



Trabajo Final de Graduación

Vulneraciones constitucionales a partir de la incorporación del *Grooming*  
en el Derecho Penal Argentino

Aguilar, Juan Carlos

DNI N° 29079163

Abogacía

Año 2019

## Resumen

El desembarco mundial de la tecnología, nutrió a la humanidad de herramientas para interactuar en diferentes ámbitos de la vida cotidiana, de manera tal que, actualmente, a través de la web, se generan innumerables operaciones y/o comunicaciones, pero lamentablemente, éste adelanto no está ajeno a la mala administración por parte del sujeto activo llamado *Groomer*.

Como desencadenante de ello, el Derecho Penal Argentino, se vio en la obligación de introducir una reforma en su Código de Fondo, viéndose ella reflejada mediante la aprobación de la ley 26.904 (-B.O. 11/12/2013-), tipificándose así el delito de *Grooming*.

Cabe destacar, que hasta ése momento, el accionar delictivo del *Groomer*; quedaba enmarcado dentro de los delitos informáticos en general, sin encuadrar dentro de los delitos sexuales.

Asimismo, y pese al paso del tiempo, no se ha dado tratamiento a los problemas jurídicos suscitados ante la vulnerabilidad de los principios y garantías constitucionales, como tampoco a la falta de proporcionalidad de las penas o bien la llenado del vacío legal generado al analizar el ejercicio de la acción penal, toda vez que el delito de *Grooming*, tiene la particularidad de ser un delito de acción pública, ello en marcada contraposición del Derecho Penal Argentino.

**Palabras clave:** *groomer*, *grooming*, delito sexual, vulnerabilidad, principios, garantías.

## **Abstract**

The world disembarkation of technology, nurtured the humanity of tools to interact in different areas of daily life, in such a way that, currently, through the web, countless operations and / or communications are generated, but unfortunately, this advancement is not alien to the bad administration by the active subject called Groomer.

As a trigger for this, Argentine Criminal Law was obliged to introduce a reform in its Fund Code, which is reflected by the approval of law 26.904 (-BO 11/12/2013-), thus typifying the crime go Grooming.

It should be noted that until that time, the criminal actions of the Groomer, was framed within cybercrimes in general, without being framed within sexual crimes.

In addition, and despite the passage of time, there has been no treatment given to the legal problems arising from the vulnerability of constitutional principles and guarantees, as well as to the lack of proportionality of sentences or the filling of the legal vacuum generated when analyzing the exercise of criminal action, since the crime of Grooming, has the particularity of being a crime of public action, this in marked opposition to Argentine Criminal Law.

**Key words:** groomer, grooming, sexual crime, vulnerability, principles, guarantees.

Resumen	2
Abstract	3
Introducción General	6
Capítulo 1. El delito de <i>Grooming</i> .	9
Nociones Generales.	10
Introducción.	10
1.1. Grooming.	11
1.1.1. Concepto.	11
1.1.2. Origen de término.	11
1.2. Bien jurídico tutelado.	11
1.3. Determinación de los sujetos.	12
1.3.1. Sujeto activo.	12
1.3.2. Sujeto pasivo.	13
1.4. Afectación de principios y garantías constitucionales.	13
1.4.1. Principio de legalidad.	14
1.4.2. Artículo 18 de la Constitución Nacional.	14
1.4.3. Principio de proporcionalidad de la pena.	15
1.5. Investigación en la Provincia de Buenos Aires.	16
1.5.1. Implementación y aplicación de la RED 24/7.	18
1.6. Conclusiones del capítulo.	18
Capítulo 2. Regulación normativa.	20
Introducción.	21
2.1. Código Penal Argentino.	21
2.1.1. Artículo 128.	21
2.1.2. Artículo 131.	22
2.2. Ley 26.904 - Grooming.	23
2.3. Ley 26.388 - Delitos Informáticos.	23
2.4. Otras figuras tales como el Sexting y Cyberstalking.	23
2.5. Conclusiones del capítulo.	24
Capítulo 3. Jurisprudencia y derecho comparado internacional.	26
Introducción.	27
3.1. Jurisprudencia.	27
3.2. Derecho comparado internacional.	30
3.2.1. Derecho Penal Español.	30
3.2.2. Derecho Penal Alemán.	31
3.2.3. Derecho Penal Estadounidense.	32
3.2.4. Derecho Penal Canadiense.	33

3.2.5. Derecho Penal Peruano.	33
3.2.6. Cuadro comparativo del derecho internacional.	34
Conclusión Final	37
Bibliografía.	40

## **Introducción General**

El delito de *Grooming* sobre el cual estará centrado el Trabajo Final de Graduación, tiene su génesis en la rama del Derecho Público, precisamente, dentro de la órbita del Derecho Penal Argentino, siendo previsto y reprimido por el Libro II - Título III - Delitos Contra la Integridad Sexual - Capítulo IV - Artículo 131 de la Parte Especial del Código Penal de la República Argentina.- Razón por la cual, cabe destacar, que el mencionado artículo fue incorporado al Código de Fondo mediante la sanción y promulgación a fines del año 2013 de la ley 26.904, por cuanto se impuso la pena de entre seis meses a cuatro años, al sujeto que, por medio de la utilización de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otro medio tecnológico de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier tipo de delito contra su integridad sexual.

Si bien el término *Grooming* no se encuentra en el diccionario de la entidad cultural mundialmente reconocida como la Real Academia Española, vale decirse que, el delito de *Grooming* consiste en el acoso virtual, ejercido por el *Groomer*, sobre niñas, niños y adolescentes, menores de dieciocho años de edad, con el objeto de crear puentes de confianza, establecer lazos emocionales y de amistad, con el propósito final de despojarlos de sus frenos inhibitorios, para de ésta forma, conseguir mediante la utilización del engaño y la seducción, perturbar su integridad sexual, colocándolos en un estado de vulnerabilidad ante sus deseos o pretensiones.

No resulta desacertado ni descabellado consignar, que en algunos casos, éste ardid delictivo está perfectamente pensado, ideado, pergeñado o planificado con el propósito principal de insertar al menor en el mundo de la prostitución infantil, ya sea a través del intercambio o reproducción de material pornográfico o bien, mediante su explotación sexual directa o indirecta, sin tener en cuenta el irreparable daño moral, físico y psicológico, en algunos casos irreversibles, que se le ocasionan al menor víctima de éstos aberrantes hechos delictivos.

Sin lugar a dudas, ésta problemática, y tal como ya se ha expresado, nació de la mano del desembarco a nivel mundial de la era tecnológica, la que diariamente crece a pasos agigantados en tiempos actuales, razón por la cual, las normativas penales existentes, debieron allanarse con el objeto de poder contener y acompañar desde el Estado a quien resultan víctima de éste tipo de delito, pero como suele suceder en estos casos, el remedio procesal que se intenta aplicar resulta escasos o

culos, poniendo en discusión la problemática planteada a partir de la vulnerabilidad o afectación de principios y garantías constitucionales, como así también la violación al principio de proporcionalidad de las penas, para quien resulte penalmente responsable de la comisión del nuevo delito naciente.

Ante tamaño interrogante, a la largo del TFG, se tratará de responder a interrogantes tales como ¿Se vulnera algún principio constitucional con la regulación del delito de *Grooming* en el Derecho Penal Argentino?

Dicho ello, se planteará como objetivo general, analizar si se vulnera algún principio constitucional con la regulación del delito de *Grooming* en el Derecho Penal Argentino. En relación a los objetivos particulares, debe decirse que a través de ellos, se analizara de manera detallada el concepto; origen; bien jurídico tutelado y sujetos intervinientes en el delito de *Grooming*. Asimismo, se estudiara el derecho comparado internacional, al igual que los principios de raigambre constitucional y la legislación tipificante del delito de *Grooming* en la República Argentina.

Por lo expuesto, la hipótesis investigativa, teniendo en cuenta el problema de investigación inicialmente planteado, como así también los objetivos trazados, estará centrada en la recolección y análisis de la mayor cantidad de información con el objeto de establecer fehacientemente la vulneración o no, a los principios y garantías constitucionales, por lo cual, y ante la hipótesis planteada en relación a si se ven vulnerados principios constitucionales con la regulación del delito de *Grooming*, se observa que el principio de proporcionalidad de las penas por aplicar al *Groomer*, se ve seriamente comprometido, ya que en el texto del nuevo delito tipificado se prevé la misma escala penal para los actos preparatorios del delito de *Grooming* que para el delito de abuso sexual consumado conforme lo tipificado en el artículo 119 del Código Penal de la República Argentina, reprimiendo en ambos caso, con una escala penal similar de entre seis meses a cuatro años de reclusión o prisión para ambas conductas delictivas, lo cual es totalmente cuestionable ya que la pena debe resultar proporcionada a la gravedad del hecho cometido, teniéndose en cuenta que debe aplicarse una pena adecuada ante las circunstancias y gravedad del injusto reprochable.

