

Aspectos centrales del delito de Grooming a la luz de la jurisprudencia Casatoria Bonaerense

por MAURICIO ALBAREDA, MARIANO MAGAZ
17 de Febrero de 2021
www.saij.gob.ar
Id SAIJ: DACF210026

A partir de la sanción de la [Ley 26.904](#), publicada en el Boletín Oficial el 13 de noviembre de 2013, se incorporó en nuestro Código Penal el [art. 131](#) que tipifica la figura penal conocida como grooming.

Esta incorporación, tiene su confluencia con la sanción de la [Ley 27.411](#) por la cual nuestro país adhirió al Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa (ETS N° 185), firmado en la ciudad de Budapest, República de Hungría el 23 de noviembre de 2001. A raíz de la adhesión al Convenio de Budapest se incorporaron a nuestro Código Penal una serie de delitos informáticos mediante la sanción de la [Ley 26.388](#), teniendo entre las últimas incorporaciones el delito de grooming o también conocido como ciberacoso.

En efecto, el presente trabajo tiene por objeto analizar el art. 131 del Código Penal que establece que "Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) 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" y la interpretación al respecto de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

En el marco de la causa N° 87.583 caratulada "Luna, Jonatan o Luna, Yonatan Omar s/Recurso de Casación", la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto en favor del imputado contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, a través de la cual se lo condenó al imputado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, declarándolo reincidente, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio triplemente calificado por haberse cometido sobre una mujer mediando violencia de género, por alevosía y para ocultar otros delitos y por no haber logrado el fin e intención que guiaba su conducta de cometer un delito contra la integridad sexual, en concurso real con los delitos de acoso sexual tecnológico y robo (arts. [5](#), [29 inc. 3](#), [40](#), [41](#), [45](#), [50](#), [55](#), [80 incs. 2, 7 y 11](#), [131](#) y [164](#), CP.).

Explicó que la exigencia respecto de la comprobación del propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la víctima -como elemento subjetivo distinto al dolo-, permite caracterizar al delito de grooming como un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual al cual el legislador, realizando un anticipo de punibilidad, lo ha dotado de protección penal autónoma. Precisó que la figura prevista en el art. 131 del CP no requiere para su configuración la realización típica de alguno de los restantes delitos contra la integridad sexual, sino la cabal demostración de que el propósito del contacto se dirigió a dichos fines.

El planteo casatorio efectuado por la defensa del imputado en el presente caso, radicó en la idea de que la sentencia del tribunal oral incurrió en una defectuosa fundamentación y en la omisión del tratamiento de las cuestiones planteadas, lo que vulneró el derecho de defensa de su asistido. Consideró que no se encontraba acreditado el elemento subjetivo del delito de grooming, toda vez que no se demostró que el contacto por medio de las redes sociales haya tenido la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual. También criticó el hecho que se hayan valorado comunicaciones que su defendido tuvo con otras menores de edad. Alegó que el

a quo ha aseverado que no se pudo demostrar un comienzo de ejecución de abuso sexual, pero le endilgó al imputado el delito de grooming.

Es por ello que corresponde analizar, a la luz del planteo efectuado por la defensa, el tipo penal correspondiente al delito de grooming y a la falta de acreditación del aspecto subjetivo del mismo, corresponde señalar que la expresión grooming "hace referencia a una serie de conductas y acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, creando una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él"(1).

El análisis de la norma permite sostener que para tener por configurado el tipo penal se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la existencia de un contacto - comunicación y recepción-; b) que el contacto lo sea por medio de tecnologías de transmisión de datos; c) que el sujeto pasivo sea un menor de edad; y d) que la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal. Y el verbo típico de la figura penal requiere que su autor establezca un contacto o comunicación con una persona menor de edad -sujeto pasivo especial.

Volviendo a su origen, la palabra grooming proviene del vocablo inglés "groom" que refiere a la acción de cuidar, acicalar, preparar. Está asociado, en relación al delito de abuso de menores, a las acciones tendientes a quebrantar la voluntad de las víctimas, abordarlas psicológicamente, para conseguir doblegarlas y controlarlas. "... la relación entre el niño y el abusador ofrece oportunidades al abusador para preparar al niño durante un tiempo para que acepte el abuso, y para evitar él mismo ser detectado. Este proceso conocido como grooming (que significa preparar a alguien para algo), es característico del ASI (abuso sexual infantil) y está diseñado para permitir que el abuso ocurra y para prevenir su detección"(2).

UNICEF en su Guía práctica para adultos señala que "Se llama grooming a la acción deliberada de un adulto de acosar sexualmente a un niño o niña mediante el uso de Internet. Siempre es un adulto quien ejerce el grooming. Estos adultos suelen generar un perfil falso en una red social, sala de chat, foro u otro, en donde se hacen pasar por un chico o una chica y entablan una relación de amistad y confianza con el niño o niña que quieren acosar".

