante, en opinión de *Muñoz Conde*, si en los ejemplos transcritos el autor guarda las imágenes así obtenidas en el disco duro de su ordenador o en cualquier otro tipo de soporte, su conducta podría subsumirse en el delito de posesión de material pornográfico (art.189.2 CP), o incluso de corrupción de menores (art.189.4 CP), en DP.PE, 18ª ed., p.241.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

comunicación, con pretensiones de carácter sexual⁵⁵, exigiéndose, además que tal oferta vaya acompañada de *actos materiales* encaminados al acercamiento.

De este modo, se trataba de **poder adelantar** la intervención a supuestos que estructuralmente tienen rasgos en común con los *actos preparatorios* de los delitos sexuales a cuya comisión se orienta, pero su gravedad va más allá de la propia de éstos. Desde luego, 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. Pensemos, por ejemplo, que este medio facilita la captación, almacenamiento, reproducción y difusión de confesiones y imágenes del menor que luego pueden ser utilizadas como chantaje sexual⁵⁶.

El tipo se configura como un delito de *peligro abstracto*⁵⁷, e incluso de *sospecha*, dado dado que se adelanta la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, lo que resulta criticable. Piénsese que la exigencia del “acercamiento” no es fácil de concretar, concretar, ni tampoco la finalidad del mismo (“para cometer algún delito”)⁵⁸.

Por lo que respecta al “*iter criminis*”, en cuanto a la **consumación**, será necesario que se haga tomar al sujeto pasivo la resolución de complacer a un tercero, con una finalidad sexual, y que se hayan iniciado los actos materiales.

Si finalmente se llega a realizar el delito que se pretendía ejecutar con el menor a partir del contacto, ¿conserva su autonomía el artículo 183 bis CP?

Un sector de la doctrina penal ha respondido afirmativamente a la primera cuestión planteada, relativa a la autonomía del “*Child grooming*”, lo que resulta criticable⁵⁹, si tenemos en cuenta que éste supone una especie de *acto preparatorio* para para la comisión de otro delito de carácter sexual, o de otra naturaleza.

En opinión de *Pérez Cepeda*, el precepto prevé expresamente una regla concursal alusiva al *concurso real* de delitos entre el delito de acoso a menores on-line y los

⁵⁵ En este sentido, el Código penal alemán, en el § 176. Nr 3 StGB, extiende la penalidad del abuso sexual con menores, a los *meros actos preparatorios* (desde la ley de reforma de 2004). El fondo es la *toma de contacto en Internet*, por parte de adultos –con frecuencia bajo la norma, incluso un niño con otro niño–, en el conocido Chat. El precepto también abarca la base de datos, siendo asimismo posible el procedimiento penal en esta fase. Bajo estas actuaciones se puede comprender también una actuación sin significado sexual. La referencia al “hecho sexual” sólo se establecerá a través de la intención del autor, que en la supuesta toma de contacto de niño a niño quiera aprovecharse de los posteriores fines sexuales. Asimismo, es sistemáticamente discutible el aumento del marco penal desde una pena privativa de libertad, de 3 meses como mínimo. Pues las acciones sin contacto corporal descritas son típicamente menos graves que tales con contacto corporal, y se corresponden con un delito de bagatela, como por ejemplo, la mera divulgación de una representación pornográfica (*Kindhäuser, Strafgesetzbuch*, op. cit., p. 671).

⁵⁶ De esta opinión *Cugat Mauri*, Comentarios, op. cit., p.235.

⁵⁷ 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 (*Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, op.cit., p.338).

⁵⁸ Véase *Muñoz Conde*, DP.PE, 18ª ed., p.240.

⁵⁹ De la misma opinión *Muñoz Conde*, op.cit., pp.240-241.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

delitos que pudieren haberse cometido (por ejemplo, coacciones, amenazas, exhibicionismo, abusos)⁶⁰.

En cuanto a su **modalidad agravada**, la conducta típica gira en torno a la acción de “*acercamiento*”, mediante *coacción, intimidación o engaño*, castigando la acción con las penas en su mitad superior. El fundamento de esta agravación reside en el mayor desvalor de injusto que supone el empleo de la violencia o la intimidación o engaño, a efectos de conseguir el acercamiento.

A juicio de un sector de la doctrina, el nuevo precepto viene a cubrir una laguna punibilidad, si reparamos en que el acoso a menores a través de la red y medios similares de comunicación difícilmente podía subsumirse en el tipo de acoso sexual artículo 184 CP, donde se alude a unos contextos determinados (“...”) ⁶¹.

Sin embargo, en mi opinión, el nuevo precepto merece una **valoración crítica** por diversas razones que expongo a continuación.

En primer término, la nueva tipología delictiva supone un exceso, al adelantar la punibilidad a un mero acto preparatorio, configurando un tipo de sospecha contrario al principio de culpabilidad.

De otro lado, en segundo lugar, el reciente delito presenta una carencia, al circunscribir los actos sexuales a los delitos contenidos en los artículos 178 a 183 CP, y 189 CP, despreciando por ejemplo, el tipo de exhibicionismo y provocación sexual.