En cuanto a la metodología de la investigación, el TFG presentará un enfoque metodológico cualitativo, toda vez que se buscará en todo momento entender, comprender, comparar y comprobar el conocimiento sistemático del delito planteado,

en pos de la promoción y/o intento de explicación del fenómeno planteado, generando las respectivas conclusiones.

La presentación del TFG será a través de la presentación de tres capítulos bien definidos, exponiéndose en el primero de ellos las nociones del generales de delito de *Grooming* o también llamado ciberacoso, iniciando con la explicación de su concepto y origen, exponiendo en relación al bien jurídico tutelado y determinaciones de los sujetos intervinientes, ya sea, sujeto activo y sujeto pasivo.- A mitad de dicho capítulo, se expondrá en relación a la afectación de principios y garantías constitucionales como así también la violación al principio de proporcionalidad de la pena aplicada, para finalmente dar cierre al capítulo con la exposición de las herramientas de investigación dentro de la Provincia de Provincia de Buenos Aires y la implementación y aplicación de la RED 24/7.

Seguido a ello, se encontrará el segundo capítulo, en el cual se analizará la regulación normativa, legislación y doctrina existente al respecto.

Por último, y como finalización del TFG, se encontrará la conclusión final, la cual será el corolario a través del cual, se dejará expresado si con la reforma incorporada al Código de Fondo Argentino, se logró realmente tipificar y nutrir de legalidad al delito de *Grooming* o ciberacoso, o en realidad, si se abrieron nuevos interrogantes que aún no han sido abordados, pero ello, no sin antes consignar que en el tercer capítulo se podrá encontrar toda la jurisprudencia consultada, analizada y estudiada para arribar a las conclusiones finales.



## **Capítulo 1. El delito de *Grooming*.**

## **Nociones Generales.**

### **Introducción.**

El desembarco mundial de la era tecnológica con mayor crecimiento y apego en la última década, abrió las puertas a la comunicación instantánea y fluida entre sujetos ubicados en los lugares más remotos, inusitado e inhóspitos del planeta, trayendo aparejada la creación de diversos foros, redes sociales, chat, en innumerables plataformas virtuales, operadores y aplicaciones web, tales como pueden ser *facebook*, *instagram*, *twitter*; *snatchat*, entre otros. Ello, sin lugar a dudas, ha entablado y/o fortalecido lazos comunicativos afines entre la humanidad, pero, lamentablemente, debe saberse que tal como pasa en épocas de cambios, y teniéndose en cuenta que un elevado porcentaje de los consumidores cibernéticos resultan ser niñas, niños y adolescentes menores de edad, ellos son potenciales víctimas del delito de *Grooming*, ya que pueden ser captados por ciber acosadores y/o grupos de pedófilos o puntualmente por los llamados y reconocidos *Groomer*, quienes se escudan bajo falsos perfiles con el objetivo preciso de acosar a los menores por cualquier plataforma tecnológica en busca de la creación de puentes de confianza y amistad, con el único objetivo de despojar al menor de sus frenos inhibitorios, para de ésta forma, conseguir mediante la utilización del engaño y la seducción, perturbar la integridad sexual del menor, colocándolos en un estado de vulnerabilidad ante sus deseos o pretensiones.

Por ello, y al tratarse de una modalidad delictiva que avanza diariamente, debe saberse que el delito de *Grooming*, no tiene las mismas características de la mayoría de los delitos previstos en la Parte General del Código Penal, en donde, el tipo objetivo del delito requiere una "acción u omisión del sujeto", ya que ésta modalidad delictiva es diferente, toda vez que en su comisión, el *Groomer*, trata de disimular y esconderse dentro del ciberespacio, tratándose por ello de un delito de oportunidad, en cuanto a que el autor aprovecha una ocasión creada e intensificada dentro del mundo tecnológico, lo que genera continuamente eventuales víctimas sin ni siquiera saberlo. Dicho ello, es propicio consignar, que el delito de *Grooming* consiste en el acoso virtual, ejercido por el *Groomer*, sobre niñas, niños y adolescentes, menores de dieciocho años.

Asimismo, y teniéndose en cuenta que las niñas, niños y adolescentes han nacido en gran cantidad, junto a la evolución de la era tecnológica, lo cierto es que los mayores responsables, han tenido que ayornarse a los cambios y actualizarse con el

propósito de poder proteger a sus menores, toda vez que los mismos son aliados de la tecnología en busca de diversión, recreación y en muchos casos la utilizan como material consultor primario al momento del estudio.

Por último, cabe destacar, que la República Argentina, al igual que otros países, se ha visto obligada a regular la actividad delictiva descripta, incorporando reformas en su Código de Fondo, sancionado así a través de la Cámara de Senadores Nacional, a fines del año 2013, la incorporación al Código Penal del artículo 131, dando nacimiento de ésta manera y tipificando el delito de *Grooming* en el Estado Argentino.

## **1.1. *Grooming*.**

### **1.1.1. Concepto.**

Si bien el término *Grooming* no se encuentra en el diccionario de la entidad cultural mundialmente reconocida como la Real Academia Española, de la lectura de renombrados doctrinarios en el tema tales como Horacio Fernández Delpech; Gustavo Eduardo Aboso, Gustavo Alberto Arocena o Fabián Ignacio Balcarce, entre otros autores o destacados juristas, puede decirse que todos son coincidentes en que dicha figura penal se conceptualiza como la conducta de acciones deliberadas y preparatorias articuladas a través del acoso virtual por medios digitales, ejercido por un sujeto mayor de edad, individualizado como *Groomer*, sobre niñas, niños y adolescentes menores de edad, con el objeto de crear conexiones, puentes de confianza, establecer lazos emocionales y de amistad, con el propósito final de despojarlos de sus frenos inhibitorios, para de ésta forma, conseguir mediante la utilización del engaño y la seducción, perturbar su integridad sexual, colocándolos en un estado de vulnerabilidad ante sus deseos o pretensiones sexuales.

### **1.1.2. Origen de término.**

La terminología proviene el vocablo anglosajón *Groom*, que significa preparar o acicalar algo con el fin de socavarlo, destruirlo o debilitarlo.

## **1.2. Bien jurídico tutelado.**

Más allá de diversas y encontradas posturas doctrinarias en relación al bien jurídico tutelado, debe mencionarse que a partir de la incorporación del artículo 131 al Código Penal Argentino, lo que se busco es la protección de la integridad sexual de

los niños, niñas y adolescentes menores de edad, en pos de la protección integral del niño, pregonando su normal desarrollo físico, psíquico, social y sexual, impidiendo de ésta manera la realización sobre el menor de prácticas que vulneren o dificulten su autodeterminación sexual o bien que se vea comprometida su libertad sexual.

Sin embargo, de la lectura de textos doctrinarios, se logra determinar que no se ha conseguido un consenso unitario en cuanto al bien jurídico tutelado, existiendo posiciones enfrentadas.

### **1.3. Determinación de los sujetos.**

Dentro de la determinación del sujeto se puede claramente observar o determinar dos tipos de sujetos que intervienen conjuntamente y de manera conjunta en el delito de *Grooming*, y ellos son: 1) El sujeto activo o autor; y 2) El sujeto pasivo o víctima. Seguidamente, se dará una descripción de cada uno de ellos.

#### **1.3.1. Sujeto activo.**

El texto de la norma jurídica tipificada, es decir, el contenido del artículo 131 del Código Penal, no realiza ningún tipo de distinción en cuanto al autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, haciendo sólo una vaga expresión que ha quedado redactada o simplificada en, el que, no determinándose la autoría o responsabilidad penal, pudiéndose tratar indistintamente de cualquier persona, incluso un menor de edad podría hallarse revistiendo el carácter de *Groomer*, dejando ello entrever que la norma no es clara en relación al sujeto activo, ya que no se tipifica de manera taxativa o exclusiva sobre quien recae la responsabilidad de la autoría, por lo que al ser ejercida la acción por un menor de edad, estaríamos apartándonos del concepto típico del delito de *Grooming* que fuera definido con antelación, toda vez que, para que el delito se configure, el sujeto activo que provoca el acoso, debe ser un mayor de edad.

En ese mismo orden, debe consignarse que el texto de la norma nada dice en relación al requerimiento de la constitución del tipo penal de la simulación de identidad del sujeto activo, siendo ello muy frecuente en la práctica diaria del delito.

Finalizando, cabe destacar, que en relación a la imputación del delito de *Grooming*, en donde el sujeto activo sería un menor de edad, sólo estarían alcanzados por la normativa como sujetos activos, aquellos menores comprendidos entre los 16 y los 18 años de edad, quienes de acuerdo al régimen penal minoril, serían autores

penalmente inimputables según lo normado en la ley 22.278, régimen penal de la minoridad, y su modificatoria ley 22.803, aclarando a ésta altura sin entrar en detalles, que existe otro fenómeno cibernético adolescente muy emparentado con el *Grooming*, que es mayoritariamente fomentado y practicado entre los adolescentes, tratándose del *Sexting*, el cual se analizará con detenimiento y profundidad más adelante, sólo mencionando a modo de adelanto que se trata del envío de imágenes y videos sexuales, de sí mismo, vía mensaje de texto con archivo adjunto, foros, posteos, redes sociales, e-mails, correos, entre otros.

