

SÁNCHEZ, María: “Child grooming y concursos: evolución del tratamiento jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español”.
Polít. Crim. Vol. 18 N° 35 (Julio 2023), Art. 14, pp. 415-432
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol18N35A14>]

Child grooming y concursos: evolución del tratamiento jurisprudencial en el ordenamiento jurídico español

Child Grooming and Concurrence of Offenses: Evolution of Case Law Treatment in the Spanish Legal System

María Sánchez Vilanova*
Profesora Contratada Doctora, Universidad de Valencia
<https://orcid.org/0000-0002-1379-0983>
maria.sanchez-vilanova@uv.es

Fecha de recepción: 12/05/2023.
Fecha de aceptación: 28/02/2023.

Resumen

El objetivo del presente trabajo es efectuar un análisis de la evolución doctrinal y jurisprudencial, en el ordenamiento jurídico español, cuando, junto con el delito de embaucamiento de menores con fines sexuales —conocido como *child grooming*—, se cometen otros delitos contra la indemnidad sexual de los menores; concretamente los previstos en los artículos 181 y 189 CP. Si bien inicialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que la doble punición de estas conductas comportaría la vulneración del principio *non bis in ídem*, en atención al bien jurídico protegido en ambos preceptos (la indemnidad sexual), tras el reconocimiento expreso por parte del pleno de que en estos casos es posible la apreciación de un concurso de delitos —apreciación, con matices, acertada—, se ha impuesto un cambio de postura con importantes discrepancias internas.

Palabras clave: Embaucamiento de menores, TIC, lesividad, indemnidad sexual, menores.

Abstract

This paper analyzes the evolution of legal theories and judicial decisions, in the Spanish legal system, when some offenses are committed against the sexual indemnity of minors together with child grooming. Although the jurisprudence of the Spanish Supreme Court initially considered that the double punishment of these conducts would entail the violation of the principle *non bis in ídem* —in attention to the legal right protected in both precepts (sexual indemnity)—, after part of the Court expressly recognized that in these cases it is possible to appreciate concurrent of offences —nuanced, accurate—, a change of position has been established, with internal discrepancies.

Keywords: Child grooming, ICT, sexual indemnity, minors.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Ciberacoso sexual a menores: perfiles lingüísticos para el desarrollo de herramientas digitales forenses para prevención, detección y priorización en España” (PID2020-117964RB-I00), concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

Introducción

El conocido popularmente como delito de *child grooming*,¹ esto es, embaucamiento de menores con fines sexuales, regulado en el artículo 183.1 del Código penal español (en adelante, CP) desde la publicación, este mismo año, de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 10/2022, de 6 de septiembre², de garantía integral de la libertad sexual, en virtud de su disposición final 4.8, y con efectos desde el 7 de octubre de 2022, pretende dar respuesta a algunos de los múltiples problemas que las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC) pueden comportar en el desarrollo vital de los menores en su esfera sexual. Cabe señalar que la controvertida LO 10/2022, como figura en su misma Exposición de Motivos (en adelante, EM), ha tenido como objetivo cumplir con las obligaciones globales en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres, las niñas y los niños frente a las violencias sexuales, reformando, entre otros cuerpos normativos, el CP, con la cuestionable eliminación de la distinción meramente formal entre agresión y abuso sexual al considerarse como agresión sexual “todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona”. De hecho, hasta el momento, con la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la conducta objeto del presente trabajo se regulaba en el art 183 *ter* del CP, tipificando las conductas de contacto por medio de las TIC con menores de dieciséis años en las que existía la propuesta de un encuentro con la intención de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189 CP, esto es, abuso y agresión sexual y pornografía infantil. Actualmente, tras la referida última reforma, este ilícito se contempla en el nuevo precepto del art. 183.1 CP, pasando a regularse el delito de agresión sexual a menores de dieciséis años en el art. 181 CP. Por lo demás, se ha mantenido un idéntica redacción y penalidad, disponiendo el texto que:

“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 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”.

Sin desconocer los innumerables beneficios que el uso de las TIC ha generado, como se desprende de la EM de la LO 5/2010, de 22 de junio³ —que introdujo *ex novo* el tipo en el art. 183 *bis* CP—:

¹ Sobre la discusión doctrinal respecto de la denominación de esta conducta, consultar: GÓRRIZ ROYO (2016), p. 18; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (2014), p. 2; MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO (2017), p. 212. Respecto de las diferentes denominaciones del delito por parte del TS (desde “ciber-embaucamiento sexual” a simplemente “*grooming*”, entre muchos otros), consultar: GUTIÉRREZ AZANZA (2020), p. 4.

² Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE-A-2022-14630.

³ Esta modalidad delictiva fue introducida, por primera vez, mediante la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el anterior art. 183 *bis* CP. Con la reforma del año 2015, por su parte, se cambió su ubicación sistemática, previéndose asimismo determinados aspectos novedosos. Uno de ellos fue la elevación de la edad de la víctima (de 13 a 16 años), y otro la restricción de los delitos que deben ser perseguidos por el autor como

“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 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 (...)”.

Siguiendo a González Tascón, ante el ya no tan nuevo escenario de las TIC, los menores, por su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de convertirse en víctimas de delitos especialmente “deleznable”, por lo que, junto con medidas preventivas y protectoras, los diferentes organismos que se han manifestado respecto de la necesidad de hacer frente a esta problemática han exigido la adaptación de las legislaciones a tales hechos, atendiendo, especialmente, a las dificultades en su perseguibilidad como consecuencia del mismo medio del que se sirven: el ciberespacio⁴.

No obstante, la introducción del delito de *child grooming* ha estado ligada al interés mediático que envuelven los hechos delictivos en los que menores de edad se encuentran involucrados, mostrando su recelo gran parte de la doctrina penal ante una figura tildada de meramente simbólica,⁵ cuyo origen descansa en las políticas represivas que en Estados Unidos se han implementado contra los delincuentes sexuales,⁶ al castigar meramente los actos preparatorios de los delitos al que el precepto refiere.⁷ La problemática se acrecienta porque el art. 183.1 CP contiene una polémica cláusula concursal que dificulta llegar a un consenso en su entendimiento, advirtiendo algunos autores que su interpretación literal podría comportar una clara vulneración del principio *non bis in ídem*,⁸ íntimamente vinculado a los artículos 24 y 25 de la Constitución española, y configurado como un derecho fundamental de la ciudadanía que, en su vertiente sustantiva, pretende evitar la doble sanción penal.⁹

No es objeto del presente estudio efectuar un análisis completo de este ilícito penal, pues sus múltiples aristas desbordarían el modesto objetivo de este trabajo, en el que se efectuará un breve y circunscrito análisis de la evolución doctrinal y jurisprudencial en el tratamiento de la cláusula concursal prevista en el art. 183.1 CP tras la última reforma del CP. Desafortunadamente, como se concluirá, el legislador no ha aprovechado la ocasión para precisar o, en su caso, suprimir por superflua la citada previsión concursal.