En su definición, UNICEF deja en claro que es un adulto quien ejerce la acción de ciberacoso, mientras que por su lado el art. 131 del Código Penal aparece vagamente la figura "el que" y no refiere específicamente a personas adultas. Si bien esto será discutido en otro apartado, pero es necesario destacar que ante la vaguedad de las definiciones, sobre todo en los tipos penales, surgen las dificultades en torno a la investigación de los casos. En relación a la acción emprendida contra la víctima, habla de "acosar", no siendo específica en cuanto al alcance o las características de dicho acoso"(3).

Sobre este punto, debe aclararse que "la acción típica no se concreta únicamente con la mera comunicación 'sin contacto', esto es, sin la recepción por parte de la víctima, sino que requiere la realización de una segunda conducta a cargo de ésta, esto es, receptar la comunicación, vale decir que la primera acción (a cargo del sujeto activo) necesita indefectiblemente de la segunda (a cargo del sujeto pasivo); una necesita de la otra, como las dos caras de la misma medalla, lo cual permite inferir que la conducta se configura como una acción de doble tramo, de doble paso, 'comunicación/recepción', debiéndose dar ambas para que el delito se consume"(4).

Por otro lado, dicha comunicación con el menor de edad debe efectuarse por medio de "cualquier tecnología de transmisión de datos" entendiéndose por ello al "conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico de conocimiento científico relativo a la conducción a través de las cuales pasan las vibraciones, como intermediarias, para hacer llegar a otro cualquier tipo información" (Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián; Ob. Cit 1).

Es por ello que es dable señalar que "El delito de grooming sólo admite el dolo directo, cuyo alcance debe abarcar los elementos del tipo objetivo, pero. la norma demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (como elemento adicional al dolo) consistente en el propósito o finalidad de cometer, ulteriormente, un delito sexual en perjuicio del menor de edad" (Buompadre, Jorge Eduardo, Ob. Cit 2).

La exigencia respecto de la comprobación del propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la víctima -como elemento subjetivo distinto al dolo-, permite caracterizar al delito de "grooming" como un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual al cual el legislador, realizando un anticipo de punibilidad, lo ha dotado de protección penal autónoma.

En esta inteligencia, resultando el tipo penal en trato un delito de peligro abstracto, claro es que para su configuración no se requiere la puesta en ejecución del delito sexual tenido como propósito del contacto.

Así, el hecho delictivo se consuma cuando se entabla la comunicación con el menor con la finalidad exigida, esto es, la comisión de cualquier delito contra la integridad sexual de la víctima menor de edad, no requiriendo -a diferencia de otras legislaciones que expresamente, así, lo prevén-, el comienzo de ejecución del ilícito tenido en miras por el autor (Cfr. Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián; Ob. Cit 1).

Ahora bien, sentada la cuestión acerca del tipo penal de grooming corresponde analizar si el mismo satisface los estándares mínimos a la luz del principio de proporcionalidad en cuanto a la necesidad de punición en esta clase de delitos. En la doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países europeos se ha abierto camino la utilización del principio de proporcionalidad como una herramienta argumentativa empleada en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos.

Según el profesor Robert Alexy (5) la aplicación del principio de proporcionalidad finaliza con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el cual se busca establecer si la afectación del derecho fundamental se justifica por la importancia que reviste la satisfacción del principio que respalda la intervención legislativa. Este juicio reviste la forma de una ponderación en la que intervienen, por un lado, el (los) principio(s) iusfundamental(es) afectado(s) por la intervención (Pi) y el principio constitucional (de primer o segundo grado) que se aduce como fundamento de la medida legislativa (Pj). En el caso que nos ocupa, en dicha ponderación se enfrentarían:

Pi: Principios afectados negativamente por la definición de la conducta prohibida + principios afectados negativamente por la definición del tipo y cuantía de pena / Pj: Principios afectados positivamente por la intervención penal.

Se trata, en definitiva, de comparar el peso de las razones que hablan en contra de la intervención penal (Pi) con el peso de las razones que se aducen a favor de la misma (Pj). Con tal fin deben ser tenidas en cuenta tres variables:

-El grado de afectación de Pi y de satisfacción de Pj (cuya determinación ya fue anticipada en los juicios de idoneidad y necesidad).

-Su peso abstracto, que viene dado por su importancia material de acuerdo al sistema de valores expresado en la constitución.

-La certeza de las premisas empíricas que sustentan las razones tanto a favor como en contra de la intervención penal.

A cada una de estas premisas se le asigna un valor de acuerdo a una escala compuesta de tres niveles (leve, medio, intenso). La intervención penal se considerará proporcionada y, por tanto, constitucional, si el peso total de las razones que la sustentan es mayor que el peso de las razones que puedan aducirse en su contra. En caso contrario habrán de considerarse inconstitucional por resultar desproporcionadas.