### **1.3.2. Sujeto pasivo.**

En relación al sujeto pasivo en el delito de *Grooming*, el texto de la norma incorporada al Código de Fondo Argentino, acertadamente no hace ninguna referencia ni distinción de edad del sujeto pasivo, desprendiéndose que puede ser víctima cualquier persona menor de 18 años de edad, llamando poderosamente la atención que no se contemple a las personas incapaces mayores de edad, los cuales deberían haber sido tenidas en cuenta dentro de la redacción de la norma, omisión que podría traer aparejada la inconstitucionalidad de la norma por violación al principio de igualdad ante la ley.

Asimismo, al hacer alusión al sujeto pasivo, se suscitan algunas inconsistencias con el resto de los delitos de índole sexual previstos en el título III del Código Penal, al no hacerse una distinción en relación a la edad de la víctima, su inmadurez sexual y bien en relación a la capacidad de consentir la práctica sexual.

Dicho ello, y de una pormenorizada lectura de doctrinarios que se han expedido al efecto, se desprende que la aplicación de la norma incorporada podría aplicarse sólo en el supuesto de que el sujeto activo sea una persona mayor de edad y el sujeto pasivo un menor de 13 años, ya que aquí su consentimiento es irrelevante, o bien en el caso de que el sujeto activo contactare a un menor de edad pero que éste sea mayor de 13 años y haya prestado su consentimiento.

### **1.4. Afectación de principios y garantías constitucionales.**

Como introducción ante la posible afectación o vulneración de principios constitucionales, puede decirse que de la lectura de doctrinarios tales como Lascano (2005) o Ekmekdjian (2000), es posible determinar que a partir de la redacción de la Primera Parte de la Constitución Nacional Argentina, también reconocida como Carta

Magna, se han creado garantías constitucionales para asegurar el ejercicio de los derechos a su titular, privilegiando la dignidad del ser humano.

Dicho ello, seguidamente se dará tratamiento al principio de legalidad y al principio de la proporcionalidad de la pena.

#### **1.4.1. Principio de legalidad.**

Primeramente, debe decirse que el principio de legalidad encuentra su génesis a partir de la redacción del texto constitutivo del artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina, quedando allí expresado que ningún habitante de la Nación, será obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni tampoco privado de lo que ella no prohíba, teniendo como finalidad absoluta, el resguardo de la seguridad individual del sujeto, consagrando como única fuente del derecho penal a la ley previa, debiéndose afirmar que todo el ordenamiento jurídico nacional reconoce como Ley Suprema al texto constitucional.

Tal como se hiciera mención al momento de redactar el ante proyecto que finalmente diera origen a la promulgación de la ley 26.904, a ésta altura, debe decirse que teniendo en cuenta y analizando pormenorizadamente el texto del incorporado artículo 131 del Código Penal Argentino, se observa que, a *prima facie*, se vulnera el principio de legalidad, el cual se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado, y se expresa en su aspecto formal con la máxima romana *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Éste principio, no sólo es una exigencia de seguridad jurídica sino también una garantía política limitadora de la ley penal. El principio de legalidad, se ve respaldado por el texto de los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina.

Volviendo al análisis de la norma, se puede visualizar que la palabra contactare no se encuentra acompañada de elementos de materialidad que conlleven al acercamiento con el menor de edad, elemento necesario para poder tipificar la conducta legalmente reprochable.

#### **1.4.2. Artículo 18 de la Constitución Nacional.**

Al mencionar y analizar acabadamente el principio de legalidad no se puede hacerlo sin la imperiosa necesidad de tener en cuenta lo normado en el artículo 18 de la Constitución Argentina, cuyo texto hace alusión a que ningún habitante del territorio Nacional, podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al

hecho del proceso, con lo cual se dejaría, de momento, por tierra un procesamiento por el delito de *Grooming*, siendo que la ley anterior al hecho en proceso no sería clara y concisa en su redacción, con lo cual garantías derivadas del principio de legalidad se vería vulneradas, pudiendo consignar la vulneración, por ejemplo, de la garantía criminal que exige que el delito se encuentre determinado por una ley, reconociéndose así el aforismo *nullum crimen sine lege*.

### **1.4.3. Principio de proporcionalidad de la pena.**

Al hacer referencia a éste principio, debe decirse que el mismo tiene como objeto limitar la especie y medida de la pena que se aplicará a cada caso en concreto y se refiere a que la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la gravedad del hecho cometido.

Al momento de analizar la escala penal prevista para el *Groomer* que resulte condenado como autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, se puede denotar la existencia, de una marcada vulneración al principio constitucional de proporcionalidad de la pena, con el cual, se ve afectado el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional. Ello se debe a que el delito analizado, el que inicialmente no deja de ser un delito de preparación, es castigado o reprimido con la misma pena que se aplicará para un delito de índole sexual que ya fuere consumado, pudiéndose consignar a modo de ejemplos los artículos 119, 128 o bien el artículo 130 del Código Penal, siendo totalmente cuestionable e inadmisibles que todos éstos delitos tengan la misma pena, quedando demostrado con ello, una vez más, un cierto grado de incoherencia en la redacción de la norma.

A ésta altura, se cree que los legisladores nacionales deberían buscar un equilibrio que dote al texto primariamente redactado, con un manto de proporcionalidad de las penas en aplicación, toda vez que, para la configuración del delito de *Grooming*, el cual se perfecciona independientemente de la consumación del delito de índole sexual, no es necesario el contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, por lo que debería preverse la aplicación de una pena inferior a las establecidas para los delitos de índole sexual ya consumados.

Pero como suele suceder en estos casos, cabe destacar que se han generado cuestionamientos doctrinarios en relación a la vulneración del principio de proporcionalidad, hay autores que hacen referencia a la prohibición del exceso para referirse al principio de proporcionalidad. En dicho lineamiento jurisprudencial, se

expresan doctrinarios como Maurach o Zipf (1994, página 110), al decir que el principio de proporcionalidad se presenta como un principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, recalcando que toda intervención estatal de la esfera judicial de un individuo, debe estar sometida a la proporcionalidad del medio empleado, extendiéndose a la aplicación de las penas y medidas.

Finalizando, debe consignarse que la aplicación de la pena debe ser proporcional al daño que se ha causado al sujeto pasivo, debe existir un equilibrio adecuado entre la pena aplicada, la gravedad y las circunstancias del delito cometido, lo cual no se ve reflejado con la tipificación el delito de *Grooming* tal como está redactado el texto originario, notándose un total desequilibrio y desproporción, viéndose claramente vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas aplicables, puesto que existe una criminalización penal similar para un acto preparatorio inicial, el cual es castigado de manera inentendible e irracional, con el mismo tipo de pena que se le aplica a un delito de índole sexual ya consumado.

### **1.5. Investigación en la Provincia de Buenos Aires.**

Lamentablemente, son escasos los Estados Provinciales que en sus estructuras judiciales en materia penal, cuentan con los medios logísticos y humanos necesarios y especializados para llevar a cabo investigaciones de marcada envergadura. Sin lugar a dudas, al comenzar a hondar, se logra determinar que una de las propulsoras en materia investigativa ha sido la Capital de la República Argentina, toda vez que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante C.A.B.A.), ha sido una de las primeras (año 2012), en crear unidades fiscales especializada en delitos informáticos, designándose funcionarios exclusivos para llevar adelante éste tipo de investigaciones, siendo los encargados de propulsar eficazmente las investigaciones, contando con la colaboración del cuerpo de investigadores judiciales del Ministerio Público Fiscal de CABA, siendo éste un organismo especializado que tiene como objeto cumplir con funciones de Policía Judicial, auxiliando y asistiendo a los fiscales designados.

Promediando el año 2013, C.A.B.A., firma un importante convenio de colaboración con la O.N.G. - *National Center For Missing & Exploited Children* (en adelante *N.C.M.E.C.*), a los fines de unir fuerzas para mancomunadamente, perseguir al responsable del delito de *Grooming*. Como consecuencia de la rúbrica de dicho convenio, se establecieron pautas de trabajo y protocolos de actuación en cuanto a la



investigación del delito, a través de los cuales, la *N.C.M.E.C.* (que a su vez posee convenio con la mayoría de las prestadoras de servicio del mundo tales como facebook, twitter, entre otros), es alertada por las prestadoras cuando detectan tráfico de pornografía infantil en la red y dan inmediato aviso a la O.N.G., quienes a su vez ponen en inmediato conocimiento del cuerpo de instructores judiciales, activándose de ésta manera los respectivos protocolos de actuación, conforme los casos de *Grooming* que sean detectados y acaecidos dentro de la República Argentina. Esta es la forma de inicio de la mayoría de las investigaciones, que generalmente son iniciadas de oficio, pero algunas también se inician por denuncia de los usuarios, mayoritariamente adultos, que se dan cuenta que sus hijos o menores a cargo, están siendo o han sido objeto de abusos en la web.

