

El “cibergrooming”: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el “Anteproyecto” argentino de 2014*

Por Marcelo A. Riquert**

Sumario: 1. Introducción. 2. Mínima relación de antecedentes. 3. El nuevo artículo 131 del CPA incorporado por Ley 26904. 4. La cuestionable insistencia en la redacción originaria de la Cámara Alta. 5. Breve descripción dogmática de la figura ahora vigente. 6. Algunas normas de derecho comparado para complementar la valoración crítica del texto sancionado. 7. El tipo diseñado en el “Anteproyecto” argentino de 2014.

1. Introducción

A fines de 2013, por intermedio de la Ley 26904¹, se incorporó al Código Penal argentino el tipo de “cibergrooming” o “grooming” o “child grooming” como nuevo art. 131, también llamado “delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales”² o “ciberacoso sexual a menores” o “acoso sexual tecnológico”³. Los defectos en su redacción, sobre los que aquí se volverá, generaron inmediata inquietud en la doctrina por lo que, rápidamente, han aparecido varios trabajos que resaltan el problema.

Según podrá observarse, esto ha sido advertido por Comisión creada por decreto del PEN 678/12, “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”, que presidida por el Dr. Zaffaroni presentó a comienzos de febrero a su mandante el “Anteproyecto” en torno al que se ha producido un infundado cuestionamiento en los medios a partir de una serie de consignas divorciadas del verdadero texto, cuyo final de momento luce incierto⁴.

Sin perjuicio de ello, no me cabe duda que una de las mejores formas de evitar que tenga éxito la iniciativa abrogatoria de la discusión seria, meditada, técnica y responsable que debiera darse en el lugar natural para ello, el Congreso nacional, es que desde la academia comencemos a trabajar sobre el anteproyecto, abordando sus propuestas novedosas y evaluando sus avances superadores de defectos de tipificación vigentes.

Animado por esa intención, retomo las recientes consideraciones formuladas en torno a la última modificación realizada a nuestro digesto sustantivo incorporando el análisis de lo proyectado en la iniciativa de actualización y unificación integral.

* Versión corregida y ampliada del trabajo “*El nuevo tipo penal “cibergrooming” en Argentina*”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, dirigida por E.Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Año IV, N° 1, febrero de 2014.

** Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (2013-2015). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

¹ Pub. en el B.O. del 11/12/2013.

² Así, Gustavo E. Aboso, en su trabajo “*El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código Penal argentino*”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, dirigida por E.Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Año IV, N° 2, marzo de 2014, pág. 151.

³ La última es la propuesta de Cueto que, sin embargo, un par de párrafos antes en su propio trabajo critica la caracterización como “ciberacoso” por su eventual confusión con la conducta de ciberacoso simple, es decir, el que carece de connotación sexual (así, Mauricio Cueto, en “*Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal*”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, dirigida por E.Raúl Zaffaroni, ed. La Ley, Año IV, N° 2, marzo de 2014, pág. 44).

⁴ He brindado algunas reflexiones sobre el particular en el artículo titulado “*El anteproyecto de reforma del Código Penal. Hannibal Lecter igual se quedaría preso*”, pub. en La Ley, diario del 17/3/2014, pág. 1, disponible online: AR/DOC/821/2014.

No menos importante me parece recordar desde el inicio que, más allá del interés dogmático penal que persigue este comentario, lo más importante si se quiere avanzar en la prevención del grooming será, como destaca Mariel V. Schneider, el desarrollo de programas que enseñen a los menores el valor y las consecuencias que pueden tener sus propias acciones⁵, es decir, trabajar con singular énfasis en recomendaciones que eviten la victimización de los niños por este tipo de conducta.

2. Mínima relación de antecedentes

A fines del año 2008, por vía de una importante modificación a la parte especial del Código Penal consagrada mediante la Ley 26388, nuestro país ajustó sus tipos penales vinculándolos con las nuevas modalidades de ataque generadas por las tecnologías de la información y comunicación (TICs). Por eso, al momento de iniciar el proceso de adhesión un par de años después al “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest (2001), no mediaron problemas de armonización en lo atinente al derecho sustancial y, vale recordar, dicho instrumento no incorporaba al “grooming” entre las tipicidades que propiciaba. Sin embargo, previa, de rango superior por ser universal y con jerarquía constitucional por vía del art. 75 inc. 22 de la C.N., la “Convención sobre los Derechos del Niño”⁶ en su artículo 34 establece el compromiso protectivo para los niños respecto de toda forma de explotación y abuso sexuales⁷, por lo que acierta Aristimuño cuando apunta que debiera contársela entre los antecedentes u origen político criminal de la reforma que ahora nos ocupa⁸.

A lo largo de la década siguiente a la inicial suscripción de Convenio de Budapest, en el propio ámbito de la Unión Europea ha ido surgiendo el interés en que las legislaciones nacionales incorporen nuevas tipicidades o refuerzen las anteriores. En lo específico al objeto de atención en este comentario, Rovira del Canto recuerda la “Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil”, cuyo art. 2º indicaba a los Estados miembros adopten las medidas necesarias para punir una serie de conductas intencionales vinculadas con la explotación sexual de niños, que sirviera en definitiva en España de base para la reforma por L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se incorporara al CPE el “grooming” como art. 183bis⁹. Jorge Benavídez, refiriéndose al trámite parlamentario argentino, precisa que el principal antecedente normativo que animó la elaboración de los proyectos de ley nacionales fue el “Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y Abuso

⁵ En su trabajo “Grooming: Ciberacoso a menores de edad”, pub. en la “Revista de Derecho de Familia y las Personas”, ed. La Ley, Bs.As., Año VI, N° 5, junio de 2014, pág. 215.

⁶ Aprobada por Ley 23849, B.O. del 22/10/90.

⁷ El art. 34 dice: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

⁸ En su trabajo “Corrupción de menores a través de Internet. El delito de “Grooming”: ¿es necesaria su incorporación al Código Penal Argentino?”, pág. 7, pub. en la revista digital “Pensamiento Penal”, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/08/doctrina01.pdf>. Reiterado en “Las garantías constitucionales frente al delito de grooming”, pub. en la revista “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Bertolino-Ziffer, ed. Abeledo Perrot, N° 8, agosto de 2014, pág. 1614.

⁹ Rovira del Canto, Enrique: “Ciberdelincuencia intrusiva: hacking y grooming”, conferencia brindada en Barcelona, noviembre de 2010, pág. 6. Hay versión digital disponible en http://www.iaitg.eu/mediapool/67/671026/data/Ciberdelincuencia_intrusiva_hacking_y_grooming_Enrique_Rovira.pdf

Sexual", firmado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, cuyo art. 23 prohíbe las "Proposiciones a niños con fines sexuales"¹⁰.

