



TRABAJO
FINAL DE
GRADUACION

*LOS PROBLEMAS DE DETERMINACIÓN DEL
GROOMING*

LAURA ROXANA FUSZ | ABOGACIA

Dedicatoria

A mis hijos, por ser mi fortaleza y mi mayor inspiración en este largo camino.

A mis padres, por ser mis pilares incondicionales y modelos permanentes.

A mi compañero de vida, por caminar a mi lado cada día y alentarme a seguir sin detener mi marcha hasta alcanzar la meta.

A los profesores, tutores y compañeros, grandes conocedores de lo arduo y en ocasiones empinado del camino, pero como tales, bastones en los que me he podido apoyar muchas veces.

Y fundamentalmente a Dios, por enseñarme a ser perseverante y fortalecer mi carácter al darme serenidad, paciencia y sabiduría en los momentos más difíciles.

El camino recorrido ha sido largo y por momentos agotador, pero al mirar hacia delante puedo ver que valió la pena y cada día me encuentro más cerca de cumplir mi sueño.

A todos, Gracias.

Resumen

En el presente Trabajo Final de Graduación se decidió abordar el tema de la delincuencia informática relacionada con el acoso cibernético o *grooming*, un fenómeno que afecta a muchos niños, niñas y adolescentes y que preocupa ampliamente a la sociedad y a quienes tienen la obligación de perseguir y hacer efectiva la justicia. El problema de investigación que se plantea consiste en determinar si la legislación nacional sobre “*grooming*” es lo suficientemente específica en la regulación de este delito. Frente a este problema de investigación se sostiene como hipótesis que, el artículo 131 del Código Penal que regula el delito de *grooming*, resulta indeterminado, ya que la redacción no describe las acciones típicas, lo que hace difícil conocer los límites de la punibilidad.

El principio de legalidad es una garantía para que nadie sea penado por una conducta que al realizarse no se encuentra tipificada. En el caso del *grooming* se está penando un acto preparatorio, el caso de quien “*contactare*” a un menor, pero se desconoce cuál será la finalidad de ese contacto.

INTERNET- MENORES- ACOSO CIBERNETICO- GROOMING- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Abstract

In this Final Graduation Paper, it was decided to address the issue of cybercrime related to cyberbullying or grooming, a phenomenon that affects many children and adolescents, and which is of great concern to society and to those who have the obligation to pursue and Enforce justice. The research problem that arises is whether the national grooming legislation is sufficiently specific in the regulation of this crime. Faced with this research problem, it is hypothesized that Article 131 of the Criminal Code that regulates the crime of grooming is undetermined, since the wording does not describe typical actions, which makes it difficult to know the limits of punishment.

The principle of legality is a guarantee that no one will be punished for a behavior that when done is not typified in the case of grooming is being punished a preparatory act in the case of who "contact" a child but it is unknown what will be the Purpose of that contact.

INTERNET- MINORS- CIBERNETIC HARASSMENT- GROOMING- PRINCIPLE OF LEGALITY

Índice

Introducción	6
CAPITULO I Delitos informáticos	10
1. Introducción	11
2. Concepto	11
3. Convenio de Budapest	14
4. Necesidad de una legislación sobre delitos informáticos	16
5. Conclusión parcial	20
CAPITULO II El grooming	21
1. Introducción	22
2. Definición	22
3. Conducta típica	24
4. Bien jurídico tutelado	26
5. Fases del grooming	28
6. Los groomers	29
7. Menores víctimas.	31
8. El grooming en la legislación extranjera	32
8.1 España	32
8.2 Chile	33

Los problemas de determinación del grooming

8.3	Perú	34
8.4	México	35
9.	Conclusión parcial	36
CAPITULO III Aspectos dogmáticos en la legislación y principio de legalidad		38
1.	Introducción	39
2.	Ley 26.904	39
3.	El grooming en el Código Penal	41
4.	Proyecto de Reforma Código Penal	43
5.	El Principio de legalidad	44
6.	Principio de legalidad y el grooming	47
7.	Conclusión parcial	48
Conclusión general		49
Bibliografía		51

Introducción

En las últimas décadas, la tecnología ha evolucionado a pasos agigantados. Uno de los adelantos más revolucionarios es el internet, el cual llegó para cambiar en la sociedad la forma en que nos interrelacionamos. Las redes sociales como *facebook*, *twitter* o *instagram* han generado una nueva forma de entender a las relaciones humanas que hasta hace algún tiempo eran casi impensadas.

La tecnología nos permite contactarnos con personas que se encuentran en cualquier lugar del planeta, en algunas ocasiones pueden ser familiares o personas conocidas, pero en otras pueden ser personas desconocidas y hasta personas que actúan bajo una identidad falsa.

El internet ha cambiado los hábitos de la sociedad, ha creado una nueva forma de socializar y de comunicarse, pero era evidente que el ciberespacio también iba a servir de origen para generar novedosas oportunidades delictivas. Las redes sociales han sido el lugar apropiado para que los delincuentes puedan encontrar personas vulnerables, como son los niños y adolescentes, pudiendo convertirlos en sus potenciales víctimas.

Son los niños y adolescentes quienes más utilizan los servicios que brinda internet, son considerados nativos digitales, por poseer un conocimiento y dominio casi

Los problemas de determinación del grooming

natural del mismo. Pero los menores suelen no tomar dimensiones de la trascendencia e implicancias que sus actos en el mundo virtual pueden ocasionar en sus vidas y en las de sus familias.

Uno de los delitos contra la integridad sexual que más preocupa en la República Argentina es el “*grooming*” o ciberacoso (sexual) a menores, también conocido internacionalmente como “*child grooming*”, no es una terminología recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, se trata de una expresión que describe principalmente un nuevo fenómeno criminológico. Puede ser definido como:

El accionar deliberado que, mediante conductas que buscan generar una conexión emocional entre un adulto y un menor —sea de amistad o de otra índole—, deriva en prácticas abusivas de tipo sexual de las que es víctima el menor, y que pueden vincularlo incluso al mundo de la prostitución o la pornografía infantil (Nocera, 2014. p.265)

La tecnología informática le ha abierto las puertas a una forma nueva de delincuencia, en la que las víctimas son los menores de edad y se atenta contra la integridad sexual de ellos. Esta forma delictiva es realizada mediante una comunicación virtual (*chat*) por parte de un adulto para entablar una amistad ficticia con el menor y de esta manera lograr su satisfacción sexual a través de imágenes o videos pornográficos del niño o para ser usadas para su comercialización. Podemos decir que el “*grooming*” constituye la antesala de un acto de carácter sexual más grave. Es una modalidad delictiva que acciona casi impunemente, ya que es muy difícil que se pueda descubrir quiénes son estos delincuentes y que reciban su condena.

Para el presente Trabajo Final de Graduación se ha formulado como problema de investigación el siguiente interrogante: ¿La legislación nacional sobre “*grooming*” es lo suficientemente específica en la regulación de este delito? Para ello se ha planteado como objetivo general de investigación, analizar la legislación nacional sobre “*grooming*”, a fin de determinar su suficiencia.

Con la hipótesis de investigación planteada se buscará afirmar o refutar la idea de que el artículo 131 del Código Penal que regula el delito de *grooming* resulta indeterminado, ya que la redacción no describe las acciones típicas, lo que hace difícil conocer los límites de la punibilidad.

Los problemas de determinación del grooming

De lo antes expuesto surge un interrogante de gran importancia ¿El modo en el que está formulado el delito de *grooming* respeta el principio de legalidad? si el principio de legalidad es entendido como una garantía para que nadie sea penado por una conducta que al realizarse no se encontraba tipificada, se sostendrá en el presente trabajo que la indeterminación afecta el principio de legalidad por resultar imprecisa la conducta autónoma que se utilizó a fin de la creación del tipo penal, por corresponder a un acto preparatorio del delito.

Se enmarcará el siguiente trabajo bajo la metodología exploratoria. El eje centrado en el descubrimiento le da a una investigación el calificativo de exploratoria, ya que sin información previa utiliza las ideas generales para establecer un marco que identifica las dimensiones y categorías de análisis con la finalidad de describir el fenómeno estudiado de manera cualitativa (Vieytes, 2004). En el marco específico del *grooming* se realizará un estudio exploratorio, debido a que no hay demasiados antecedentes sobre la figura o problemática elegida por ser relativamente nueva.

Además se ha optado por esta metodología cualitativa, por ser una estrategia de investigación fundamentada en una descripción contextual depurada y rigurosa del evento, conducta o situación, que garantiza la máxima objetividad en la captación de la realidad, con el fin de que la correspondiente recolección sistemática de datos, posibilite un análisis que lleve a la obtención de un conocimiento válido con suficiente potencia explicativa (Figueras Rábano, García Lasso e Higuera Pareja, 2005).

En el primer capítulo de este Trabajo Final de Graduación, se comenzará desde lo general, que son los delitos informáticos, para en sucesivos capítulos llegar a la parte particular, que es el *grooming*. Se partirá por conceptualizar los delitos informáticos, su incorporación en el Código Penal Argentino y el tratamiento que los mismos reciben en el Convenio de Budapest.

En el segundo capítulo, se procederá a introducirse en la figura penal del *grooming* a fin de poder brindar una conceptualización sobre éste delito que tiene como víctimas a uno de los sectores más vulnerables de la sociedad como son los niños y adolescentes. Se analizará la conducta típica y el bien jurídico protegido en este delito, además se determinarán las fases en que se desarrolla el mismo. Seguidamente se expondrán las principales características que diferencian la figura del sujeto activo y

Los problemas de determinación del grooming

pasivo como partes intervinientes del *grooming*. Asimismo se realizará un recorrido por la legislación de varios países, a fin de conocer como regulan la figura del *grooming*.

En el último capítulo, se procederá a realizar un análisis sobre la legislación que introdujo al *grooming* al ordenamiento jurídico nacional, la recepción de la figura por parte de la codificación penal y el cuestionamiento que se hace de la normativa a la luz del principio de legalidad.

Para concluir este Trabajo Final de Graduación, se esbozarán las conclusiones a las que después de indagar en la legislación, doctrina y jurisprudencia se ha podido arribar.

