

JORGELINA MILANESI



EL DELITO DE “GROOMING” EN ARGENTINA

←—————→
UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

Trabajo Final de Graduación

Universidad Empresarial Siglo 21

Carrera de Abogacía

Año 2019

RESUMEN

La progresiva propagación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y, la mayor posibilidad de intercambio sin fronteras y en tiempo real, ha provocado que la seguridad cibernética se vuelva un problema a nivel local e internacional. Es innegable que existe un nuevo medio para amedrentar y/o acosar a través del uso de internet, y también para cometer delitos mayores (delitos sexuales, contra el honor, patrimoniales, contra la libertad, entre otros). Desde esta perspectiva, el presente trabajo pretende analizar el delito de “grooming” tipificado en el Código Penal de la Nación en el art. 131 (Ley N° 26.904, B.O. 11/12/2013) desde los principios constitucionales del derecho penal. En resumidas cuentas, el debate actual que se plantea es si su regulación vigente se ajusta a los principios constitucionales del derecho penal. Esto a su vez genera examinar, en qué condiciones y presupuestos se aplica la figura penal de “grooming”, situación que nos permitirá comprender que conductas quedan o no abarcados por el ámbito de la punibilidad.

Palabras claves: delitos cibernéticos - Código Penal – principios constitucionales - grooming - ámbito de punibilidad.

ABSTRACT

The progressive spread of information and communication technologies (ICT) and, the greater possibility of exchange without borders and in real time, has caused cybersecurity to become a problem locally and internationally. It is undeniable that there is a new means to intimidate and / or harass through the use of the internet, and also to commit major crimes (sexual crimes, against honor, patrimonial, against freedom, among others). From this perspective, this work aims to analyze the crime of "grooming" typified in the Criminal Code of the Nation in art. 131 (Law N ° 26.904, B.O. 11/12/2013) from the constitutional principles of criminal law. In short, the current debate that arises is whether its current regulation conforms to the constitutional principles of criminal law. This in turn leads to examine, under what conditions and budgets, the penal figure of "grooming" is applied, a situation that will allow us to understand what behaviors are or are not covered by the scope of punishability.

Keywords: cyber crimes - Penal Code - constitutional principles -grooming - scope of punishability.

INDICE

INTRODUCTION..... pág. 4

**CAPITULO I: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL
Y LA TEORÍA DEL DELITO..... pág.
8**

1. Introducción..... pág. 8
2. Los principios constituciones del derecho penal..... pág. 9
 - 2.1. Principio de legalidad..... pág. 9
 - 2.2. Principio de lesividad..... pág.
10
 - 2.3. Principio de culpabilidad..... pág.
12
 - 2.4. Principio de proporcionalidad de la pena..... pág.
12
 - 2.5. Non bis in idem..... pág.
12
3. Elementos fundamentales de la teoría del delito..... pág.
13
 - 3.1. La importancia de la teoría del delito: “el hecho punible” pág.
14
 - 3.2. Estructura de la teoría del delito..... pág.
14
 - 3.2.1. Acción..... pág. 14
 - 3.2.2. Tipicidad..... pág.
15
 - 3.2.3. Antijuridicidad..... pág.
18

3.2.4. Culpabilidad.....	pág. 18
4. Conclusiones parciales.....	pág. 20

CAPITULO II: LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO ARGENTINO..... **pág. 22**

1. Introducción.....	pág. 22
2. Los delitos informáticos o “cibernéticos” en el derecho comparado.....	pág. 23
3. Los delitos informáticos en el derecho argentino.....	pág. 24
1.1. Concepto de delito informático.....	pág. 25
1.2. Clasificación de los delitos informáticos.....	pág. 26
4. Análisis de la legislación de los delitos informáticos en Argentina.....	pág. 27
5. Conclusiones parciales.....	pág. 30

CAPITULO III: EL DELITO DE “GROOMING” EN ARGENTINA Y SU CONFLICTO CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL **pág. 32**

1. Introducción.....	pág. 32
2. Un análisis de los delitos informáticos contra menores de edad.....	pág. 33
3. El delito de “grooming” o “child grooming”	pág. 36
3.1. Consideraciones y análisis del tipo penal (art. 131 del CP)	pág. 38

3.1.1. El bien jurídico protegido.....	pág.
38	
3.1.2. Aspecto objetivo.....	pág.
40	
3.1.3. Aspecto subjetivo.....	pág. 43
4. Problemas constitucionales y su interpretación conforme los principios constitucionales del derecho penal.....	pág.
44	
5. La jurisprudencia nacional: los delitos informáticos y los menores de edad.....	pág. 47
5.1. Antes de la Ley N° 26.904 (2013) que incorpora el delito de grooming: el fallo "Fragosa" del año 2013.....	pág.
48	
5.2. Observaciones a los fallos más distinguidos.....	pág.
49	
6. Conclusiones parciales.....	pág. 51

CONCLUSIONES.....	pág.
54	

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA.....	pág.
59	

INTRODUCTION

En el presente Trabajo Final de Graduación se abordará el delito de “grooming” tipificado en el Código Penal de la Nación en el art. 131. Ahora bien, el debate actual que se plantea es si su regulación vigente se ajusta a los principios constitucionales del

derecho penal (principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad de la pena y non bis in idem). Esto a su vez genera examinar, en qué condiciones y presupuestos se aplica dicha figura penal incorporada al Código Penal de la Nación (en adelante CP) a través de la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013), situación que nos permitirá comprender que conductas quedan o no abarcados por el ámbito de la punibilidad o de lo prohibido por la ley penal.

El problema de investigación que motivo este trabajo es el siguientes: ¿el delito de grooming regulado en el art. 131 del Código Penal de la Nación resulta adecuado de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal que permiten determinar las condiciones y presupuestos de su aplicabilidad en Argentina? La hipótesis de trabajo reside fundamentalmente en lo siguiente: el delito de grooming regulado en el art. 131 del Código Penal de la Nación no resulta adecuado de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal, pero permiten realizar una interpretación sistemática (y no literal o exegética) y armónica para determinar las condiciones y presupuestos de su aplicabilidad en Argentina.

En el trabajo se han planteados los siguientes objetivos: por un lado, el *objetivo general*: analizar si el delito de grooming regulado en el art. 131 del Código Penal de la Nación resulta adecuado de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal que permiten determinar las condiciones y presupuestos de su aplicabilidad en Argentina; y, por otro lado, los *objetivos específicos*: examinar los principios constituciones del derecho penal; analizar los delitos informáticos contra menores de edad en el derecho penal argentino; examinar la teoría del delito y su relación con el delito de grooming; determinar el bien jurídico protegido en el delito de grooming; comparar el monto de la pena del delito de grooming con otros delitos sexuales; y analizar los problemas constitucionales.

El marco metodológico, el tipo de investigación que se utilizó es el método descriptivo, ya que permitió abordar una investigación científica apropiada sobre el delito de “grooming” (art. 131 de la CP) a partir de los principios constitucionales del derecho penal y su interpretación conforme a ellos que permiten limitar el poder punitivo del Estado. En función al tipo de problema de investigación y a los objetivos planteados, se consideró que la óptima es la “estrategia metodológica cualitativa”, aplicada en las ciencias sociales. En referencia a la delimitación temporal: la norma bajo análisis en este trabajo fue el Código Penal de la Nación, en especial su modificación

por la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013), El espacio temporal se analizó a partir de Ley N° 26.904 del año 2013, igualmente, se tuvo en cuenta la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22) y los Convenios Internacionales (Convenio sobre Ciberdelincuencia, etc.).

Desde la política criminal se ha observado que los sistemas de tecnología de información y comunicación (en adelante, TIC's) se encuentran disponibles de manera sencilla y totalmente accesibles a los menores de edad (personas que no han cumplido 18 años), lo que permite para ellos la posibilidad de una comunicación sin límites con los demás, este ámbito ha sido aprovechado por los ciberacosadores y pedófilos, como un campo donde resulta factible acceder a sus víctimas y cometer distintos delitos sexuales, hasta en algunos casos provocando un homicidio.