Más reciente, puede citarse "*Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información*", respecto del robo o suplantación de identidad digital¹¹. También se propulsa la incorporación de figuras que capten con más precisión, entre otras conductas disvaliosas, el grooming, el ciberstalking, el ciberbullying o el sexting. En algún caso puede dificultarse su clara diferenciación y apreciarse un cierto solapamiento, por ejemplo, entre el ciberstalking y el ciberbullying cuando, en lugar de tratarse de actos continuados son algunos concretos ya que, conforme indica Fernando Miró Llinares, en ese supuesto estaríamos más cerca del ciberharassment o "online harassment"¹², que podría entenderse como una hostilidad o disturbio puntual.

Aunque no en todas ellas en forma exclusiva, un factor común vinculante de estas propuestas de novedosas tipicidades es que la víctima suele ser uno de los segmentos sociales más vulnerables: los menores. Paz Lloria García agrega como el otro grupo muy concreto de sujetos pasivos a las parejas en crisis o ex–parejas, a la vez que llama la atención sobre distintas modalidades de ciberbullying, entre las que destaca la técnica conocida como "happyslapping", consistente en grabar videos humillantes para el menor como podrían ser golpizas u otros hechos delictivos y después subirlos a las redes sociales para que la degradación sea pública, con el consiguiente incremento en la lesión al honor e integridad moral del agredido, y también la aparición de nuevas páginas en las redes sociales denominadas "gossiping", es decir, foros de "cotilleo" o – para nosotros- chismes, donde se cuentan y difunden situaciones que incomodan lesionando el honor de las víctimas¹³.

¹⁰ Cf. Jorge Benavídez, en su informe "*De cómo el grooming se hizo delito. Informe especial del trámite en el Congreso*", elaborado con la colaboración de Luciana Czyrka y Bernardo de Speluzzi, pág. 1. Señala el nombrado como otro antecedente, pero de naturaleza judicial, el "caso Fadelli", ocurrido en Cipoletti (Río Negro), los días 21 y 25 de julio de 2009, que llegara a condena en agosto de 2012 por el delito de exhibiciones obscenas, sentencia confirmada al año siguiente por el STJ de Río Negro. El hecho consistió en que un hombre de 35 años, haciéndose pasar por un joven de 14 y mediante engaños mantuvo conversaciones de contenido sexual con una menor de 13 años y se exhibió por cámara web mientras se masturbaba. La subsunción en la figura del art. 129 del CP (exhibiciones obscenas) se debió a la carencia de un tipo específico de "grooming" y, por eso, la madre de la víctima comenzó una campaña que terminó generando la presentación de un proyecto de ley por la senadora rionegrina Bongiorno (informe citado, págs. 2/3, pub. en la revista digital "Pensamiento Penal", disponible desde el 2/12/13 en http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/12/de_como_el_grooming_se_hizo_delito.pdf

¹¹ En nuestro país existe ahora un proyecto con trámite parlamentario, presentado el 15 de mayo de 2012 por la senadora Higonet (Exp. S N° 1312/12), por el que se incorporaría como art. 138 bis del C.P. este tipo penal con el siguiente texto: "*Será reprimido con prisión de 6 (seis) meses a 3 (tres) años o multa de pesos veinte mil a pesos doscientos mil, el que sin consentimiento, adquiriere, tuviere en posesión, transfiriere, creare o utiligure la identidad de una persona física o jurídica que no le pertenezca, a través de internet o cualquier otro medio electrónico, y con la intención de dañar, extorsionar, defraudar, injuriar o amenazar a otra persona u obtener beneficio para sí o para terceros*". Le precedió otro similar presentado en la otra Cámara por Monastersky un par de años antes (Exp. 4643 D 2010), según recuerda Nora Cherñavsky (en su conferencia "*El delito informático*", pub. en AAVV "*XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina*", Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 286).

¹² En su obra "*El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*", Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 91.

¹³ Lloria García, "*Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. Especial referencia al sexting*", pub. en la revista "La Ley Penal", N° 105, Año 10, noviembre-diciembre 2013, Sección Estudios, págs. 25/26.

Sin ignorar que pueden darse casos de acoso “predatorio”¹⁴ o acecho (ciberstalking¹⁵), hostigamiento, agresión o maltrato (ciberbullying) o difusión inconsentida de imágenes íntimas (sexting) respecto de mayores se afirma, en general, que las principales víctimas son los jóvenes. Y esto tiene una explicación lógica ya que, como resaltan Juan María Martínez Otero y Álvaro Boo Gordillo, la incidencia de la estrecha relación entre los menores y las nuevas tecnologías puede calificarse de “omnipresente” para estos verdaderos “nativos digitales”, siendo Internet para ellos un preponderante entorno de socialización y, como natural derivación, comportamientos como el sexting y otras formas de abuso y violencia se magnifican entre los adolescentes junto al grooming y el ciberbullying¹⁶. En esta línea puede señalarse que la

¹⁴ Con ese adjetivo calificativo lo sintetiza Avelina Alonso de Escamilla, quien recuerda que el término anglosajón puede traducirse como una conducta intencionada y maliciosa de persecución obsesiva (obsessional following), acecho o acoso respecto de una persona a la que se convierte en objetivo. De allí, resalta, que constituya un patrón de conducta, una suerte de estrategia de hostigamiento anormal, de larga duración y dirigida específicamente contra una persona que, en definitiva, experimenta la intrusión no deseada con temor, vergüenza, desasosiego, preocupación y le impide seguir con su vida normal, derivando en cuadros clínicos de ansiedad u otros trastornos psicológicos (en su trabajo *“El delito de stalking como nueva forma de acoso. Ciberstalking y nuevas realidades”*, pub. en la revista “La Ley Penal”, N° 105, Año 10, noviembre-diciembre 2013, Sección Estudios, págs. 5/6).

¹⁵ El “stalking” ha sido regulado en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Alemania, Austria e Italia, estando actualmente a consideración el proyecto de reforma incorporándolo en España (Cf. Alonso de Escamilla, ob.cit., págs. 7/8). La regulación estadounidense proviene de un hecho de 1989, el asesinato de la actriz Rebecca Schaeffer, que generó gran alarma pública y llevó a que el estado de California sancione la primera ley antistalking en 1990; dos años después ya fueron 30 estados más los que legislaron sobre el particular y, en 1993, lo hicieron los 19 restantes (cf. Carolina Villacampa Estiarte, *“La previsible incriminación del stalking en el derecho penal español”*, pub. en la revista “Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Bertolino-Ziffer, ed. Abeledo Perrot, N° 8, agosto de 2014, págs. 1594/1595). En el caso de la iniciativa española, se trata del Proyecto de Ley Orgánica modificatoria del CP publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013 (cf. Villacampa Estiarte, ob.cit., pág. 1592). El nuevo delito se incorporaría como art. 172ter al CPE con la siguiente redacción:

“1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana:

1) La vigile, la persiga o busque su cercanía física.
2) Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.
3) Mediante el uso indebido de sus datos personales adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.
4) Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

5) Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores.
Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2º, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.
4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán persegibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

5. En estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.
 La autora citada asigna singular incidencia para justificar la necesidad de la reforma al “Convenio del Consejo de Europa para la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica”, adoptado en Estambul el 11/5/2011, o sintéticamente llamado “Convenio de Estambul” (págs. 1593/1594 y 1600).