CAPITULO I

Delitos informáticos

1. Introducción

En este primer capítulo se comenzará por definir a qué se llama delitos informáticos, su introducción a la legislación penal mediante la sanción de la Ley 26.388 y la adaptación de la normativa nacional al Convenio de Budapest. Se partirá por analizar de forma integral los delitos informáticos, para en los siguientes capítulos adentrarnos en particular, en el delito de *grooming*.

2. Concepto

En las últimas décadas, se han producido grandes adelantos tecnológicos, uno de estos es la tecnología de las comunicaciones. El hecho de poder entablar contacto con personas u organizaciones que se encuentran en lugares lejanos era casi impensable hace algunos años, internet ha favorecido el intercambio de comunicación de manera global. Cada vez es mayor el número de personas que acceden a diario a internet, es debido a este incremento que se puede afirmar que es un medio de comunicación e intercambio de información rápido, fácil de manejar, que se encuentra al alcance de la mayoría de las personas, aunque no pueda garantizarse su seguridad.

Si bien, los cambios siempre traen aparejados beneficios y mejoras para la sociedad no se puede dejar de resaltar que paralelamente a lo bueno también suelen presentar factores negativos. La tecnología de las comunicaciones se presenta como un espacio propicio para fomentar la criminalidad informática, existiendo numerosos ilícitos que se encuentran asociados a las plataformas tecnológicas.

Mucho se ha discutido sobre si los delitos informáticos constituyen una moderna forma de efectuar los delitos que se vienen cometiendo desde siempre o conforman una modalidad nueva de criminalidad. Para Guibourg, Allende y Campanella (1996.p.273) los delitos informáticos no constituyen una nueva categoría delictiva, siempre que:

El intérprete se sitúe en la dimensión instrumental del uso abusivo de un ordenador. Es cierto que los fraudes cometidos por internet, por ejemplo, no modifican en nada la esencia de la defraudación y sólo el medio empleado revela, en todo caso, la fase de modernidad de nuestras sociedades, en las que el uso de la tecnología

Los problemas de determinación del grooming

resulta adaptado por el hombre para la consecución de sus fines, lícitos o ilícitos, buenos o malos, pero siempre radica en la propia naturaleza del hombre dicha asignación de medios.

Los delitos que se cometen empleando una computadora son los mismos delitos que el hombre viene cometiendo desde antes, sólo que con la invención de la computadora y el internet se ha permitido mejorar el medio empleado en la comisión de los delitos y dificultar la identidad de quien comete el acto ilícito. Se considera que el gran cambio se presenta en el medio que se utiliza para la comisión del delito, pero que los delitos no han cambiado.

Los delitos informáticos comprenden aquellos actos delictivos que recaen sobre los sistemas informáticos como también a los que se valen de la informática para atentar contra los bienes jurídicos de las personas, como son la dignidad y la privacidad, que son tutelados por la legislación nacional (Anónimo, 2015). Entonces, debe comprenderse que todo delito donde se emplea tanto a una computadora como medio para la comisión del acto ilícito, como aquellos que se valen de los datos alojados en un ordenador, configura delitos informáticos.

Las computadoras, según sostiene Tellez Valdés (1996.p.49), “al permitir un manejo rápido y eficiente de grandes volúmenes de información, facilitan la concentración automática de datos referidos a las personas, constituyéndose así, en un verdadero factor de poder” y si ese caudal de información es utilizado de forma ilícita, pueden verse lesionados los derechos de los usuarios. Las computadoras se han transformado en una herramienta que facilita la concreción de los ilícitos, ya que cualquier dato alojado en ella puede resultar oportuno para quien tiene la intención de cometer un delito.

El Código Penal Argentino no brinda una definición sobre qué son los delitos informáticos, sólo los regula estableciendo en distintos artículos las acciones típicas del delito y determinando sus escalas penales. Vale recordar que hasta hace un tiempo atrás los delitos informáticos no se encontraban regulados dentro del ordenamiento nacional, por lo cual, no podía imponerse condena por acciones que no se encontraban reguladas como delito.

Los problemas de determinación del grooming

Los delitos informáticos, llamados también delitos cibernéticos, han sido definidos por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, como: "Cualquier conducta ilegal, no ética o no autorizada que involucra el procesamiento automatizado de datos y/o la transmisión de datos"(Delgado Granados, s.f.)

Para Arocena (1997.p.44) la conceptualización de delitos informáticos: “debería abarcar tanto las modalidades criminales que utilizan un sistema informático como vehículo para la perpetración de distintos ilícitos, como cuando dicho sistema informático se transforma en el objeto del comportamiento delictivo”.

Jijena Leiva brinda una definición muy completa sobre los delitos informáticos y establece que son: “toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta a la información contenida en un sistema de tratamiento autorizado de la misma” (1992.p.225)

Desde una posición personal, se puede expresar que los delitos informáticos no son simplemente aquellos en los que se ha empleado como medio a la tecnología informática, sino también, aquellos actos ilícitos en que atentan contra elementos informáticos, como puede ser el utilizar datos almacenado en un disco rígido que no es de nuestra propiedad.

Las características propias de los delitos informáticos y que nos sirven para distinguirlos de otra clase de ilícitos, son establecidas por Tellez Valdés (1996.p.42):

Son conductas criminógenas de cuello blanco (*white collar crimes*), en tanto que sólo determinado número de personas con ciertos conocimientos (en este caso técnicos) pueden llegar a cometerlas.

Son acciones ocupacionales, en cuanto que muchas veces se realizan cuando el sujeto se halla trabajando.

Son acciones de oportunidad, en cuanto que se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.

Provocan serias pérdidas económicas, ya que casi siempre producen "beneficios de más de cinco cifras" a aquellos que los realizan.

Ofrecen facilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.

Los problemas de determinación del grooming

Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del Derecho.

Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.

Presentan grandes dificultades para su comprobación, esto por su mismo carácter técnico.

En su mayoría son imprudenciales y no necesariamente se cometen con intención.

Ofrecen facilidades para su comisión a los menores de edad.

Tienden a proliferar cada vez más, por lo que requieren una urgente regulación.

Por el momento siguen siendo ilícitos impunes de manera manifiesta ante la ley.

Cualquier persona puede convertirse en un ciberdelincuente, no se requiere mucho para ello, basta con tener algunos conocimientos en informática y contar con una computadora, *tablet* o un simple teléfono celular con conexión a internet, que le permitirá realizar su actividad delictiva en cualquier lugar del mundo y gozar de una aparente impunidad producto de la dificultad de persecución de los autores y de demostrar su culpabilidad.

3. Convenio de Budapest

El Convenio de Budapest o también conocido como Convenio sobre ciberdelincuencia, es el único acuerdo a nivel internacional que abarca todas las ramas legales de la ciberdelincuencia y otorga prioridad a una política penal que sanciona todas las conductas que se consideran lesivas de bienes jurídicos relacionados sobre la misma.

Su finalidad consiste en: “combatir, no sólo los ciberdelitos sino, también, aquellos delitos cometidos en internet; estableciendo reglas de cooperación internacional para que los países miembros puedan hacer frente a esta nueva delincuencia mediante la armonización de leyes nacionales” (Gonzales Allonca y Passeron, 2014.p.40). Con la cooperación entre los Estados se busca una mayor eficacia en la lucha contra los delitos informáticos y ampliar su prevención.

Los problemas de determinación del grooming

El Convenio fue elaborado en el año 2001 por el Consejo de Europa, participaron en la elaboración del mismo, los estados observadores de Japón, China y Canadá y entro en vigencia en 2004. La importancia de la elaboración del Convenio se debe a la necesidad de crear un marco regulatorio común para proteger a la sociedad internacional frente al progresivo incremento de los delitos informáticos.

La República Argentina adhiere a la Convención de Budapest, reafirmando su compromiso de generar políticas para prevenir los delitos informáticos. Al haberse celebrado un Convenio a nivel del Consejo de Europa, no existen obstáculos legales para que otros países puedan adherirse a la normativa.

El Convenio de Budapest consta de un preámbulo y 48 artículos divididos en cuatro capítulos que conforman su cuerpo normativo. En el preámbulo se detalla que los estados parte se encuentran:

Preocupados por el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos y de que las pruebas relativas a dichos delitos sean almacenadas y transmitidas por medio de dichas redes; Reconociendo la necesidad de una cooperación entre los Estados y el sector privado en la lucha contra la ciberdelincuencia, así como la necesidad de proteger los legítimos intereses en la utilización y el desarrollo de las tecnologías de la información. En la creencia de que la lucha efectiva contra la ciberdelincuencia requiere una cooperación internacional en materia penal reforzada, rápida y operativa; Convencidos de que el presente Convenio resulta necesario para prevenir los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos, tal y como se definen en el presente Convenio, y la asunción de poderes suficientes para luchar de forma efectiva contra dichos delitos, facilitando su detección, investigación y sanción, tanto a nivel nacional como internacional, y estableciendo disposiciones que permitan una cooperación internacional rápida y fiable.

El Convenio puede dividirse en dos grandes partes conforme a su aplicación material, de la disposición 2° a la 13° se establece el derecho penal internacional y de la disposición 14 en adelante, el derecho procesal penal internacional.

En el primer capítulo del Convenio se parte por conceptualizar la terminología empleada en el mismo. El segundo capítulo se encuadra bajo el título “Medidas que

deberán adoptarse a nivel nacional” y contempla disposiciones de derecho material como son la responsabilidad penal, la tentativa y complicidad, como así también disposiciones concernientes al derecho procesal tales como procedimiento, salvaguardas, etc. En el tercer capítulo se aborda la cooperación internacional entre los Estados partes y en el último capítulo se establecen las disposiciones como son su entrada en vigor, su ámbito de aplicación, los efectos y reservas entre otras cuestiones que son propias a un Convenio.

4. Necesidad de una legislación sobre delitos informáticos

Debido al creciente incremento de delitos informáticos y la falta legislación sobre la materia, es que la República Argentina se vio obligada a sancionar una normativa para regular esta clase de actos ilícitos. Velázquez Elizarragás, (2007. p. 285) sostiene que:

El delito informático implica actividades criminales que los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de carácter tradicional, tales como robos, hurtos, fraudes, falsificaciones, perjuicios, estafas, sabotajes. Sin embargo, debe destacarse que el uso de las técnicas informáticas ha creado nuevas posibilidades del uso indebido de las computadoras lo que ha creado la necesidad de regulación por parte del derecho.