Al llegar a las manos de los investigadores los reportes, éstos realizan una investigación preliminar y dependiendo del lugar de comisión del injusto penal, lo derivan para su investigación si es que no pertenece a C.A.B.A.

Cabe destacar, que los prestadores de servicio de internet y de redes sociales, detectan el tráfico de pornografía por una serie de bibliotecas y galerías del ciberespacio, donde van viendo imágenes, conversaciones sexuales o bien palabras claves que usan los *Groomer* o pedófilos, y esa información es vinculada a un perfil de una red social, el cual a su vez, está asociado a una dirección de IP, tratándose ésta de una clave o contraseña que se le asigna a cada persona. Las direcciones de IP, son diferentes para todos los países, lo que permite fácilmente determinar a qué país corresponde cada reporte, por ejemplo, a la Argentina, le corresponde una numeración compuesta por seis números.

Diariamente, la *N.C.M.E.C.*, genera y envía un registro de todos los casos y/o reportes que ocurrieron en la República Argentina, los cuales como ya se hiciera mención, ingresan en el centro de investigaciones judiciales, en donde se analizan y determinar la gravedad de cada hecho en particular. Es dable de hacer constar, que todos los casos son graves, pero dentro de ellos, debe establecerse si esa gravedad está dada por la existencia de indicios de, por ejemplo, un video o una fotografía en vivo de un menor o bien porque la víctima tenga una relación de cercanía con *Groomer* o bien la urgencia del caso está marcada por la crueldad o violencia del material, lo que da a suponer que el sujeto activo es potencialmente peligroso. Realizado ése primer filtro o clasificación, vale decir que a cada reporte se le asigna un número entre el 1; 2 o 3, de acuerdo a la gravedad que reviste el hecho, y desde allí adquieren prioridad

absoluta los encasillados con el número 1, los cuales se investigan hasta tratar de establecer y determinar lo antes posible los pormenores del hecho.

Por último, cabe destacar que la *N.C.M.E.C.*, es una organización privada sin fines de lucro con Sede en los Estados Unidos de América, cuyo fin es construir una respuesta internacional coordinada en relación a la problemática de los niños desaparecidos y explotados sexualmente. El inicio de sus actividades encuentra su génesis a mediados de junio del año 1984.

### **1.5.1. Implementación y aplicación de la RED 24/7.**

Auspiciosamente, la Provincia de Buenos Aires, desde ya hace varios años, se encuentra dentro de la Red Nacional 24/7, siendo ésta una red conformada por fiscales de las procuraciones generales representantes de todos los Ministerios Públicos Nacionales, que cuentan con protocolos de abordaje y actuación para los casos de pornografía infantil en internet.

De ésta manera, en cada provincia existe un punto de contacto donde se notifican los reportes remitidos por la *N.C.M.E.C.* para dar inicio a las investigaciones que correspondan.

### **1.6. Conclusiones del capítulo.**

Para finalizar con la redacción de éste primer capítulo, debe decirse en primer lugar que con la actual redacción del texto del artículo 131 de Código Penal, ha quedado de manifiesto, que se vulneran a todas luces los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad de las penas, observándose un texto tipificador un tanto equívoco toda vez que no se ha tenido en cuenta la vulneración de los mencionados principios.

Como suele suceder, los autores doctrinarios, en mayor o menor medidas, todos son coincidentes al marcar las falencias abarcativas de la norma.

Asimismo, y no menos cierto es que, no debe caer en abstracto la reforma e incorporación al Código de Fondo del delito de *Grooming*, encasillándolo dentro de los injusto penales de integridad sexual, siendo ello un gran avance jurídico, toda vez que la delincuencia informática avanza incansablemente a diario en la sociedad argentina y mundial, afectando física, psíquica y moralmente a los niños, niñas y adolescentes, generándose por ello, la imperiosa necesidad de ser legislado el nuevo delito naciente. Es dable poner de manifiesto, que los tiempos del ciberdelito son muy

diferentes al mundo doctrinario, siendo viniendo las leyes por detrás de la tipificación de las nuevas figuras penales, lo que sin lugar a dudas, trae aparejado debates y posturas encontradas. Así, y pese a ello, en la República Argentina, como en varios países de América Latina y Europa, se ha logrado dar identidad al sujeto activo del delito de *Grooming*, dotando de doctrina, aunque sea o esté un tanto discutida pero logrando finalmente su tipificación, ante la necesidad de reprimir las conductas cibernéticas novedosas pero a la vez dañina en donde se vulnera la inocencia de los niños, niñas y adolescentes menores de edad, a través de los medios informáticos. A ésta altura, no sirve de nada la necesidad en reconocer los favorables avances obtenidos a partir de la redacción del nuevo texto incorporado pero, no sólo por ayornarse a los tiempos que corren sino, también por dar batalla a semejante flagelo instaurado en la sociedad, colocándose de ésta manera, a la altura de Derecho Penal de las diferentes latitudes mundiales.

## **Capítulo 2. Regulación normativa.**

## **Introducción.**

Al iniciar la redacción de éste segundo capítulo, cabe consignar que se realizará un vasto y amplio recorrido por la regulación normativa que incorporo al delito de *Grooming* en el Derecho Penal Argentino, para lo cual se hará una introducción desde la incorporación de los delitos informáticos hasta encuadrar definitivamente en la sanción penal establecida para el accionar del sujeto activo del *Groomer*.

Para ello, debe mencionarse que inicialmente, los delitos informáticos no estaban contemplados dentro de la legislación Argentina, toda vez que, la actividad cibernética delictiva por ése entonces, y ubicándonos aproximadamente por el año 2008, no era muy frecuente, o al menos, recién se iniciaba por éste lado del hemisferio.

### **2.1. Código Penal Argentino.**

Inicialmente, debe mencionarse que en la República Argentina rige actualmente en materia penal la ley 11.179 (B.O. 1984) que da su génesis al Código Penal Argentino. El mismo está compuesto de dos libros, en el primero de ellos se encuentra la parte general en la cual se redactan los principios legales que regirán en todo el territorio nacional contando con un total de trece libros.

En relación al segundo libro, el mismo contiene la parte especial del código, y dentro de él, se encuentra la tipificación de los delitos penales y sus respectivas escalas criminales, contando con un total de trece títulos y una sección de disposiciones complementarias.

#### **2.1.1. Artículo 128.**

En la primera parte del referenciado artículo se hace mención a las penalidades que deberá afrontar el sujeto activo que facilite, publique, comercialice, divulgue, ofrezca o distribuya, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas o bien a la representación de sus partes genitales con fines sexuales. Dicha actividad delictiva, se reprime con la aplicación de una pena que va desde los seis meses a los cuatro años de prisión.

En la segunda parte del articulado bajo análisis, se tipifica el accionar delictivo del sujeto activo que mantenga en su poder, representaciones con fines inequívocos de

distribución o comercialización, disminuyendo en éste caso la pena entre los cuatro meses y los dos años de prisión.

En relación al tercer párrafo, el mismo quedó redactado de manera tal que, tipifica el accionar delictivo del sujeto activo que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material de dicha especie a menores de catorce años de edad, siendo éste accionar reprimido con una pena que oscila entre un mes y tres años de prisión.

Asimismo, y en relación al presente artículo, cabe destacar, que fue incorporado al texto del Código Penal Argentino a través de la ley 26.388 (B.O. 25/06/2008) y los legisladores al momento de su redacción, describieron variadas e independientes conductas delictivas, desprendiéndose que cualquier persona sin distinción, y que realice una o algunas de las acciones tipificantes, puede ser encasillado como sujeto activo, mientras que para ser sujeto pasivo, indefectiblemente debe serlo un menor de dieciocho años de edad.

Por último, y al hacer referencia la norma a los fines inequívoco del sujeto activo, se genera una marcada controversia, toda vez que el mismo puede mencionar que la tenencia del material es privada, constituyendo un mero acto de privacidad en relación a la garantía constitucional tipificada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuyo texto se expresa que las acciones privadas de los hombres, siempre y cuando no perjudiquen a terceros, no alteren el orden ni la moral pública, quedan reservadas a Dios, no pudiendo el sujeto activo, ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de lo que ella no prohíbe, excluyéndoselo además de ser penalmente perseguido por el sistema penal, toda vez que en la República Argentina, la sola tenencia del material no se encuentra legislada.

### **2.1.2. Artículo 131.**

El presente articulado encuentra su origen a partir de la incorporación en el Código Penal Argentino a través del artículo primero de la ley 26.904 (B.O. 11/12/2013).

En relación a su análisis, debe decirse que en la República Argentina, se tipifica y reprime con prisión de entre seis meses y cuatro años, al sujeto activo que por cualquier medio tecnológico de transmisión de datos, contacte a una persona menor de dieciocho años de edad con el objeto final de cometer cualquier tipo de delito de índole sexual.