En tercer lugar, cabe objetar una redacción tan vaga e imprecisa, en la que nada se dice sobre el contenido de los actos materiales dirigidos al acercamiento, lo que resulta contrario al principio de taxatividad.

A mi modo de ver, la nueva tipificación no resulta afortunada, castigándose unos meros *actos preparatorios*, que constituyen la normal antesala del abuso sexual, con un excesivo adelantamiento de las barreras de punición, elevándose a la categoría de delito la mera “toma de contacto” en internet por parte de adultos sobre niños. Esta redacción resulta, además, peligrosa, al hacer depender la tipicidad de la intención con que opere el sujeto, extremo de difícil o imposible prueba, surgiendo innumerables problemas en la práctica, contrarios al principio de seguridad jurídica-

3.3. Aspectos subjetivos

Obvio es decir que nos encontramos ante un delito *doloso*, que abarca tanto el conocimiento del autor sobre la finalidad sexual del encuentro y la edad de la víctima, como la voluntad de ejecutarlo. En el caso en que el sujeto activo actúe bajo un *error* que incida en los elementos del tipo (edad) recibirá el tratamiento del error de tipo (artículo 14 CP)

⁶⁰ Pérez Cepeda, en Nociones, 2010, pp.

⁶¹ De esta opinión Cugat Mauri, Comentarios, op. cit., p.235.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

La redacción del tipo exige, además del dolo, la concurrencia de un elemento teleológico, evidenciado por el legislador con el uso de la locución “a fin”, que constituye un especial elemento subjetivo del tipo de injusto⁶².

Conclusiones

En mi opinión, el nuevo precepto merece una **valoración crítica**, al suponer un adelantamiento excesivo de las barreras de punición. La nueva regulación de los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, tras la reforma por LO 5/2010, invita a reflexionar en voz alta sobre los múltiples inconvenientes que la aludida reforma conlleva.

En primer término, cabe cuestionar el fundamento de la *exasperación de la respuesta penal* en el ámbito de los delitos sexuales, cuando se realicen sobre **víctimas adultas**. Téngase en cuenta que, si el objetivo de la reforma radica en otorgar una mayor protección a los **menores**, por ser sujetos más vulnerables “para ser víctimas de comportamientos delictivos “al tener “mayores dificultades para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos”, no se entiende muy bien, que la pena se agrave en cualquier caso, ante las agresiones sexuales sobre adultos (artículo 178 CP). A mi modo de ver, hubiese sido suficiente tipificar una *modalidad agravada* cuando el atentado sexual se perpetrara sobre sujeto menor de trece años.

En segundo lugar, con relación al delito de **abusos sexuales sobre menores de trece años**, debe objetarse su *desafortunada redacción legal*, dado que el legislador debería haber empleado la expresión “de trece años o menos”, para referirse a los menores. Esta deficiencia técnica es, asimismo, extrapolable al nuevo delito denominado “*Child grooming*”, cuya redacción vaga e imprecisa resulta contraria al principio de taxatividad. Y lo que es aún más grave, se deriva una ulterior consecuencia más perversa, cual es el hacer depender la tipicidad de la *intención* con que opere el sujeto, extremo de difícil o imposible prueba, vulnerando el principio de seguridad jurídica.

A mi modo de ver, la nueva tipificación no resulta acertada, castigándose unos meros *actos preparatorios*, que constituyen la normal antesala del abuso sexual, con un excesivo adelantamiento de las barreras de punición, elevándose a la categoría de delito la mera “toma de contacto” en internet por parte de adultos sobre niños.

En tercer lugar, los atentados sexuales perpetrados sobre *incapaces* no son objeto de especial atención, lo que resulta criticable doblemente. De un lado, se trata de un colectivo especialmente vulnerable y desprotegido. Y, de otro, recientes acontecimientos ocurridos en nuestro país (caso *Sandra Palov*), suscitaron igualmente una elevada alarma social, despreciada por el legislador.

⁶² Sobre los elementos subjetivos de lo injusto, vid. en detalle *Polaino Navarrete*, Los elementos subjetivos de lo injusto, op. cit., *passim*; *Cerezo Mir*, Curso/II, op.cit., pp.120-123.

GOOD PRACTICES FOR PROTECTING VICTIMS

inside and outside the criminal process

En cuarto lugar, se rompe con la *estructura técnica* de las diversas infracciones sexuales, cuya distinción se había cifrado en la modalidad de ataque a la libertad e indemnidad sexuales (violencia o intimidación) distinguiendo entre agresiones sexuales y abusos, criterio desconocido por el legislador de 2010. De igual modo, los tipos cualificados de agresiones y abusos sexuales reciben un tratamiento penológico distinto, caso de concurrir dos o más circunstancias, aspecto soslayado en el artículo 183 CP.

A modo de conclusión, los defectos referidos y las sucesivas reformas acontecidas en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de un lado, junto a la ausencia de motivación técnica suficiente para la exasperación punitiva, de otro, llevan a cuestionarnos la coherencia del modelo político criminal de nuestro Código penal, que ojalá no llegue a ser sólo “Derecho penal simbólico”.