En el año 2008, se sancionó la ley 26.388 de delitos informáticos y adaptó su legislación al “Convenio sobre Cibercriminalidad” realizado en Budapest en el año 2001. Con anterioridad a la sanción de dicha legislación tanto desde la doctrina como la jurisprudencia se exhibían posturas contrarias a la creación de una nueva normativa, a la luz del principio de legalidad. Badeni sostenía que “frente a tales adelantos es necesaria una razonable interpretación dinámica de las leyes para que, sin necesidad de acudir a su reforma se pueda evitar que queden a la zaga de la realidad social” (Nager, 2014, p. 68). El autor sostiene la posibilidad de recurrir a la analogía para que no exista la necesidad de crear una nueva legislación y de esta manera expirar la legislación con los nuevos delitos que han surgido mediante los avances en materia de tecnología de la comunicación. Siguiendo esta línea argumentativa, la jurisprudencia ha sostenido que:

Los problemas de determinación del grooming

No se contemplan en forma explícitamente, en el Capítulo III del Título V de la ley sustantiva, los hechos ilícitos que vulneran la privacidad y divulgación del correo electrónico, pero esta carencia de protección legal es tan solo aparente. Es que el legislador, con amplia visión de los adelantos técnicos y científicos que se producirían luego de incluir la norma del artículo 153, ha dejado abierta la descripción típica a los "despachos de otra naturaleza" y a cualquier "otro papel privado"; lo mismo puede decirse en lo que respecta al artículo 155, en cuanto a la equiparación a la correspondencia tradicional de un moderno sistema técnico, lo que nos convence a sostener que en la especie no hemos allanado el camino a la analogía para encuadrar la presunta conducta del imputado, supuesto que sí podría constituir una transgresión incompatible con el derecho penal y por ende de progreso inviable¹.

Desde una postura totalmente antagónica se sostenía que el rechazo que se hacía a la interpretación de la ley se debía a que encubría una manera de extensión por analogía del tipo penal y que esta acción se encuentra denegada al legislador en virtud del principio de legalidad (Nager, 2014)

Ley 26.388 no es una ley especial sobre delitos informáticos con figuras propias, sino una modificación del Código Penal, donde se incluyen estos delitos y sus respectivas penas. Los delitos incorporados por la Ley 26.388 al Código Penal son:

- Pornografía infantil por Internet u otros medios electrónicos (art. 128 CP);
- Violación, apoderamiento y desvío de comunicación electrónica (art. 153, párrafo 1º CP)
- Intercepción o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones (art. 153, párrafo 2º CP)
- Acceso a un sistema o dato informático (artículo 153 bis CP);
- Publicación de una comunicación electrónica (artículo 155 CP);
- Acceso a un banco de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 1º CP);
- Revelación de información registrada en un banco de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 2º CP);
- Inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (artículo 157 bis, párrafo 2º CP);
- Fraude informático (artículo 173, inciso 16 CP);

¹ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional "Lanata , Jorge s/desestimación"(1999)

Los problemas de determinación del grooming

- Daño o sabotaje informático (artículos 183 y 184, incisos 5° y 6° CP).

Con la entrada en vigor de esta legislación se sientan las bases legales para que determinadas conductas puedan ser encuadradas dentro de un tipo penal y puedan resultar punibles. El diputado Nemirovski dejó bien esclarecido el motivo de la sanción de esta nueva ley al expresar que:

Obviamente, al redactar el Código Penal el legislador no podía prever en 1921- tampoco en ninguna de las 800 modificaciones que se han introducido desde entonces- la comisión de delitos a través de la informática y de las nuevas tecnologías. Por eso hoy le damos la bienvenida a toda iniciativa que venga a llenar ese vacío legal...no estamos sancionando una ley de delitos informáticos que crea nuevas figuras penales. Simplemente estamos adaptando los tipos penales a las nuevas modalidades delictivas (2006, s.d)

Se debe recordar que en materia penal rige el principio de legalidad por el cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal. Este principio tiene como consecuencia, la prohibición de que no se puede castigar una conducta no tipificada por su analogía con otra tipificada. Es debido a ello, que en nuestro país, desde hacía ya tiempo, era necesaria la sanción de una ley que tipificara con precisión las conductas delictivas llevadas a cabo mediante el empleo de la informática, llenando algunas indeterminaciones normativas a través de la previsión de nuevas modalidades delictivas y nuevos bienes jurídicos a proteger (Carranza Torres y Bruera, 2008).

A poco de haberse sancionado la Ley 26.388 Granero (2008.s.p) sostenía que:

Con su sanción el Estado ha considerado suficientemente grave privar de la libertad o sancionar económicamente a quien hoy transgrede los nuevos tipos legales. Ya no hay dudas, hoy la pornografía de menores en Internet, abrir un mail del cual no se es el destinatario, ingresar indebidamente a una base de datos, o el producir daños a sistemas informáticos u ocultar pruebas existentes en registros, ya es claramente delito. Y eso no es poco. El Estado les ha dado a estas situaciones un respeto acorde con las nuevas circunstancias y ha reconocido la influencia de la tecnología en este nuevo ordenamiento legal. Poco importa si existen falencias técnicas o mejoras que debieron haberse aprovechado al respecto. Será tarea de nuevas investigaciones y de avances doctrinarios y jurisprudenciales.

Los problemas de determinación del grooming

Al analizar las palabras de Granero respecto a la entrada en vigencia de la ley 26.388 se puede observar que se le reconoce al Estado su poder punitivo respecto al haber fijado una pena frente al avance de los delitos cometidos mediante la tecnología. Sobre lo dicho por el autor respecto a las falencias que puede tener la legislación y la poca importancia que le otorga a este punto no se coincide con su línea de pensamiento. El trabajo legislativo debe ser completo, no puede dejarse a media una ley para que sus vacíos sean interpretados por la doctrina o la jurisprudencia. La realización de tareas incompletas es lo que nos lleva a que existan confusiones sobre el alcance de conductas típicas, que encuadran dentro de cada tipo penal.

Con la incorporación de los delitos informáticos al Código Penal comienza a tutelarse el bien jurídico de la privacidad e intimidad, los cuales constituyen derechos personalísimos de las personas y por ende, son inherentes al hombre por su simple condición de tal. Estos derechos constituyen un límite frente al poder del Estado y a terceros (Nager, 2014).

Frente a la sanción de la ley 26.388 no todas las opiniones resultan optimistas, quienes se oponen a la penalización de delitos como la pornografía infantil o el *grooming*, sostienen que el Estado sólo protege a determinados bienes jurídicos y que siempre se enfoca en aquellos que revisten mayor gravedad. Se sostiene que una conducta no alcanza para suponer que se van a cometer otros delitos, el hecho de contactar al menor por un medio virtual no hace suponer que se vaya a abusar sexualmente de él con posterioridad o que si se tiene pornografía no va a ser necesariamente para comercializar con ella, ya que la misma puede ser para consumo personal. Además, se piensa que la posesión de pornografía como la idea de contactar a un menor por cualquier medio virtual fue penalizada por la dificultad que implica probar la intervención del sujeto activo. El contacto entre personas de distintas edades no debe ser considerado como la búsqueda final de la comisión de otro delito, debería de contemplarse como una conducta reservada a la intimidad de la persona (Vaninetti, 2017).

5. Conclusión parcial

Durante la última década se ha avanzado notablemente en tecnología. Estos adelantos han sido de mucha utilidad para el hombre pero también ha traído aparejado un crecimiento exponencial de los delitos por medio del uso de las computadoras e internet.

Los delitos informáticos no constituyen una nueva forma delictiva, son delitos tradicionales y que ya son castigados en nuestra legislación penal, pero ahora para ellos se emplea como herramienta una computadora. Debe comprenderse que los delitos informáticos engloban tanto a los que utilizan a una computadora como medio como a aquellos que usan la información alojada en el ordenador para cometer el delito.

Los avances en el campo tecnológico siempre se encuentran más adelantados que las legislaciones, ya que puede pasar un tiempo entre que un adelanto tecnológico sea usado para la comisión de actos ilícitos y que ese acto pueda ser tipificado como un delito. Tal es lo sucedido en nuestro país, los delitos informáticos se venían cometiendo pero existía un vacío legal que imposibilitaba su penalidad. Es recién con la ley de delitos informáticos que se incorporan las figuras típicas a diversos artículos del Código Penal de la Nación.

El Convenio de Cibercriminalidad es el único acuerdo internacional que brinda una respuesta a un problema tan importante como es la delincuencia informática, facilitando la cooperación penal entre los Estados partes para, que resulte más ágil el intercambio de información y sea más efectiva la actividad procesal.

En la República Argentina frente al avance de los delitos cometidos mediante la tecnología se hacía necesario cubrir el vacío legal que existía y para ello se requería de la sanción de una ley. Antes de ser sancionada la ley 26.388 sobre delitos informáticos, se pensó en regular la comisión de estos delitos mediante legislaciones análogas y frente a esto se enfrentaron diferentes líneas de pensamiento por un lado quienes no veían necesaria la reforma legislativa porque podía sancionarse a los nuevos delitos por analogía y otros que sostenían que la aplicación de la analogía resultaba contrario al principio de legalidad.

CAPITULO II

El grooming

1. Introducción

En este segundo capítulo se abordará ampliamente la figura del *grooming*, comenzando por establecer una definición de la misma e instituyendo con precisión en que consiste la figura típica del delito.

Al mismo tiempo se analizará el bien jurídico que se tutela en el delito de *grooming* y se detallarán cuáles son las fases en que se desarrolla el delito. También se procederá a caracterizar a los *groomers*, autores del delito, conocer quiénes son sus víctimas y los efectos que el *grooming* ocasiona en los niños y adolescentes.

2. Definición

Dentro de los llamados delitos informáticos se encuentra el *grooming*, el cual constituye un flagelo que afecta a muchos niños, niñas y adolescentes en todo el mundo y que encuentra en el internet una forma rápida y efectiva de propagación. La palabra "*grooming*" es un vocablo de habla inglesa y se vincula al verbo "*groom*", que alude a conductas de "acercamiento o preparación para un fin determinado". (Tomeo, 2012). El término *grooming* también suele ser traducido como acicalamiento o acoso, donde la víctima primero es cautivada para posteriormente ser acosada.