Al respecto, se estudiará, específicamente, el cambio de postura del Tribunal Supremo español (en adelante: TS), que inicialmente tendía a resolver estos casos con base en las reglas previstas para los casos de concursos de normas, al entender que la doble punición de

propósito, solo posible en los supuestos de los tipos penales de los arts. 183 y 189 CP. En consecuencia, conviene precisar que en el estudio jurisprudencial que figura en la parte principal del presente trabajo, las resoluciones harán referencia tanto al art. 183 *bis* como al art. 183 *ter*; artículos en los que, hasta el momento, se recogía este ilícito penal.

⁴ GONZÁLEZ TASCÓN (2011), pp. 211 y ss. González Tascón realizó, cuando se introdujo esta figura delictiva, un preciso estudio con un interesante enfoque internacional, con la alusión a los diferentes instrumentos normativos internacionales que propiciaron la regulación de este delito.

⁵ MIRÓ LLINARES (2013), p. 680.

⁶ RAMOS VÁZQUEZ (2012), p. 198.

⁷ CUERDA ARNAU (2016), p. 22.

⁸ MUÑOZ CUESTA (2012), *passim*.

⁹ ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2022), p. 147.

estas conductas comportaría la vulneración del principio *non bis in ídem* en atención al idéntico bien jurídico protegido en ambos preceptos (la indemnidad sexual). Tras el reconocimiento expreso por parte del Pleno del TS de que en estos casos es posible la apreciación de un concurso (real) de delitos, y pese a las discrepancias internas, se ha asentado un cambio de postura respecto del cual se efectuarán una serie de reflexiones.

1. Caracterización de la cláusula concursal

1.1. Planteamiento de la problemática

Como en la introducción se ha precisado, el artículo 183.1 CP regula las conductas de contacto por medio de las TIC con menores de dieciséis años en las que existe la propuesta de un encuentro con la intención de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 (agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y 189 (pornografía infantil) CP, disponiéndose en este mismo precepto que las penas previstas en el tipo se impondrán “sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”. Esto es, se prevé una cláusula concursal cuando, junto con el delito del art. 183.1 CP, se cometen otros delitos contra la indemnidad sexual de los menores.¹⁰ Desafortunadamente, siguiendo a De la Mata, el legislador no proporciona una regla concreta que evite debates en su interpretación,¹¹ por lo que la disputa respecto de su naturaleza ha sido incesante, y si bien el TS ha reconocido que el delito de *child grooming* puede conformar un concurso real de delitos con las conductas contempladas, en la redacción actual, en los artículos 181 y 189,¹² en sus pronunciamientos iniciales se mostró proclive a una interpretación restrictiva de la cláusula presente en este precepto, que en ningún caso debería ser entendida en sentido literal si se quiere respetar el principio de legalidad.

Cabe señalar, siguiendo a Sánchez-Ostiz, que aunque el legislador ha previsto en el CP diferentes reglas concursales generales, referentes tanto a los concursos de normas en el Título preliminar (art. 8), como a los concursos de delitos en el Libro I (reguladas, concretamente, en los arts. 73-77), en el Libro II se regulan una cantidad ingente de reglas concursales particulares (llamadas cláusulas concursales de compatibilidad), en torno a las cuales la polémica que tradicionalmente envuelve a la temática concursal se acrecienta, como en el delito que en el presente estudio se analiza se comprueba.¹³ Como precisa el citado autor: “Se trata ciertamente de situaciones de concurso de delitos, y en ellas el legislador prevé que dos preceptos entren en relación; más aún, que sean compatibles¹⁴”. Pero, al

¹⁰ GÓRRIZ ROYO (2016), p. 33.

¹¹ DE LA MATA BARRANCO (2017), p. 2.

¹² TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Penal), acuerdo de 8 noviembre 2017.

¹³ SÁNCHEZ-OSTIZ (2022), p. 1.

¹⁴ Los concursos entre los delitos de peligro y de lesión son objeto de un incesante debate doctrinal que parece irresoluble, y que se viene alternando desde hace décadas. Si bien existe acuerdo en que el criterio general en el caso de concurrencia de un delito de peligro y otro de resultado es que el delito de resultado absorbe al de peligro (STS 122/2002, de 1 de febrero), encontramos diferentes cláusulas concursales que contradicen este tratamiento. En este sentido, resulta interesante destacar la STS 64/2018, de 6 de febrero, dictada con ocasión de la resolución de un recurso de casación para la unificación de la interpretación del artículo de 382 CP, que contiene una polémica cláusula concursal en virtud de la cual, según el tribunal: “esta absorción se sustituye por la pena por el delito más grave en su mitad superior, combinando en la imposición de la pena las normas del concurso ideal y el principio de alternatividad”. Pero, como señala el TS, se trataría esta de una regla

margen de la función de compatibilización de dos preceptos, con el propósito de abarcar toda la gravedad de la conducta, la justificación de su previsión es controvertida¹⁵.

En cualquier caso, siguiendo nuevamente a De la Mata, para la compleja resolución de los problemas concursales de este tipo “acumulativo de varios actos y mutilado”,¹⁶ al que se dedican los siguientes epígrafes, se requiere la concreción previa del bien jurídico del tipo. En este estudio se apostará por su configuración como un delito uniofensivo¹⁷, cifrado concretamente en la indemnidad sexual,¹⁸ y englobándose en esta la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor¹⁹; un proceso que estas prácticas delictivas alterarían al producir el menoscabo de la confianza entre el menor y el adulto, como ha señalado Górriz Royo²⁰. No en balde, el delito de *child grooming* engloba un proceso en el cual el agresor obtiene de forma gradual la confianza del menor, originándose con ello una relación, cada vez más estrecha, que desemboca en numerosas ocasiones en el control y sometimiento emocional.²¹

1.2. Postura inicial

penológica que no excluye la consideración de pluralidad de delitos a los que aplicar la penalidad acumulada según el criterio expuesto en el art. 382 CP. Dicho de otro modo, se estaría “ante un concurso de delitos para el que el legislador prevé una regla penológica singular —la correspondiente al delito más grave, más la previsión del concurso ideal, en su mitad superior—, tratándose por tanto de una regla penológica que no excluye la consideración de pluralidad de delitos a los que aplicar la penalidad acumulada”. De hecho, en la reciente STS 350/2020, el TS afirma que esta cláusula concursal debe aplicarse únicamente al resultado lesivo cuando se trate de delitos imprudentes, debiéndose aplicar el concurso real cuando existan otros bienes jurídicos puestos en juego, como la vida o la integridad física de terceros, y la acción sea dolosa. Al respecto, consultar: HERNÁNDEZ PLASENCIA (1994), pp. 111 y ss.

¹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ (2022), p. 8.

¹⁶ DE LA MATA BARRANCO (2017), pp. 5-9. El precepto presume la realización de varias acciones, además de recoger un elemento subjetivo específico dirigido a la realización de un acto posterior que no debe materializarse para la consumación del delito.