¹⁶ En su trabajo *“El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas”*, pub. en AAVV “La violencia de género en la adolescencia”, Javier García

miembro informante en la sesión del 2 de noviembre de 2011 en la Cámara de Senadores argentina (cuando el entonces proyecto logra su primera media sanción), Sonia Escudero, resaltó la existencia de datos que indicaban que hoy día un adulto pasa una media del doble de tiempo mirando televisión que su hijo adolescente que, a su vez, pasa seis veces más tiempo conectado a la red que su padre¹⁷.

Además, como destaca Thomas J. Holt, se trata de esos comportamientos online respecto del que varios estudios sugieren que herramientas como los antivirus no guardan relación como modo de prevenir los riesgos de victimización y, en todo caso, los paquetes de software de protección a disposición de los padres se limitan a bloquear el acceso a contenido pornográfico o programas no requeridos, pero no modifican el hecho de que no puede bloquearse muchos intentos de contacto por vía de e-mails o de mensajería instantánea que el niño pudiera recibir¹⁸. Nuevamente, la prevención parece apoyarse, centralmente, sobre la educación y control parental más que sobre la adopción de medidas de puro corte tecnológico. Y no es fácil la prevención cuando los padres pertenecen a la generación “X” y los hijos a la generación “Z”¹⁹ y viven en lo que se ha dado en llamar la “*cultura de la habitación*”²⁰ o, en otras palabras, cuando no hay clara percepción de lo que implica la socialización en el ciberespacio o, si se la tiene, cuando no media confluencia de intereses que permita la percepción directa de cuáles son los contactos.

Evocando a Terceiro, Morón Lerma nos habla del pasaje del “*homo sapiens*” al “*homo digitalis*” y destaca que, en el ciberespacio, cada individuo es potencialmente un emisor y un receptor en un medio cualitativamente diferenciado, en el que todos se comunican con todos pero, los internautas, no se localizan principalmente por su nombre, posición social o ubicación geográfica, sino a partir de centros de intereses, por lo que puede hablarse de una suerte de “*mundo virtual segregado por la comunicación*”²¹.

Retomando la novedad legislativa motivante de este comentario, el grooming, entre las mencionadas, se trata de la conducta que, en exclusiva, tiene por sujeto pasivo a los niños y, al decir de Ana Pérez Martínez y Reyes Ortigosa Blanch, no se trata de un nuevo delito derivado de la revolución tecnológica, sino una forma evolucionada de cometer un delito preexistente, es una técnica actualizada con la que los pedófilos

González director, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), España, 2012, págs. 292 y 294.

¹⁷ Cf. Benavídez, ya citado, pág. 9.

¹⁸ Holt, Thomas J.: “*Rethinking the Prevention of Cybercrime*”, ponencia en el “1st. International Workshop on Cybercrime. Rethinking Cybercrime”, realizado en sede de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España), los días 17 y 18 de octubre de 2013, inédito, pág. 4.

¹⁹ Como recuerda Carlos Christian Sueyro, la generación “X” es la que integran los nacidos entre fines de los sesentas y comienzos de los setenta, por lo que en su adolescencia vivieron los primeros pasos de la era digital y han debido adaptarse a ella, mientras que la generación “Z” está constituida por los nacidos entre 1993 y 2004, actuales adolescentes, que no han conocido otra sociedad que la de la era de la información con sus celulares, emails, netbooks, tablets, redes sociales, etc. (en su ponencia “*La eficiencia de la Ley 26388 de reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación*”, pub. en AAVV “*XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina*”, Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 311, notas al pie N° 7 y 9).

²⁰ Se entiende por tal la situación que viven aquellos menores que disponen en su habitación de todos los recursos tecnológicos necesarios (tv, móvil, PC o notebook/netbook/tablet, conexión con Internet) para permanecer durante horas encerrados en ella sin ningún tipo de contacto o relación con el resto de los familiares con los que conviven. Este contexto de aislamiento, enfatiza Joaquín J. Marco Marco, propicia que los padres desconozcan cómo utilizan sus hijos los recursos a su alcance y facilitan que los menores puedan ser sujetos activos o pasivos de una relación de ciberacoso (en su trabajo “*Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad*”, pub. en AAVV “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 85).

²¹ Cf. Esther Morón Lerma, “*Internet y derecho penal: hawking y otras conductas ilícitas en la red*”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2º edición, 2002, pág. 89.

tratan de contactar con sus potenciales víctimas²². En interesante fallo, previo a la reforma, se indicó que el anglicismo “grooming” proviene del vocablo “groom”, que alude a la preparación o acicalamiento de algo, aunque en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, por lo que se trata entonces de un supuesto de acoso sexual infantil. Allí se lo define como un proceso sexual abusivo a transitar evolutivamente (acoso progresivo), facilitado por el uso de las nuevas tecnologías, que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos²³.

Miró Llinares apunta que el término “grooming” comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del “depredador sexual” llevados a cabo en la primera fase del abuso, en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso²⁴. A su vez, Rovira del Canto indica que es posible esquematizar el acoso sexual infantil o child grooming en una serie de fases sucesivas, a saber: a) fase de amistad; b) toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; c) fase de relación; d) confesiones personales e íntimas, consolidación; e) componente sexual; f) participación de actos de naturaleza sexual, fotografías, webcam; g) extorsión; h) escalada de peticiones; i) agresión²⁵.

En nuestro país, Cherñavsky señala que se trata de una figura de peligro abstracto que comenzó a ser penalizada en algunos estados de EEUU y que consiste en mantener contacto vía Internet, a través de grupos de chat, con fines de abusar sexualmente de menores²⁶. Sería esta versión más simplificada o reducida del concepto de “grooming” la que se adopta ahora en la legislación argentina.

3. El nuevo artículo 131 del CPA incorporado por Ley 26904

En efecto, en la sesión del día 13 de noviembre de 2013, la Cámara de Senadores aprobó una nueva modificación al Código Penal, finalmente consagrada como Ley 26904²⁷, por cuyo art. 1º se incorporó dentro del Título correspondiente a los “Delitos

²² Cf. su trabajo “Una aproximación al ciberbullying”, pub. en AAVV “Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 16. Cte.: Miró Llinares, quien apunta que Internet cambió no sólo la forma de hacer “grooming” sino que también ha modificado el perfil del sujeto que lo hace y de la víctima que lo padece, a la vez que ha incrementado el número potencial de agresores y víctimas (ob.cit., págs. 99 y 254).