## **2.2. Ley 26.904 - *Grooming*.**

A los fines de ayornarse con los tiempos cibernéticos mundiales, el Derecho Penal Argentino, se vio en la obligación de reformar en parte, su Código de Fondo, promulgando a través del Congreso Nacional, la ley 26.904 (B.O. 11/12/2013), la que incorporó en la Parte Especial del Código Penal de la República Argentina - Libro II - Título III - Capítulo IV - Delitos Contra la Integridad Sexual, el texto constitutivo del artículo 131, por el cual se reconoció en el Estado Nacional, al delito de *Grooming*, quedando a partir de ése momento, previsto, reprimido y penado el accionar delictivo del sujeto activo *Groomer*.

En relación al delito en sí, vale decir que el mismo se configura cuando el sujeto activo, acosa virtualmente a niñas, niños y adolescentes menores de dieciocho años de edad, con el objeto de crear puentes de confianza, estableciendo lazos emocionales y amigables, con el propósito final de despojarlos de sus frenos inhibitorios y a través del engaño y la seducción, perturbar su integridad física sexual, colocándolos en un estado de vulnerabilidad absoluta ante sus deseos o pretensiones sexuales.

Finalmente, debe decirse que teniéndose en cuenta la particularidad de cada víctima de *Grooming*, la preparación del delito puede prolongarse en el tiempo durante varias semanas e incluso meses.

## **2.3. Ley 26.388 - Delitos Informáticos.**

Previo a la incorporación del delito de *Grooming* en el Derecho Penal Argentino, dicha República debió incorporar en su ordenamiento jurídico local, la regulación de los delitos informáticos.- Es así, que el Congreso Nacional por unanimidad absoluta, sancionó el día 04 de junio del año 2008 la ley 26.388, la que fuera promulgada veinte días más tarde, siendo el primer texto conducente a la persecución delictual en materia cibernética.

Con su entrada en vigencia, se incorporaron marcadas modificaciones a varios artículos del Código de Fondo, observándose la sustitución del artículo 128 del ritual en relación a los delitos de integridad sexual contra los menores de edad, quedando el texto redactado tal como fuera previamente abordado.

## **2.4. Otras figuras tales como el *Sexting* y *Ciberstalking*.**

La acción de *Sexting* en sí, no implica la configuración de un delito de índole penal en la República Argentina, tratándose de una acción auto generada por un sujeto activo al tomarse fotografías o grabar videos con alto contenido erótico o pornográfico con el fin de compartirlo con otra persona. Si bien no es constitutivo de una figura penal, lo cierto es que ésta actividad, al menos, pone en riesgo o peligro la intimidad sexual del ser humano.

*A prima facie*, la figura en cuestión, no es considerada un delito penal, siempre y cuando dicha actividad sea realizada o intercambiada entre personas adultas, pero en caso de intervenir un menor de dieciocho años de edad, si se estará ante una acción típicamente reprochable. Este supuesto, es el caso concreto del Principio de Lesividad, toda vez que a raíz del mismo, se impide prohibir o castigar una acción humana si la misma no perjudica u ofende de cualquier modo los derechos individuales o sociales de un tercero, la moral o el orden público. Este principio configura la base del derecho penal liberal conforme el texto del artículo 19 de la Constitución Nacional.

En relación al *Cyberstalking*, el mismo se trata del acoso en línea a través de la utilización de los vastos medios tecnológicos existentes al alcance de la mano de las personas, pudiendo ser víctima cualquier sujeto que utilice dichos medios masivos de comunicación. La acción consiste en el hostigamiento, seguimiento, amenazas, falsas acusaciones, calumnias, difamación, sustracción, manipulación o destrucción de información y datos personales, estando éstas acciones íntimamente ligadas al delito de *Grooming*, toda vez que pueden conllevar a la explotación sexual de menores de edad, por ejemplo al momento de la toma de identidades falsas para generar el aprovechamiento y vulneración de las niñas, niños y adolescentes.

Cabe destacar, que pese a los irreversibles daños morales que puede generar el *Cyberstalking* al crear una inexistente realidad virtual paralela, en la República Argentina al igual que en gran parte del mundo, ésta acción delictiva, no se encuentra reglamentada o tipificada dentro de los delitos informáticos en general, sino que entra dentro de la gama de los delitos reconocidos comúnmente como ordinarios, por llamarlos de alguna manera, pudiendo ser estos las calumnias e injurias, amenazas, etc., entre otros.

## **2.5. Conclusiones del capítulo.**



Para finalizar con la redacción de éste segundo capítulo, debe decirse que se ha realizado un amplio recorrido por la regulación normativa que rodean al delito de *Grooming* en la República Argentina, haciéndose una introducción desde la incorporación en el Derecho Penal Argentino de los delitos informáticos en general hasta finalmente desembarcar en el reproche jurídico penal ante el accionar delictivo del *Groomer*.

Para ello, debe recordarse que hasta mediados del año 2008, los delitos informáticos no estaban previsto en la reglamentación nacional, generándose a partir de allí, un importante quiebre jurídico que dio comienzo a posteriores incorporaciones que permitieron reprimir y penar la actividad delictiva cibernética en todo el territorio republicano nacional, lo cual ha sido totalmente satisfactorio toda vez que, si bien falta mucho camino por recorrer, ha logrado ayornarse y encaminar al Derecho Penal Argentino, de cara a la nueva era cibernética delictual que se avecina y que preferentemente busca acatar a los habitantes más vulnerables de toda sociedad como son los menores de edad.

Asimismo, cabe destacarse, que las garantías constitucionales son aquellos instrumentos o mecanismos que crea la Constitución Nacional, para asegurarle al titular de derechos, el goce pleno de su ejercicio. Dichas garantías, el legislador argentino las ha dejado plasmadas en la primera parte de la Carta Magna Nacional, privilegiándose de ésta manera, la dignidad de la persona humana.

Dicho ello, y en relación a la posible vulneración por parte del legislador nacional de los derechos y garantías constitucionales al momento de tipificar el delito de *Grooming*, en el Derecho Penal Argentino, debe decirse que, ha quedado fehacientemente demostrado que al momento de inculpar al autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, se vulneran el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas con que se castiga al *Groomer*.

### **Capítulo 3. Jurisprudencia y derecho comparado internacional.**

## **Introducción.**

Para comenzar con la redacción de éste capítulo, cabe destacar que se realizará un profundo tratamiento y análisis sobre diversos fallos que el sistema jurídico nacional ha redactado en relación al delito de *Grooming*, a los fines de poder determinar de la manera objetiva, si en ellos se observa o no, la existencia de vulneración a determinados principios y garantías constitucionales.

Asimismo, se expondrán los argumentos fácticos y legales que los diversos tribunales han planteado para resolver la cuestión arrimada bajo análisis, es decir, aquellos que guarden estrecha relación con el delito de *Grooming*.

Finalmente, en éste capítulo, de la regulación del delito *Grooming* en el derecho comparado internacional.

### **3.1. Jurisprudencia.**

Al momento de hacer referencia a los antecedentes jurisprudenciales ante la tipificación del delito de *Grooming*, es loable destacar que no se cuenta con una gran cantidad de fallos en la República Argentina, toda vez que resulta ser un delito relativamente novicio dentro del ordenamiento jurídico nacional.

No obstante a ello, y al hacerse una reseña de los casos jurisprudenciales más destacados, se debe mencionar el primer fallo dictado en la República Argentina por un caso de femicidio antecedido por el delito de *Grooming*, actuaciones en las cuales, el Tribunal Oral Criminal (TOC) N° 1 de la ciudad de Bahía Blanca - Departamento Judicial Bahía Blanca - Provincia de Buenos Aires, en autos caratulados como homicidio triplemente calificado por haberse cometido sobre una mujer por violencia de género; alevosía y para ocultar otros delitos en concurso real con acoso tecnológico (*Grooming*) y Robo, condenó a prisión perpetua, a un sujeto del sexo masculino mayor de edad, quien tras engaño y mediante la utilización de perfiles apócrifos de la aplicación *facebook*, contacto a una menor de doce años de sexo femenino, a quien asesino brutalmente, abandonando su cuerpo en un descampado, quedando comprobado para el Tribunal interviniente, que el imputado de autos, abuso de su condición de género y desigualdad de fuerza con la víctima habiendo cometido el homicidio *criminis causa*, es decir, para ocultar el delito de *Grooming* y abuso sexual previamente consumado. Escalofriante suceso que acaeció el día veintitrés de abril del año dos mil dieciséis, circunstancias en que la menor desapareció de su morada, apareciendo un mes después, a las afueras de la ciudad de Bahía Blanca - Provincia de

Buenos Aires, estrangulada. Por último, y no por ello menos importante, cabe destacar, que en la pesquisa se pudo determinar que el imputado de autos, se había contactado con la víctima a través de un perfil falso de *facebook*, tras hacerse pasar por una nena de su misma edad, y así, de esa manera, lograr concretar el desafortunado encuentro con la niña, situación aprovechada por el inculpado para acabar con la vida de la menor víctima.