¹⁷ Por el contrario, encontramos autoras como González Tascón que han configurado este tipo como un delito pluriofensivo, en el que se afectaría, como bien jurídico individual inmediato la indemnidad sexual del menor, y como bien jurídico colectivo mediato la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC, argumentando que la nota distintiva de este delito descansaría en el medio del que se sirve el sujeto activo para acometerlo. Por ello, entiende que, en estos casos, nos encontraríamos ante un concurso de delitos, a diferencia de lo que ocurriría si se defiende que el bien jurídico es uniofensivo, en cuyo caso se debería apostar por el concurso de normas para no incurrir en un *bis in idem*. No obstante, el TS ha destacado, por ejemplo, en la STS 777/2017, de 30 de noviembre, que con la defensa de un bien pluriofensivo se corre el riesgo de penar como dos bienes jurídicos sustancialmente diferentes lo que sería “un mismo bien jurídico contemplado desde dos perspectivas: la de la fase de peligro y la de su materialización”. GONZÁLEZ TASCÓN (2011), PP. 241-242.

¹⁸ Como el TS destaca en su sentencia 97/2015, en referencia a la anterior regulación “el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad”. Para un conciso resumen, consultar: DÍAZ CORTÉS (2014), *passim*. Señalan, asimismo, como bien jurídico uniofensivo la indemnidad sexual, entre muchos otros: TAMARIT SUMALLA (2011), *passim*; GÓRRIZ ROYO (2016), p. 35; DE LA MATA BARRANCO (2017), pp. 19-20.

¹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO (2011), p. 155.

²⁰ GÓRRIZ ROYO (2016), p. 14.

²¹ MOLINA MANSILLA (2019), p. 2. Sobre los elementos objetivos del tipo, por todos: DE LA MATA BARRANCO (2017), pp.10-17.

Pasando al análisis en concreto de la problemática presentada y en apoyo de la postura de aquellos autores que sostienen que estos casos se deberían tratar como un concurso de normas —con independencia de la regla en concreto por la que se opte²²—, hay que señalar que inicialmente el TS optó precisamente por esta consideración. Para empezar, en la STS 97/2015, de 24 de febrero²³, que considera al delito de *grooming* como un tipo de peligro abstracto, se destaca expresamente que las conductas previstas en el anterior art. 183 *ter* 1º CP refieren a “actos preparatorios de los arts. 178 a 183 y 189, como actos de tentativa de los mismos delitos”, al identificar un mismo bien jurídico protegido: la indemnidad sexual del menor.²⁴ En la misma línea, la 527/2015, de 22 de septiembre,²⁵ entiende que el inicio de actos ejecutivos que comporten una tentativa de delitos del art. 183 (actualmente, art. 181) o 189 CP, ya absorbería el desvalor del delito del art. 183 *ter* 1º CP (actualmente, art. 183), afirmando que, en el supuesto en concreto, “el delito de peligro se consumó en tanto que el de lesión quedó en mera preparación al no darse inicio a la ejecución del delito de lesión”, aunque, en cualquier caso, “el delito de lesión absorbería el de peligro”. Una interpretación que, como destaca Gutiérrez Azanza,²⁶ se asienta con la STS 864/2015, 10 de diciembre,²⁷ que razona que las conductas de abuso o agresión sexual de menores y *child grooming* tienen el mismo bien jurídico protegido, como es la indemnidad sexual, por lo que no se podría apreciar concurso de delitos, concretando que los abusos o la agresión sexual producto del acercamiento mediante los medios tecnológicos previstos en el tipo absorberían a este delito de embaucamiento de menores, al configurarse como un delito de riesgo que queda absorbido cuando se logra el resultado que se pretende prevenir, pues en estos supuestos estaríamos ante casos de progresión delictiva. Y, como recuerda el autor supra reseñado, si no se respetan las reglas al respecto establecidas por el legislador se estaría incurriendo en un *bis in idem*, lesionando con ello, entre otros, el principio de proporcionalidad y el mismo principio de legalidad.

También optó por el concurso de normas la STS 109/2017, de 22 de febrero²⁸, si bien tras descartar la posibilidad de que este precepto mixto cumulativo pudiera proteger un bien jurídico pluriofensivo, como Gutiérrez Azanza²⁹ puntualiza, “deja abierta la puerta a la

²² Respecto del criterio por el que se ha de optar en la resolución de este concurso de normas, la doctrina, de igual manera que la jurisprudencia, se encuentra asimismo dividida. A modo meramente enunciativo, algunos autores han abogado tradicionalmente por el criterio de la especialidad (art. 8.1 CP), Tamarit Sumalla opta por la consunción (art. 8.3. CP) siempre que el ciberacoso no hubiese afectado a otros menores, mientras que Villacampa Estiarte, conforme con la idea de la progresión en la afectación al bien jurídico de la indemnidad sexual protegido, se decanta por la regla de la subsidiariedad (art. 8.2 CP). GALLEGO SOLER, José Ignacio (2011): “Arts. 178-194”, en: CORCOY BIDASOLO y MIR PUIG (2011), p. 440; TAMARIT SUMALLA (2011), p. 1186; VILLACAMPA ESTIARTE (2014), p. 688.

²³ Ponente: magistrado Berdugo Gómez de la Torre.

²⁴ Para la resolución del concurso de normas, se optó por el criterio de la alternatividad (art. 8.4 CP), sin desconocer la posibilidad de apreciar el de especialidad sustentado en el recurso.

²⁵ Ponente: magistrado Martínez Arrieta.

²⁶ GUTIÉRREZ AZANZA (2020), p. 7.

²⁷ Ponente: magistrado Del Moral García. Como expresamente se destaca: “el art. 183 *bis* (actualmente *ter*) sanciona meramente unos actos preparatorios, siendo determinante precisar si con la conducta medio y con la conducta fin que incluye el propio precepto, se lesiona el mismo bien jurídico, pues en tales casos, las conductas se excluirían una a otra y habría que castigar por una de ellas solamente”.

²⁸ Ponente: magistrado Jorge Barreiro.

²⁹ GUTIÉRREZ AZANZA (2020), p. 7.

posible apreciación de un concurso real de delitos”, al reconocer que la aplicación de la cláusula ha de reservarse para “los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor”. De hecho, según este autor, en la evolución jurisprudencial del Supremo, esta sería una postura intermedia que cristalizó en la STS 199/2017, de 27 de marzo, pues no entró en la revisión de oficio de la condena al acusado en concurso real de un delito de *child grooming* y de abuso sexual a menores, de modo que “dio carta de naturaleza” a esta posibilidad.