²³ Sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, causa N° 4924-0244, caratulada “Fragosa, Leandro Nicolás s/corrupción de menores agravada”, fallo del 5 de junio de 2013, cuestión primera, donde se reproducen conceptos del trabajo de Christian Schechler Corona titulado “El childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la Ley N° 20526” (pub. en “Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política”, Vol. 3, N° 1, 2012, págs. 61/62. Tiene versión digital publicada en la revista “Pensamiento Penal”, disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2012/11/latinoamerica02.pdf>). En definitiva, en el caso ventilado ante la justicia necocheense se arribó a una condena a diez años de prisión por promoción de corrupción de menor agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño (art. 125, párr. 2º y 3º del CP). La sentencia ha sido comentada por Carla Delle Done y Pablo A. Palazzi en el artículo “Delincuencia online que afecta menores: el grooming tipificado como corrupción de menores agravada”, pub. en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, dirigida por Bertolino y Ziffer, ed. Abeledo-Perrot, Año X, N° 2, febrero de 2014, pág. 315 y ss. También por Ángel Mauricio Cueto en el trabajo titulado “El delito de grooming y el artículo 125 del Código Penal”, pub. en LL, 2014-C, ref. online: AR/DOC/990/2014.

²⁴ Ob.cit., pág. 97.

²⁵ Trabajo citado, pág. 16.

²⁶ Trabajo citado, pág. 286.

²⁷ B.O. del 11 de diciembre de 2013.

contra la integridad sexual” como nuevo art. 131²⁸ el siguiente texto: “*Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma*”.

Mantuvo así la redacción que había aprobado, como Cámara originaria, el 2 de noviembre de 2011²⁹, ignorando la propuesta modificatoria de la Cámara de Diputados, que delineaba el tipo del siguiente modo: “*Será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos le requiera de cualquier modo a una persona menor de 13 años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. En la misma pena incurirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de 13 de años y menor de 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación*”.

Puede acotarse que, además, se apartó notablemente de la norma inicialmente inspiradora³⁰, cual fuera el citado art. 23 del “Convenio del Consejo Europeo para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual” ya que, conforme a esta, lo que se requiere tipificar es el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño (que no haya alcanzado la edad legal para realizar actividades sexuales) con el propósito de cometer contra él un abuso sexual o un delito relativo a la pornografía infantil, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro. Tal apartamiento se concreta en tres aspectos centrales: no se requiere mayoría de edad en el sujeto activo, no se distingue en el sujeto pasivo la edad de madurez sexual habilitada (esto sí lo hacía la propuesta de Diputados) y, por último, no se exige la verificación de actos materiales posteriores conducentes a la concreción del encuentro (cosa que si hace, por ejemplo, el tipo español según luego se verá en detalle).

El rápido ejercicio de contraste entre lo que se corregía en Diputados (sobre la base de un proyecto conjunto presentado en la sesión del 11 de setiembre de 2013 por los diputados Paula Bertol, del PRO-CABA; Manuel Garrido, de la UCR-CABA, Oscar Albrieu -miembro informante- y Hernán Avoscán, ambos del FpV-Río Negro, y Paula Gambaro, del Peronismo Federal-Buenos Aires³¹) y aquello sobre lo que se insistió omitiendo todo aporte en Senadores, permite advertir que, lamentablemente, no estamos frente a un tipo defectuoso cuyos errores no fueron vislumbrados en el trámite parlamentario sino que, pese a ser alertados, se avanzó en la consagración de una

²⁸ El anterior art. 131 había sido derogado por Ley 26087 (B.O. del 14/5/99) y contemplaba la figura del raptor de menores.

²⁹ Esta redacción surgió producto de la discusión de dos proyectos, el de la senadora Bongiorno (S-3267/11) y el conjunto de los senadores Higonet y Verna (S-2174/11). Puede verse el detalle en el citado trabajo de Benavídez, pág. 3 y ss. Merece acotarse que al fundamentar su proyecto Bongiorno se consideraba sujeto activo a un adulto y con cita al art. 183bis del CPE se requería que la propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, lo que luego era dejado de lado sin mayor explicación en la norma que proponía incorporar como art. 125 ter con una pena gravísima de reclusión de tres a diez años. A su vez, el otro proyecto consideraba la pena finalmente sancionada pero de algún modo “seccionaba” en dos partes la conducta de cibergrooming al considerar como tipo básico la fase de contacto con finalidad sexual (lo que ahora es ley) y como agravante la posible fase extorsiva a partir de imágenes obtenidas del menor.

³⁰ Cf. Benavídez, ya citado, pág. 1.

³¹ Benavídez (ob.cit., págs. 10 y 13), señala que la nueva redacción fue presentada sorpresivamente en la sesión mencionada ya que, inicialmente, había un acuerdo de aprobar la propuesta de Senadores. Además, con suma precisión, recuerda que al comenzar la discusión en las Comisiones de la Cámara Baja, había allí otros tres proyectos a congeniar con el sancionado en la Cámara Alta: el de los diputados Bertol, Pinedo y Schmidt (PRO-CABA, N° D-9/12), el de la diputada González (FpV-Chubut, N° D-2603/13) y el de los diputados De Narváez, Ferrari y Gambaro (FP-Buenos Aires, N° D-3064/13).

norma con varias incorrecciones técnicas. De allí, que en los medios se hablara de repercusiones “polémicas” ante su aprobación³². Veamos.

4. La cuestionable insistencia en la redacción originaria de la Cámara Alta

En la mencionada sesión³³, la informante del proyecto original del FpV, senadora Sonia Escudero (aquel que fuera producto de la discusión de proyectos propios de María Higonet y Mario Verna y el de María José Bongiorno), señaló expresamente que el de la otra Cámara constituía “otro delito completamente distinto” y apuntó que se había modificado la escala de la pena conminada en abstracto reduciéndola, mientras que la iniciativa impulsada desde Senadores fijaba una que tenía “amplitud suficiente para que el juez, de acuerdo con las características del caso, pueda aplicar pena”³⁴ (esta idea también fue reivindicada en su intervención por la senadora Higonet³⁵).

Más allá de la declarada voluntad de brindar un marco más amplio al juzgador para individualizar la pena, por cierto, muy discutible como parámetro para fijar una escala, cualquiera, por el legislador, lo cierto es que, como ha puesto de resalto a través de un comunicado institucional la “Asociación Pensamiento Penal”³⁶ concordando con lo advertido en la Cámara de Diputados, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas que el acto preparatorio incriminado autónomamente que se lleva a cabo en el espacio virtual (grooming) tenga la misma sanción que delitos de lesión consumados en el mundo real afectando el mismo bien jurídico, como sucede por ejemplo con el abuso sexual simple del 1º párrafo del art. 119 del CP³⁷.