De esta manera, las TIC's constituyeron la herramienta apta para cometer diversidad de abusos delictivos contra los niños, niñas y adolescentes, los cuales se acrecentaron producto de un mundo globalizado y conectado en tiempo real que permite que su consumación sea más rápida. En ese contexto, se sanciona la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013) que incorpora al Código Penal el delito de "grooming" (art. 131) que en su interpretación literal -como plantean algunos autores- contradice ciertos principios constitucionales del derecho penal, lo que trae aparejados problemas constitucionales. Sin embargo, como se verá en este trabajo esta norma penal puede ser interpretada en sentido sistemático y armónico acorde a los principios constitucionales del derecho penal, situación que evitará los problemas constitucionales y, nos permitirá establecer en qué condiciones y presupuestos debe aplicarse la figura penal de "grooming".

El Trabajo Final de Graduación está dividido en tres partes esenciales, que procuran analizar y desarrollar la problemática planteada. A continuación, su estructura sistemática:

En el Capítulo I: "*La teoría del delito y los delitos informáticos en el derecho argentino*", tiene como objetivo central analizar y describir la teoría del delito y los presupuestos del hecho punible, asunto importante para entender cualquier norma penal en relación con la conducta desplegada por el sujeto acusado de un delito. En consecuencia, se desarrollarán y examinarán los siguientes ejes temáticos: los principios constituciones del derecho penal (principio de legalidad, principio de lesividad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad de la pena y non bis in idem);

elementos fundamentales de la teoría del delito: la importancia de la teoría del delito: “el hecho punible” y para cerrar, se analizará la estructura de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Y seguidamente, en el Capítulo II: *“los delitos informáticos en el derecho argentino”*, tiene como finalidad analizar la relevancia y los aspectos fundamentales de los denominados delitos informáticos o cibernéticos dentro del mundo del derecho penal y su expansión (vigencia) en el derecho penal argentino. En consecuencia, se examinarán y desarrollarán los siguientes temas: los delitos informáticos o “cibernéticos” en el derecho comparado; los delitos informáticos en el derecho argentino: concepto de delito informático y clasificación de los delitos informáticos; y por último, se analizará la legislación de los delitos informáticos en Argentina

En el Capítulo III: *“el delito de “grooming” en argentina y su conflicto con los principios constitucionales del derecho penal”*, tiene como objetivo analizar la tipificación de la figura penal de grooming (art. 131 del CP) en relación con los postulados constitucionales que permiten limitar el poder punitivo del Estado y poder realizar una interpretación sistemática que resuelva los problemas constitucionales que presenta la redacción actual en el Código Penal de la Nación. Desde este enfoque, se analizarán los siguientes temas: un análisis de los delitos informáticos contra menores de edad; el delito de “grooming” o “child grooming”: consideraciones y análisis del tipo penal (art. 131 del CP), el bien jurídico protegido, aspecto objetivo y aspecto subjetivo; problemas constitucionales y su interpretación conforme los principios constitucionales del derecho penal y por último, se realizará un estudio de la jurisprudencia nacional: los delitos informáticos y los menores de edad: antes de la Ley N° 26.904 (2013) que incorpora el delito de grooming: el fallo “Fragosa” del año 2013 y observaciones a los fallos más distinguidos.

Por último, se efectuarán las conclusiones personales de carácter final que tendrá como propósito confirmar o desechar la hipótesis de trabajo que gira en comprender que el delito de grooming (art. 131 del CP) no está regulado conforme los principios constitucionales del derecho penal, lo que consiente realizar una interpretación sistemática y armónica de la figura penal lo que implicará determinar las condiciones y prepuestos de su aplicación en el derecho penal argentino.

CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL

Y LA TEORÍA DEL DELITO

1. Introducción

En el Capítulo I: *“La teoría del delito y los delitos informáticos en el derecho argentino”*, tiene como objetivo central analizar y describir la teoría del delito y los presupuestos del hecho punible, asunto importante para entender cualquier norma penal en relación con la conducta desplegada por el sujeto acusado de un delito. En consecuencia, se desarrollarán y examinarán los siguientes ejes temáticos: los principios constituciones del derecho penal (principio de legalidad, principio de lesividad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad de la pena y non bis in idem); elementos fundamentales de la teoría del delito: la importancia de la teoría del delito: “el hecho punible” y para cerrar, se analizará la estructura de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

Los principios constituciones del derecho penal, son en principio, un conjunto de garantías constitucionales que construyen el modelo constitucional que deriva de la Constitución Nacional (en adelante, CN) y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la CN). Y, en segundo lugar, son un mandato o exigencia de carácter constitucional para elaborar la doctrina o el derecho penal aplicable, es decir, no se puede prescindir de los principios que lo rigen en la tarea del interprete en general.

Acorde a estos principios constituciones del derecho penal (principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, etc.) deben interpretarse las leyes penales y descartarse (por inconstitucionales) las que resulten de imposible encuadre conforme a sus pautas (Zaffaroni, 2012).

2. Los principios constituciones del derecho penal

Se denomina “principios constitucionales del derecho penal” al conjunto de garantías, derechos o ideas fundamentales que rigen las conductas de quienes participan o toman parte en un proceso penal.

Al respecto de los principios constituciones del derecho penal, ha sostenido con razón el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni que:

De la Constitución Nacional (y de los tratados incorporados en función del inc. 22 del art. 75) se deducen principios constructivos que rigen la elaboración del sistema o doctrina del derecho penal. Conforme a estos principios deben interpretarse las leyes penales y descartarse (por inconstitucionales) las que resulten de imposible encuadre conforme a sus pautas. Pueden proponerse diversos sistemas interpretativos, pero todos deben respetar los principios constructivos, que operan como la regulación municipal en la construcción de edificios. Estos se derivan de tres mandatos fundamentales: (a) de legalidad, (b) de respeto elemental a los derechos humanos y (c) del principio republicano. (Zaffaroni, 2012, p. 39)

Dichos principios serán el límite al poder punitivo o sancionador del Estado. Al decir de Carlos Lascano que estos principios “integran el modelo constitucional penal con la finalidad de establecer un límite a la potestad punitiva que posee todo estado y se convierten en condiciones necesarias tanto para atribuir responsabilidad penal como para imponer una pena”. (Lascano, 2005, p 111)

La importancia de los principios constituciones del derecho penal gira en limitar el poder punitivo del Estado, es decir, evitar caer el punitivismo sobrepasando las garantías constitucionales y en un Estado autoritario. Al mismo tiempo, es una directriz para interpretar “en su mejor luz” la norma penal conforme a todo el ordenamiento jurídico. En definitiva, el derecho penal de un Estado de Derecho debe construirse -e interpretarse- y regirse a través de principios constitucionales, puesto que es un mandato constitucional e internacional conforme los derechos humanos.

2.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad penal hace referencia a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del estado (Lascano, 2005). La expresión “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (no hay crimen, ni pena, sin ley) se

haya consagrada en nuestra legislación en la propia Constitución Nacional que reza en su art. 18:

Ningún habitante de la nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de proceso. Nadie puede ser condenado por conductas que al momento de su comisión no eran delictivas según el derecho aplicable.¹

El mencionado artículo consagra también los siguientes derechos:

El debido proceso legal (defensa en juicio): la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en delante C.S.J.N.) aclara que el art. 18 exige el cumplimiento de las formas sustanciales del juicio referidas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales. Al mismo tiempo, se establece que a todo imputado le corresponde el derecho de ser defendido por un abogado matriculado o, en su defecto, por el defensor oficial que corresponda (Lascano, 2005).

La prohibición de retroactividad de las leyes penales: se requiere la existencia de una ley anterior al hecho del proceso. Solo podrá aplicarse al imputado la norma que se encontraba vigente al momento de cometerse el delito, salvo que la nueva ley sea más benigna para el reo, será admisible la retroactividad. Asimismo, se establece la prohibición de analogía: en cuestiones de naturaleza penal no rige la interpretación analógica, salvo que la aplicación de esta sea para beneficio del imputado.