2. ¿Cambio de rumbo? A propósito de la STS 777/2017, de 30 de noviembre

Se partirá en este epígrafe del análisis de la STS 777/2017, de 30 noviembre, en la que el TS se pronunció respecto de la citada cláusula concursal tras el reconocimiento expreso de que la misma puede ser interpretada para apreciar un concurso de delitos, pues esta sentencia, con su voto particular, ejemplifica claramente la división, tanto jurisprudencial, como también doctrinal, al respecto existente. Concretamente, en este proceso uno de los motivos de impugnación alegados por el recurrente fue la aplicación indebida del art. 183 *bis* CP (actualmente, art. 183 CP), al entender que “la conducta descrita en el art. 183 *bis* culmina en la consumación del abuso tipificado en el art. 183, determinando un concurso aparente de normas que debe ser resuelto conforme al nº 3 del art. 8 (principio de consunción)”. Estima el recurrente que, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, al ser el bien jurídico protegido en ambos tipos penales el mismo, amén que chocaría frontalmente con el principio doctrinal y jurisprudencial de que el delito de resultado absorbe al delito de peligro concreto, en cuanto coinciden e inciden en el mismo interés. Como expresamente se declara:

“La conducta del art. 183 *bis* culmina en el tipo del art. 183 de abuso sexual, pero no se trata de dos acciones inconexas y sin relación, sino que la primera es la antesala o acto preparatorio realizado con la finalidad del abuso sexual de la menor y la segunda la obtención del resultado buscado, conformando ambas una unidad de actuación que no puede ser fragmentada sancionándolas separadamente”.

Pues bien, el TS reconoce que, conforme con la STS 864/2015, de 10 de diciembre, que el recurrente en cualquier caso no aduce, se puede interpretar que el delito de *child grooming* tipifica unos actos preparatorios, por lo que sería determinante precisar “si con la conducta medio y con la conducta fin que incluye el propio precepto se ataca al mismo bien jurídico, pues de ser así, las conductas se excluirían una a otra y habría que castigar por una de ellas solamente (art. 8 CP)”. No obstante, alude al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala celebrado con ocasión de esta sentencia el día 8 de noviembre de 2017, que entendió que el delito del art. 183 *ter* y los delitos de los arts. 183 y 189 CP (conforme con la regulación vigente hasta la reciente reforma operada LO 10/2022) eran plenamente compatibles al añadir a las conductas de agresión, abuso sexual o creación de pornografía infantil, un incuestionable grado de desvalor, precisamente por servirse de las TIC como medio comisivo. Por ello, concluye que la relación entre el art. 183 *ter*, considerado acto preparatorio, se halla, en conexión a los delitos fin allí descritos (art. 183 y 189) en una relación de concurso de delitos, que deberán merecer cada uno de ellos las condenas procedentes, estimando así un concurso real de delitos, de modo que rechaza el motivo.

Ahora bien, esta resolución contiene un interesante voto particular,³⁰ en el que se razona que el dato importante en la interpretación de esta cláusula sería “la identidad o no del bien jurídico lesionado en uno y otro precepto”, como asimismo destacó el TS con anterioridad (SSTS 97/2015, 864/2015 o 109/2017, entre otras). Los magistrados firmantes cuestionan, en primer lugar, el recurso a

“criterios hermenéuticos para castigar en concurso real o ideal el delito del art. 183 *ter*, calificado de acto preparatorio, con los tipos incluidos en la delimitación típica del precepto (art. 183 y 189 CP)”, al crearse, según estos, de forma artificial, otros bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, como la seguridad de la infancia, que daría lugar a un delito de peligro concreto “que adelanta la protección de un determinado bien jurídico acudiendo a meras generalizaciones o abstracciones por el hecho de servirse para su ejecución del uso de las tecnologías de la información o comunicación, precisamente por el grado de facilidad que proporciona a sus autores al objeto de buscar a sus víctimas, ganar su confianza y conseguir que accedan a realizar los actos sexuales que el autor les propone”.

Como indican, el recurso a esta modalidad comisiva no tendría entidad suficiente para configurar un delito autónomo, pues entienden necesario que fuera acompañada de los mencionados actos materiales de aproximación, “creando el tipo con las características propias de un principio de tentativa, o muy próximo a la tentativa”. En consecuencia, entendiendo que en el precepto de *child grooming* se contienen actos preparatorios de los delitos-fin, y conforme con el concepto de progresión delictiva hacia las fases de tentativa y consumación, operaría, según estos, “el principio de consunción o subsidiariedad tácita (art. 8 CP) cuando los abusos sexuales se materializan”.

Por tanto, configurado este precepto como un delito de peligro, y estando ya concretado el bien jurídico protegido en una víctima en particular sobre la que se proyecta la ejecución del delito-fin, valiéndose de una fase previa de preparación realizada por medio de los instrumentos de las TIC, se señala en el voto que “no parece razonable ni coherente mantener un concurso real de dos delitos cuando el peligro se materializa en la misma víctima que se seleccionó y eligió ya al inicio de la ejecución del tipo penal de peligro, que se materializa todo él en la única víctima”, de modo que, según los magistrados firmantes, y apoyándose de la sentencia antes comentada 109/2017: “la aplicación de la cláusula concursal que recoge el art. 183 *ter* CP, si no queremos que se infrinja el principio de *non bis in ídem* (art. 25 CP), ha de reservarse para los supuestos en que los actos que contempla la norma sean ejecutados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual del menor”.

Tiempo después, el TS tuvo ocasión de referirse nuevamente a estos supuestos de concurso en el Auto núm. 544/2018, de 22 marzo,³¹ ante el recurso por una indebida aplicación del delito de *child grooming*, pues, según el recurrente, suponía la punición de los actos preparatorios del delito de abuso sexual por el que fue condenado. Aunque el TS no entró en

³⁰ Formulado por el magistrado Soriano Soriano, y al que se adhiere el magistrado magistrado Jorge Barreiro.

³¹ Ponente: magistrado Marchena Gómez.

el fondo del asunto, precisó dos cuestiones importantes: tras reconocer que, en abstracto, la punición separada de ambos delitos ha sido reconocida por la Sala en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de fecha 8 de noviembre de 2017, efectúa una aclaración importante respecto del tema del presente estudio, como es que, pese al recurso del acusado, en realidad el tribunal de instancia apreció el delito de ciberacoso sexual infantil en concurso de normas con el delito de abuso sexual con penetración del artículo 183.1 y 3 CP, optando concretamente por la regla del artículo 8.3 del mismo cuerpo legal, de modo que solamente fue condenado a las penas previstas por este segundo delito; condena que el tribunal estima acertada.