En otras palabras, no se trata de avalar un proyecto porque “cercena las penas” –según calificó la senadora Bongiorno–, sino sencillamente que contactar a un menor con la intención de hacerlo víctima de un delito contra la integridad sexual no puede tener la misma escala de pena conminada en abstracto que efectivamente haberlo victimizado abusándolo (párrafo citado del art. 119) o que quien produce, financia, ofrece, comercia, facilita, divulga o distribuye pornografía infantil u organiza espectáculos en vivo con participación de menores en representaciones sexuales explícitas o le facilita a los menores el acceso a esos espectáculos o les suministra tal índole de material (art. 128). Tampoco puede tener el mismo máximo que su rapto, es decir, su sustracción o retención mediante fuerza, intimidación o fraude, con intención de menoscabar su integridad sexual (art. 130, 1º párrafo).

Queda claro entonces que los tres meses a dos años de prisión que se proponía en la Cámara de Diputados evitaban el problema mencionado, habitual cuando se legisla “en el aire”, es decir, sin sistematicidad, sin percepción de que el nuevo tipo habrá de insertarse en el Código y debe guardar coherencia y proporción con los que le preceden.

³² Por ejemplo, en la nota periodística de Martina Rúa titulada “Satisfacción y polémica por la nueva ley que penaliza el grooming”, publicada en la edición del día 16 de noviembre pasado del diario “Perfil” (versión digital disponible en: <http://www.perfil.com/ciencia/Satisfaccion-y-polemica-por-la-ley-que-penaliza-el-grooming-20131116-0056.html>).

³³ Cuya versión taquigráfica está disponible en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal, en la siguiente dirección http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/11/vt-2013-11-13_or-091.pdf

³⁴ Véase págs. 84/85 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

³⁵ Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

³⁶ Emitido el 20 de noviembre de 2013.

³⁷ Dice: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece de años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

Precisamente, esto último es lo que se percibe más logrado en el omitido aporte de la Cámara Baja en otros aspectos como la simple referencia a “persona menor de edad” aprobada mientras que, haciéndose cargo de la sistemática consagrada a partir de la figura inicial de los “Delitos contra la Integridad Sexual” (el citado art. 119), en Diputados se fijaba como sujeto pasivo al menor de 13 años de edad o de 13 a 16 años pero cuando mediare a su respecto engaño, abuso de autoridad o intimidación. Esta noción de “Código”, de que la redacción del tipo se vincula con la de otras figuras penales es la que no se percibió en Senadores con expresa confesión del senador Fernández que, en su intervención, dijo: *“No entiendo qué significa eso de menos de trece años o más de trece. No entiendo qué tiene que ver. Nosotros tenemos muy en claro que lo que estamos planteando son delitos novedosos, que hablan de nuevas conductas, y que como nuevas conductas reprochadas deben ser tipificadas para que se conviertan en delito. Y en ese marco es donde nosotros queremos consolidarlo”*³⁸.

Lo que es novedoso –tal como se ha señalado antes, con cita a Pérez Martínez y Ortigosa Blanch– es que los pedófilos establezcan contacto con las víctimas mediante las TICs, pero los abusos sexuales respecto de menores no lo son. Lo que es novedoso es que sea delito el acto preparatorio de una conducta que puede no ser delito. Los delitos contra la integridad sexual existen independientemente de que ahora surja una modalidad como el “grooming” y es esta figura la que debe ajustarse a la sistemática de los primeros y no al revés.

No es la única inconsistencia por “sobre” o “super” inclusión: además de poder ser víctimas del acto preparatorio quienes no lo serían de un abuso simple consumado, en materia de sujeto activo al no aclarar (como se hacía en Diputados) que debe ser una persona mayor de edad, podría ser autor de “grooming” un joven de 16 años que trata de contactar a alguien de su misma edad.

Este “exceso” tiene una posible explicación justificante pero, si esa hubiera sido la intención de nuestros senadores, olvidaron configurar el tipo en el modo coherente con ella. Me explico. Hay una extendida descripción básica del grooming como puesta en contacto (de un mayor) con un menor finalidad sexual que es la que recoge el nuevo tipo penal que se incorpora al CPA (parcialmente, al no distinguir en el sujeto activo), pero hay otras que hacen hincapié en el componente extorsivo o de chantaje sobre el menor, es decir, que enfatizan que bajo amenazas se logra que acceda a las peticiones de connotación sexual. En este caso, se habla de “*Child Grooming*”, cuya esquematización ya fuera presentada.

Se ha señalado que, en muchos casos, todo comienza a partir de lograr que mediante un acto de confianza el menor brinde una foto o imagen comprometida y, luego, comienza el chantaje coaccionándolo para obtener un contacto sexual mayor. Esta variante se ha verificado es llevada adelante en numerosas ocasiones por menores contra víctimas de su propio grupo etario. Juan Pardo Albiach resalta que *“Lo curioso y espeluznante es que... los delincuentes pueden ser incluso menores de edad, cuyo perfil no es el de un menor con una situación familiar y social desestructurada, sino de un menor que dispone de una educación y unos medios de vida (ordenador, Internet, móvil, etc.) que no denotan marginalidad en absoluto y que revelan que carecen del más mínimo sentido de la responsabilidad de sus propios actos y de la gravedad de los mismos. En definitiva, no hay un perfil concreto para este tipo de delincuentes sexuales”*³⁹.

Si en Senadores se hubiera asumido con conciencia la inclusión de menores como eventuales sujetos activos sólo podrían serlo aquellos que tuvieran entre 16 y 18 años y lo lógico sería la incorporación de la “intimidación” dentro de la conducta típica. El proyecto de Diputados la tuvo en cuenta para uno de sus supuestos (víctima de entre

³⁸ Véase pág. 87 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

³⁹ Cf. su trabajo “*Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros*”, pub. en AAVV “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidación, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, págs. 58/59.

13 y 16 años) pero siempre con un autor mayor de edad. En cualquier caso, parece evidente que esto pasó absolutamente inadvertido.

Al rechazar las precisiones incorporadas en la Cámara Baja y sugerir se insista en la redacción original la senadora Escudero aludió a las dificultades probatorias que provocaría el aceptar que la vaga fórmula “*contactare ... con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual*” fuera reemplazada por otra que demandaría acreditar que al menor se le requiera que realice actividades sexuales u otros actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual. Además, puntualizó que la intención era (es) proteger a “*todos los menores porque es justamente entre la edad de 13 y 16 años cuando los chicos están más conectados en la red y donde son más vulnerables*”. En la misma línea, la senadora Bongiorno reiteró que la voluntad era apuntar a “*la protección integral del menor*”.

Inevitable resulta compartir la preocupación por una conducta cada vez más extendida (valga aquí el ejemplo de la senadora Higonet al caso de la ONG holandesa que creó una niña filipina “virtual” de 10 años y verificó más de mil requerimientos de pederastas de distintos lugares del mundo o las cifras proporcionadas por estudios de UNICEF⁴⁰). No puede discutirse que estamos frente a un comportamiento cuyas consecuencias son particularmente graves por quien es su destinatario.