El "*grooming*" o ciberacoso (sexual) a menores, también conocido internacionalmente como "*child grooming*", no es una terminología recogida en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se trata de una expresión que describe principalmente un nuevo fenómeno criminológico. Schnidrig, define al *grooming* como:

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" (Schnidrig, 2016, p.4)

Por otra parte Tazza (2014, p.1) sostiene que el *grooming* es un delito que consiste en:

Los problemas de determinación del grooming

Un contacto o acercamiento virtual con un menor de edad para tratar de ganarse su confianza, generar inicialmente una empatía con él mismo, y convencerlo seguidamente para intercambiar imágenes o contenidos de connotación sexual, siempre inspirado el autor por el propósito de cometer algún tipo de abuso sexual de carácter personal que lesione su integridad sexual, independientemente de la forma que asuma la agresión.

La jurisprudencia nacional se ha expresado respecto al *grooming* caracterizándolo como un:

Proceso sexual abusivo facilitado por el uso de las nuevas tecnologías que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos, a través del despliegue de una conducta deliberada para captar su atención, confianza, para obtener imágenes sexuales y aún lograr un encuentro sexual abusivo²

Existen posturas que relacionan directamente al delito de *grooming* con la pedofilia, tal es el caso de Garibaldi (2015), quien señala que “en la pedofilia, se asocia con acciones que tienen por objeto socavar moral o psicológicamente a un niño para conseguir su control emocional y luego, su abuso sexual” (p.23).

El *grooming* como delito lo que hace es provocar un desmejoramiento físico y corporal del niño o adolescente que padece una manipulación emocional como consecuencia del accionar premeditado de una persona adulta que guarda como finalidad vulnerar los derechos de la víctima.

El Código Penal Argentino no establece ninguna definición sobre lo que debería entenderse como *grooming*, solo se limita a establecer la escala penal que corresponde a quienes “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad”³. Resultaría de suma importancia que la legislación otorgara una definición sobre este delito a fin de que exista un consenso sobre el mismo.

² Trib.Crim., N°1, Necochea, "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013) Expte. T.C. N° 4924-0244

³ CP Art 113

A modo de resumen, puede expresarse que el *grooming* se constituye mediante el accionar premeditado de un adulto que mediante el uso de las tecnologías de la comunicación entabla contacto con un menor con la finalidad de crear una falsa amistad que oculta el propósito deliberado de controlar emocionalmente a la víctima y poder cometer un delito mayor como puede ser, la pornografía o el abuso sexual.

3. Conducta típica

La codificación penal tipifica el delito de *grooming* en el artículo 131 que establece:

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.

Al definir un tipo legal el principal elemento de su estructura es la conducta con la que se lo define. Dentro del delito de *grooming* el tipo legal se configura mediante el verbo “contactar” que hace referencia a cuando una persona se relaciona con otra, en este caso entrar en comunicación dos personas de manera indirecta, ya que se realiza a través de medios tecnológicos.

En el delito de *grooming* la conducta típica se establece a través de verbo “contactar”, basta con esta simple conducta para que el ilícito quede configurado. Entonces cualquier adulto que contacte a un menor será penado por el delito de *grooming*. Esto no es así, ya que el contactar es sólo un acto preparatorio que traerá aparejada la comisión de otras conductas. Siempre ese contacto debe perseguir otro objetivo mayor, que puede ser la comisión del abuso sexual del menor.

Al referirse al verbo típico del grooming Quercia (2015) sostiene que existe un problema en la redacción de la norma por existir una imprecisión respecto al alcance del verbo. El autor lo explica diciendo que el verbo:

Los problemas de determinación del grooming

Nos traslada a etapas previas a la concreción de cualquier tipo de lesión del bien jurídico que intenta proteger la norma, lo que, en principio sería contrario al mandato del art. 19 CN. Debe apuntarse que el límite, sea cual sea la lesión a la que quiere anticiparse, no puede extenderse más allá de lo fijado en el art. 19 CN, norma que contempla el límite más importante a la injerencia coactiva del Estado en general, esto es, el principio de reserva (Quercia , 2015,p.484)

Si el verbo típico se reduce a entrar en contacto con alguien, se está prejuzgando una acción de la cual se desconoce su verdadera finalidad y que se limita al ámbito más íntimo de cada persona. La acción de contactar a un menor queda reducida a la intimidad de los sujetos y por ende si no existe vulneración al orden público o los derechos de terceros no existe posibilidad de que ese “contacto” resulte tipificado.

Tomeo sostiene que “la acción delictiva se configura cuando el pedófilo toma contacto con el menor (utilizando un medio informático o cualquier tecnología de transmisión de datos) con la finalidad (propósito) de cometer un delito contra su integridad sexual” (2014, p.228). Entonces, el hecho de establecer contacto con el menor usando como medio una tecnología de comunicación sería el inicio de la acción que configura el delito, sin que sea necesario que se realice un encuentro posterior real. Lo que se penaliza es la acción preparatoria que puede originar o no la comisión del delito.

La norma establece que para la configuración del delito debe emplearse como medio comisivo una tecnología de transmisión de datos como puede ser *whatsapp* o *messenger*, sin que necesariamente se requiera de un sistema informático (Arocena, 2015) Entonces, puede entenderse que no sólo se utiliza como medio para la comisión del delito el uso de una computadora, pero no por ello deja de ser un delito de tipo informático.

Mediante la conducta típica se busca contactar a alguien con la finalidad de entablar una comunicación, la cual no será directa, sino que se realizará mediante vía electrónica, telecomunicaciones o una tecnología de transmisión de datos (Arocena, 2015) El contacto requiere que sea hecho de manera virtual por lo que si el mismo fuera hecho de forma personal no podría ser aplicada la figura en análisis.

Los problemas de determinación del grooming

El contacto virtual entre el *groomer* y su víctima debe de ser relevante y poner peligro la integridad del menor, ya que como lo sostiene Buompadre:

No es suficiente el mero envío del mensaje, correo electrónico, etc., así como una "propuesta", que debe ir acompañada de "actos materiales" encaminados al acercamiento (con el menor), circunstancia que presupone un riesgo actual y verdadero de lesión al bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor), estamos ante un delito de peligro concreto para el bien jurídico protegido, aspecto que -no obstante las dificultades probatorias que ello implica- deberá ser sometido a las reglas de la prueba en el respectivo proceso judicial (2016,p.184)

Si bien se sostiene que existe una finalidad ésta sólo podrá ser comprobada mediante las pruebas de los intercambios de chats, comunicaciones, imágenes o videos que existan entre la víctima y su acosador.

A modo de colofón se puede afirmar que, la conducta típica mediante la que se configura el *grooming* carece de precisión y resulta sumamente abstracta, por lo cual, sería contraria al principio de legalidad.

4. Bien jurídico tutelado

Resulta importante determinar cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar en la figura del *grooming*, aunque esto no sea una tarea sencilla debida a las distintas corrientes doctrinarias que establecen que deben ser bien jurídicos diferentes los que deben recibir protección.

Desde la óptica de la política criminal establecer el bien jurídico que debe ser tutelado trae ciertas complicaciones debido a las exigencias que presenta el principio de mínima intervención, a través del que se limita la respuesta penal a los casos que revisten mayor capacidad de daño para el bien jurídico tutelado, para que de esta forma no se vulnere el principio de proporcionalidad (Buompadre, 2014).

Desde la doctrina se sostiene que en el delito de *grooming* existiría más de un bien jurídico tutelado. Por un lado, se sostiene que el bien jurídico sería la indemnidad

Los problemas de determinación del grooming

sexual del menor, el cual instituiría un bien jurídico individual y debe ser entendido como:

Una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida (De Llano y Racca,2014.p.1)

Por otro lado, se entiende que el bien jurídico tutelado sería la integridad sexual que consiste en la facultad de la que goza toda persona de poder desarrollar una vida sexual de manera libre. Para Tazza (2014), el bien jurídico tutelado en la especie, está constituido en términos globales por la integridad sexual, el cual resulta un concepto difícil de determinar pero que se entiende como equivalente a reserva sexual.

Para poder diferenciar la importancia de cada uno de los bienes jurídicos que se pretende tutelar es menester presentar la distinción que establece Molina Cantillana (2008) sobre dos situaciones:

Aquella en la que el menor es consciente de que está siendo utilizado en la producción de material pornográfico infantil, y la del que desconoce dicha situación. En el primer caso, el bien jurídico lesionado será la integridad sexual del menor, como si se tratara de un abuso; en el segundo, ese lugar será ocupado por su indemnidad sexual, por ende asimilable al delito de corrupción de menores (p. 58)

También se sostiene que dentro del *grooming* no existiría bien jurídico alguno que merezca efectiva tutela, ya que no ha sido posible comprobar que niños menores de edad sean contactados por medio de la red y que concuerden encuentros con desconocidos que terminen siendo reales (Buompadre, 2014). Pero la línea de pensamiento mayoritario considera que el bien que debe de tutelarse frente al *grooming* es la indemnidad sexual del menor que es víctima de este delito.

En relación al bien jurídico que se tutela el *grooming* se presenta como un delito de peligro, que puede consumarse o quedar en la mera tentativa cuando el sujeto activo encamine todas sus estrategias para entrar en contacto con el menor y el mismo se ve truncado porque el menor no corresponde con la amistad solicitada por el acosador o por algún otro motivo que es ajeno a la voluntad del victimario.

5. Fases del *grooming*

El *grooming* comprende la realización de actos preparatorios, que mediante la utilización principalmente de internet y siguiendo una estrategia preconcebida, se logran establecer una comunicación con el menor que es su primer objetivo. Una vez que el acosador entabla la comunicación hará todo lo necesario para ganarse la confianza del menor y labrar una amistad. El adulto se va hacer pasar por una persona de la misma edad que su víctima para así poder crear lazos emocionales con mayor facilidad. Una vez que la amistad se haya afianzado y mediante el uso de técnicas de seducción se le solicitara el envío de fotografías, que se desnude ante cámaras web, realizar prácticas sexuales

El *grooming* es un delito que no se realiza en un solo momento, sino que requiere del cumplimiento de una serie de fases para su concreción, las mismas no requieren de un tiempo determinado de duración solo van a ir transcurriendo a medida que el *groomers* pueda obtener mayor confianza por parte de su víctima.