De todos modos, como algunos autores indican, se ha producido un cambio de tendencia general en la interpretación de esta cláusula, apostándose en la actualidad por el castigo de estos casos en concurso de delitos.³² En la jurisprudencia del TS esto se observa, en la STS 158/2019, de 26 de marzo, al destacar que el tipo de *grooming* no exige “la ejecución de actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor que, en caso de existir, serían sancionados de forma autónoma”. De hecho, como Guisasola Lerma refiere, también la jurisprudencia menor se ha hecho eco del Acuerdo del Pleno,³³ y, pese a resoluciones discordantes,³⁴ diferentes audiencias provinciales han procedido ya a la apreciación del concurso real de delitos, como la Audiencia Provincial de Girona, que en su sentencia 283/2020, de 17 de septiembre, aprecia un concurso real entre los delitos de los arts. 183 *ter* 1º y 183. 1 y 3 CP, en el momento de los hechos vigentes, o la Audiencia Provincial de Valladolid, en su sentencia 25/2021, de 8 de febrero, condenando al acusado como autor de un delito de *child grooming* en concurso real con un delito de abuso sexual a menor de dieciséis años.

Reflexiones finales

La naturaleza de la cláusula concursal que en el delito de *child grooming* se recoge ha sido tradicionalmente cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia, dividida entre aquellos que entienden que, cuando junto con el delito del art. 183. 1 CP, se cometan otros delitos contra la indemnidad sexual de los menores, habría que apreciar un concurso de delitos, con base en que en este tipo protegería más de un único bien jurídico, y los que, entendiendo que en ambos se protege el mismo interés, optan por considerar que se trata de supuestos de concurso de normas, a resolver mediante las reglas del art. 8 CP.

Durante los primeros años de vigencia de esta conducta delictiva, introducida por primera vez en el año 2010, diferentes resoluciones del TS han abogado por la absorción de este delito cuando se materializaran los abusos o la agresión sexual consecuencia del acercamiento que el precepto tipifica, pues, según el alto tribunal, esta era la única opción acorde para respetar el principio *non bis in ídem*, en atención a la progresión delictiva que se encuentra en estas

³² GUTIÉRREZ AZANZA (2020), p. 10.

³³ GUIASOLA LERMA (2022), p. 373.

³⁴ Como, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 492/2020, de 14 de diciembre, apostando por la consunción, y aplicando, concretamente, la regla del art. 8.3 CP.

conductas.³⁵ Tras el reconocimiento por parte de este mismo tribunal, en el Acuerdo del Pleno de noviembre de 2017, de la posibilidad de que el delito de *child grooming* conforme un concurso real con los delitos de los artículos 183 (actualmente, 181) y 189 CP, la controversia se acrecienta; controversia en la que debería incidirse en la referencia a la aplicabilidad potencial y no preceptiva del concurso real que en este acuerdo se sustenta³⁶, pues, siguiendo a Tapia Fernández, los acuerdos no jurisdiccionales del Pleno del TS no son resoluciones judiciales, por lo que no se configuran como doctrina jurisprudencial ni tienen valor normativo.³⁷

Como ejemplo, como se ha analizado, la STS 777/2017 —primer pronunciamiento del TS tras el acuerdo del Pleno—, desestima el motivo de impugnación del recurrente y sustenta la existencia de un concurso real, al entender que en estos casos se añade a las conductas de agresión, abuso sexual o creación de pornografía infantil “un indudable grado de desvalor, precisamente por servirse de ese medio comisivo (*child grooming*)”. No obstante, esta resolución contiene el voto particular de dos magistrados, según los cuales el recurso a esta modalidad comisiva no tendría entidad suficiente para configurar un delito autónomo. Pues bien, respecto del medio comisivo, conviene efectuar una precisión, dado que, como Lloria García destaca, los hechos perpetrados mediante instrumentos tecnológicos implican un mayor grado de injusto, al ser la lesividad para el bien jurídico mayor.³⁸ No en balde, como se desprende de diferentes estudios que han abordado el aumento de la comisión de ciberdelitos en los últimos dos años de pandemia de COVID-19, los menores son especialmente vulnerables en el espacio virtual.³⁹ Al respecto, interesa apuntar la dinámica seguida por muchos de estos *groomers* para conseguir su objetivo, que evidencia la gravedad que en ocasiones presentan estas conductas, pues los autores, tras crear perfiles falsos en redes sociales u otras plataformas de chat, llegan a entablar una intensa relación con estos menores por un periodo de tiempo muy prolongado, con la consecuente relación de confianza que se establece.

Si bien excede del ámbito de estudio del presente trabajo, interesa efectuar un breve apunte de la STS 447/2021, de 26 de mayo, en la que el TS condenó, por agresión sexual sin contacto

³⁵ Cabe cuestionar, en este sentido, la práctica jurisprudencial que, en aquellos casos en los que la aplicación del delito de *child grooming* privilegia la respuesta penal frente a la tentativa de agresión sexual, apuesta por aplicar el criterio de la alternatividad del art. 8.4 CP, como se observa claramente en la STS 97/2015, de 24 de febrero.

³⁶ GUTIÉRREZ AZANZA (2020), p. 10.

³⁷ TAPIA FERNÁNDEZ (2017), pp. 21-76. Aunque lo cierto es que, si son incorporados de forma reiterada en la jurisprudencia, como está empezando a ocurrir, pueden adquirir esta naturaleza.

³⁸ LLORIA GARCÍA (2013), p. 2. Como señala la misma: “los delitos que se cometen en el entorno digital se incrementan, no solo porque nos encontramos ante un sujeto inmaduro o en situación de debilidad emocional, o por la facilidad con la que exponemos nuestros datos en las redes, sino también porque el sujeto percibe una mayor facilidad en la comisión del ilícito a través del fenómeno de la desinhibición *on line* (es más sencillo escribir que dar la cara y enfrentarse), la sensación de anonimato que envuelve al sujeto activo que puede actuar a través de perfiles falsos (lo que a su vez dificulta la persecución), y el daño producido, que se incrementa en la medida en que el bien jurídico se ve permanente y constantemente atacado, dada la propia naturaleza de la red (dificultades para hacer desaparecer lo publicado, la mayor visibilidad ante una comunidad importante de sujetos, y la viralidad de la red que favorece la propagación prácticamente instantánea de la acción)”. En igual sentido: LLORIA GARCÍA (2019), pp. 8 y 9.

³⁹ MÉNDEZ y PÉREZ FERNÁNDEZ (2020), *passim*.

físico, la conducta de obtención de videos sexuales por parte de un hombre, bajo una identidad falsa, en atención a la intimidación (en palabras del TS, “ciberviolencia o ciberintimidación”), a la que sometió a la menor, al entender que el escenario digital no altera los elementos esenciales de la conducta típica, por lo que descarta la aplicación, en contra, del art. 183 *ter* 2° (actualmente, art. 183.2). Al margen de que se entiende que con este desafortunado pronunciamiento se desnaturaliza la virtualidad del precepto objeto de este estudio, y aunque se reitera que no se puede, ni se pretende, efectuar un análisis de esta sentencia, cuyas directrices se consagran con la última reforma producida, se estima conveniente destacar unas líneas de esta resolución que evidencian el progresivo reconocimiento por parte del TS de la lesividad de los actos cometidos mediante instrumentos tecnológicos. Como expresamente declara:

“la dimensión social de las TIC, y como desarrollaremos más adelante, al facilitar el intercambio de imágenes y vídeos de los actos de cosificación sexual, puede convertirse en un potentísimo instrumento de intimidación con un mayor impacto nocivo y duradero de lesión del bien jurídico (...) Este nuevo ciberespacio de interacción social fragiliza los marcos de protección de la intimidad, convirtiendo en más vulnerables a las personas cuando, por accesos indebidos a sus datos personales, pierden de manera casi siempre irreversible, y frente a centenares o miles de personas, el control sobre su vida privada”.