En este caso puntual, el delito de *Grooming* teniendo en cuenta el macabro asesinato, fue una figura complementaria al hecho finalmente desencadenado, pero también debe decirse que fue a través del *Grooming* que se logró el contacto del sujeto activo con el sujeto pasivo.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I con fecha diez de julio del año dos mil diecisiete, rechazó el recurso de apelación interpuesto al fallo del Tribunal de Primera Instancia en lo Criminal, para lo cual la defensa técnica del sujeto activo, había requerido la nulidad de la elevación a juicio de las actuaciones producidas y la excepción de atipicidad. Al confirmar el fallo, el Tribunal señaló que al analizarse el delito de *Grooming*, al momento de tener en cuenta las pruebas, debe saberse que la misma no es sencilla y por ende, resulta suficiente la descripción que realice el Sr. Agente Fiscal, siendo éste funcionario el encargado de analizar los contenidos y el contexto de la información recogida a lo largo de la investigación. En relación a la excepción de atipicidad planteada por parte de la defensa, el Tribunal hizo hincapié en que el delito de *Grooming* fue incorporado al Código Penal en el artículo 131, describiéndose allí las conductas del imputado. Finalmente, lo que éste fallo remarca, es que, el delito de *Grooming*, resulta ser un delito de intención y que la prueba que recoja el Fiscal es suficiente para debatir en Juicio, si el inculpado, resulta o no, penalmente responsable del delito de *Grooming*.

Acto seguido, y dentro de los mismos lineamientos, se puede mencionar:

La Sentencia dictada con fecha veintinueve de diciembre del año dos mil diecisiete en la ciudad de Córdoba, lugar en donde, el Juzgado de Control y Faltas N° 3 en el marco del Expediente N° 3508177 autos caratulados como Poplin, Bryan David S / Producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas de menores de 18 años, mediante Resolución N° 253/17, en juicio abreviado inicial, se condenó al *Groomer* al efectivo cumplimiento de la pena de tres años de prisión por encontrárselo penalmente responsable del delito de *Grooming* (artículos 131 en

concordancia con los delitos tipificados en los artículos 128 y 12 del Código Penal). En dicha ocasión, el sujeto activo reconoció los hechos que se le imputaban, siendo que el mismo, mediante la utilización de perfiles de redes sociales falsas, contacto a una niña menor de edad, de la cual gano su confianza, generando un vínculo de amistad y seguridad, dentro del cual, el sujeto activo, le brindo para una comunicación más fluida su número de teléfono celular, manteniendo desde ése momento comunicaciones mediante la aplicación *whatsapp*. Que con el correr de los días, el imputado de autos, solicito a la niña el envío de material pornográfico, logrando así menoscabar su integridad sexual. En este caso concreto, se ve ampliamente vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas, toda vez que, previendo el delito de *Grooming* una pena mínima de seis meses hasta un máximo de cuatro años, en ésa oportunidad se le aplica al *Groomer*, casi la pena máxima del delito, lo cual lo convierte de cumplimiento efectivo.

Paradójicamente, la primera condena de prisión efectiva dictada en la Provincia de La Pampa, precisamente por parte del Juzgado de Control de Santa Rosa, en donde se condenó al sujeto activo como autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo por el delito cometido contra dos niñas menores de edad, siendo que en dicha oportunidad, el *Groomer*, mediante la utilización de engaños a través de las redes sociales, fue ganando la confianza de las menores, intentando coordinar encuentro sexuales.

Al momento de hacer el análisis de los dos últimos casos señalados, no queda lugar a dudas que existe una acabada y marcada vulneración a la proporcionalidad de las penas, en virtud de que en el último de los casos los sujetos pasivos contactados fueron dos menores de edad mientras que en el primero de los casos auspiciosamente solo fue una víctima, lo cual no hace menos dañoso el hecho pero si marca un despropósito al momento de la aplicación de la pena para el delito enrostrado.

Asimismo, al momento de hablar de fallos y jurisprudencia, no se puede dejar de analizar el Fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, en el marco de los autos caratulados S.A.M. S / Procesamiento en Causa N° 12.758/2016 fechado el día seis de noviembre del año dos mil diecisiete, toda vez que fuera requerida su intervención como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado de autos. Del análisis del hecho sí, se puede decir que el sujeto activo *Groomer*

contacto mediante la utilización de la aplicación *whatsapp*, a una persona del sexo femenino menor de edad, catorce años, a la cual sedujo a los fines de mantener encuentros sexuales invitándola a pasear en reiteradas oportunidades e incluso le envió una fotografía de sus genitales, solicitándole a la menor la remisión de imágenes sexuales, circunstancia que fue advertida por el mayor responsable, frustrándose así el intento del sujeto activo.

Por último, y en el mismo orden de ideas, puede mencionarse la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 de la ciudad de Necochea - Departamento Judicial Necochea - Provincia de Buenos Aires, fechado el día cinco de junio del año dos mil trece, en donde, en el marco del Expediente N° 4924-0244, se condenó a un sujeto adulto del sexo masculino mayor de edad, a la pena de diez años de prisión por habérselo encontrado autor penalmente responsable del delito de Promoción de la Corrupción de un menor agravada por la edad de la víctima. En dichas actuaciones, el sujeto activo *Groomer*, mediante la utilización del engaño, empatizo y obtuvo la confianza de la una persona del sexo femenino menor de edad, buscando de esa manera la generación e inhibición final del sujeto pasivo, a la cual le pedía el envío de imágenes corporales, valiéndose de ser una persona del mismo sexo y edad. Situación que, finalmente fue advertida por parte de los progenitores de la menor, dando inmediata intervención a las autoridades pertinentes. Como colorario puede mencionarse que al momento de efectuarse la pesquisa policial, se logró la incautación de gran cantidad de material pornográfico infantil, con lo cual se pudo poner a resguardo a otras menores de edad, potenciales víctimas.

### **3.2. Derecho comparado internacional.**

En éste apartado, se hará un análisis con el propósito de estudiar en el derecho comparado internacional como está regulado el delito de *Grooming*.

#### **3.2.1. Derecho Penal Español.**

El Reino Español reguló primariamente el delito de *Grooming* en el año 2010 a través de la redacción de la Ley Orgánica N° 5/2010 (Madrid, 22/06/2010), momento en el cual, el Rey Juan Carlos I, contando con la aprobación de la Corte General, incorporó en el Título VIII del Libro II del Código Penal Español, el artículo 183 bis, texto que debió afrontar innumerables críticas doctrinarias, las cuales desembarcaron en la imperiosa necesidad de reforma, por lo que el legislador español

en el año 2015, redactó e incorporó al ordenamiento jurídico español, el actual texto constitutivo del delito de *Grooming*.

El texto inicial de la norma, tipificaba la conducta del sujeto activo que a través de la utilización de internet, contactare a un menor de trece años de edad con el objetivo final de concretarse un encuentro entre ambos sujetos, activo y pasivo, con fines sexuales.

Ante la crítica del texto, el legislador español, en el año 2015 (Sevilla, 30/03/2015), reformó parte del texto, haciendo hincapié en la edad del sujeto pasivo, el cual en dicha oportunidad fue elevado de los trece años iniciales a los dieciséis años actuales, resguardando de ésta manera, a mayor cantidad de menores de ésa edad, tipificando además, la figura del engaño para la obtención o exhibición de material pornográfico en el cual el sujeto pasivo sea un menor de edad.

Pese a la regulación inicial y posterior reforma, el legislador español al igual que su par argentino, no determinó la edad del sujeto activo del delito de *Grooming*, pudiendo ser por ello tanto un mayor como un menor de edad el autor del hecho. En relación al sujeto pasivo, el legislador español, ha definido que resultará culpable, aquel sujeto que contacte a un menor de dieciséis años de edad, mientras que en la legislación nacional argentina, ello se extiende para todos los menores de edad.

En relación a la pena por aplicar al sujeto activo, cabe destacar que el *Groomer* mismo será castigado con una pena de entre uno a tres años de prisión y multa, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la consumación de un delito posterior.

Por último, en el Derecho Penal Español, se contemplan como agravante de la figura penal la utilización de métodos intimidantes o engañosos, mientras que en legislación argentina, los mismos no son inicialmente contemplados.

### **3.2.2. Derecho Penal Alemán.**

La República Federal Alemana, sinceramente no hace una incorporación precisa o descriptiva del delito de *Grooming*, toda vez que solo menciona en su artículo 176 inciso 3° numeral 3° de su Código de Fondo, que será castigado con una pena de hasta cinco años, a quien influya sobre un niño, sin precisar edad, por medio de la presentación de ilustraciones o representaciones pornográficas por medio de dispositivos sonoros o bien conversaciones. Descripción totalmente vaga, sin contenido descriptivo del sujeto activo o sujeto pasivo, careciendo de todo tipo de

contemplación del delito en sí, observándose una tipificación más bien generalista, siendo un ordenamiento jurídico que no ha logrado ayornarse acabadamente con los tiempos de cambio gestativos en el ciberacoso mundial, pudiéndose ver la última reforma del Código Penal Alemán data del día 31 de enero del año 1998.

