

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),  
n.º 864/2015, de diciembre de 2015  
[ROJ: STS 5809/2015]

**EL DELITO DE *ONLINE CHILD GROOMING*. ALCANCE DE LA CLÁUSULA CONCURSAL AD HOC.  
¿EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO LÍMITE *INFRANQUEABLE* A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL?**

1. La STS 864/2015 de 10 de diciembre de 2015 es la tercera de las resoluciones en que el Alto Tribunal se ha ocupado del mal llamado delito de ciberacoso sexual introducido en la LO 5/2010 (art. 183 bis) y recientemente retocado en la LO 1/2015 (art. 183.1 ter). En clara sintonía con la hiperactividad crónica que aqueja a nuestro espasmódico legislador, ha necesitado menos de 5 años para reformar un precepto que, debido al breve lapso de tiempo transcurrido desde su *alumbramiento* y la consabida lentitud propia de nuestra sobrecargada Administración de Justicia, todavía no ha exigido un especial esfuerzo a nuestros atareados Jueces y Magistrados. Hasta donde alcanzo, se ha planteado su aplicación en poco más de una decena de resoluciones. En concreto, tres del Tribunal Supremo (SSTS 864/2015; 97/2015, y 527/2015); ocho de Audiencias Provinciales (SSAP Ourense 373/2013; Sevilla 465/2013; Valencia 722/2013; Barcelona 1055/2014; Albacete 221/2015; Tarragona 135/2015; Jaén 151/2015, y Barcelona 476/2015) y la más temprana dictada por el JM (1) de Ourense en fecha 13-05-2013.

2. De todas ellas quisiera destacar la SAP Sevilla 465/2013 en que, adelantándose a la tesis finalmente acogida por el TS, se concluye: «Consideramos que los contactos previos mantenidos por el acusado con la menor, por internet, interesándole encuentros personales para mantener relaciones sexuales, y los actos de tocamientos de contenido sexual [...] se trata de 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» (FD 2.º *in fine*). Una solución, por otra parte, igualmente apuntada en la SAP Barcelona 1055/2015: «Castigar el acto preparatorio tipificado en el artículo 183 bis y además el delito en grado de tentativa del abuso sexual o de la prostitución sería infringir notoriamente el non bis in idem» (FD 1.º *in fine*).

3. A grandes rasgos, dos aspectos llaman *poderosamente* la atención de este todavía exiguo «cuerpo jurisprudencial». Salvo contadas excepciones, no estamos ante resoluciones judiciales en que se profundice especialmente en los distintos elementos configuradores del delito en cuestión y se planteen *sesudas* disquisiciones político-criminales o dogmático-técnicas ya enunciadas y discutidas en el ámbito doctrinal. Es más, la mayoría de las dictadas con posterioridad a la STS 97/2015 se limitan a *reproducirla* literalmente sin aportar valor añadido alguno. Esta perniciosa

práctica (favorecida por el exceso de trabajo y una cierta automatización en el desarrollo de las labores jurisdiccionales, a su vez, estimulada por la creciente y preocupante objetivización y/o administrativización del Derecho penal) se proyecta en toda su extensión en la STS 527/2015 y SSAP Jaén 113/2015 y Albacete 221/2015. Una peligrosa tendencia de la que afortunadamente se aparta la SAP Tarragona 135/2015 cuya interpretación de la cláusula concursal asumió *in totum* la Sentencia objeto de este telegráfico análisis.

4. Ciertamente, en la STS 864/2015 se desestiman los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la defensa del condenado, confirmando así la resuelta en primera instancia. En correspondencia con las peticiones formuladas, se observan dos partes bien diferenciadas. Una más sucinta (FD 1.º) en que se rechaza la tesis del concurso real entre los delitos de *online child grooming* y de abuso sexual propugnada por el Ministerio Público. Y una segunda de mayor extensión (FD 2.º a 8.º) en que se deniegan las alegaciones de la defensa relativas a la conculcación de los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones (arts. 18.1 y 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) y la consiguiente petición de nulidad de la prueba obtenida en los mensajes de Facebook y Whatsapp intercambiados entre el autor y las víctimas. Sin ánimo de desmerecer las trascendentales consideraciones de orden garantístico-procesal, por razones de espacio me «ocuparé» de la polémica concursal y enunciaré la verdadera cuestión de fondo que no es otra que la perenne polémica en torno a la operatividad del principio de legalidad y su máxima del «sentido literal posible» como límite a la interpretación judicial.