Por consiguiente, teniendo en cuenta el potencial lesivo de las TIC, se entiende que, si en el caso en particular el desvalor de la conducta de *grooming* pudiese independizarse, se podría optar por la sanción de esta modalidad delictiva, junto con los ilícitos de los arts. 181 y 189 CP. Pese a que se estima que estas conductas protegen el mismo bien jurídico, esto es, la indemnidad sexual, como refiere De la Mata, “hay una única indemnidad sexual”, que puede ser entendida como el “correcto proceso de formación y desarrollo personal del menor en su faceta sexual⁴⁰”, pero la misma “puede lesionarse con muy diferentes intensidades y en muy diferentes momentos⁴¹”, como de la dinámica anteriormente expresada se desprende. Asimismo, como certeramente prosigue, con independencia de las conductas virtuales, no hay que desconocer que “no toda tentativa de agresión sexual, por ejemplo, se consuma cuando posteriormente se produce la perfección delictiva y ningún problema hay en aceptar un concurso —o continuidad delictiva, dependiendo del supuesto— entre tentativa y consumación del art. 183.1, 2 o 3”. Efectivamente, como en un reciente trabajo destaca este mismo autor,⁴² defendiendo inclusive un bien jurídico único, cabe concurso real cuando se verifican dos lesiones de diferente entidad, pues si bien queda prohibida la doble sanción de supuestos de mera progresión criminal, no se trataría en estos casos de un mismo hecho y un mismo fundamento.

De todos modos, no se desconoce que la determinación del grado de lesividad de la conducta de *grooming* es compleja, y pese a que encontramos estudios empíricos españoles⁴³ que alertan de la mayor probabilidad de que los menores que han recibido solicitudes sexuales

⁴⁰ STS 109/2017, de 22 de febrero.

⁴¹ DE LA MATA BARRANCO (2017), p. 24.

⁴² DE LA MATA BARRANCO y PÉREZ GONZÁLEZ (2021), p. 1318. Al respecto, consultar el ilustrativo cuadro esquemático realizado, a partir de la afectación (delito o lesión) a uno o más bienes jurídicos.

⁴³ MONTIEL JUAN *et al.* (2014), pp. 203-224; MONTIEL JUAN *et al.* (2016), pp. 123-134.

por medios de las TIC desarrollen, entre otros, trastornos depresivos y ansiosos⁴⁴, son escasos los estudios sobre victimización específicos en España⁴⁵. En este sentido, interesa destacar un trabajo específico sobre *grooming*, realizado por Villacampa Estiarte y Gómez Adillón, en el año 2016, en el que se concluyó que estas conductas tenían una escasa gravedad desde el punto de vista de su virtualidad lesiva de la indemnidad sexual de los menores, confirmando una afectación emocional débil de los encuestados (receptores de estas solicitudes).⁴⁶

Ante la ausencia de una mayor fundamentación por parte del TS de su ulterior postura, y teniendo en cuenta que se ha desaprovechado la oportunidad de suprimir o, en su caso, precisar la cláusula concursal que el art. 183.1 CP contempla en la reciente reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se apuesta por el rechazo de una interpretación de la misma como un mecanismo para la aplicación automática de un concurso de delitos (que en ningún caso se desprende del acuerdo del Pleno), al margen de las reglas del art. 8 CP, puesto que ello supondría la introducción de un régimen penológico desproporcionado,⁴⁷ con una clara vulneración del principio *non bis in ídem*, reflejo del principio de legalidad penal. De hecho, como previamente se ha apuntado, en la resolución de esta compleja problemática se entiende que el elemento clave en la valoración del triple presupuesto en el que descansa el citado principio sería la unidad del hecho, pues en aquellos casos en los que no pueda ser independizada esta conducta, como certeramente Montserrat Sánchez-Escribano refiere, y el medio empleado simplemente facilite el acercamiento, se estaría ante un supuesto de progresión delictiva, operando el concurso de normas, de modo que el castigo por el delito de lesión absorbería el desvalor del delito de acercamiento.⁴⁸

Esto no comporta, de todos modos, que no pueda ser apreciado un concurso de delitos cuando la conducta tecnológica sea lo suficientemente importante como para poder ser independizada, al generar una lesividad de suficiente entidad, rompiendo con ello la unidad de hecho, y contemplar adecuadamente el mayor desvalor de esta, por lo que es imprescindible un análisis particular de todas las circunstancias que envuelven a los distintos casos enjuiciados, especialmente de la dinámica relacional que entre agresor y víctima se ha entablado, junto con su duración y la necesidad concreta del medio empleado para conseguir su propósito ulterior. Y, en estos casos, la opción de Orts Berenguer, que ha considerado estos supuestos como constitutivos de un concurso no real, sino medial de delitos,⁴⁹ resulta

⁴⁴ Al respecto, consultar, en igual sentido, los estudios del equipo encabezado por Gámez-Guadix: GÁMEZ-GUADIX *et al.* (2018), pp. 11-18; GÁMEZ-GUADIX *et al.* (2019), pp. 70-76.

⁴⁵ Interesa destacar, en este punto, el interesante estudio de Díaz Cortés, del año 2012, en el que se concluía que la especial vulnerabilidad de los menores frente a este tipo de conductas se ubicaba “en un colectivo de menores mayores de 13 años a los cuales no los cobija dicha disposición”, pues el artículo 183 bis CP, que reguló inicialmente este ilícito penal, establecía el límite de edad en los trece años, y no en los dieciséis como en la vigente regulación. DÍAZ CORTÉS (2012), pp. 289-318.

⁴⁶ VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN (2016), p. 23. Aportando en este sentido más información, cabe señalar que en otro estudio, concretamente dirigido por Andrés-Pueyo en el año 2020, se concluyó que la tasa de victimización por *grooming* era inferior a la que extrajeron estos mismos investigadores años antes en un primer abordaje. ANDRÉS-PUEYO *et al.* (2020), p. 181.

⁴⁷ GÓRRIZ ROYO (2016), p. 35.

⁴⁸ MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO (2018), p. 145.

⁴⁹ ORTS BERENGUER (2016), p. 199. Como figura en la Circular 4/2015 de la FGE, el concepto del concurso de infracciones no tiene un tratamiento unitario en el derecho comparado, no existiendo la figura del concurso

especialmente interesante, pues en tales supuestos se estaría ante dos hechos diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, debiéndose comprobar, de todos modos, que la conexión instrumental fuera de carácter objetivo, y superase el criterio subjetivo,⁵⁰ en atención a las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial.