La primera fase es la de la amistad, donde el acosador poniendo a funcionar todas sus habilidades sacará información al menor respecto a sus gustos, las actividades que realiza, el lugar donde vive, para así entablar una relación mas profunda. El objetivo de esta etapa es ganarse la confianza del menor para generar una relación de amistad, supuestamente entre dos personas de la misma edad que comparten gustos e inquietudes.

La segunda fase es la de relación, es aquí donde se afianzan los lazos de amistad y el acosador se asegura de que su víctima querrá seguir teniendo una amistad con él. Como lo expresa Alonso (2014, p.1) “se exige entonces la configuración de un engaño tendiente a la captación de la confianza del menor, que luego presionado acepta el "juego sexual" propuesto”

Durante este período es muy común que se cuenten secretos y sus encuentros en el ciber espacio se hagan más frecuentes. Es durante esta fase que el menor se distancia de los amigos de su edad a los que normalmente frecuentaba para pasar más tiempo con su amigo virtual que lo comprende y aconseja.

Los problemas de determinación del grooming

La seducción forma parte de la tercera fase, en la que ya existiendo confianza el acosador comienza a entablar charlas en donde expresa sentimientos hacia la víctima y también diálogos con connotación sexual. Es durante esta fase que el *groomers* consigue que el menor le envíe alguna fotografía desprovista de ropa o que mediante una cámara web pueda mostrar su cuerpo o realizar alguna práctica sexual. Todos estos elementos resultan fundamentales para que pueda pasarse a la siguiente fase en que se producirá el acoso.

En la cuarta fase es en ese momento cuando comienza el ciberacoso que puede presentarse de dos formas diferentes. La primera, consta en tratar de concertar un encuentro personal con el niño o adolescente con la intención de abusar sexualmente de él. La segunda, busca obtener más fotografías o videos íntimos de la víctima. En caso de que el menor pusiera resistencia a los pedidos del acosador, éste lo amenazara con difundir sus imágenes sexuales o poner sus videos en las redes sociales, de enviárselos a sus contactos.

Tal como lo sostiene Tazza (2014), el *grooming* no se agota en la conexión virtual con el menor de edad, ni se satisface con el intercambio de imágenes, conversaciones de connotación sexual, sino que representa una fase previa a lo que el autor realmente pretende, que es perpetrar algún tipo de atentado sexual sobre el menor, esta vez de carácter corporal.

El primer caso de *grooming* que pudo comprobarse en la República Argentina sucedió en el año 2010 cuando un hombre de veintiséis años fue acusado de haber violado a una joven de catorce años a la que había contactado por medio de la red social *facebook* haciéndose pasar por un compañero de su curso de cocina. El caso tomo estado público cuando la madre de la joven denunció el hecho (Tomeo, 2014)

6. Los groomers

Como bien es sabido el sujeto activo de cualquier delito es quien va a realizar el tipo penal. En el delito de *grooming* el sujeto activo recibe el nombre dentro del mundo

Los problemas de determinación del grooming

virtual de *groomers*, son personas mayores de edad, por lo que son imputables, que revisten ciertas patologías de pedofilia o pederastas (Vaninetti, 2015)

Los *groomers* o acosadores pueden ser hombres y mujeres de cualquier clase social, al no ser un delito especial no se requiere que el sujeto activo cumpla con características determinadas. La normativa penal no especifica cuál es la edad que debería tener el sujeto activo por lo que podrían quedar incluidos los jóvenes entre dieciséis y dieciocho años. El medio empleado para ponerse en contacto con sus potenciales víctimas son chats y las redes sociales, que se han masificado y ya casi nadie carece de ellas. El sujeto activo se hará pasar por otra persona de igual sexo y edad que su víctima desarrollando una estrategia con la finalidad de ganarse su confianza y en algunas ocasiones hasta de sus familiares.

Las conductas que ejecutan estos adultos, en sí mismas, son atípicas y mientras no traspasen los límites de cualquiera de los delitos que protegen la indemnidad sexual, no son punibles. Es el *groomers* quien va a manipular al niño u adolescente y va a ir haciendo que se cumplan las diferentes etapas de su plan hasta llegar a consumir el objetivo que se haya fijado al momento de comenzar con esta falsa amistad con su víctima. A través de distintos fallos jurisprudenciales se pueden ver las conductas reales que realizan los acosadores sobre sus víctimas:

la Sra. ... madre de la menor ..., denunció que advirtió en su hija, quien posee retraso madurativo por lo que tiene pensamiento de una niña de 9 años, cambios de comportamientos -no compartía con la familia y prefería estar sola en su habitación aduciendo que jugaba con su celular-, hasta que decide quitarle el celular y en él observa que la niña mantenía contactos con un tal J., ordenanza de la Escuela ..., que en un principio eran como de amistad, para luego convertirse en mensajes donde el sujeto le pedía que le envíe fotos en ropa interior o de su cola o de sus partes íntimas sin ropas y con las piernas abiertas o los pechos, etc. y si no lo hacía dejarían de ser amigos y la eliminaría de sus contactos, por lo que la niña accedió y luego la borra cuando ese hombre le contesta “¡qué lindos pechos tenés!, también le enviaba mensajes ensalzando su cuerpo y después proponiéndole ser el primero que “se lo haga”, para por último subir de tono y hacerle propuestas mucho más deshonestas⁴

⁴ Tribunal de Juicio, Sala IV “Canario, José Antonio s/ hostigamiento sexual contra menores o grooming y abuso sexual con acceso carnal” (2014) LL.AR/JUR/76639/2014

Un elemento que distingue al acosador es su inmoralidad, lo que hace que se sienta realmente impune frente a la conducta que está realizando, de la cual tiene conciencia que es ilícita pero que de igual manera la ejecuta porque se ampara en la seguridad que le brinda la red de no poder ser descubierto y en el uso de una falsa personalidad (González Pondal, 2010)

7. Menores víctimas.

El sujeto pasivo del delito de *grooming* es un menor de edad, es decir toda aquella persona que no tenga los dieciocho años cumplidos. El delito recae sobre los niños y adolescentes que son quienes se encuentran más insertos en el mundo virtual y se muestran vulnerables para su acosador. Cada vez son más pequeños los niños que ingresan a las redes sociales y les resulta difícil discernir el riesgo que existe si no se hace un uso apropiado de las mismas.

Si bien la normativa se refiere a los menores de edad como sujetos pasivos del delito, ha omitido hacer referencia sobre los incapaces. Respecto a esto Buompadre (2014, p.33) sostiene que:

Podría dar lugar a planteos de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad ante la ley, pero, según entendemos, la minoridad también es una forma de incapacidad, de manera que sólo quedarían fuera de la tutela penal los incapaces mayores de edad, no así los incapaces menores de edad, pero más por menores que por incapaces.

Los menores debido a su obrar ingenuo no tienen noción de que quien se esconde del otro lado del monitor puede ser una persona mayor que les está haciendo creer que tiene su misma edad y sus mismos gustos.

Se sostiene que la mayoría de las víctimas de *grooming* son menores de clase media o alta, ya que puede tener acceso a una computadora, celular e internet (De Llano y Racca, 2014). Sobre lo expuesto, se debe establecer que existe una disidencia de pensamientos ya que se sostiene que cualquier menor en la actualidad tiene acceso a una computadora e internet debido a que desde la nación y las provincias se han creado políticas públicas que impulsan la inserción de los menores en la tecnología y han

regalado computadoras a los niños en edad escolar y existen provincias como es el caso de San Luís y Santa Fe donde hay una red provincial gratuita de internet.

8. El *grooming* en la legislación extranjera

8.1 España

Dentro de la legislación internacional fue el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y Abuso Sexual el que prestó mayor atención al contacto que realizaban las personas mayores usando como medio el internet para entablar relación con niños y adolescentes con la finalidad de abusar de ellos.

España siguiendo los lineamientos que la mencionada Convención establecía fue que introdujo en el año 2010 la figura del *grooming* en el Código Penal y en el artículo 183 establece que:

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra 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 artículos 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 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.

La creación del nuevo tiempo penal se debió a la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos, debido a que se había detectado la vulneración de determinados derechos y era necesario que por parte del Estado recibieran la tutela correspondiente. El bien jurídico que se busca tutelar con la sanción del artículo 183 es la indemnidad sexual del menor cuando no puede prestar su consentimiento de manera válida al momento de tener relaciones sexuales.

Los problemas de determinación del grooming

Tal como lo expresa Tazza (2014, p.5) el delito establecido en el mencionado artículo es de “doble acción, consistente por un lado, en contactar virtualmente a un menor, por el otro, proponer la concertación de un encuentro, siempre guiado por una específica finalidad que busca la perpetración de un delito contra la integridad sexual del menor”.

La fórmula prevista en la codificación penal española resulta muy similar a la empleada en Argentina al hacer referencia a los medios que se emplean para la comisión del delito de *grooming*, pero se la detalla con mayor precisión. En la legislación española no se limita a que la punición sea recibida por una persona mayor de edad, sino que castiga sin hacer referencia a una franja etaria, a todo aquel que entre en contacto con un menor y le proponga concretar un encuentro.

En el caso del sujeto pasivo, si se establece la edad de la víctima debiendo ser menor de trece años. Existe en la actualidad un proyecto de reforma de la legislación que elevaría la edad de la víctima a los dieciséis años (Cugat Mauri, 2014) y que también pretende penalizar aquellos actos donde se chantajee al menor para que facilite material pornográfico.

El elemento constitutivo del delito lo configura el encuentro entre el *groomers* y su víctima, el cual es sancionado con una pena que va entre uno y tres años, la cual es menor a la prevista en el ordenamiento jurídico nacional y también se incorpora de forma conjunta el pago de multas. Pero no se han contemplado las acciones anteriores a que se concretara el encuentro o si el encuentro nunca se establece y el acosador sólo buscaba quedarse con imágenes o videos del menor.

8.2 Chile

Chile es uno de los países que mayor preocupación ha demostrado respecto al *grooming*, debido al incremento de casos que se han denunciado. Desde el Estado chileno se han formulado numerosas políticas públicas a fin de detectar a los acosadores y aplicarles la condena que se condice con su accionar delictivo, además de brindar seguridad a las víctimas que forman parte de la población más vulnerable.