Por último, juez natural: se refiere a la imparcialidad que debe tener el juzgador al momento de emitir sentencia, impide la creación o implementación de tribunales especiales. El órgano judicial encargado de resolver la cuestión deberá tener jurisdicción, competencia y haber sido creado por ley, con anterioridad al hecho que da origen al proceso; y la presunción de inocencia: una persona no podrá ser considerada culpable mientras no exista una sentencia firme que así lo declare. Hasta tanto, el imputado gozará de la presunción de inocencia (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

2.2. Principio de lesividad

El denominado “principio de lesividad” se encuentra consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional que reza:

¹ Constitución Nacional. Art. 8

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que comanda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.²

El Dr. Núñez consideraba que este principio respondía a una concepción política de otorgarles a los individuos una zona exenta de castigo (acciones privadas) en las cuales quedan incluidos todos aquellos hechos que por más inmorales o perjudiciales para la propia persona que sean y, no hayan salido de la esfera de lo privado, no se pueden castigar como delito (Núñez, 1988, 2008).

Al respecto, el Prof. Dr. Eugenio R. Zaffaroni ha explicado:

Las acciones que no lesionan o afectan a terceros están fuera del poder del Estado (art. 19 CN). Todo el derecho sirve a la relación de la persona (es personalista o no trascendente), de modo, que no puede imponerle una moral o asumir posiciones paternalistas en nombre de ningún mito transpersonal. El derecho garantiza la autonomía moral que es esencia de la personalidad, por lo que implica que admite la posibilidad de lo inmoral. Por ende, no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno. Viola el principio de lesividad u ofensividad la prohibición de tenencia de tóxicos para consumo propio en cantidad y forma que no lesione ningún bien jurídico ajeno. Lo sería una ley que pretendiese penar el concubinato, las relaciones homosexuales entre adultos, no adoptar un culto o religión, expresar ideas que simplemente molestan a otros, llevar el cabello largo o raparse, etc. (Zaffaroni, 2012, pp. 43-44)

Por lo tanto debe concluirse que el principio de lesividad es una garantía procedente del art. 19 del plexo constitucional, es decir, es una derivación del mandato constitucional y con carácter elemental de derecho humano, además, es un límite la injerencia arbitraria de Estado, por lo tanto, no pueden castigarse los hechos que no causen un daño o peligro real (concreto) sobre bienes jurídicos personales protegidos por el ordenamiento jurídico argentino, por ende, no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno individual o colectivo.

2.3. Principio de culpabilidad

² Constitución Nacional. Art. 19

Exige como condición para la aplicación de una pena que el sujeto haya sido declarado culpable en juicio. Lascano expresa que el principio exige como presupuesto de la pena “*reconocer la capacidad de libertad del hombre*” (Lascano, 2005, p. 120). Es culpable quien pudo entender la comisión de un injusto penal y decidir por sí mismo respecto a él.

El derecho penal debe estar delimitado por una culpabilidad aplicable por el hecho, sin posibilidad de sancionar al individuo teniendo en cuenta cuestiones referidas a sus ideas, personalidad, creencias personales, etc. El principio culpabilidad encuentra su fundamentación en los arts. 1 y 33 de la Carta Magna,³ como así también, en el propio principio de legalidad, e incluso en el Pacto de San José de Costa Rica en los arts. 8 y 11.⁴

2.4. Principio de proporcionalidad de la pena

Otros de los importantes principios constitucionales en el derecho penal y que a su vez marcan un límite a la injerencia arbitraria del Estado en el ámbito de la punibilidad es el denominado “principio de proporcionalidad de la pena”, que exige que la gravedad de la pena a aplicarse sea proporcional al hecho cometido.

Respecto a ello, se ha considerado con razón que con la dimensión de la pena con la que se sancionara al delincuente debe tener cierta correspondencia o proporción con la conducta dañina o perjudicial que se halla descripta en el tipo penal, con las características criminológicas que identifiquen al autor, su ánimo al momento de suceder el hecho, incluso con la consecuencia pública de la violación a la normativa, entre otras (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

2.5. Non bis in idem

Se reconoce en el llamado principio “*non bis in idem*”, la garantía de prohibición del doble juzgamiento. En consecuencia, se impide mediante el mismo perseguir o condenar dos veces a un autor por el mismo delito (Righi, 2007). La

³ Véase, Constitución Nacional. Arts. 1 y 33.

⁴ Véase, Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica). Arts. 8 y 11.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.4), y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.7), le otorgan carácter de garantía Constitucional mediante su incorporación a nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22.⁵

La Convención Americana prohíbe que aquel acusado que fue absuelto pueda ser procesado de nuevo por el mismo hecho cometido. Por su parte, los derechos Civiles y Políticos toman en cuenta los casos tanto del acusado absuelto como también del condenado, prohibiendo para ambas situaciones un nuevo juzgamiento y posible sanción. De esta manera nuestro derecho prohíbe un nuevo juzgamiento cuando en uno preexistente, recayó la absolución, como para aquel que ha tenido una condena.

3. Elementos fundamentales de la teoría del delito

Como lo sostiene el Prof. Dr. Esteban Righi (2007), un modelo de teoría del delito relacionado con la idea del Estado de Derecho requiere que toda imputación gire en torno a un hecho, ya que es inaceptable considerar las manifestaciones de derecho penal de autor. Por ello la imputación penal implicara necesariamente que el hecho cometido sea ilícito, es decir que existe una norma que lo prohíbe y ninguna que lo autoriza; y por otra parte que el sujeto debe ser considerado culpable por haber sido el quien cometió ese hecho ilícito.

Posteriormente, la “imputación de responsabilidad a una persona como autora de un delito dependerá de la constatación de que en el hecho han estado presente todos los elementos del delito (presupuestos de punibilidad), los que son considerados en función de un orden sistemático” (Righi Esteban, 2007, p. 99). De esta manera, quedara comprendida la estructura de la teoría del delito con los siguientes elementos fundamentales: acción – tipicidad - antijurídica – culpabilidad.

3.1. La importancia de la teoría del delito: “el hecho punible”

El hecho punible, o bien considerado normalmente “delito” es la conducta contraria al ordenamiento jurídico que está establecido en una sociedad. Si nos enfocamos en la teoría, un delito es una acción, típica, antijurídica y culpable. Es

⁵ Véase, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8.4; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 14. 7; y Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22.

entonces, la teoría del delito la herramienta conceptual fundamental que le permite al juez identificar si se dan en el caso concreto cada uno de los presupuestos exigidos por la norma para la configuración dogmática prevista. (acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) y de esta manera determinar si estamos o no frente a un delito.

3.2. Estructura de la teoría del delito

Cuando un hecho humano es realizado con voluntad, y el mismo a su vez produce una alteración en el mundo exterior, se lo define como una *conducta o acción*. Ya es conocida la definición que expresa que conducta es la voluntad humana exteriorizada en el mundo (Righi, 2007). Esto deja claro que no existirá acción cuando no existe voluntad del autor de realizar un hecho, y tampoco existirá en aquellos casos donde el comportamiento exterior del autor fue inevitable. Nuestro país adopta derecho penal de acción, y no de autor (es decir, se penará al sujeto por lo que hace, y no por lo que es) por ello lo primero que se analizará es la existencia de acción y por ende la confirmación o negación de existencia del delito.

3.2.1. Acción

Cuando un hecho humano es realizado con voluntad, y el mismo a su vez produce una alteración en el mundo exterior, se lo define como una *conducta o acción*. Ya es conocida la definición que expresa que conducta es la voluntad humana exteriorizada en el mundo (Righi, 2007). Esto deja claro que no existirá acción cuando no existe voluntad del autor de realizar un hecho, y tampoco existirá en aquellos casos donde el comportamiento exterior del autor fue inevitable. Nuestro país adopta derecho penal de acción, y no de autor (es decir, se penará al sujeto por lo que hace, y no por lo que es) por ello lo primero que se analizará es la existencia de acción y por ende la confirmación o negación de existencia del delito.

Aspecto negativo de la conducta (falta de acción por ausencia de voluntad): no existirá conducta cuando el autor no pudo comprender la criminalidad del acto, o cuando no pudo dirigir sus acciones (es decir, que actuó involuntariamente), o porque obró bajo alguna de las condiciones establecidas en el art. 34 C.P.: a) en estado de

inconsciencia absoluta (inc.1); b) Bajo una fuerza física irresistible (inc. 2); y c) Por un acto reflejo.

3.2.2. Tipicidad

Que una conducta sea “típica” significa que la misma está prohibida por la norma. La teoría del tipo penal nos permite identificar con claridad cuál es el comportamiento prohibido. Aquí opera con excelencia el principio “*nullum crimen sine praevia lege*” (“Ningún delito, ninguna pena sin ley previa”) es decir, la propia ley determinará qué acciones, con qué características, o pertenecientes a cuál especie, configurarán un delito. Zaffaroni realiza su aporte al concepto de tipicidad, diciendo que: “*el tipo es una fórmula textual de selección de acciones*” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 432).