De todas maneras, como se señala en la Circular de la Fiscalía General del Estado (en adelante: FGE) 4/2015, sobre la interpretación de la nueva regla penológica prevista para el concurso medial de delitos, “el requisito de que el primer delito sea un medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo”, pues en tales casos se estaría ante un concurso de normas. Como Joshi Jubert refiere: “Que un delito sea una forma necesaria para cometer otro, no significa que sea imprescindible, pues, en este último supuesto, como ha dicho buena parte de la doctrina, estaríamos más bien frente a un concurso de leyes”.⁵¹ Con todo, lo cierto es que, como Alonso Rimo precisa, al abordar la posibilidad de considerar a los actos preparatorios como una condición del delito principal, el hecho de que la conducta preparatoria facilite el hecho delictivo principal no comporta necesariamente que aquélla sea imprescindible, aludiendo de forma expresa a la concreta figura delictiva que en el presente estudio se analiza al destacar: “Por ejemplo, contactar con un menor de dieciséis años a través tecnologías de la información y de la comunicación (art. 183 ter.1 CP) puede resultar sin duda útil en orden a posibilitar el

medial ni en el CP alemán, ni en el italiano, portugués, o francés. No obstante, con la excepción del CP de 1822, en el que no se regulaba expresamente la cuestión, nuestros códigos “siempre partieron de la asimilación de los concursos ideal y medial a efectos de su tratamiento punitivo y de la determinación de la pena”, si bien doctrina y jurisprudencia cuestionaron este tratamiento, partiendo de la mayor similitud del concurso medial con el real que, por el contrario, con el ideal. No en balde, la STS de 15 de marzo de 1988 consideró que el concurso medial se trata propiamente de una “modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal.” Respecto de su régimen penológico, cabe señalar que, como supra se ha indicado, hasta la reforma del año 2015, el CP de 1995 ofrecía al concurso medial el mismo tratamiento penológico que al concurso ideal, establecido en el art. 77.2 CP, y aplicándose en estos casos la mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pudiera exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones (absorción con agravación). Este tratamiento se justificaba, como figura en la citada circular, al entenderse que “cuando se cometen varios delitos con esa relación medial, la reacción penal ha de ser más intensa que si se hubiera cometido un solo delito pero menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí, supuesto en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los arts. 75 y 76 CP”, que se prevé, por su parte, en los casos de concurso real. Sin embargo, en la actualidad, la nueva regla penológica del art. 77.3 CP establece la aplicación de la pena superior a la infracción más grave (cabe precisar que no se trata de la pena superior en grado, pues ello elevaría excesivamente la penalidad). De esta forma, se conforma una pena, según la FGE, de nuevo cuño, en la que el límite mínimo se configura mediante la adición de un día a la pena más grave ya individualizada, y el máximo se conforma por la suma de las penas de todas las sanciones por separado. Conformada esta nueva pena, si bien una interpretación literal del citado precepto comportaría la aplicación, de nuevo, de las reglas del art. 66 CP, con la consiguiente vulneración del principio *non bis in idem*, la FGE entiende que en la operación de individualización final ya no se aplicarían estas reglas, sino los criterios generales de individualización judicial. Para un conciso resumen, consultar: ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC (2022), pp. 499-501.

⁵⁰ Como refiere el TS en su sentencia 336/2014, de 11 de abril, y recuerda la FGE en la circular enunciada: “La voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación entre los delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes”.

⁵¹ JOSHI JUBERT (1992), p. 635.

abuso sexual del menor —y así se explica su castigo—; si bien ello no quiere decir que el delito no se pudiera llevar a cabo, por el mismo sujeto y contra la misma víctima, por distintas vías (mediante un acercamiento presencial previo).⁵²

Al margen de esta controversia, posiblemente irresoluble en abstracto, conforme con Sánchez-Ostiz, la presencia de cláusulas concursales de compatibilidad facultativas como la prevista en el art. 183.1 CP no significa que sea imposible acudir a la doctrina general de los concursos de normas y delitos, de modo que, respecto del concurso de delitos, “las reglas penológicas que han sido definidas por el legislador penal español (arts. 73-77) entrarán en juego siempre que por razones de proporcionalidad sea preciso dar paso a más de un precepto, y esto no lo determina la cláusula concursal de compatibilidad ni en los casos de aplicación preceptiva, pues siempre será obligado comprobar la proporcionalidad de la sanción en el caso concreto”.⁵³ En efecto, teniendo en cuenta que, siguiendo al citado autor⁵⁴, es la proporcionalidad de la sanción la razón que inspira la previsión de estos concursos, el castigo debe englobar toda la gravedad de la conducta, por lo que, como anteriormente se ha referido, ello comporta que, en aquellos casos en los que la conducta previa de *grooming* carezca de la suficiente gravedad para independizar el tipo, se tenga que proceder a apreciar un concurso de normas.

⁵² ALONSO RIMO (2017). p. 37. De hecho, conviene aclarar que el citado autor se muestra crítico respecto de la redacción de la concreta cláusula concursal de este tipo penal, pues, como expresamente refiere: “quisiera destacar que también el legislador manifiesta en alguna ocasión indicios de no tener clara la diferenciación conceptual a que se viene haciendo referencia. Así sucede, según creo, en el caso del art. 183 ter.1 CP, que en los términos en que está formulado difícilmente adquiere sentido si no es desde una lógica preparatoria y pese a lo cual incorpora una cláusula concursal que, en principio, conforme al significado que su redacción sugiere en una primera aproximación, apunta a su consideración como delito con un injusto autónomo”.

⁵³ SÁNCHEZ-OSTIZ (2022), p. 26. En concreto, en su brillante estudio este autor concluye que la función de las cláusulas de compatibilidad (y no solo las de carácter débil), sino también las de aplicación preceptiva, es simplemente “llamar la atención del intérprete para no dejar de cuestionarse si hay o no concurso de delitos”.

⁵⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ (2022), p. 38.