En tal caso, para poder establecerse de manera tentativa quien podría ser la víctima ante un supuesto delito de *Grooming*, debe mencionarse la ratificación alemana a la Convención sobre los Derechos del Niño, de donde se podría deducir que el sujeto pasivo sería toda persona menor de dieciocho años de edad.

Por último, y a diferencia del ordenamiento jurídico argentino que exige una intención de consumar el delito sexual, la República Alemana, hace mención a diferentes conductas punibles tales como la exhibición de imágenes de contenido sexual o bien las comunicaciones pornográficas, siempre y cuando éstas acciones sean capaz de ejercer influencia en el normal desenvolvimiento y/o desarrollo sexual del menor de dieciocho años de edad independientemente del resultado final, es decir, sin tenerse en cuenta si se concreta o no un encuentro físico y real entre el sujeto activo y pasivo intervinientes.

### **3.2.3. Derecho Penal Estadounidense.**

El Código Penal Federal de Los Estados Unidos de América, regulado mediante la Ley N° 2422, en su Título 18, tipifica al delito de *Grooming*, reprimiendo así al sujeto activo que utilizando el correo o cualquier otra instalación o medios, persuada, induzca, incite o coaccione a cualquier menor de dieciocho años de edad, a participar en la prostitución y/o actividad sexual en la cual se pueda enrostra una tipificación de un delito de índole sexual.

En relación a la aplicación de las penas, dicho ordenamiento jurídico, reprime además de la consumación del hecho en sí, los intentos, aplicando en ambos casos, multas y penas privativas de la libertad que van desde los diez años hasta cárcel de por vida.

Finalmente, y al momento de hablar del sujeto activo *Groomer*, el legislador norteamericano sigue sin identificar su edad, pudiendo por ello, también ser un menor de edad, como tampoco se ha dejado en claro cuál es el momento en el cual se perfecciona el delito, si es con la solo contacto o bien si se necesita que ese contacto



sea acompañado de la consumación de un delito sexual ulterior, tal como es el caso del ordenamiento jurídico de la República Argentina.

#### **3.2.4. Derecho Penal Canadiense.**

El Código Criminal Penal Canadiense en su artículo 172, de manera muy particular e interesante, tipificó el delito de *Grooming*, haciendo hincapié en las diferentes edades que puede tener el sujeto pasivo y delitos consumados ulteriores. Así es que el legislador tomó como punto de partida la capacidad para prestar consentimiento del menor de edad, encasillando en un primer lugar a los menores de catorce años, en segundo lugar a los menores de dieciséis años y finalmente a aquellos menores de dieciocho años de edad. En el primero de los casos, el legislador encuadró a las personas que, a través de la utilización de las telecomunicaciones, se pone en contacto con menores de dieciocho años de edad o aparente, con el propósito de obtener beneficios económicos por la prostitución a costas de otra persona (proxenetismo); explotación sexual, entre otros. El segundo de los supuestos se configura cuando mediante la utilización de las telecomunicaciones, el *Groomer* se pone en contacto con menores de dieciséis años de edad o aparente, con el propósito de incitación o consumir el contacto sexual o bien exhibicionismo del menor. En el último de los casos, el legislador canadiense, reprimió al sujeto activo que por cualquier medio de telecomunicación, se pone en contacto con un menor de catorce años de edad o edad supuesta, con el objeto de su secuestro o rapto.

En relación a la escala penal, el legislador estableció un castigo de entre uno a catorce años de prisión.

Por último, cabe destacar que, al igual que en otros casos reseñados con antelación, en éste caso, tampoco se ha determinado la edad del sujeto activo.

#### **3.2.5. Derecho Penal Peruano.**

Inicialmente, la República del Perú, a través de la redacción de la Ley de Delitos Informáticos N° 30.096 (22/10/2013), ha incorporado en su Código de Fondo, precisamente en su quinto artículo el delito de *Grooming*. En la actualidad, se encuentra vigente, la última modificación incorporada por el dictado de la Ley N° 30.171, quedando de esa manera reprimido el sujeto activo que mediante la utilización de medios informáticos en general, contactare a un menor de catorce años de edad con el objeto de obtener material pornográfico o bien consumir una actividad sexual con

el menor, agregando que para aquellos menores comprendidos entre los catorce y los dieciocho años de edad, para que se configure el delito, además debe mediar engaño como elemento constitutivo del delito de *Grooming*. En relación a las penas, el legislador peruano ha previsto para el primero de los casos una pena no menor a cuatro ni mayor a los ocho años de prisión, mientras que para el segundo de los casos está prevista una pena no menor a los tres años ni mayor a los seis años de prisión e inhabilitación.

Finalmente, puede decirse que éste ordenamiento jurídico es muy similar en algunos aspectos con el argentino, toda vez que ambos legisladores han descripto la conducta tipificante con la utilización de la acción de contactar, la cual requiere posteriormente una intencionalidad en el tipo, la que se ve satisfecha con la solicitud de material de contenido pornográfico o bien con la concreción sexual entre el sujeto activo y pasivo.

### 3.2.6. Cuadro comparativo del derecho internacional.<sup>9</sup>

A los fines de reflejar con mayor claridad en relación a los puntos más sobresalientes con que cuenta el derecho comparado internacional, seguidamente, se diagramara un cuadro de autoría propia, en el cual, se podrá observar con claridad las diferencias y similitudes más destacadas que presenta el delito de *Grooming* a nivel internacional:

<b>Derecho Comparado</b>	<b>Ley</b>	<b>Sujeto Pasivo</b>	<b>Accionar</b>	<b>Sanción</b>
Derecho Argentino	N° 26904	* Menor de 18	* Contactar	* De 6 meses a 4 años de prisión
Derecho Español	N° 05 del año 2010	* Menor de 18	* Contactar	* De 1 a 3 años de prisión * Multa
Derecho Alemán	Código	* Menor de 18	* Influir	* Hasta 5 años

<sup>9</sup> Cuadro de autoría propia.

	Penal			de prisión
Derecho EE.UU.	N° 2422	* Menor de 18.	* Persuadir * Coaccionar	* Desde los 10 años a prisión perpetua
Derecho Canadiense	Código Penal	* Menor de 14. * Menor de 16 * Menor de 18	* Contactar	* 1 a 14 años de prisión
Derecho Peruano	N° 30096	* Menor de 14 * Entre 14 y 18	* Contactar * Engañar	* No menos de 4 años ni más de 8 años de prisión * No menos de 3 años de prisión ni más de 6 años de prisión e inhabilitación

### 3.3. Conclusiones del capítulo.

Para concluir con la redacción de éste tercer y último capítulo, puede decirse que a lo largo del mismo, se ha realizado el análisis de parte de la legislación mundial comparada, arribándose a la conclusión de que, independientemente de cual fuera el país incorporador de delito de *Grooming*, en su ordenamiento jurídico nacional, a la fecha, no se encuentra una coincidente posición en lo que respecta al tratamiento del delito propiamente dicho, notándose sí, en alguno de los casos, marcadas similitudes o concordancias con lo regulado con el legislador argentino, tales como la utilización de los medios tecnológicos informáticos como punto de conexión entre el sujeto activo = *Groomer* y el sujeto pasivo = menor de edad o bien la intencionalidad de generar el contacto entre ellos con el propósito de menoscabar la integridad sexual del sujeto pasivo.

Asimismo, y en relación a los sujetos intervinientes, los países comparados, España; Alemania; Estados Unidos; Canadá y Perú, no ponen en cabeza de un sujeto adulto mayor de edad, al igual que la República Argentina, la autoría penalmente

responsable del delito de *Grooming*, razón por la cual, la imputabilidad también podría recaer indistintamente sobre un mayor o un menor de edad, debiéndose analizar llegado el caso si corresponde o no formular imputación. En relación al sujeto pasivo, se han fijado diferentes edades según el legislador, pero la mayoría son abarcativas, de una u otra forma, hasta los dieciséis o dieciocho años de edad.

Al momento de analizar las diferentes penas que se aplican en los derechos internacionales que fueron comparados en ésta instancia, debe decirse que el sistema penal más riguroso es sin lugar a dudas, el sistema penal estadounidense, fijando entre diez años y prisión perpetua para el autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, de los cual seguramente llegado el caso por juzgar, deberán tenerse en cuenta los agravantes de la acción en sí para finalmente dictar la cantidad de años de pena. Por debajo del mismo, podemos mencionar al derecho canadiense, el cual fija hasta una pena máxima de catorce años, pero en relación a la proximidad con la República Argentina, puede decirse que el derecho internacional más riguroso resulta ser el derecho peruano, el cual fija dos tipos de pena de la misma especie, pero ante diferentes acciones, siendo que para el caso de contactar a un menor fija de entre cuatro a ocho años y para que engañe a un menor fija una pena un tanto más leve de entre tres y seis años, sumándole además la inhabilitación.