El tipo es predominantemente descriptivo, porque a través de la descripción de los elementos, resultará más sencillo el trabajo de individualizar las conductas penalmente prohibidas.

El contenido genérico del tipo penal: todos los tipos penales están constituidos por tres elementos: a) El autor, b) la acción, y c) la situación de hecho. De este último punto, es el legislador el responsable de establecer cuáles serán los elementos que configurarán la situación de hecho en la que el autor desplegará su acción. Estos elementos pueden clasificarse en descriptivos o normativos, los cuales marcarán qué conocimientos son requeridos por el dolo en cada caso (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

Los elementos descriptivos son los que el autor percibe predominantemente a través de sus sentidos (los puede tocar, ver, oírlos, etc...), en cambio, los *elementos normativos* son aquellos en los que se requiere una valoración, ya que no pueden percibirse solo a través de los sentidos (Bacigalupo, 1999; Zaffaroni, 1998, 2012).

Tipo Activo Doloso: individualiza al autor, a través de la descripción de la acción prohibida. Detallan una acción que está dirigida por el autor para concluir en un resultado, por ello se caracterizan por la coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. Se conforma de una faz objetiva que deberá contener circunstancias o datos externos al pensamiento; y una faz subjetiva que estará representada por todo aquello

que deberá presentarse en la psiquis del autor. Se exigirá en este tipo, que exista una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido por el autor.

Elementos Objetivos:

- **Acción:** realización del verbo típico- contendrá el mínimo de elementos que determinen que la acción deberá ser tratada por el derecho penal.

- **Resultado:** Para acreditar que se realizó el tipo objetivo se debe acreditar, aparte de la existencia de acción, que la misma haya provocado un resultado lesivo y que entre ambos exista un nexo que los relacione, es decir que ésta última fue producto de la primera (imputación objetiva). El resultado comprende solo la lesión que afecta el objeto de la acción y no cualquier consecuencia derivada de ello, tal como ejemplifica Bacigalupo “no es resultado del delito de homicidio el dolor ocasionado a los familiares de la víctima” (Bacigalupo, 1999)

- **Sujetos:** activos (persona que lleva adelante la conducta prohibida), pasivo (titular del bien jurídico tutelado penalmente)

- **Relación de causalidad:** es aquí donde se analizará el nexo existente entre la acción y resultado y su solución dependerá de la teoría que se haya adoptado: teorías de la causalidad, teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada, y teoría de la imputación objetiva.

La *teoría de la causalidad* expone una relación de causa - efecto igual a la que se presenta en los sucesos de la naturaleza. Aunque afirmar que algo es causal, no significa confirmar su responsabilidad, si bien la causalidad propone un límite mínimo de responsabilidad, no siempre ella se encuentra presente en toda causalidad.

Han sido muchos los intentos que se han realizado, para responder a las cuestiones planteadas de la causalidad, pero solo han tenido consistencia y subsistido en la práctica dos teorías: *de la equivalencia de las condiciones (conditio sine qua no)* y la *teoría de la causalidad adecuada*. En la primera, se considera que son equivalentes entre sí todas las condiciones que son esenciales para producir un determinado resultado; en otras palabras, toda condición que sea necesaria para producir un resultado típico será considerada causal del mismo.

Para ello se vale de un mecanismo de “*supresión mental hipotética*” donde una acción es causa del resultado si, suprimida mentalmente su realización, aquél no se hubiera producido. Debe dejarse en claro que no deben tomarse para el análisis hipotético, cursos de acción que no acontecieron realmente, sino tomarse los hechos tal cual se presentaron en el mundo (Bacigalupo, 1999).

En la “*teoría de imputación objetiva*”: Es la teoría que se impone por sobre las demás, para ésta el hecho de que una acción haya sido causante de un resultado típico, no será suficiente para configurar el tipo objetivo. No basta el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado para que ese resultado típico sea objetivamente imputable a la conducta de un sujeto, sino que requerirá que el agente: 1) haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, para el objeto que está protegido penalmente; 2) Ese mismo riesgo creado por el autor, es el que materializó en el resultado y no otro (Roxin, 1997).

La falta de cualquiera de estos elementos impedirá que se pueda imputar al agente el resultado típico, pero ello podrá provocar otros efectos: si el agente generó un riesgo prohibido, pero el mismo no llegó a materializarse en el resultado y actuó con dolo podrá ser plausible de considerarse *tentativa*. Pero, si por el contrario no llegó siquiera a provocar un riesgo, se encuadrará en el supuesto de *atipicidad*.

Criterios de la imputación objetiva para determinar que una conducta no configura el tipo penal: cuando el riesgo creado corresponde a un riesgo permitido; cuando la conducta del agente disminuye el riesgo existente para el bien: el principio de confianza; prohibición de regreso: competencia de la víctima; falta de materialización del riesgo prohibido (Righi, 2007).

Elementos Subjetivos: son todos aquellos los elementos internos que deben estar presente en la cabeza del autor. En esta parte se analizará el aspecto interno, fundamentalmente el “dolo” del autor, aunque no se agotan en él, ya que hay tipos que requieren en su aspecto subjetivo una finalidad que sea trascendente. En los delitos dolosos se da una coincidencia entre lo objetivo y lo subjetivo, porque lo que el autor debe “representarse” subjetivamente, son todos los elementos que conforman el tipo objetivo. Es decir, en un delito doloso claramente el autor actuó sabiendo lo que hacía (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

3.2.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad establece en qué casos y de acuerdo con las condiciones de realización de una acción por parte del autor no es contraria al derecho, es decir, no será reprochado jurídicamente. Decir que una conducta es antijurídica es asegurar que la misma es contraria a derecho, lo define claramente Núñez cuando destaca:

La antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho” y aclara que “la antijuridicidad sólo existe si el hecho ha sido cometido contrariando la norma prohibitiva u ordenadora del pertinente tipo delictivo, sin que concurra una causa de justificación. (Núñez, 1976, pp. 153 y 154)

Causas de justificación: Son permisos que otorga el ordenamiento jurídico para cometer en determinadas situaciones y bajo ciertos requisitos que deben cumplirse, un hecho típico (Zaffaroni,1998, 2012). Estos “permisos” otorgados por la ley son: El estado de necesidad justificante y la Legítima defensa.

Estado de necesidad justificante: El art. 34 en el inc. 3 de nuestro código penal lo define: “el que *causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno, al que ha sido extraño.*” El fundamento radica en la prioridad de protección que tiene el bien considerado jurídicamente más valioso frente a otro de mal menor.

Legítima defensa: Se considera un caso especial de estado de necesidad, regulado en el art. 34, inc. 6 y 7, donde el fundamento de su aplicación recae sobre el interés de proteger el bien jurídico agredido, por sobre el bien del agresor (Zaffaroni,1998, 2012). Se percibe en el hecho, una “injusticia” en la agresión. La legítima defensa puede darse sobre la propia persona o sus derechos, o bien de la persona de un tercero o sus derechos. En los casos de *defensa propia*, exige la presencia de tres requisitos: 1) que medie una agresión ilegítima, 2) la existencia de racionalidad en el medio empleado para impedir o repeler la agresión, 3) falta de provocación suficiente por parte del defendido.

3.2.4. Culpabilidad

Una vez descartada la existencia de alguna causa de justificación y por ello encuadrada la acción en un injusto penal, solo resta constatar que el caso contenga las condiciones de reprochabilidad, que permitirá afirmar la culpabilidad del autor. La culpabilidad es entendida como “reprochabilidad”. Para considerar culpable a un sujeto de un injusto (acción, típica y antijurídica); se deberá comprobar que se dieron las condiciones que la ley exige para efectuar un reproche penal.