Los problemas de determinación del grooming

El Código Penal del país trasandino regula en el párrafo segundo del artículo 366 quáter la figura del *grooming*, estableciendo que:

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

La codificación establece una diferenciación respecto a la edad de la víctima e instituye penas para “quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años”⁵ la aplicación de las penas se realizará cuando mediara la utilización de cualquier medio electrónico es decir, que no queda reducido solo al uso de computadoras o teléfonos celulares. También se establece una agravante para la pena cuando existiera por parte del autor del delito, el uso de identidad falsa.

8.3 Perú

En Perú la figura del *grooming* fue incorporada mediante la ley de delitos informáticos en el año 2013. En el Capítulo III donde se regulan los delitos informáticos contra la indemnidad y libertad sexual, el artículo 5 establece que:

El que, a través de las tecnologías de la información o comunicación, contacta a un menor de 14 años para solicitar u obtener de él material pornográfico o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor a cuatro ni mayor a 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 y medie engaño, la pena será no menor a tres ni mayor a seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1,2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

La legislación no establece ninguna franja etaria respecto al sujeto activo por lo que puede considerarse que puede tratarse de una persona de cualquier edad. Respecto al sujeto pasivo debe ser un menor de catorce años por lo que se diferencia de otras legislaciones donde la edad de la víctima asciende hasta los dieciocho años.

⁵ Código Penal Chile Art 366 quáter

Los problemas de determinación del grooming

No se detallan las acciones previas tendientes a llegar al contacto entre el menor y el mayor pero si se establece cuáles son los fines que podrían tener ese contacto, la pornografía o el abuso sexual. La escala penal de la figura impone una pena privativa de la libertad de entre cuatro y ocho años la cual resulta ampliamente superior a la establecida en la legislación argentina y además se prevé la pena de inhabilitación. Pero se presenta una disminución de la pena cuando la víctima tuviera entre catorce y dieciocho años y hubiera existido engaño por parte del acosador.

8.4 México

En México no existe una regulación específica que sancione directamente al delito de *grooming* sino que en el artículo 202 del Código Penal Federal se lo sanciona bajo el concepto de pornografía infantil. El artículo establece que:

Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil de multa.

Desde el Estado mexicano han considerado la necesidad de tipificar la figura del *grooming* de forma independiente debido a la masificación de los casos y frente a la necesidad de otorgar un castigo efectivo a los culpables. Es debido a ello que se ha impulsado una reforma al Código Penal la que propone imponer una pena de siete a doce años de prisión para quienes, empleando tecnologías informáticas, contacten a menores de 18 años para que mediante actos de engaños, amenazas, seducción o violencia, obtengan fotos y/o vídeos donde muestren sus partes íntimas o en actividades sexuales.

9. Conclusión parcial

El *grooming* es una figura legal que surgió debido al incremento de los delitos informáticos y configura un delito preparatorio para la configuración de otro que tendrá una gravedad mayor. Este delito consiste en el accionar deliberado de una persona mayor de edad que busca conseguir la confianza de un menor y crear una relación de amistad, de la cual se aprovechará para lograr acosar al menor.

Resulta importante destacar que la conducta típica del grooming que se refiere “al que contactare” resulta sumamente vaga y difícil de probar. El entrar en contacto con un menor por un medio virtual es una conducta preparatoria para la configuración de otro acto que puede ser ilícito o no, es por ello que se sostiene que con el verbo “contactar” no se brinda ninguna precisión sobre el tipo penal.

Aunque existen posturas doctrinarias enfrentadas se debe considerar que el bien jurídico que se tutela en el delito de *grooming* es la indemnidad sexual por el cual, se preserva el derecho de la persona a desarrollar su personalidad sin que medie interferencia por parte de otras personas que tornen traumático su desarrollo sexual y más cuando se está haciendo referencia a un menor de edad.

Las personas se exponen cada vez a edad más temprana a las redes sociales, los niños son nativos digitales y para ellos el dominio de las tecnologías de la información es fácil de manejar y comprender. Lo que no suelen comprender es el verdadero fantasma que se esconde tras el monitor y que quien le habla todos los días y le cuenta sus cosas puede ser un adulto camuflado en la personalidad de un niño o adolescente que no busca una amistad sincera, sino, que sus verdaderas intenciones son otras.

La problemática que sufren los menores a consecuencia de ser víctimas de delitos como el *grooming* afecta a su salud psicofísica y al desarrollo normal de su personalidad y su sexualidad, por lo que deben existir políticas estatales que brinden seguridad a quienes viven este flagelo.

En los países analizados se han modificado sus legislaciones a fin de poder adaptarse a la realidad de los tiempos que corren y de los nuevos delitos que surgen a raíz del uso de las tecnologías de la comunicación. Aunque algunos, como es el caso de

Los problemas de determinación del grooming

México, todavía se encuentran en una disputa legislativa para lograr adaptar su codificación y crear la figura del *grooming* de forma específica.

La escala penal establecida por cada uno de los países es muy variada y va desde meses hasta más de una década de prisión y otros además de prisión fijan penas de multa. Lo que resulta común para todos es la acción que configura el tipo penal, que es “contactar”.

CAPITULO III

Aspectos dogmáticos en la legislación y principio de legalidad

1. Introducción

Durante este capítulo se procederá a analizar la ley 26.904 cuya función fue la modificación legislativa del Código Penal a fin de incorporar la figura del *grooming* al derecho interno. Seguidamente se analizará como ha quedado regulada la figura dentro de la legislación penal vigente y se brindará un breve adelanto del proyecto que impulsa una nueva modificación en torno a esta figura delictiva. También analizaremos qué se entiende por principio de legalidad y se verá como la legislación nacional sobre *grooming* resulta contraria a este principio constitucional.

2. Ley 26.904

Mediante la Ley 26.904 se incorporó en el año 2013 la figura del *grooming* al Código Penal. El artículo 131 regula 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.

La incorporación de este nuevo artículo a la codificación penal fue sumamente cuestionada. El diputado Garrido al referirse al tema sostuvo que:

La falta de debate en un tema tan sensible como la inclusión de un nuevo delito en el Código Penal constituye un hecho grave que tiene como consecuencia un texto deficiente y con errores manifiestos. Según él, “(...) no se explicitó ni hay claridad sobre los motivos que justificarían la necesidad de crear una figura penal autónoma y distinta de los delitos contra la integridad sexual que ya se encuentran tipificados en el Código” (Schilinder, 2016, p.5).

Se sostiene que será arduo el trabajo de los jueces de poder aplicar el nuevo tipo penal, ya que su redacción resulta muy cuestionada respecto a la posibilidad en concreto que existe de probar el propósito descrito por el tipo penal (Tomeo, 2014).

El desarrollo de la tecnología de la comunicación trajo aparejado un efecto negativo, que son las nuevas formas de comportamiento que atentan contra la integridad

Los problemas de determinación del grooming

sexual de los menores. La introducción del artículo 131 a la legislación penal reafirma esta tendencia que se está experimentando en otros países. (Aliaga, De Luca y Slokar, 2014). La incorporación de este artículo en la legislación nacional responde a la necesidad de poner la ley a la par de los sucesos sociales, ya que la legislación siempre se encuentra un paso por detrás de los conflictos que acontecen y en este caso no podía dejar de sancionarse la figura del *grooming* que afecta a tantos niños y adolescentes a nivel nacional.

El citado artículo fue incorporado en el Libro Segundo, Título III, Delitos contra la integridad sexual y criminaliza al ciberacoso o “*grooming*”. La norma establece una serie de conductas severamente graves, que tienen como víctimas a niños y adolescentes en un ámbito tan habitual para ellos como es el ciberespacio, al que acceden a diario mediante el ingreso a internet desde sus teléfonos o computadoras. La normativa pretende preservar tanto la indemnidad sexual de quien pudiere resultar víctima de alguna de estas conductas, como el pudor individual y colectivo que en algunas oportunidades podría verse comprometido secundariamente por el accionar de quienes realizan exhibiciones obscenas o reproducen imágenes de esta naturaleza (Tazza, 2014)

La ley 26.904 tiene su génesis en un proyecto que proponía la modificación del Código Penal presentado por la Senadora Nacional María Bongiorno, el fundamento que se esgrimiría para la modificación se basaba en la evolución de las tecnologías de la información y comunicación, y la Senadora sostenía que: “han sido objeto de utilización para el desarrollo de actividades delictivas como la pornografía infantil, fraude, chantaje, violación a la privacidad , así como para el surgimiento de nuevas prácticas punibles” (Arocena, 2015.p. 141). Al seguir esbozando sus fundamentos Bongiorno sostiene que:

Este proyecto tiene como objeto la tipificación de un flagelo de alcance mundial...una práctica que ha estado aumentando a la luz de los desarrollos tecnológicos y que consiste en acciones deliberadas por parte de un adulto/a con cara de establecer lazos de amistad con un niño o niña en internet, con el objeto de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor e incluso como preparación para un potencial encuentro posterior con fines sexuales (Arocena, 2015.p.142)

Pero la ley N° 26.904 en vez de haber sido vista como un adelanto en materia legislativa resulto severamente cuestionada. Eleonora Rabinovich Directora Del Área De Libertad de Expresión de la Asociación por los Derechos Civiles mostró su disconformidad con la normativa expresando que: “el nuevo tipo penal tiene problemas de compatibilidad con los principios esenciales que deben regir una legislación penal respetuosa de las garantías constitucionales y por eso debe ser rechazado”. (2013, s.d.).

3. El grooming en el Código Penal

El tipo penal introducido por la ley 26.904 al Código Penal como ya se había expresado con anterioridad se encuentra regulado en el artículo 131 donde se prevé el delito de *grooming*. La redacción del artículo resulta severamente cuestionada debido a la imposibilidad concreta que existe de probar “el propósito” que es descripto por el tipo penal (Tomeo, 2014). Resulta casi imposible poder comprobar que la finalidad buscada mediante el contacto termine con la comisión de un delito que vulnere la integridad sexual del menor. La imprecisión que surge del requisito subjetivo también aduce a que la normativa sobre *grooming* estaría quebrantando el principio de legalidad.

Dentro del tipo penal no se establece la edad que debe tener el sujeto activo, mientras que si se fija con claridad la edad del sujeto pasivo el cual debe ser menor, por lo tanto se infiere que tiene que tener menos de dieciocho años.