Pero, insisto, también es inevitable criticar una norma que pretende criminalizar actos preparatorios de conductas que consumadas con el consentimiento de un menor entre los 13 y 16 años no serían delito o que equipara la pena de un acto preparatorio a la de un delito consumado. Tristemente, los mencionados no son más algunos de los tantos ejemplos de contradicciones y desproporciones que nos ofrece el código vigente y que muestran a las claras la necesidad de su reforma, como se señaló al comienzo. Bien destaca Aboso en el singular caso de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores que media una suerte de esquizofrenia normativa reflejada en la falta de armonía en las edades mínimas requeridas para considerar una conducta punible⁴¹. Sin mayor esfuerzo de imaginación puede anticiparse que habrá variados planteos de inconstitucionalidad respecto de la norma comentada.

5. Breve descripción dogmática de la figura ahora vigente

Sintetizando y sin reiterar críticas tenemos entonces que el ciberacoso sexual infantil, tal como ha quedado normado en el nuevo art. 131 del CP, se inserta dentro de los delitos contra la integridad sexual, que constituye el bien jurídico cuya afectación se pena. Más allá de los avatares del cambio de rúbrica del Título por Ley 25087⁴², he sostenido desde el momento de tal reforma que, en función de cómo quedó configurado el elenco de tipicidades, debe entenderse comprendida también la dignidad de los menores⁴³.

Es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, lo que incluye a los menores imputables como eventuales sujetos activos. No obstante, en general, se insiste en que el “groomer” es un adulto que se crea una falsa identidad, generalmente haciéndose pasar por menor, o que recurre a robos de identidad o hacen uso de virus que le darán la clave de acceso a los datos del menor para lograr apropiarse de la información de su mundo social, fundamental para extorsionarlo⁴⁴. No es esto lo que ha quedado consagrado en el nuevo art. 131.

⁴⁰ Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

⁴¹ Ya citado, pág. 154.

⁴² Pub. en el B.O. del 14/5/99.

⁴³ Remito para ver el desarrollo detallado de tal postura a lo expuesto en el comentario al art. 128 del C.P que realicé para el “Código Penal de la Nación Argentina y Leyes Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigido por Baigún-Zaffaroni, ed. Hammurabi, tomo 4, Bs. As., 2º edición, 2010.

⁴⁴ Cf. María Eugenia Lo Giúdice, “Con motivo de la sanción de la ley que introduce el “delito de grooming” en el Código Penal (año 2013)”, pub. en el Suplemento “Alta Tecnología” de la Biblioteca Jurídica Online “elDial.com”, edición del 11/12/2013 (<http://www.eldial.com.ar>), ref.: DC1C0B.

En cuanto al sujeto pasivo, es cualquier menor sin distingo adicional alguno lo que ocasiona los problemas de sistematicidad dentro del propio título del código en que se inserta la norma que ya han sido reflejados en el punto que precede.

Se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual físico ya que la acción que prevé es contactar a un menor mediante alguna TIC⁴⁵, por eso, se habla de que “*es una etapa virtual previa al abuso sexual en el mundo real*”⁴⁶ y el ya citado Aboso destaca que, aún sin que medie contacto sexual, el acoso telemático es un comportamiento facilitador, porque el autor debe perseguir el propósito de un ulterior contacto de aquella naturaleza⁴⁷. Hoy día se incluirían tanto los SMS, el chat, los emails, Facebook, Twitter o cualquier otra de las redes sociales, Skype, WhatsApp, MySpace, Messenger, así como sistemas y aplicaciones similares. Se ha criticado, tomando como base la legislación escocesa e inglesa, que el ceñimiento típico a medios telemáticos parece ignorar otras posibilidades de contacto personales donde el autor ejerce también una influencia sobre los menores de edad⁴⁸.

En relación con el tipo subjetivo, se trata de una figura dolosa (dolo directo) y reclama la acreditación de un elemento ultraintencional, cual es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor. Si bien, en general, la acreditación de finalidades es dificultosa⁴⁹, las posibilidades de explicitación de un medio que facilita el intercambio de audio, video e imágenes, puede permitir se exprese en forma más evidente y, entonces, torne más sencilla su prueba.

La conducta se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor en forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación ya que no se trata de la punición de cualquier contacto sino sólo de aquél que persigue esa específica finalidad. Esto puede ser difícil de determinar si se tiene en cuenta que se está frente a una actividad que puede desarrollarse eventualmente durante un lapso temporal prolongado, el que lleva al establecimiento del vínculo afectivo o emocional entre sujeto activo y pasivo, que permite al primero ganar la confianza del segundo y, entonces, avanzar hacia la finalidad prohibida⁵⁰.

Al menos desde el punto de vista teórico, aun cuando se lo caracterice como delito de peligro⁵¹, sería posible la tentativa⁵² ya que podría darse el caso, por ejemplo, de interceptación de mensajes por control parental previo a su percepción por el menor.

Entiendo que el tipo debiera entenderse como subsidiario y, en caso de perpetrarse la situación de abuso sexual (por ejemplo, cualquiera de los previstos en el art. 119 del CP), regiría la situación de concursalidad aparente por relación de consunción. En reciente fallo, la CNCyCorr., por su Sala IV⁵³, parece adoptar otra opción (¿concurso ideal?) cuando, al condenar por el delito de estupro, afirmó no aplicar el de grooming por no estar vigente al momento de los hechos y regir el principio de irretroactividad de la ley penal (art. 18, CN). El caso involucraba el inicial

⁴⁵ Ccte.: Mario Rodrigo Morabito, en su trabajo “*La regulación de los “delitos informáticos” en el Código Penal Argentino. Nuevas tendencias criminológicas en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual y la problemática de persecución penal*”, pub. por La Ley – Thomson Reuters, 2010, pág. 4. Versión digital disponible en <http://www.dab.com.ar/articles/10/la-regulaci%C3%B3n-de-los-delitos-inform%C3%A1ticos-en-el-c%C3%B3digo-penal.aspx>. Alejandro Tazza, por su lado, resalta que el verbo “contactar” evidencia que la conducta típica es entablar una conexión personal a través de cualquier medio de comunicación, descartando en este caso el contacto directo o personal (en su artículo “*El delito de grooming*”, pub. en LL, diario del 7/3/14, pág. 1; disponible online: AR/DOC/321/2014).

⁴⁶ Tal la expresión de Hugo A. Vaninetti en su trabajo “*Inclusión del grooming en el Código Penal*”, pub. en LL, diario del 16/12/13, pág. 1 (tomo 2013-F-1200), disponible online: AR/DOC/4628/2013.

⁴⁷ Trabajo citado, pág. 153.

⁴⁸ Así, Aboso, ya citado, pág. 155.

⁴⁹ Entre otros, aquí la particulariza Vaninetti, ob.cit., pág. 2.

⁵⁰ Cctes.: Morabito, ob.cit., pág. 5; Mariel V. Schneider, ya citada, pág. 211.