Estas condiciones son las detalladas a continuación: a) Que el autor del injusto haya podido comprender que actuó contrario a las exigencias que establece el derecho penal; b) Que el autor en su conciencia comprenda el significado de lo que realiza y que tenga voluntad para llevarlo adelante (dolo); c) que haya existido en él, una falta de precaución (culpa); y d) que haya obrado con libertad de acción (sin coacciones) (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

Al respecto a la “*imputabilidad*”: es la capacidad de una persona para ser considerada culpable penalmente. Presupone del agente una madurez, y un estado mental saludable, que le permita comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones libremente (CP. art. 34, inc. 1). La misma debe ser actual, es decir existir al momento del hecho, del comportamiento contrario a derecho, y no de cuando éste produce sus resultados. La *madurez* está reconocida por reconocida en nuestra legislación a los 16 años: “no es inimputable el menor entre 16 y 18 años no punible en relación a delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de 2 años, con multa o con inhabilitación”.⁶ La *salud mental* de un sujeto se encontrará saludable y en estado si carece de insuficiencia en sus facultades o alguna alteración morbosa en la misma.

Hay falta de culpabilidad cuando (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002): no se le puede exigir al autor la comprensión de la criminalidad del acto: Lo que puede ser producto de las siguientes situaciones; inimputabilidad por minoría de edad: ser menor de 16 años al momento del hecho; ser menor de 18 años al momento del hecho, si el hecho cometido corresponde a un delito de acción privada (art. 73), o reprimido con pena privativa de libertad que no exceda de 2 años de prisión, multa o con inhabilitación (Ley N° 22.803); Por Error de Prohibición Invencible: desconoce la antijuridicidad. El sujeto sabe lo que hace, pero no sabe que está prohibido: Error de Prohibición

⁶ Ley N° 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad. Art. 1

Invencible Directo: el autor del hecho desconoce la relevancia penal de su conducta. No sabe que tal conducta es delictiva. En cambio, Error de Prohibición Invencible Indirecto: el sujeto sabe que realiza una conducta típica, pero erróneamente cree que está justificado. El error de prohibición invencible provocará la exclusión de la culpabilidad y el error de prohibición vencible provocará que exista una disminución en la pena. Por último, Error de Comprensión: se da cuando un sujeto, si bien conoce la prohibición, no puede internalizar la pauta normativa (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

Por último, también tenemos: por incapacidad psíquica proveniente de una insuficiencia de las facultades del sujeto o de las alteraciones morbosas de la misma (art. 34 inc. 1); por carecer el Sujeto de un cierto ámbito de autodeterminación al realizar su acción; y estado de Necesidad Exculpante (art. 34 Inc. 2): por actuar el sujeto ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

4. Conclusiones parciales

En estas conclusiones parciales, considero personalmente que las leyes penales son dictadas por procedimientos democráticos lo que genera una presunción de legalidad y legitimidad dentro del ordenamiento jurídico argentino, esto implica que en un Estado de Derecho se ha respetado el modelo constitucional. Ahora bien, en muchos de los casos el legislador impone normas imperfectas (ambiguas o vagas) o que exceden ciertas garantías constitucionales (principio de legalidad, proporcionalidad, etc.) en su versión literal, pues, la única manera de interpretar la norma penal reside en ajustar dicha comprensión a los principios constituciones del derecho penal.

Al mismo tiempo, entiendo que la interpretación es una tarea intelectual que debe realizarse de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal (estos principios tienen su vigencia a través de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales) y, que permiten no declarar una norma penal inválida, pero sí que se ajuste a los mismos, pues, recordemos que la declaración de inconstitucionalidad no es una tarea sencilla ni apropiada en un Estado de Derecho, ya que esta debe ser la última instancia donde debe acreditarse su arbitrariedad e ilegítimada y su contradicción palmaria con la Constitución Nacional o los Tratados Internacionales que conforman el ordenamiento jurídico argentino.

Como lo manifesté en el trabajo, la importancia de los principios constitucionales del derecho penal gira en limitar el poder punitivo del Estado, es decir, evitar caer el punitivismo sobrepasando las garantías constitucionales y en un Estado autoritario. Al mismo tiempo, es una directriz para interpretar “en su mejor luz” la norma penal conforme a todo el ordenamiento jurídico. En definitiva, el derecho penal de un Estado de Derecho debe construirse -e interpretarse- y regirse a través de principios constitucionales, puesto que es un mandato constitucional e internacional conforme los derechos humanos.

En esta tarea interpretativa que realiza la dogmática penal, la teoría del delito es fundamental, pues, el hecho realizado por una persona debe subsumirse en un tipo penal, siendo además antijurídica y culpable. Esto conllevará como consecuencia una pena, en este momento recién podremos afirmar que el sujeto “acusado” ha cometido un delito de los descrito por el Código Penal de la Nación.

CAPITULO II

LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL DERECHO ARGENTINO

1. Introducción

En el Capítulo II: “*los delitos informáticos en el derecho argentino*”, tiene como finalidad analizar la relevancia y los aspectos fundamentales de los denominados delitos informáticos o cibernéticos dentro del mundo del derecho penal y su expansión (vigencia) en el derecho penal argentino. En consecuencia, se examinarán y desarrollarán los siguientes temas: los delitos informáticos o “cibernéticos” en el derecho comparado; los delitos informáticos en el derecho argentino: concepto de delito informático y clasificación de los delitos informáticos; y, por último, se analizará la legislación de los delitos informáticos en Argentina

Se debe tener presente que, constituye un delito informático toda acción típica, antijurídica y culpable que se comete a través de medios informáticos, o que tiene por finalidad destruir o dañar ordenadores, cualquier medio electrónico o redes.

Los delitos informáticos son aquellos actos ilícitos que se realizan mediante la implementación de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación y que tienen por finalidad provocar daños, o pérdidas. La utilización de la informática se encuentra presente en casi todos los ámbitos de la vida cotidiana, tanto

es así que no ha queda exento de ello la comisión de delitos, los cuales abordaremos en el presente estudio, analizando sus desarrollos y las soluciones que se han planteado en torno al Derecho Penal.

2. Los delitos informáticos o “cibernéticos” en el derecho comparado

En los últimos años, en América Latina puede observarse que por diversas cuestiones ha ido legislando distintos delitos informáticos, la mayor diferencia radica en la protección del bien jurídico que se pretende proteger mediante la sanción penal.

En todas las legislaciones se pretenden combatir la ciberdelincuencia organizada en referencia a los delitos contra la propiedad, como, por ejemplo: la estafa, extorsión, etc., al mismo tiempo, también muchas de las legislaciones han dictado normas penales para proteger a los niños, niñas y adolescentes de agresores sexuales (acosadores, pedófilos, etc.).

En este sentido debe marcarse una distinción, muchos de los delitos informáticos de carácter propio tienen como víctimas a mayores de edad, pues, generalmente el bien jurídico afectado es la propiedad o la base de datos que se encuentra en un soporte informático, etc. pero también otros delitos informáticos de carácter impropio como lo es el delito de “grooming” tienen como víctima a los menores de edad donde se afecta el bien jurídico libertad sexual o indemnidad sexual de los menores de edad.

Al respecto, ha expresado el Dr. Marcelo Gabriel Ignacio Temperini, que:

Por cuestiones atinentes a cada país en particular, su cultura jurídica penal en cuanto a la forma de redacción de los tipos penales, así como los diferentes bienes jurídicos que se protegen a través de ellos, hacen que las redacciones sean en algunos casos sustancialmente diferentes, incluso tratando de reprimir penalmente la misma conducta (Temperini, 2013, p. 10).

En consecuencia, en Latinoamérica se han sancionado distintos tipos penales destinados a sancionar los delitos informáticos (por ejemplo: acceso ilícito; interceptación ilícita; atentados contra la integridad de los datos; atentados contra la integridad del sistema; abuso de equipos; falsedad informática; estafa informática; infracciones relativas a la pornografía infantil y a la libertad sexual, etc.), entre ellos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador,

Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela (Temperini, 2013).

Estas normas jurídicas con diferentes regulaciones en varios países fueron influenciadas por la Convención de Cibercriminalidad de Budapest.⁷ A través de la Ley N° 27.411 en Argentina se ha aprobado dicha Convención de Budapest sobre “Ciberdelito”.

El delito de “grooming” está tipificado en España, Canadá, Escocia, Australia, Estados Unidos, Alemania y también en Argentina, ambas con regulaciones distintas. Se ha considerado que el “grooming” es un delito informático impropio, porque las vías de comunicación (sistema informático o de transmisión de datos) es para mantener contacto con un menor de edad y así cometer de manera sencilla un delito o, allanar el camino para un delito contra la libertad sexual de los niños, niñas, o adolescentes, quienes son víctimas de estos ataques sexuales (Garibaldi, 2014).