La escala penal será de seis (6) meses a cuatro (4) años de prisión para quien contacte al menor y a su vez tiene el mismo máximo que los delitos de producción de material pornográfico o el abuso del menor. Entonces, puede encontrarse una falencia normativa ya que al establecer el monto de la pena para la conducta de contactar no se estableció diferencia con la pena que correspondería por la comisión de un delito posterior. De esta manera podría considerar que contactar a un menor y contactar para abusar de él significaría lo mismo conforme a la escala penal que se le ha otorgado al delito (de Llano y Racca, 2014).

Por otra parte, también se ha señalado que el texto aprobado viola el principio de proporcionalidad de las penas, en tanto prevé la misma escala penal para un acto

Los problemas de determinación del grooming

preparatorio que para el delito de abuso sexual consumado, contemplado en el artículo 119 del Código Penal⁶ (Anónimo, 2013). Además, la ausencia en la normativa de la edad específica llevará en la práctica a graves problemas de atipicidad, que dejará librado su subsunción a la discrecionalidad del juzgador.

De la simple redacción del artículo 131 del Código penal se puede inferir que el *grooming* se presenta como una figura independiente y que si se cumple el objetivo de perpetrar el delito mayor, como puede ser el abuso sexual, nos encontraríamos ante un concurso material de delitos, ya que existen distintas conductas delictivas pero deberá dictarse una única pena.

La incorporación de este artículo al Código Penal, para Pesclevi (2015), resulta innecesario en tanto se describió la conducta prohibida de forma imprecisa y no existen datos fehacientes que permitan justificar la necesidad de criminalizar la conducta reprochada y al mismo tiempo se han penado actos preparatorios que pueden abarcar

⁶ CP. Art. 119. - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece 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. La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f).

situaciones que no causen daño alguno ni generen un peligro concreto, lo cual viola el principio de lesividad.

Se considera que el artículo 131 de Código Penal es apenas un esbozo de lo que debería de ser la regulación de una figura como el *grooming* donde se encuentra en juego la indemnidad sexual de los menores. Partiendo de esa base resulta necesario que la legislación defina la figura a fin de que exista un consenso sobre lo que debe entenderse por *grooming* y su alcance. Además vivimos en un país de habla hispana y existen numerosas palabras que podrían emplearse para conceptualizar al delito y no tener que recurrir a una palabra extranjera. Si se lo llamara acoso o contacto virtual a menores, nos estaríamos refiriendo a lo mismo y de manera más fácil de comprender para el común de la población.

Resulta importante que la norma sancionara las etapas que van entre el contacto del menor hasta la consumación del delito mayor, ya que la seducción, la extorsión y el acoso forman parte del delito que no merecen quedar impunes. La idea de sancionar estas conductas radica en la manera que afectan al menor tanto física como psicológicamente y que le puede traer trastornos a futuro.

La escala penal tendría de ser revisada y en el caso de contacto debería de ser menor a lo que se establece si se consuman los delitos mayores, por ejemplo el abuso. También es necesario que se tenga en cuenta la sanción de la tentativa.

4. Proyecto de Reforma Código Penal

En el año 2012 el Poder Ejecutivo de la Nación creó, mediante el Decreto N° 678/1225, una “Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”.

En el Anteproyecto, en el artículo 133 inciso 2°, está contenida la figura de *grooming*, su letra reza:

1. Cuando se cometiere con continuidad, será penado como corrupción de menores:

- a) Con el máximo de la pena de prisión elevado hasta DOCE (12) años, el delito del inciso 3° del artículo 131°.
 - b) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del inciso 4° del artículo 131°.
 - c) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del artículo 132°
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.”

La Comisión refiere que “es el único que introduce un tipo cuya modalidad ha crecido con la tecnología digital”. 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. 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.

5. El Principio de legalidad

El principio de legalidad resulta ser el basamento sobre el que se asienta el derecho penal, dentro del que se encuadra el ordenamiento jurídico nacional y está representado en la expresión latina *Nulla poena sine legge* que se refiera a la no existencia de delito sin una ley previa. La expresión *Nulla poena sine lege* puede recibir distintas interpretaciones. Respecto a ello, Hall (2010, p.1) sostiene:

Con un alcance restringido se refiere únicamente a las sanciones establecidas por leyes penales: ninguna persona debe ser penada excepto de conformidad a una ley que fije una pena para una conducta criminal. Empleada o interpretada como *nullum crimen sine lege*, prohibición que ata a que no debe reputarse punible conducta alguna de no estar descripta como hipótesis en una ley penal. Por añadidura, *nulla poena sine lege* ha sido entendida como una exigencia de que las leyes penales deben construirse de manera estricta. Un significado finalmente importante del principio es el de que a las leyes penales no debe dárseles efecto retroactivo.

Los problemas de determinación del grooming

La Constitución Nacional establece el principio de legalidad en su artículo 18 “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, tal como lo expresa el citado artículo este principio funciona como una garantía para las personas, ya que la única manera que tendrán de ser penadas es que sus conductas encuadren dentro de un delito que se encuentre tipificado. Para el principio en análisis solamente podrá recibir una pena aquella persona que ha realizado una conducta que se encuentra taxativamente detallada en la legislación como prohibida y que es susceptible de recibir una sanción. Se requiere que la ley que describa a la conducta ilícita se encuentre vigente al momento en que se ha consumado la conducta ilícita (Creus, 1992). De lo expresado, puede resumirse que no existiría delito y tampoco una pena si la conducta realizada por el sujeto no encuadra dentro de un tipo penal. En esta línea argumentativa la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.⁷

Dentro de los Tratados Internacionales también se hace referencia al principio de legalidad al expresarse que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito"⁸. El principio de legalidad se fundamenta en la idea de que resulta necesaria la existencia de una ley que establezca una prohibición o un mandato y que la persona al haber transgredido o incumplido lo establecido deba recibir un castigo. Pero para ello, tiene que existir una sanción para su conducta.

⁷ Corte IDH, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", sentencia de 2-02- 2001, Serie C, nro. 72.

⁸ Pacto de San José de Costa Rica Art 9

Los problemas de determinación del grooming

Dentro del ámbito del derecho penal la retroactividad de la ley tiene la finalidad de convertir en delito una conducta que al tiempo de su realización no se encontraba encuadrada como tal, es decir que dentro del ordenamiento no estaba tipificada en ningún tipo penal. Según el principio en análisis la definición del tipo penal y la conducta punible resultan de una tarea de elaboración designada al Poder Legislativo (Sagues, 2007). Tal como lo ha expresado Pique (2013) el Poder Legislativo podrá crear tipos penales siempre que los mismos tengan su origen en una ley formal y no por decreto.

El principio de legalidad puede entenderse como una garantía criminal, jurisdiccional, penal y de ejecución. Dentro de la garantía criminal se encuentra la exigencia de que el delito debe encontrarse determinado en la ley. Por su parte, la garantía penal necesariamente requiere que exista una ley que determine la pena que condice con el hecho. La garantía jurisdiccional determina que la existencia del delito y la pena que se imponga al mismo deben ser expresadas mediante sentencia judicial, tras haberse realizado para ello el proceso judicial y la garantía de ejecución determina que la existencia de la pena se encuentre ligada a la ley que la regula (Bonetto, 2005)

El principio de legalidad resulta tal como lo establece Pérez Duhalde (2015, p.1) una “garantía frente al poder punitivo estatal” y se constituye en una importante barrera frente a su arbitrariedad. Resulta importante reconocer que el exceso del poder punitivo estatal puede hacerse presente cuando no existe una precisa descripción de la acción típica dentro de la normativa. Es por ello que resulta necesario en determinados casos no solo que el derecho penal proteja a la persona, sino que la persona sea protegida del derecho penal (Simaz, 2014)

El principio de legalidad se encuentra relacionado con la discrecionalidad administrativa por lo que toda atribución de competencia que realice un órgano tiene la obligación de ser efectuado mediante una norma jurídica. El vínculo entre el principio de legalidad y la discrecionalidad encuentra su sustento en que el órgano no puede accionar sin tener en cuenta las facultades fijadas por la norma, ya que la misma le indica los lineamientos a considerar frente a determinadas circunstancias.

6. Principio de legalidad y el grooming

El principio de legalidad funciona como una especie de límite que “beneficia a la libertad individual, evitando que el poder se desmesure y ocupe el espacio de esta” (Ekmekdjian, 2000 p.272)

Tal como se expresó con anterioridad si el principio de legalidad es una garantía para que nadie sea penado por una conducta que al realizarse no se encontraba tipificada, en el caso del *grooming* se está penando un acto preparatorio, en el caso de quien “contactare” a un menor, pero se desconoce cuál será la finalidad de ese contacto, ya que el mismo puede que no ponga en peligro al menor desde ninguna perspectiva.

Al no establecerse las acciones típicas realizadas por el sujeto activo no se puede asegurar cuando una conducta es o no punible, ya que la norma sólo se limita a establecer “el que contactare” pero quedan muchas otras conductas realizadas por el acosador que deben ser regulados.

Entonces, se puede afirmar que la norma actual sobre *grooming* vulnera la garantía constitucional de legalidad por resultar indefinida la acción que establece el tipo penal. Si bien se sostiene la postura antes esbozada no puede dejar de hacerse referencia a que la jurisprudencia sostiene una postura totalmente contradictoria al sostener que:

Lejos de endilgar una conducta atípica al nombrado o de vulnerar el principio de legalidad como deslizara la Defensa al referirse al “grooming”, en el caso, esta actividad [...] subsume perfectamente en el tipo objetivo y subjetivo de la norma del art. 125, párrafos segundo y tercero, del Código Penal, pues ellos son los actos corruptores de la menor de 8 años de edad⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido respecto a los términos que deben emplearse en la creación de los tipos penales y lo expresado resulta aplicable a la discusión sobre la indeterminación existente en el *grooming*.

⁹ Tribunal en lo Criminal Nro 1 de Necochea. "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013)

La Corte IDH ha destacado la necesidad en la elaboración de los tipos penales de utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, de tal manera que exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar con penas que afecten severamente los bienes fundamentales como la vida y la dignidad¹⁰

7. Conclusión parcial

La Ley 26.904 incorporó al Código Penal la figura del *grooming* mediante el artículo 131. Esta incorporación resulta sumamente cuestionada por considerarse que el texto resultó defectuoso y que debería ser esclarecido por la jurisprudencia y la doctrina. Además de no resultar necesaria la creación de una legislación específica cuando los delitos contra la integridad sexual existían en la codificación

La incorporación de la figura a la legislación penal no logró una aceptación doctrinaria de forma parcial y se han planteado numerosas falencias acerca del contenido de la norma. Se considera que la normativa podría ser modificada en su escala penal y en cuanto a la corrupción de los menores.