5. A mi juicio, la STS 864/2015 marcará un punto de inflexión en el recorrido del por mí bautizado delito de ciberseducción sexual (HORTAL, Juan Carlos. 2012: «El nuevo delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP): ¿otro ejemplo de cirugía preventiva aplicable a la legislación penal? En Mir Puig y Corcoy Bidasolo (dirs.): *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 427, nota 7). No estamos ante una resolución meramente *retransmisora*, sino –quizás– definitiva en la trayectoria futura de un delito con escaso pasado. Ciertamente, en contra del tenor literal («sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos»), el Tribunal Supremo sostiene que el art. 183 bis (actual 183.1 *ter*) y el abuso sexual a menor de 13 años (ahora elevada a los 16) se encuentran en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del segundo en atención al principio de consunción (art. 8. 3.ª). Ello determinará la inaplicación del delito de *online child grooming* en los supuestos –por otra parte no infrecuentes– de materialización de la previa propuesta de encuentro acordada telemáticamente e intento o consumación posterior de la agresión o abuso sexual del menor. Lo cual, unido a las dificultades probatorias consustanciales a la acreditación de todo elemento subjetivo adicional al dolo («a fin de cometer

cualquiera de los delitos descritos...»), traerá consigo, *de facto*, la nula operatividad de este ilícito penal en la *praxis* judicial.

6. El Alto Tribunal coincide en este punto con la doctrina que, de forma *cuasi* unánime, se había mostrado especialmente crítica con la cláusula *ad hoc* del concurso –real– de delitos incluida en su redacción originaria y mantenida en su versión modificada. Como ya apunté (HORTAL IBARRA. 2012, 431-432), la opción político-criminal elegida por el legislador en 2010 constituye otra muestra del desconocimiento y/o desprecio de las Reglas generales de los concursos en la construcción de la Parte Especial al tiempo que un flagrante *bis in idem*. Esta cláusula es morfológicamente incompatible con la naturaleza jurídica predicable de este ilícito penal. Tanto si entendemos que es un delito de peligro abstracto –o mejor dicho presunto– en que se adelanta la barrera de protección de la libertad e indemnidad sexuales o un acto preparatorio elevado a la categoría de delito autónomo. En el primer caso porque la lesión del citado bien jurídico comprendería su puesta en peligro previa. Y en el segundo porque el inicio de la ejecución del hecho consumiría los actos preparatorios anteriormente realizados. No olvidemos que, salvo algún autor aislado (DOLZ LAGO, M. J., 2011), nadie cuestiona la identidad de bienes jurídicos en sendos ilícitos, la indemnidad sexual.

7. Sin embargo, también puntalicé –en nota al pie– que dada la vinculación de Jueces y Tribunales al principio de legalidad penal no podrían sortear la aplicación del concurso de delitos de acuerdo con lo expresamente establecido. Eso sí, en caso de entender que su castigo conjunto constituye un evidente *bis in idem* (como se indica acertadamente en esta resolución) debería haberse planteado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad aduciendo que esta opción resulta contraria al principio de proporcionalidad (HORTAL, Juan Carlos. 2012, 432). A tenor de lo expuesto en la STS 864/2015 resulta evidente que erré en mi diagnóstico. O quizás tengo –algo– de razón y el Tribunal Supremo en un exceso de celo interpretativo se ha arrogado una función que no le corresponde en el bienintencionado entendido de que está enmendando una solución injusta del torpe e impreciso legislador. Ruego me disculpen, pero el obligado cumplimiento del espacio otorgado por la coordinación me impide profundizar en esta crucial a la par que complejísima problemática cuyo desarrollo precisaría de un exhaustivo estudio monográfico que supera con mucho este modesto comentario.

Juan Carlos HORTAL IBARRA  
Profesor Agregado de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona  
[hortal@ub.edu](mailto:hortal@ub.edu)