Como puede observarse, aquí no se ataca o no se afecta el sistema informático de una persona o los datos de una persona menor de edad (por ejemplo: ataques a la integridad del sistema o de los datos; falsificación informática, etc.), sino que se utiliza el medio -comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos- para llegar a un fin que es cometer un delito de mayor gravedad (por ejemplo: abuso sexual, art. 119 del CP o, en muchos casos abuso sexual seguido de muerte, art. 124 del CP).

3. Los delitos informáticos en el derecho argentino

Siendo notoria la necesidad de una regulación legal específica del “ciberdelito”, existen dos opciones a la hora de ejecutar esta normativa particular para esta materia: por un lado, puede sancionarse una ley específica, complementaria del Código Penal, como lo hizo Venezuela al sancionar una ley especial contra los delitos informáticos, o Chile en el año 2001. Por otra parte, puede realizarse directamente una reforma del Código Penal, a través de la incorporación de un nuevo título que contemple las nuevas ilicitudes no tipificadas, o ubicando éstas entre los distintos títulos del digesto, de acuerdo con los bienes jurídicos que pretendan protegerse, tal como fue realizado por

⁷ Véase, Convención de Cibercriminalidad de Budapest. Arts. 2 a 10.

Boliviano, que incluyó los delitos informáticos directamente en su Código Penal a través de un capítulo específico referido a ellos (Arocena & Balcarce, 2015).

Nuestro país, contempla dentro de su legislación ambas alternativas, aunque la vigencia actual normativa incluye los delitos cibernéticos en el código penal distribuidos según el tipo legal, en los distintos títulos correspondientes al Libro Segundo del Código Penal.

3.1. Concepto de delito informático

Existen varios conceptos elaborados para plantear en que consiste un delito informático, podemos citar autores del vecino país chileno, que consideran que un delito informático es “Toda conducta que revista características delictivas, es decir, sea típica, antijurídica y culpable, y atente contra el soporte lógico de un sistema de procesamiento de información, sea sobre programas o datos relevantes, a través del empleo de las tecnologías de la información, y el cual se distingue de los delitos Computacionales o tradicionales informatizado (Beltramone, Herrera Bravo y Zabale, 1998).

Es importante aclarar que no cualquier delito cometido a través de un medio informático, es un delito informático propiamente dicho, debido a que se debe diferenciar un delito informático, de uno computacional. Un delito informático ataca el soporte lógico de un sistema que procesa información, mientras que un delito computacional está amparado y regulado por otras normas del derecho penal (propiedad, fe pública, orden público, etc.). En síntesis, expresan algunos autores chilenos que en un delito informático se debe comprender aquello que atente contra el soporte lógico o “software” y no contra el soporte físico o “hardware” (Buompadre, 2015).

Un delito informático o cibercrimen es toda aquella acción antijurídica y culpable, que se da por vías informáticas o que tiene como objetivo destruir y dañar ordenadores, medios electrónicos y redes de Internet. Debido a que la informática se mueve más rápido que la legislación, existen conductas criminales por vías informáticas que no pueden considerarse como delito, según la “Teoría del delito”, por lo cual se definen como abusos informáticos (los tipos penales tradicionales resultan en muchos países

inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, y parte de la criminalidad informática. La criminalidad informática consiste en la realización de un tipo de actividades que, reuniendo los requisitos que delimitan el concepto de delito, sean llevados a cabo utilizando un elemento informático (Alcívar Trejo, Domenech Álvarez y Ortiz Chimbo, 2015).

Al respecto ha expresado los autores (Alcívar Trejo, Domenech Álvarez y Ortiz Chimbo, lo siguiente:

Los delitos informáticos son aquellas actividades ilícitas que: (a) Se cometen mediante el uso de computadoras, sistemas informáticos u otros dispositivos de comunicación (la informática es el medio o instrumento para realizar un delito); o (b) Tienen por objeto causar daños, provocar pérdidas o impedir el uso de sistemas informáticos (delitos informáticos)... (Alcívar Trejo, Domenech Álvarez y Ortiz Chimbo, 2015, p. 44).

En resumidas cuentas, los llamados “ciberdelitos” son conductas contrarias a los intereses de los individuos en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin (concepto atípico) o las conductas atípicas, antijurídicas y culpables en que se tiene a las computadoras. En el terreno internacional se considera que aún no existe una definición propia del delito informático.

3.2. Clasificación de los delitos informáticos

La clasificación que realiza Julio Téllez Valdés, y que es expuesta por el trabajo de Dr. Miguel Estrada Garavilla. Al respecto, Téllez enfoca su clasificación de delitos informáticos en base a dos criterios: como instrumento o medio y como fin u objetivo.

Ahora bien, los delitos informáticos como instrumento o medio: aquí se encuadrarán las conductas criminales que utilizan una computadora como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito, por ejemplo: a) falsificación de documentos vía computarizada (tarjetas de crédito, cheques, etc.); b) variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas; c) planeamiento y simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, etc.); d) lectura, sustracción o copiado de información confidencial; e) modificación de datos tanto en la entrada como en la salida; f) aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema

introduciendo instrucciones inapropiadas; g) variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa; h) uso no autorizado de programas de cómputo; i) introducción de instrucciones que provocan “interrupciones” en la lógica interna de los programas; j) alteración en el funcionamiento de los sistemas, a través de los virus informáticos; k) obtención de información residual impresa en papel luego de la ejecución de trabajos; l) acceso a áreas informatizadas en forma no autorizada; m) intervención en las líneas de comunicación de datos o teleproceso (Estrada Garavilla, 2008).

Como fin u objetivo: en esta categoría, se enmarcan las conductas criminales que van dirigidas contra las computadoras, accesorios o programas como entidad física, como, por ejemplo: a) Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema; b) Destrucción de programas por cualquier método; c) Daño a los dispositivos de almacenamiento; d) atentado físico contra la máquina o sus accesorios; e) Sabotaje político o terrorismo en que se destruya o surja un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados; f) Secuestro de soportes magnéticos entre los que figure información valiosa con fines de chantaje (Estrada Garavilla, 2008).

4. Análisis de la legislación de los delitos informáticos en Argentina

La legislación vigente en nuestro país se rige por la Ley N° 26.388 (sancionada en junio de 2008) que modificó el Código Penal incorporando a sus disposiciones gran variedad de delitos informáticos, tales como la distribución, la tenencia con fines de distribución de pornografía infantil, el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, daño informático y distribución de virus, violación de correo electrónico, daño informático agravado e interrupción de comunicaciones. La modificación introducida por la ley (se plasmó en el art. 77 del Código Penal) en lo referente a la informática asocia el término “documento” a toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión. La palabra “firma” y “suscripción” comprenden también la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente. Por su parte cuando se utilicen los términos “instrumento privado”

y “certificado” estarán incluidos en él, aquellos documentos digitales firmado digitalmente.⁸

En referencia a los delitos contra menores: la nueva reglamentación asigna la calidad de delitos a los siguientes actos vinculados a la informática:

El art. 128, señala que será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produzca, financie, ofrezca, comercialice, publique, facilite, divulgue o distribuya, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.⁹ Al mismo tiempo, se dispone que será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.¹⁰

Respecto a la protección de la privacidad, el art. 153 dice que será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.¹¹ La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare

⁸ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 77

⁹ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 128

¹⁰ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 128

¹¹ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 153

de sus funciones, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.¹²

El art. 153 señala que será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. El art. 155 bis establece que será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que, hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.¹³ Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

El art. 157 del texto penal precisa que será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos. El artículo 157 bis establece que será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que: 1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otra información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley. 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.¹⁴

En cuanto a los delitos contra la propiedad, el art. 173 inc. 16, señala que (incurre en el delito de defraudación)...El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema

¹² Véase, Código Penal de la Nación. Art. 153

¹³ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 155 bis

¹⁴ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 157

informático o la transmisión de datos.¹⁵ El artículo 183 del Código Penal señala que, Incurrir en el delito de daño, en la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciera circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.¹⁶

El artículo 184 del Código Penal, que eleva la pena a tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, señala que si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes): Inciso 5: Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos; Inciso 6: Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.¹⁷ Respecto a los delitos contra las comunicaciones, el art. 197 señala que será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.¹⁸

Delito sobre los Sistemas Informáticos, el 15 de noviembre de 2012, la Fiscalía General de la CABA dictó la Resolución 501/12, a través de la cual, creó como prueba piloto por el término de un año, el Equipo Fiscal Especializado en Delitos y Contravenciones Informáticas, que actúa con competencia única en toda la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el fin de investigar los delitos informáticos propiamente dichos, y aquellos que se cometen a través de internet que, por su complejidad en la investigación o su dificultad en individualizar a los autores, merecen un tratamiento especializado. Existen diferentes delitos informáticos en el cual es objeto el sistema informático, tales como Delito de Daño: La ley 26388 incorpora como segundo párrafo del art. 183 CP, en la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos, o vendiere, distribuyere, hiciera circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daño.