Finalmente, y en relación a las edades que se contemplan en los diferentes derechos comparados analizados, a los fines de poner identidad a los sujetos pasivos del delito de *Grooming*, puede decirse que el derecho canadiense si bien es muy amplio en la cantidad de años en que se extiende su pena, ello se debe a que en dicho ordenamiento jurídico se contemplan tres variantes en relación a las edades de los sujetos pasivos.

## Conclusión Final

Llegado éste momento, y habiéndose planteado al inicio del presente Trabajo Final de Grado el interrogante en relación a la existencia de algún tipo de vulneración a determinados principios y garantías constitucionales suscitados al momento de regular en el Derecho Penal Argentino el delito de *Grooming*, debe decirse que, haciendo un relato de toda la bibliografía y material estudiado y compulsado, para arribar a una conclusión final, primeramente, debe decirse que al momento de analizar el principio de legalidad, el cual encuentra su génesis a partir de la redacción del texto constitutivo del artículo 19 de la Constitución Nacional de la República Argentina, y toda vez que allí ha quedado claramente expresado que ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíba, teniendo como finalidad absoluta, el resguardo de la seguridad individual del sujeto, consagrando como única fuente del derecho penal a la ley previa, debiéndose afirmar que todo el ordenamiento jurídico nacional reconoce como Ley Suprema al texto constitucional y que tal como se hiciera mención al momento de redactar el ante proyecto generador y posterior promulgación de la ley 26.904 tipificadora del delito de *Grooming*, a ésta altura, y analizado su texto constitutivo, se observa que, a *prima facie*, se compromete y vulnera ampliamente el principio de legalidad, derecho vinculante a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado. Principio que, no sólo es una exigencia de seguridad jurídica sino también una garantía política limitadora de la ley penal. Cabe destacar que el reconocido principio, se ve respaldado por el texto constitutivo del artículo 18 y el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina. Dicho ello, y analizando detenidamente el vocablo utilizado por el legislador argentino para redactar el texto constitutivo de la norma, se puede visualizar que el verbo “contactare” no se encuentra acompañado de elementos constitutivos de materialidad que conlleven al acercamiento con el menor de edad, elemento necesario para poder tipificar la conducta legalmente reprochable.

Asimismo, al momento de analizar el principio de legalidad, no se puede dejar pasar el contenido del artículo 18 de la Constitución Argentina, en cuyo texto hace alusión a que ningún habitante del territorio Nacional, podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, con lo cual se dejaría, de momento, por tierra un procesamiento por el delito de *Grooming*, siendo que la ley anterior al hecho en proceso no sería clara y concisa en su redacción, con lo cual garantías derivadas del principio de legalidad se vería vulnerada, pudiendo consignar

la vulneración, por ejemplo, de la garantía criminal que exige que el delito se encuentre determinado por una ley anterior.

Al momento de analizar el principio de proporcionalidad de la pena, debe decirse que, *a prima facie*, el mismo tiene como objeto limitar la especie y medida de la pena que se aplicará a cada caso en concreto y se refiere a que la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la gravedad del hecho cometido, lo cual ha quedado claramente evidenciado al momento de analizar los diferentes fallos y sentencias que no es así, máxime teniéndose en cuenta las escalas penales previstas para el autor penalmente responsable del delito de *Grooming*, momento en el cual, se puede denotar la existencia, de una marcada vulneración al principio constitucional de proporcionalidad de la pena, con el cual, se ve afectado el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional. Ello obedece a que el delito analizado, el cual inicialmente no deja de ser un delito de preparación, es castigado o reprimido con la misma pena que se aplicará para un delito de índole sexual que ya fuere consumado, siendo ello totalmente cuestionable e inadmisibles, de manera tal que todos los delitos de ésta índole, tengan la misma calidad de pena, quedando demostrado con ello, una vez más, un cierto grado de incoherencia por parte del legislador al redactar la norma, creyéndose que se debería buscar un equilibrio que dote al texto primariamente redactado, con un manto de proporcionalidad de las penas en aplicación, toda vez que, para la configuración del delito de *Grooming*, el cual se perfecciona independientemente de la consumación del delito de índole sexual, no es necesario el contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, por lo que debería analizarse la aplicación de una pena inferior a las establecidas para los delitos de índole sexual ya consumados.

Seguidamente, debe decirse que la aplicación de la pena debería ser proporcional al daño causado en la figura del sujeto pasivo, debiendo existir un equilibrio adecuado entre la pena aplicada, la gravedad del hecho y las circunstancias del delito enrostrado, lo cual no se ve reflejado con la tipificación del delito de *Grooming* tal como está redactado el texto originario, notándose un total desequilibrio y desproporción, siendo reiterativos a mencionar que se ve claramente vulnerado el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que existe una criminalización penal similar para un acto preparatorio e inicial que para un hecho de índole sexual consumado.

Dicho todo ello, a esta altura, resulta necesario retomar la hipótesis investigativa planteada inicialmente y teniendo en cuenta el problema de investigación, debe decirse luego de analizada toda la bibliografía consultada, se observa que el principio de proporcionalidad de las penas por aplicar al *Groomer*, se ve seriamente comprometido, ya que en el texto del nuevo delito tipificado se prevé la misma escala penal para los actos preparatorios del delito de *Grooming* que para el delito de abuso sexual consumado conforme lo tipificado en el artículo 119 del Código Penal de la República Argentina, reprimiendo en ambos casos, con una escala penal similar de entre seis meses a cuatro años de reclusión o prisión para ambas conductas delictivas, lo cual es totalmente cuestionable ya que la pena debe resultar proporcionada a la gravedad del hecho cometido, teniéndose en cuenta que debe aplicarse una pena adecuada ante las circunstancias y gravedad del injusto reprochable.

Finalmente, cabe destacar, que teniendo en cuenta la pena aplicable al *Groomer*, dentro del ordenamiento jurídico nacional, precisamente en la Provincia de Buenos Aires, conforme la pena en expectativa por aplicar y de acuerdo al actual texto constitutivo del delito de *Grooming*, el autor penalmente responsable del injusto, podría verse beneficiado con la aplicación del instituto de suspensión de juicio a prueba, por lo que el legislador nacional debería rever la pena aplicable para que ello no fuera posible teniendo en cuenta que el sujeto pasivo resulta ser un menor de edad. Dicho ello, y a modo de complemento, el legislador nacional, debería en primer lugar, determinar de manera más precisa la actual edad del sujeto pasivo, creyendo que una correcta determinación sería en un primer lugar, sobre aquellos menores de catorce años y una segunda categorización de los menores de entre dieciséis y dieciocho años de edad, toda vez que aquí podría analizarse el consentimiento o no del sujeto pasivo, más allá de la responsabilidad penal que pudiera recaer sobre el *Groomer*, determinándose a partir de allí la expectativa de la pena para el autor penalmente responsable del delito de *Grooming*. Sin lugar a dudas, lo que debe tenerse en cuenta ante el nacimiento del nuevo delito, ya tipificado en el ordenamiento jurídico nacional, que el mismo afecta y tiene como eje central de atracción los menores de edad, entendiéndose por ello que la determinación de los sujetos y la redacción del texto constitutivo de la ley 26.904, debería ser analizado con mayor detenimiento y profundidad a los fines de lograr una mayor perfeccionamiento de los elementos constitutivos del delito y sus sujetos intervinientes.

## **Bibliografía.**

- Gustavo Eduardo Aboso (2014) "Derecho Penal Sexual - Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual" - Buenos Aires.
- Gustavo Eduardo Aboso (2017) "Derecho Penal Cibernético - La cibercriminalidad y el Derecho Penal en la moderna sociedad de la información y la tecnología de la comunicación" - Buenos Aires.
- Horacio Fernández Delpech (2014) "Manual de Derecho Informático (1era. Ed.)" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Libro de Sentencias N° XVII del Departamento Judicial Bahía Blanca - Sentencia en Causa N° 1060/15 (Orden Interno N° 3080) - Carpeta N° 429/15 - Investigación Penal Preparatoria N° 02-00-000494-14 autos caratulados "Faraoni, José María S / Corrupción Mediante *Grooming*".
- Ley N° 11.179 (T.O. 1984 Actualizado) - Código Penal de la Nación Argentina - InfoLeg - Información Legislativa.
- Ley N° 11.922 - Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.
- Ley N° 26.904 (Grooming) sancionada el 13 de Noviembre del año 2013 - Promulgada el 04 de Diciembre del año 2013 - InfoLeg - Información Legislativa - Cámara de Senadores y Diputados del Congreso de la República Argentina.
- Ley Orgánica N° 05/2010 (2010) - Derecho Penal Español.
- Código Penal Alemán (1998).
- Ley N° 2.422 - Código Penal Estadounidense.
- Código Penal Canadiense.
- Ley de Delitos Informáticos N° 30.171 - Código Penal Peruano.
- Ley N° 26.388 - Delitos Informáticos.
- Ley N° 26.904 - *Grooming*.