⁵¹ Cf. Aboso, ya citado, pág. 5.

⁵² Ccte.: Tazza, “*El delito...*”, ya citado, pág. 2.

⁵³ Fallo del 26/3/2014, causa “R., L.J. s/Procesamiento”, pub. en LL, diario del 1/7/2014.

mantenimiento de relaciones virtuales entre un ciudadano extranjero de 28 años de edad con una menor argentina, de 14 años, que luego de seis meses de contacto a través de las redes sociales termina fugando del hogar para encontrarse en Buenos Aires con el mayor, oportunidad en que se concretaron las relaciones sexuales físicas en, al menos, tres ocasiones. Al comentarlo, bien apunta Alejandro O. Tazza -en coincidencia con nuestra observación inicial- que la inaplicación de la figura de grooming aún en caso de que estuviera vigente resultaría de que al constituir la punición de un acto preparatorio, como tal, “*se autoexcluye frente a etapas o fases ilícitas más avanzadas*”⁵⁴.

Es posible que durante el proceso de contacto con finalidad de contacto sexual se plasmen otras tipicidades concurrentes en forma material, por ejemplo, la de facilitación de material pornográfico al menor⁵⁵ o las exhibiciones obscenas, regladas en los arts. 128 y 129 del CP.

Se ha omitido modificar el art. 72 del CP, de lo que deriva que se trate de un delito de acción pública, persegurable de oficio. En términos prácticos esto significa que mientras en los más graves delitos contra la integridad sexual la víctima es quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal (cf. inc. 1º de la regla citada, que incluye a los previstos en los arts. 119, 120 y 130), en un acto preparatorio esto queda fuera de su ámbito de decisión⁵⁶.

Omito la crítica en torno a la escala penal, que ha sido ya explicada en el acápite anterior. Schneider coincide en que afecta el principio constitucional de proporcionalidad de las penas al preverse para la “presunción de un acto posible” la misma sanción “que la del abuso sexual simple”⁵⁷.

6. Algunas normas de derecho comparado para complementar la valoración crítica del texto sancionado

Complementario al análisis crítico del nuevo tipo penal argentino, quisiera brindar información sobre algunas referencias de derecho comparado⁵⁸ regional (Brasil, Chile y Perú, en orden cronológico) y otra europea, ciertamente cercana en lo cultural y en lo afectivo (España), que permiten advertir que las dificultades al momento de tipificar no son exclusivas de nuestro legislador pero, también, que se pueden hacer las cosas mejor. Para el primer rubro puede computarse la no demanda de mayoría de edad en el sujeto activo, para el segundo que, pese a algunos defectos, se hacen tipificaciones un poco más precisas que la novedad nacional. Podría decirse que más cercanas a la propuesta ignorada de la Cámara de Diputados.

a) En Brasil, el “Estatuto del Menor y del Adolescente” (ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, Ley 8069/90), fue de nuevo modificado masivamente en sus previsiones penales por Ley 11829/08, con la intención de actualizarlo en el tema pedofilia. En lo que aquí interesa, la punición del grooming se incorporó como art. 241-D, con el siguiente texto:

⁵⁴ Cf. su trabajo “*Grooming y estupro*”, pub. en diario La Ley del 1/7/2014, pág. 4.

⁵⁵ Justamente, Delle Done y Palazzi en su análisis a la sentencia del TOC N° 1 de Necochea que fuera ya referenciada (fallo del 5/7/13), incluyen como una nota crítica o un desacuerdo que se omitiera calificar la conducta allí descripta como constitutiva de los delitos de facilitación y distribución de imágenes de abuso sexual infantil, terminología que prefieren a la de pornografía infantil en la inteligencia que cada imagen lo que constituye es un registro histórico del abuso sexual de un menor que vuelve a ser victimizado cada vez que se accede a su contenido (trabajo citado, págs. 316 y 319).

⁵⁶ Ccte.: Schneider, postula se debiera prever como un delito dependiente de instancia privada (ya citada, pág. 213).

⁵⁷ Ya citada, pág. 212.

⁵⁸ Sin perjuicio de señalar que, conforme reseña Aristimuño, el grooming ha sido legislado en varios países, sobre todo del “common law”, como Reino Unido, Canadá, Australia, Escocia y Singapur (en “*Corrupción...*”, ya citado, pág. 6).

“Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”.

Sin ingresar en mayores detalles, puede cotejarse el uso de cuatro verbos en la figura básica, así como la tipificación de dos conductas vinculadas en el parágrafo único subsiguiente. El máximo de penaominado en abstracto es menor que el nuestro pero, a su vez, el mínimo es mayor.

b) En Chile se sancionó una denominada “Ley de grooming”, la N° 20526 (pub. el 20 de agosto de 2011), que modificó entre otros el art. 366 quáter (que tipificaba las conductas de abuso sexual impropio o indirecto, también llamadas por la doctrina chilena conductas de significación sexual frente a menores o conducta sexual impropia con menores de catorce años⁵⁹), que ha quedado con la siguiente redacción:

“Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizzare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.

Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseara su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado (lo resaltado en negrita corresponde al texto agregado modificando la redacción anterior, que correspondía a la Ley 19927).

En este país, conforme señalan Gómez Maiorano y López Pazos, las primeras denuncias formales comenzaron poco antes de la reforma, habiendo la Brigada del Cibercrimen de la Policía de Investigaciones detectado 28 casos en 2007 y 6 más en 2008⁶⁰.

Rápidamente puede destacarse que la reforma distingue con claridad que las conductas de envío, entrega o exhibición de imágenes o grabaciones con significación puede ser mediante el uso de TICs o no, que se incorporan las amenazas dentro de las circunstancias típicas y que el falseamiento de edad o identidad constituye un agravante del tipo básico. La edad del sujeto pasivo se fija en 14 años. Destaca

⁵⁹ Cf. Schechler Coronio, antes citado, pág. 66.

⁶⁰ Ángeles Mariana Gómez Maiorano e Inés Victoria López Pazos, “Ciberacoso: Grooming. Un tipo penal necesario en nuestro sistema jurídico penal”, pub. en La Ley, Suplemento Actualidad del 9/9/2010, pág. 4.

Scheechler Corona que la modificación al segundo párrafo se vincula con la idea de ingresar al ámbito típico lo que constituye una suerte de “espiral” de la pornografía, que comienza con el envío y exhibición de tal material para obtener luego la producción de otro nuevo, es decir, la idea de estimular para producir⁶¹.

c) Más reciente, mediante la nueva “Ley de Delitos Informáticos” N° 30096 (pub. el 22/10/2013), Perú también ha incorporado en su art. 5 el tipo de “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos” en el marco de su cap. III “Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertad sexuales”. Su texto es el siguiente:

“El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal”.