Mucho se cuestiona a la legislación sobre *grooming* por no resultar acorde a las garantías constitucionales, principalmente al principio de legalidad. Se sostiene esto debido a la imprecisión de la norma al definir la conducta típica y a la dificultad de demostrar que la finalidad buscada la establecer contacto con el menor derive en la comisión de un delito de mayor gravedad que atente contra la indemnidad sexual de la víctima.

¹⁰ CHID. “Kimel Vs argentina”(2004)

Conclusión general

El internet ha sido uno de los descubrimientos de los últimos tiempos que ha revolucionado el ámbito del intercambio de datos y de las comunicaciones, pero también ha creado el surgimiento de numerosos delitos que lo utilizan como un medio dentro de su *modus operandi*. Los delitos que se generan mediante el uso de la tecnología de las comunicaciones y que utilizan como soporte el internet resultan difíciles de sancionar debido a la dificultad de determinar la identidad de quien comete el ilícito.

No es que exista una nueva modalidad delictiva sino, que ha cambiado la manera de cometer el delito, pero no el delito en sí.

Legislar los delitos informáticos resultaba una materia pendiente para la República Argentina hasta la sanción de la ley 26.388 la cual se adaptó a los lineamientos establecidos por el Convenio sobre Cibercriminalidad, incorporó nuevas figuras penales y sus respectivas sanciones. Hasta ese entonces, los actos ilícitos informáticos no eran considerados como delitos, ya que no existía una ley anterior que los tipificara como tales. La sanción de la ley 26.388 resultó muy cuestionada por considerarse que podía establecerse por analogía una pena para los delitos informáticos sin la necesidad de la creación de una legislación específica.

El *grooming* es el contacto mediante medios virtuales que se entabla entre una persona mayor de edad y un menor con la finalidad de ganarse su confianza y que tiene

Los problemas de determinación del grooming

como finalidad la configuración de un delito mayor que produzca una lesión en la integridad sexual de la víctima.

Frente al bien jurídico que se busca tutelar en el delito de *grooming* la doctrina se encuentra dividida, ya que por un lado se considera que sería la indemnidad sexual y por otro, la integridad sexual. Se considera que el bien jurídico que debe tutelarse en el delito de *grooming* es la indemnidad sexual que permite la libertad del desarrollo de la personalidad, sin que exista interferencia de parte de terceros que puedan dañar la dignidad humana y dejar una marca psicológica de por vida.

La sanción de la ley 26.904 que incorpora al *grooming* a la codificación penal se considera innecesaria debido a que los delitos que puede presentarse después de los actos preparatorios ya se encontraban tipificados en el ordenamiento y se podrían haber impuesto esas penas para quienes los cometieran.

El principio de legalidad resulta ser el basamento sobre el que se asienta el derecho penal, pudiendo entenderse como una garantía criminal, jurisdiccional, penal y de ejecución. Funciona como una “garantía frente al poder punitivo estatal” y se constituye en una importante barrera frente a su arbitrariedad. La Corte IDH ha destacado la necesidad en la elaboración de los tipos penales de utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, de tal manera que exista una clara definición de la conducta incriminada. La ambigüedad en su formulación genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad.

La conducta típica del delito de *grooming* se establece a través del verbo “contactar”, el cual es un acto preparatorio para la configuración un delito de mayor lesividad. La acción típica resulta sumamente indeterminada y la posibilidad de probar que el contacto perseguía una finalidad sexual resulta improbable, entonces tanto la conducta típica como el elemento subjetivo, serian contrarios al principio de legalidad. La legislación penal sobre *grooming* afecta directamente al principio constitucional de legalidad porque la descripción de la conducta incluye muchas otras conductas que no necesariamente resultan dañosas al bien jurídico que se busca tutelar, que es la indemnidad sexual del menor.

Bibliografía

Doctrina

Alonso, Silvina A. (2014) *Grooming y CDN: algunas reflexiones*. La Ley. AR/DOC/2051/2014

Arocena, Gustavo (2015) *Ataques a la integridad sexual*. Buenos Aires: Astrea

Bonetto, Luis (2005) *Derecho Penal y Constitucional*. En Lascano, Carlos J. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Tomo II. Córdoba: Advocatus

Creus, Carlos (1992) *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Actualizada. Argentina: Astrea

Cugat Mauri, Miriam (2014) *Ciberdelitos*. Buenos Aires: Hammurabi

De Llanos, Gonzalo y Racca, Ignacio (2014) *Child grooming: análisis crítico de un pecado moderno*. La Ley. AR/DOC/1494/2014

Ekmekdjian, Miguel A. (2000) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Actualizada. Buenos Aires: Depalma

Guibourg, Ricardo; Allende, Jorge y Campanella, Elena. (1996) *Manual de informática Jurídica*. Buenos Aires: Astrea

González Pondal, Tomas I. (2010) *Grooming. Proyecto de ley modificativo del Código Penal*. La Ley.

Los problemas de determinación del grooming

Hall, Jerome (2010) *El principio de legalidad* (nulla poena sine lege). La Ley. AR/DOC/1803/2010

Jijena Leiva, Renato (1992) *Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático*. Chile: Editorial Andrés Bello

Molina Cantillana, René (2008) *Delitos de pornografía infantil*. Santiago de Chile: Ed. Librotecnia

Pérez Duhalde, Ramiro (2015) *Principio de legalidad estricta en materia penal breve historia y desvíos. El caso del terrorismo*. La Ley. AR/DOC/3683/2015

Quercia, Matías. (2015) *El delito de grooming y su punibilidad anticipada*. Libro XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Infojus.

Sagues, Nestor P. (2007) *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea

Simaz, Alexis L. (2014) *Principio de legalidad e interpretación en el derecho penal: algunas consideraciones sobre la posibilidad de interpretar extensivamente la ley sustantiva*. La Ley. AR/DOC/2294/2014

Tazza, Alejandro (2014) *El delito de Grooming (art. 131 del Código Penal)*. Disponible en: <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.html>

Tellez Valdés (1996) *Derecho informático* 2ª Ed. México: McGRAW-HILL

Tomeo, Fernando (2014) *Redes sociales y tecnologías 2.0*. 2ª ed. Buenos Aires. Astrea

Vaninetti, Hugo (2015) *Los niños, niñas y adolescentes e internet. Problemática. Prácticas que afectan sus derechos. Protección. Marco normativo*. La ley. AR/DOC/2087/2015

Velázquez Elizarragás, Juan c. (2007) *El estudio de casos en las Relaciones Jurídicas Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México

Periódicos

Tomeo, Fernando (2012) *Grooming: el delito de mayor impacto sobre adolescentes en la web*. Argentina. *La Nación*. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1475169-grooming-el-delito-de-mayor-impacto-sobre-adolescentes-en-la-web>

Rabinovich, Eleonora (2013) *Acoso en la red: problemas de una figura penal*. *Diario Clarín*. Buenos Aires. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/Acoso-Red-problemas-figura-penal_0_Sy3yo8swQx.html

Revistas

Anónimo (2013) *APP frente a la figura del grooming en el Código Penal*. Argentina. *Asociación Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/COMUNICADOGROOMING-1.pdf>

Arocena, Gustavo (1997) *De los delitos informáticos*. *Revista de la Facultad de Derecho*. Vol. 5 n°1. Universidad Nacional de Córdoba.

Buompadre, Jorge E.(2014) *Grooming*. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf>

Garibaldi, Gustavo E. (2015) *Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina*. Argentina. *SAIJ*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/aspectos-dogmaticos-grooming-legislado-argentina-aspectos-dogmaticos-grooming-legislado-argentina-nv11208-2015-05-08/123456789-0abc-802-11ti-lpssedadevon>

Nager, Horacio S. (2014) *Protección penal de la privacidad en la sociedad de la información. Delitos Informáticos*. *Revista Derecho Penal*. Año III. N°7. Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Nocera, Luis A. (2014) *El grooming en la legislación argentina*. Argentina. *SAIG*. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/luis-angel-nocera-grooming-legislacion-argentina-dacf140652-2014-08/123456789-0abc-defg2560-41fcanirtcod>

Los problemas de determinación del grooming

Pesclevi, Sandra M. (2015) Grooming, una figura a modificar en el Código Penal. *Revista Pensamiento Penal*. Argentina. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41019-grooming-figura-modificar-codigo-penal>

Pique, María (2013) La Convención de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino. Buenos Aires: La Ley

Schinidrig, Daniela (2016) El delito de grooming en la legislación penal actual y proyectada en argentina. *CELE*. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/Informe-Anteproyecto-Codigo-Penal.pdf>

Vaninetti, Hugo y Gustavo (2017) Posesión de pornografía infantil. Internet y el medio informático. Necesidad de precisarlo terminológicamente y de legislarlo penalmente. Antecedentes normativos. La mera visualización y la posesión fugaz. Argentina: La Ley

Otros

Carranza Torres, Martín y Bruera, Horacio. (2008). *La incorporación de los delitos informáticos al Código Penal argentino*. Argentina. Disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/06/2008/noticias/la-incorporacion-de-los-delitos-informaticos-al-codigo-penal-argentino>

Delgado Granados, María (s.f.) *Delitos informáticos delitos electrónicos*. México. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/120.pdf>

Granero, Horacio R. (2008) *Delitos informáticos: muchas gracias*. elDial.com. Disponible en: https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcc-detalle.asp?id=4154&id_publicar=5252&fecha_publicar=11/06/2008&camara=Editorial&base=99

Los problemas de determinación del grooming

Legislación

Código Penal Argentino

Ley 25.326 Datos Personales

Ley 26.388 Delitos Informáticos

Ley 26.904

Jurisprudencia

Trib. Crim., N°1, Necochea, "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013) Expte. T.C. N° 4924-0244.

Trib. de Juicio, Sala IV "Canario, José Antonio s/ hostigamiento sexual contra menores o grooming y abuso sexual con acceso carnal" (2014) LL.AR/JUR/76639/2014

Corte IDH, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", sentencia de 2-02- 2001, Serie C, nro. 72.

CHID. "Kimel Vs. Argentina" (2004).