¹⁵ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 173 inc. 16

¹⁶ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 183

¹⁷ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 184

¹⁸ Véase, Código Penal de la Nación. Art. 197

En cuanto al delito agravado, la Ley N° 26.388 agrega dos nuevas agravantes al art. 184 : ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos; o ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio. Público.

5. Conclusiones parciales

Como conclusión parcial debe expresar que durante los últimos tiempos la tecnología (principalmente, las denominadas “TIC’s”) se ha convertido en una herramienta fundamental para el desarrollo, en todos los aspectos, así podríamos mencionar los múltiples beneficios aportados para disminuir las dificultades que existían en la comunicación, producto de las distancias, o bien para el crecimiento de las comunidades, su progreso, el acceso ilimitado a la información mundial que permite estar en contacto y en tiempo real con todos los sucesos que se produzcan en el mundo. Es así, como a través de diferentes estructuras informáticas se han simplificado tareas que antes resultaban complejas, o implicaban el empleo de mayor tiempo. Pero por otra parte el desarrollo tecnológico trajo aparejados resultados negativos, ya que, a través de ellas, ha quedado librada la posibilidad de cometer gran diversidad de actos dañosos.

Si bien la tecnología nos exige adaptarnos a los cambios profundos con los que se desarrolla, es necesario imponer un control legislativo, que ofrezca límites para su utilización cuando la misma pueda ocasionar daños mayores a la sociedad que hace uso de ella. Debido al carácter transnacional que tienen estos tipos de delitos, será necesario que se establezcan tratados entre los países, que permitan establecer mecanismos sincronizados de resolución de conflictos informáticos.

Considero que los delitos informáticos en el ultimo tiempo se han incorporado a la legislación Latinoamericana de manera favorable. Estas normas jurídicas con diferentes regulaciones en varios países fueron influenciadas por la Convención de Cibercriminalidad de Budapest. A través de la Ley N° 27.411 en Argentina se ha aprobado dicha Convención de Budapest sobre “Ciberdelito”. En muchos casos es discutible su redacción legal por la confrontación a los principios constitucionales del derecho penal y al excesivo punitivismo que plantean en relación a los delitos ya contemplados, basta con comparar en Argentina el delito de abuso sexual simple (art.

119, 1 ° párr.) y el grooming (art. 131), ambos con la misma pena: 6 meses a 4 años, contexto que ha prima facie viola el principio de proporcionalidad, penando severamente el delito de grooming -medio- que pretende evitar el delito fin (abuso sexual simple).

Reflexiono que el modelo que ha elegido el legislador para incorporar los delitos informáticos (propios o impropios) a nuestro derecho penal, posiblemente, haya generado cierta confusión en la sistematización del catálogo de delitos, un ejemplo es el que recién se comentó. Ahora bien, nadie duda que era imprescindible una regulación legal determinada del “ciberdelito” y a su vez, amoldarse a los nuevos desafíos que plantea el derecho penal. Es incuestionable que, la legislación Argentina está en esa transición normativa cuestión que implicará una tarea inmejorable en la dogmática penal y la jurisprudencia en la interpretación de las leyes penales presentes.

CAPITULO III

EL DELITO DE “GROOMING” EN ARGENTINA Y SU CONFLICTO CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

1. Introducción

En el Capítulo III: *“el delito de “grooming” en argentina y su conflicto con los principios constitucionales del derecho penal”*, tiene como objetivo analizar la tipificación de la figura penal de grooming (art. 131 del CP) en relación con los postulados constitucionales que permiten limitar el poder punitivo del Estado y poder realizar una interpretación sistemática que resuelva los problemas constitucionales que presenta la redacción actual en el Código Penal de la Nación. Desde este enfoque, se analizarán los siguientes temas: un análisis de los delitos informáticos contra menores de edad; el delito de “grooming” o “child grooming”: consideraciones y análisis del tipo penal (art. 131 del CP), el bien jurídico protegido, aspecto objetivo y aspecto subjetivo;

problemas constitucionales y su interpretación conforme los principios constitucionales del derecho penal y por último, se realizará un estudio de la jurisprudencia nacional: los delitos informáticos y los menores de edad: antes de la Ley N° 26.904 (2013) que incorpora el delito de grooming: el fallo "Fragosa" del año 2013 y observaciones a los fallos más distinguidos.

El impacto de la informática y las tecnologías de la comunicación (TIC's) en nuestra sociedad motivó a la comunidad jurídica argentina desde la década de los '90 del siglo XXI, a dotar a nuestro ordenamiento de una ley que previera la posible comisión de conductas típicas a través del empleo de medios informáticos o dispositivos electrónicos, como así también la protección jurídica de bienes intangibles. De estos intentos se dio origen al Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, que constituyó la primer Convención Internacional en tratar estos temas, fue redactada en el año 2001 por el Consejo de Europa. La convención impuso un marco legal más rápido y seguro sobre los delitos internacionales cometidos a través de la red, mediante un trabajo de cooperación y colaboración de estados internacionales.¹⁹

De esta manera, las TIC's constituyeron la herramienta apta para cometer diversidad de abusos delictivos contra los niños, niñas y adolescentes, los cuales se acrecentaron producto de un mundo globalizado y conectado en tiempo real que permite que su consumación sea más rápida. En ese contexto, se sanciona la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013) que incorpora al Código Penal el delito de "grooming" (art. 131) que en su interpretación literal -como plantean algunos autores- contradice ciertos principios constitucionales del derecho penal, lo que trae aparejados problemas constitucionales. Sin embargo, como se verá en este trabajo esta norma penal puede ser interpretada en sentido sistemático y armónico acorde a los principios constitucionales del derecho penal, situación que evitará los problemas constitucionales y, nos permitirá establecer en qué condiciones y presupuestos debe aplicarse la figura penal de "grooming".

2. Un análisis de los delitos informáticos contra menores de edad

El derecho penal también debió adaptarse al constante avance y desarrollo que implementaban a pasos agigantados las "tecnologías de información y comunicación"

¹⁹ Véase, Convenio sobre Ciberdelincuencia (también conocido como el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia)

(TIC`s), así el año 1999 quedaba marcado para el ordenamiento penal, por la Ley N° 25.087 que introducía importantes cambios a los delitos de índole sexual, especial importancia se destinó al art. 128 que tendía a la protección integral de aquel menor de dieciocho años, sujeto pasivo del delito de pornografía que se materializaba mediante la difusión de imágenes o espectáculos de dicha naturaleza, pero limitados a un campo de explotación individual, lo que provocó una importante crítica a la reforma, ya que limitaba demasiado el ámbito de aplicación de la norma porque no incluía los casos de explotaciones colectivas o incluso la criminalidad organizada, circunstancia esta última, de carácter internacional.

La Ley N° 26.338 del año 2008 sustituye el art. 128 y hace una precisión más detallada de las acciones en las que deben estar involucrados los menores de dieciocho años (actividades sexuales que sean explícitas o bien, representaciones de sus partes genitales que contengan fines predominantemente sexuales) y agrega la punición de la producción o publicación de imágenes relacionadas al menor, la financiación, el ofrecimiento, la comercialización, la facilitación, la divulgación y la distribución por cualquier medio, es decir que la sanción ahora también recae sobre la circulación de imágenes infantiles por internet, lo cual antes no estaba contemplado en la norma.