En este caso, véase que se distinguen edades de minoridad para definir el sujeto pasivo en las distintas situaciones típicas contempladas. El primer párrafo, al igual que nuestra novedad, tipifica la puesta en contacto con la finalidad prohibida, mientras que el segundo, cuando se trata de menores entre 14 y 18 años, añade la necesidad de que medie engaño. En ambos casos, puede advertirse que las penas cominadas en abstracto son mucho más rigurosas.

d) Por último, la tipificación en España, donde el vigente art. 183 bis del CPE dice: “*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier 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 arts. 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 y 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”.*

Nuevamente puede advertirse el límite de edad para el sujeto pasivo, así como el mayor rigor de la pena cuando medie coacción, intimidación o engaño. También que la sanción privativa de libertad prevista es menor que la nuestra, aunque incorpora en conjunto la de multa. Comentando la previsión, Rovira del Canto destaca que al requerir que la acción se desarrolle respecto de un menor de trece años, deberá acreditarse el conocimiento por el sujeto de la edad del niño. También la presencia del elemento subjetivo específico: proponer se concierte un encuentro para perpetrar alguno de los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales previstos en los arts. 178 a 183 y 189 del CPE (agresiones y abusos sexuales, utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico). No es necesario que estos se verifiquen, sino que el ilícito se consuma cuando la propuesta venga acompañada de algún otro acto material encaminado al acercamiento, como desplazamiento o contacto personal, y naturalmente, medie acuerdo con el menor para la reunión⁶².

Mas allá de la imprecisión de la fórmula, como señala Aristimuño, la exigencia sirve para, al menos, descartar proposiciones poco serias⁶³, sin real vocación de concreción. Sin embargo, la norma ha recibido alguna crítica por este requerimiento

⁶¹ Ya citado, pág. 68.

⁶² Trabajo citado, pág. 17.

⁶³ En “Corrupción...”, ya citado, pág. 9.

dándole una extensión que entiendo no tiene. Gómez Maiorano y López Pazos consideran que si el encuentro o contacto físico nunca se concreta quedarían huérfanos de sanción estos casos que igualmente podrían haber llegado a la obtención por el sujeto activo de imágenes del menor para luego extorsionarlo⁶⁴. Vuelvo en respuesta a Rovira y agrego que, a todo evento, justamente la obtención de las imágenes podría ser el acto material referido en el tipo.

7. El tipo diseñado en el “Anteproyecto” argentino de 2014

Cierro, conforme se anticipó al comienzo, con la propuesta elaborada por la “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación” (decreto del PEN 678/12), presidida por el Dr. Zaffaroni e integrada por los Dres. Arslanián, Barbagelata, Gil Lavedra y Pinedo, integración sobre la que me permito destacar dos cosas: 1) que implicó representación de todo el arco de partidos con representación parlamentaria nacional en ese momento (el Partido Renovador, máximo crítico del anteproyecto, no existía como tal cuando se la conformó); 2) habida cuenta que Barbagelata “representaba” al socialismo, Gil Lavedra al radicalismo y Pinedo al “PRO”, la mayoría la tenía la oposición y no el oficialismo⁶⁵.

El acoso sexual infantil en el anteproyecto se incorpora como inc. 4º del art. 133, que contiene el tipo de corrupción de menores, con el siguiente texto: “... 2. Será penado con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”.

En la exposición de motivos se señala que dicha previsión viene a introducir una figura cuya modalidad ha crecido con la tecnología digital (aunque no la incorpora como exigencia típica), aclarando que se trata del mayor de edad que simulando o no ser menor, toma contacto o diálogo con un menor de trece años y mantiene con éste diálogos o le hace relatos de contenido sexual “con el fin de preparar un encuentro para cometer otro delito, que no necesariamente es de los previstos en este título, aunque por lo general lo sea”.

A partir de esto es claro que se corrige el sujeto activo, que será un mayor, así como el sujeto pasivo, que deja de ser cualquier menor para ser uno que no alcance los trece años de edad. Asimismo, que se ha prescindido en la redacción del componente tecnológico utilizando lisa y llanamente la referencia “tomare contacto”. Con ello, además de verificarce un apartamiento de las fórmulas de derecho comparado que ya se han expuesto, aunque no se dice en la presentación del anteproyecto, puede entenderse que con esta decisión se superaría la crítica que se había formulado por algún sector de la doctrina entendiendo que se consideraba delito una conducta desplegada por un medio informático, telemático o telefónico que no lo sería mediante una simple y antigua vinculación epistolar o, incluso, en un diálogo personal. No puedo soslayar que, a todo evento, la respuesta que se da a esto a la luz de la ley vigente es que, aunque con cierta dificultad, estos ejemplos podrían ser eventualmente considerados desde la perspectiva de una tentativa de otra figura de contenido sexual.

No parece acertada, en cambio, la referencia a que no necesariamente se prepara el encuentro para cometer un delito del propio título en que se inserta, sino que podría ser otro. Máxime, cuando el texto proyectado expresamente limita a la conducta de contenido sexual. De allí que, más allá de la explicación errónea, el texto proyectado es en este sentido correcto.

⁶⁴ Antes citadas, pág. 2.

⁶⁵ El encomillado se impone porque al percibirse que la descalificación populista rendiría positivamente en la próxima cosecha de votos, las autoridades partidarias del radicalismo y del macrismo optaron por negar o menoscabar la representación pese a que tanto Gil Lavedra como Pinedo eran los presidentes de las respectivas bancadas en la Cámara de Diputados al momento de integrarse la Comisión.

Al igual que he señalado al comentar el art. 131 actual, se aclara por la Comisión que se trata de “*la tipificación de un acto preparatorio que si alcanza el nivel de comienzo de ejecución del otro delito desaparece en función de las reglas del concurso aparente*”. Se reconoce a este adelantamiento de punición como “no simpático” ya que, en general, estos avances de intervención penal son indeseables porque pueden comprometer actos inofensivos. Sin embargo, se sostiene que “*en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento*”.

Esta aclaración ha sido correctamente destacada por Aristimuño, diciendo que la necesidad de probar el elemento ultraintencional torna al texto del anteproyecto más respetuoso de las garantías constitucionales, aún cuando critica expresamente por irracional o desproporcionada la pena prevista en comparación con el grado de afectación del bien jurídico (punición de un acto preparatorio)⁶⁶.

En definitiva, si se conecta la propuesta de la Comisión con el devenir parlamentario del actual art. 131 del C.P. puede advertirse que se retoman la mayoría de los aportes o correcciones que se habían ensayado en la Cámara de Diputados y que fueran lamentablemente desoídos en la de Senadores. Además, que el apartamiento con relación a precedentes comparativos como la legislación escocesa (delito de “*reunión con un menor de 16 años después de algunos contactos preliminares*”⁶⁷), se funda en el criterio de que ya constituiría comienzo de ejecución del tipo de resultado (abuso), aprehensible como tentativa.

⁶⁶ En “*Las garantías...*”, ya citado, pág. 1619.

⁶⁷ Cf. Schneider, op.cit., pág. 214.