Bibliografía citada

- ALONSO RIMO, Alberto (2017): “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en: *InDret* (nº4/2017), pp. 1-78.
- ANDRÉS-PUEYO, Antonio; NGUYEN, Thuy; RAYÓ, Antònia; REDONDO, Santiago (2020): “Análisis empírico integrado y estimación cuantitativa de los comportamientos sexuales violentos (no consentidos) en España”. Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV).
- GALLEGO SOLER, José Ignacio (2011): “Arts. 178-194”, en: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). (2011): “Comentarios al Código penal” (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CUERDA ARNAU, María Luisa (2016): “Menores y redes sociales” (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier (2017): “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en: *RECPC. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (vol. 19), pp. 1-28.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio (2021): “La aplicación del delito de child grooming en concurrencia con otros delitos contra la indemnidad sexual”, en: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario; GÓMEZ INIESTA, Diego; MARTÍN LÓPEZ, Teresa; MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta; NIETO MARTÍN, Adán (edit.), *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista* (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 1311-1325.
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (2012): “Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores en el Código Penal español -art. 183 bis C.P.-”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*(nº 8), pp. 289-318.
- DÍAZ CORTÉS, Lina Mariola (2014): “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", en: *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología* (vol. 2, nº 1), pp. 351-354.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús (2016): “Ciberacoso sexual a menores o child grooming del artículo 183 bis CP/2010 o artículo 183 ter CP/2015: en caso de abuso o agresión sexual posterior rige el concurso de normas quedando absorbido por éste. Problemática del acceso por parte de los representantes legales del menor a su cuenta abierta en una red social”, en: *Diario La Ley* (8758).
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (2011): “Derecho penal e Internet, Derecho penal e internet especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes” (Valladolid: Lex Nova).
- GÁMEZ-GUADIX, Manuel; MATEO-PÉREZ, Estíbaliz (2019): “Longitudinal and reciprocal relationships between sexting, online sexual solicitations, and cyberbullying among minors”, en: *Computers in Human Behavior* (Nº 94), pp. 70-76.

- GÁMEZ-GUADIX, Manuel; ALMENDROS, Carmen; CALVETE, Esther; DE SANTISTEBAN, Patricia (2018): “Persuasion strategies and sexual solicitations and interactions in online sexual grooming of adolescents: Modeling direct and indirect pathways”, en: *Journal of Adolescence* (vol. 63), pp. 11-18.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta (2011): “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, en: *Estudios Penales y Criminológicos* (vol. XXXI), pp. 207-258.
- GÓRRIZ ROYO, Elena (2016): “On-line child grooming en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)”, en: *InDret* (nº 3/2016), pp. 1-47.
- GUISASOLA LERMA, Cristina (2022): “Los delitos de online child grooming y sexting (arts. 183 ter 1 y 2 CP a la luz de la reciente jurisprudencia”, en: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca; ESQUINAS VALVERDE, Patricia (Dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a examen. Propuestas de reforma* (Pamplona, Aranzadi), pp. 355-388.
- GUTIÉRREZ AZANZA, Diego Alberto (2020): “Delito de child grooming, configuración jurisprudencial”, en: *La Ley. Derecho de familia*, pp. 1-19.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises (1994): “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿Concurso de Leyes?”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (nº 47), pp. 111-140.
- JOSHI JUBERT, Ujala (1992): “Unidad de hecho y concurso medial de delitos”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (tomo 45, 2), pp. 613-636.
- LLORIA GARCÍA, Paz (2013): “Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al «sexting»”, en: *La Ley Penal* (nº 105), pp. 1-10.
- LLORIA GARCÍA, Paz (2019): “Legislación aplicada a la práctica: «La violencia sobre la mujer en el S. XXI: sistemas de protección e influencia de las tecnologías de la información y la comunicación en su diseño»”, en: *La Ley Penal* (nº 138), pp. 1-24.
- MÉNDEZ, Layssa; PÉREZ FERNÁNDEZ, Francisco (2020): “El grooming como factor de impacto en tiempo de pandemia”, en: *Diario La Ley*, nº 9752.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2013): “Child grooming: art. 183 ter CP”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 669-692.
- MOLINA MANSILLA, Carmen (2019): “Última doctrina jurisprudencial en torno al delito de child grooming: aspectos más significativos de las reglas concursales”, en: *La Ley Penal* nº 136, pp. 1-13.
- MONTIEL JUAN, Irene; CARBONELL VAYÁ, Enrique José; SALOM GARCÍA, Miriam (2014): “Victimización infantil sexual online: online grooming, ciberabuso y ciberacoso sexual”, en: LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María; ORTS BERENGUER, Enrique (coords.), *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MONTIEL, Irene; CARBONELL, Enrique, y PEREDA, Noemí (2016): “Multiple online victimization of Spanish adolescents: Results from a community sample”, en: *Child Abuse & Neglect* (Nº 52), pp. 123-134.
- MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, María Isabel (2017): “Reflexiones sobre el child grooming. A propósito del libro «el delito de online child (nº 15)», pp. 199-219.

- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier (2012): “Los delitos sexuales contra menores de trece años: en especial los cometidos a través de Internet u otra tecnología de la información o la comunicación”, en: DE URBANO CASTRILLO, Eduardo; BARRIO ANDRÉS, Moisés; COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar; MUÑOZ CUESTA, Javier; RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín; GARCÍA ALBERO, Ramón Miguel; MORALES GARCIA, Oscar; Suárez-Mira Rodríguez, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos; MORÓN LERMA, Esther; RODRÍGUEZ PUERTA, María José; NAVARRO MASSIP, Jorge; DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier; PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo (Cizur Menor: Thomsons Reuters-Aranzadi)*, pp. 39-48.
- ORTS BERENGUER, Enrique (2016): “Lección XII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (II): Abusos sexuales. Abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Acoso sexual”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed. (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2022): *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2016): *Comentarios al Código penal español*, 6ª ed. (Navarra, Thomson Reuters Aranzadi), t. I.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2012): “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, en: UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (n° 8), pp. 195-227.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio (2014): “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: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (vol. 16-06), pp. 1-25.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (2022): “Las cláusulas concursales de compatibilidad previstas en la parte especial del Código Penal español”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (vol. 24-24), pp. 1-52.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María (2011): “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis)”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios* (Pamplona: Aranzadi), pp. 165-172.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2016): “¿El Tribunal Supremo legislador? (El valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, en: *Justicia: revista de derecho procesal*, (2), pp. 21-80.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2014): “La propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en: *Estudios Penales y Criminológicos* (34), pp. 639-712.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina; GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús (2016): “Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (n° 18), pp. 1-27.

Jurisprudencia citada

Audiencia Provincial Girona 283/2020, 17 septiembre 2020.
Audiencia Provincial Madrid 492/2020, 14 diciembre 2020.
Audiencia Provincial Valladolid 25/2021, 8 febrero 2021.
Tribunal Supremo, núm. 122/2002, 1 febrero 2002.
Tribunal Supremo, núm. 97/2015, 24 febrero 2015.
Tribunal Supremo, núm. 527/2015, 22 septiembre 2015.
Tribunal Supremo, núm. 864/2015, 10 diciembre 2015.
Tribunal Supremo, núm. 109/2017, 22 febrero 2017.
Tribunal Supremo, núm. 199/2017, 27 marzo 2017.
Tribunal Supremo, núm. 777/2017, 30 noviembre 2017.
Tribunal Supremo, núm. 64/2018, 6 febrero 2018.
Tribunal Supremo, núm. 158/2019, 26 marzo 2019.
Tribunal Supremo, núm. 447/2021 26 mayo 2021.
Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), acuerdo de 8 noviembre 2017.
Tribunal Supremo, Auto núm. 544/2018 de 22 marzo. JUR 2018\133834.