

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 n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo (ROJ SJME OU 43/2013)

PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DELITO DENOMINADO *CHILD GROOMING*

Suelen existir temas sobre los que no es fácil hallar pronunciamientos de los tribunales. Hasta hace unos años, hallar sentencias en las que se analizara la absolución o condena por el delito denominado *Child Grooming*, tipificado en el artículo 183 bis del CP, no resultaba una labor fácil.

Este artículo sanciona la conducta del sujeto que a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación contacte con menores de 13 años, y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer un delito sexual –abuso sexual, agresión sexual, acceso carnal violento o captación y utilización del menor acosado para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos exhibicionistas o pornográficos– siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. Según el artículo dicha conducta será castigada 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 razones, en un inicio, podrían haber estado justificadas por su reciente incorporación por la LO 5/2010.

No obstante, si atendemos a que en principio la introducción de un nuevo tipo penal debe responder a las necesidades político-criminales que fundamentan su incorporación dentro del catálogo penal, no resultaba clara la razón de la ausencia de sentencias. En efecto, parecía que la realidad a la que pretendía responder el legislador estaba clara: las tecnologías de la información y la comunicación, en adelante TIC, habían generado un espacio que estaba siendo utilizado para que sujetos, aprovechando el anonimato que dichas tecnologías les ofrecían, se acercaran a menores para cometer delitos sexuales.

Pese a lo anterior, desde su incorporación no fueron pocas las críticas realizadas desde la doctrina. Entre otras razones, por una falta de análisis criminológico de la realidad a la que se estaba respondiendo. En efecto, como ya en otros estudios lo hemos denunciado, el tipo abarcaba como sujetos pasivos a los menores de 13 años, cuando la realidad demostrada en estudios hacía evidente que la población más vulnerable frente a este tipo de conductas era precisamente los menores mayores de dicha edad.

Por otra parte, la propia redacción del tipo no ayudaba en nada. Desde un sector de la doctrina cuestionábamos la dificultad probatoria de la aptitud de la conducta para causar la posterior lesión. De esta forma nos planteamos, ¿cómo se prueba que

el sujeto activo ha realizado actos materiales encaminados para el acercamiento con el menor, con el fin de cometer un delito sexual?

De igual forma, criticábamos el que el tipo estableciera la punición del acto preparatorio una vez consumado el delito al que iba dirigido, lo cual era contrario al principio de consunción derivado del *nom bis in idem*, según el cual, las formas imperfectas de ejecución quedaban consumidas por el delito consumado.

Partiendo de lo anterior, y aparte de otras consideraciones críticas sobre su introducción, consideramos que la ausencia de sentencias sobre el tema derivaba de su propia inaplicabilidad. No obstante, indagando recientemente, nos hemos encontrado con varios pronunciamientos interesantes. En primer lugar la *Sentencia n.º 465/2013, de 3 de octubre de la Audiencia Provincial de Sevilla, Rec. n.º 6606/2011* en la cual se absuelve a un sujeto por el delito del artículo 183 bis, y la sentencia del *Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo, Rec. n.º 171/2012* en la que se condena a un menor por este delito.

La primera sentencia refiere un hecho escabroso. Un sujeto que, para la fecha de los hechos tenía 26 años, contacta con una menor de 11 años a través de una red social, solicitando con evidente ánimo lascivo y libidinoso a la menor la ejecución de actos de contenido sexual. Si bien estos primeros hechos ocurrieron en 2009, posteriormente, entre 2010 y 2011, el sujeto se traslada a la ciudad donde reside la menor, logra concertar encuentros con ella, llegando en algunos de ellos a realizar actos sexuales abusivos. Dentro de todo un escenario de hostigamiento y amenazas sobre la menor, para que ésta accediera a tener relaciones sexuales, el 28 de agosto de 2011, la ataca con el fin de darle muerte, la cual no se produce por la intervención de la abuela de la menor, quien también fue herida por el sujeto.

Dentro de la sentencia se condena al procesado por un delito continuado de abusos sexuales del artículo 181.1 y 2 del CP, de provocación sexual previsto en el artículo 185 del CP, de amenazas del artículo 169.2 y de asesinato en grado de tentativa del artículo 139.1 y 3 del CP respecto a la menor. No obstante, al entrar a analizar la acusación del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular de un delito continuado de abusos sexuales del artículo 183 bis, absuelve al acusado con base en los siguientes fundamentos:

La Audiencia considera que parte de los hechos tuvieron lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010, siendo admisible que se analice si el acusado cometió o no el delito del artículo 183 bis. El juzgador, haciendo alusión a la sentencia del Tribunal Supremo del 1 de febrero de 2012, refiere como en los casos de concurso normativo se da una unidad valorativa frente al hecho cometido, por lo cual, la aplicación de uno solo de los preceptos es suficiente para agotar todo el desvalor jurídico penal de la infracción.