El tipo penal de grooming tiene como objeto sancionar penalmente el contacto con una persona menor, por parte de una persona mayor por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. Es decir que se trata de la punibilidad de un acto preparatorio de un delito contra la integridad sexual de un menor. Por eso, lo que se debe sopesar es si esa restricción a la libertad que implica la punición de actos libres que implica un acto preparatorio resulta tolerable a la luz del fin de protección la norma, que en este caso concreto es la protección de la integridad sexual de los menores.

En tal sentido, entendemos que este tipo penal satisface esos estándares ya que la intervención penal en esta etapa resulta ser el medio mas idóneo para prevenir delitos contra la integridad sexual de los menores y también resulta necesario toda vez que el avance en las telecomunicaciones hace necesario la implementación de mecanismos sancionadores tendientes a resguardar a las personas menores de edad, preceptos los cuales fueran receptados ya desde la Convención de Budapest.

Sin embargo, ello no implica que a nuestro entender el tipo penal de grooming tal como se encuentra formulado en el art. 131 del C.P deba ser modificado y consecuentemente abarcar también aquellas conductas en las cuales el autor mantiene contacto presencial con el menor sin uso de dispositivos electrónicos. En efecto, la simple lectura de la norma permite advertir que las comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o tecnologías de transmisión de datos son la modalidad prevista de comisión del delito. Es decir que quien se contacta personalmente con un menor con el mismo propósito, como puede ser en una plaza o en las inmediaciones de un establecimiento educativo, no realiza la conducta típica.

En otro aspecto, la determinación de la edad de la víctima en la franja de menores de dieciocho años resulta ser un excesivo y arbitrario adelantamiento de la barrera de punición de estas conductas que se caracterizan por la falta de contacto físico entre el autor y la víctima que no guarda armonía con los otros tipos penales que tutelan la integridad sexual de los menores como por ejemplo el [art. 119 del C.P.](#) que establece como límite de edad los trece años. Por lo tanto, un adulto de dieciocho años puede mantener relaciones sexuales con una persona a partir de los trece años de edad de esta última, siendo la relación consentida, pero si se contacta por medio de redes telemáticas como por ejemplo por Facebook y le ofrece mantener las mismas relaciones sexuales, estaría expuesto a una eventual denuncia penal pudiendo ser responsabilizado por la comisión de este delito. El uso de los medios telemáticos, ofrece la posibilidad de que el autor incurra en error sobre la edad del sujeto pasivo, pues bien puede ser que el propio menor de edad haya falseado su edad para participar de algún tipo de salas de chat, o para crearse alguna cuenta en redes sociales. En este caso debe aplicarse el error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo y entonces declarar impune dicha conducta.

Por lo tanto, entendemos más apropiada 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](#)), donde el acoso sexual infantil en el anteproyecto se incorpora como inc. 4° 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". Es decir que no establece la limitación a medios remotos o digitales y a su vez armoniza la edad entre este tipo penal y el del art. 119.

En igual sentido transita el mas reciente Proyecto de reforma del Código Penal del año 2019 el cual en su Capítulo 2 bajo el título Pornografía infantil y otros ataques, en su art. 122 establece que "Se impondrá? prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que:

1°) Tomare contacto con una persona menor de TRECE (13) años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual.

2°) Le requiera, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.

3°) Le proponga, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISEIS (16) años, aprovechándose de su inmadurez sexual o si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

5°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de DIECISEIS (16) años y menor de DIECIOCHO (18) años si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Notas al pie:

(*) Mauricio Albareda. Instructor Judicial del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires). Maestrando en Derecho Penal (Universidad Austral).

(**) Mariano Jorge Magaz. Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Depto Judicial de Zárate - Campana. Ex Fiscal de Instrucción y Juicio del Depto Judicial de San Isidro. Especialista y Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral).

1) Arocena, Gustavo y Balcarce, Fabián; "CHILD GROOMING. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales"; Ed. Lerner; Córdoba; Año 2014; Pág. 63.

2) Berlinerblau, Virginia, "Abuso Sexual Infantil. Aspectos forenses - roles y responsabilidades del sistema penal. En "Prácticas para asistir y defender a niños, niñas y adolescentes" Página 134. Material de distribución gratuita editado por el Programa "Las víctimas contra las violencias" y publicado por el Ministerio de justicia y DDHH de la Nación. Buenos Aires, 2011.

3) Grooming. Guía práctica para adultos. Información y consejos para entender y prevenir el acoso a través de internet" Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Programa Con vos en la Web y PDP Dirección Nacional de Protección de Datos Personales) y UNICEF. Año 2014.
https://www.unicef.org/argentina/spanish/guiagrooming_2014.pdf.

4) Boumpadre, Jorge Eduardo; Violencia de género en la era digital, ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 198/199.

5) Alexy, Robert Teoría de los Derechos Fundamentales (1986), trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (2ª. Reimp.).