Lo anterior, según el juzgador, va en consonancia con lo señalado por el artículo 8.3 del Código Penal, según el cual el precepto más amplio absorberá a los que

castiguen las infracciones consumidas en aquél, ya que el desvalor de uno de los tipos aparecerá incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Ir en contravía de lo anterior implicaría, en opinión de la Audiencia, incurrir en una doble incriminación, y por consiguiente en un ataque al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, en una importante afirmación señala la Audiencia que esta relación de consunción del artículo 8.3 del CP debe verificarse no en abstracto sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el sujeto. En este caso, considera el juzgador que los contactos previos que fueron mantenidos por el acusado con la menor por Internet con el fin de lograr encuentros sexuales implican «una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor. Procediendo en consecuencia la absolución del acusado del delito continuado del artículo 183 bis del C.P., al haber sido asimismo formulada acusación por un delito de abusos sexuales continuado, por el que sí le condenamos».

En nuestra opinión, la anterior decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla corrobora una de las inquietudes manifestadas por la doctrina y en la cual coincidimos, en el sentido de la no punición del acto preparatorio una vez consumado el delito al que iba dirigido. No obstante, tal afirmación, tal como lo señala la Audiencia, no debe ser deducida en abstracto, sino que debe analizarse para el caso particular. Si bien resulta difícil pensar en un caso en que se pueda penalizar el acto preparatorio y el acto consumado, lo cierto es que el criterio de la Audiencia no hace otra cosa que plantear la necesidad de analizar su aplicación en el caso en concreto analizado, lo cual sin duda deriva de un principio fundamental de la necesidad de motivación que cada sentencia en particular debe tener.

Ahora bien, respecto a la segunda sentencia del *Juzgado de Menores n.º 1 de Ourense, de 13 de mayo, Rec. n.º 171/2012*, los hechos involucran a dos menores: el acusado, un menor próximo a cumplir 18 años, y la víctima, de 12 años. Los menores se conocen a través de una red social, intercambiando sus teléfonos, y comenzando el acusado a remitir mensajes por whatsapp en los que propone a la menor encuentros remitiendo mensajes de contenido sexual explícito.

Para el Juzgado se consideran probados los hechos que soportan la tipificación del artículo 183 bis. Particular atención nos causa la aseveración del Juzgado de que el acusado en reiteradas ocasiones le propuso a la menor quedar con ella «para tener relaciones sexuales, proponiéndole incluso que le mandase una foto de ella en sujetador y él se la mandaría de sus genitales, y como Susana no accedió, él le mandó una fotografía de un pene en erección como si fuese suyo, para después decirle que no lo era».

En un trabajo anterior, señalamos que una importante problemática de este delito es la verificación del mismo acto preparatorio, esto es, la prueba del dolo. Concretamente señalamos las dificultades existentes para probar si el acercamiento es con el propósito de cometer un delito sexual de los ya referidos. En este caso, de lo

expresado por el juzgador se deduce que en su opinión el menor tenía como finalidad lograr un encuentro sexual con la menor, dada la locuacidad de las propuestas, con expresiones como «Yo ha he follado y chupado, ee y tú no» o «Xuparías conmigo. Es decir... tú a mí», «te gustaría probar a xupármela».

En efecto, para la Magistrada, aquellas expresiones sexuales explícitas del acusado, frente a una menor de 12 años y de la cual conoce su edad –pese a que en un inicio ésta la hubiere ocultado–, son una clara referencia a su intención de cometer un delito sexual contra la menor. Lo anterior puede ser debatible, no obstante, lo que en nuestra opinión no es convincente es considerar que las anteriores expresiones son una clara manifestación de *actos materiales encaminados al acercamiento*. De esta forma, según el criterio del juzgador, dichos actos no necesitan una trascendencia más allá del mero acercamiento virtual.

Para el sentenciador la determinación de los *actos materiales encaminados al acercamiento* se pueden deducir de las propias expresiones del acusado. Con esto se le da connotación de *materialidad* a expresiones que, si bien tienen un contenido sexual explícito, resulta difícil entender que por sí mismas impliquen una clara intención de cometer un delito de carácter sexual y menos aún implique la materialidad que exige el delito. Lo anterior no es otra cosa que establecer una serie de presunciones que prejuzgan contra reo al ser consideradas en sí mismas como «actos materiales encaminados al acercamiento». Tales deducciones son propias de la indeterminación del precepto, en el que no aparecen criterios para considerar cuándo se dan dichos actos materiales.

El tema, sin duda, suscita muchos interrogantes y estos dos interesantes pronunciamientos contribuirán de forma fundamental en el debate jurídico-penal.

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Asociada de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
ldiaz@usal.es