La última modificación registrada en el año 2018 cambió la pena del primer párrafo de tres a seis años de prisión, quedando lo demás sin cambios. El segundo párrafo contempla cuatros meses a un año para aquél que contenga en su poder, a sabiendas, alguna de las representaciones de las descritas en el párrafo, es decir, incrimina la conducta de simple tenencia de material pornográfico. En el párrafo tercero la pena es de seis meses a dos años para el que tuviere en su poder dicho material, pero con fines inequívocos de distribución o comercialización. El cuarto párrafo mantiene la misma redacción que la anterior norma y el último párrafo aumenta las escalas en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuera menor de trece años.

Así el texto legal quedó conformado de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de tres a seis años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al

igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro meses a un año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años. Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece años.²⁰

En lo referente al delito de child grooming, éste es introducido a nuestro Código Penal, a través de la Ley N° 26.904. Podríamos considerar que los motivos de su incorporación son similares a los que menciona el Dr. Rodríguez Vázquez respecto a la introducción del mismo delito en el Código Español, y que tiene un doble sentido. Por un lado, se tiene como finalidad proteger el bien jurídico “indemnidad sexual” de todos aquellos casos donde las víctimas sean menores de edad, y por el otro se pretende combatir los avances y desarrollos del uso indebido y delictivo que ofrecen las nuevas tecnologías (Rodríguez Vázquez, 2014).

El Dr. Buompadre coincide en ello, al manifestar que la intención de nuestro legislador sigue similar dirección del derecho español, que tomando las distintas propuestas internacionales que sirvieron de antecedentes, se trabajó en pos de proteger con mayor énfasis a los menores de cierta edad frente al desarrollo en creciente de las redes de comunicación, y de su aprovechamiento por parte de los abusadores (Buompadre, 2014, 2015).

Se comenzaban a hacer intensivos los intentos por que nuestro ordenamiento también castigara esta especie de conductas, por lo que en noviembre de 2011 el Senado de la Nación dio media sanción al proyecto original de la Ley de Grooming. En febrero del año 2013 ante el silencio presente en la Cámara de Diputados, la comunidad Argentina Cibersegura comenzó una campaña para juntar firmas para que se haga efectiva la sanción de la ley. Y producto de su amplia difusión se logró reunir a abogados de Argentina, Diputados y al grupo Argentina Cibersegura para debatir cómo

²⁰ Código Penal de la Nación. Art. 128

mejorar el proyecto que se estaba trabajando, y así luego de varios cambios se logró la propuesta que finalmente fue aprobada meses después.

El texto, que modificaba varias cuestiones de la ley original, decía así:

Será penado con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad, que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece años, que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.²¹

En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación. Quedó demostrada la necesidad de distintos sectores por incorporar esta forma delictiva a la legislación, ya que fueron al menos tres los proyectos presentados al Congreso Nacional sobre esta figura. La discusión parlamentaria giraba sobre todo en torno a las siguientes cuestiones: La cámara de Diputados pretendía que la escala penal quede comprendida de dos meses a dos años de prisión; que a su vez el delito fuera de acción privada y que exista una diferenciación entre las víctimas menores y mayores de 13 años.

Y que se constituya como requisito que se hubieran mandado vía internet imágenes que fuesen explícitas o de carácter sexual, mediando engaño, intimidación o abuso de autoridad. Posteriormente el tratamiento de la ley, por parte de la Cámara de Senadores, no aceptó ninguna de las propuestas solicitadas por la cámara baja, y pese a las grandes dudas que existían dogmáticamente respecto al delito que se estaba tratando, se logró su sanción en lo que es hoy el actual art. 131 del Código Penal.

El logro alcanzado por el Congreso respecto al delito de “grooming” no fue el mismo logrado por aquellas conductas encuadradas como “ciberbullying” que refiere al decir de Héctor Álvarez García, un tipo de acoso perpetrado en la red, sobre menores de edad y que comprende la divulgación de información dañina o difamatoria mediante formatos electrónicos o cualquier medio de comunicación vía web. Consecuentemente, el Ciberbullying no se encuentra regulado expresamente en un tipo penal, sino que

²¹ Código Penal de la Nación. Art. 131

frente a él se deberá recurrir a los distintos bienes jurídicos que hayan sido afectados, para determinar que castigo penal se aplicará (Álvarez García, 2016).

Puede entenderse, sin embargo, que ésta problemática se encuentra protegida, aunque no de modo expreso, en la Ley N° 26.061 de la Ley de Protección Integral de los Derechos De Las Niñas, Niños y Adolescentes, en su art. 9; el cual garantiza que los menores de edad no sean sometidos a tratos violentos, discriminatorios, humillantes o intimidatorios.²²

3. El delito de “grooming” o “child grooming”

La palabra “*grooming*” proviene del vocablo inglés “groom”, que alude a la preparación o acicalamiento de algo, significa el acoso sexual perpetrado por adultos a menores de edad. Es considerado como toda conducta que tenga por objetivo minar o socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de lograr su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, por lo que se trata entonces de un supuesto de acoso sexual infantil.

La conducta se caracteriza por acciones de manipulación psicológica, que le permiten al autor rendir la resistencia de la víctima, y lograr un control sobre ella, en caso de producirse el abuso. Buompadre aporta su concepción sobre grooming exponiéndolo como “aquellas acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña, ganándose su confianza, con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor (Buompadre, 2015).

Al respecto UNICEF Argentina, proporcionó una guía donde expone que el grooming comprende 3 fases: La primera es la etapa de Contacto y acercamiento, donde el autor utilizará mecanismos que brinden información falsa sobre su edad (ofrecimiento de fotos o videos falsos o tergiversados que aparenten una edad similar a la del menor), buscando así generar un espacio de confianza con la víctima. En una segunda etapa, aparece el Componente sexual: el acosador logró que el menor le envíe fotos o vídeos con carácter sexual, donde se encuentra expuesto; Y la última fase queda comprendida con las exigencias sexuales del autor del delito: comienza a exigir cuestiones sexuales a

²² Véase, Ley N° 26.061 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Art. 9

la víctima, y si ésta se niega a realizarlas inicia las amenazas de exponer el material del menor en la web.²³

Siguiendo el mismo análisis, Viaña de Avendaño, aclara que el delito contempla una fase previa a la finalidad que tiene en mente el sujeto activo. Por ello se entiende, que el grooming no acaba con el simple contacto virtual con el menor o la conducta de intercambiar imágenes, conversaciones o contenidos sexuales, sino que incluye una fase previa a lo que el abusador pretende, que es consumir un ataque sexual sobre la víctima en cualquiera de las formas previstas en el Código Penal. Y esto es lo que le da la nota característica a esta figura, que tiene que ver con ese propósito interno del sujeto activo, que constituye al decir del mismo autor el elemento subjetivo ultra intencional del tipo (Viaña de Avendaño, 2016).

Entonces, el delito de grooming es un verdadero acto preparatorio virtual, previo a cualquier abuso sexual de los tipificados en los arts. 118, 119 1er. Párrafo, 2do y artículo 120 del Código Penal. O También los supuestos de promoción o facilitación de la corrupción de menores (art. 122 C.P) o de la promoción o facilitación de la prostitución (art. 125 C.P) o la rufianería, la pornografía infantil, las exhibiciones obscenas o el rapto (arts. 127, 128, 129 y 130 Código Penal). Será suficiente la mera realización de la acción “contactar” para que se consume el delito, siempre que se pruebe que hubo una finalidad de ataque sexual contra menores de edad. Cabe destacar que para que un acto encuadre en esta figura no deberá producirse el delito perseguido por el autor, ya que de lo contrario quedará desplazada la de “grooming” aplicándose para el caso el delito sexual cometido.

3.1. Consideraciones y análisis del tipo penal (art. 131 del CP)

El denominado “grooming” es un delito penal en Argentina, regulado en la Ley Nº 26.904 sancionada el 13 de noviembre de 2013, que incluye el artículo 131 de la siguiente manera: será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología

²³ Véase, UNICEF Argentina. Grooming Guía Práctica Para Adultos. Visitado el 12/02/2019. Disponible en [en línea]: https://cdn.educ.ar/repositorio/Download/file?file_id=cafc985e-db00-4577-ba85-38e07adec12b

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.

El delito descrito en el artículo refiere a un delito de peligro abstracto sobre el bien jurídico que se pretende proteger, ya que el mismo queda consumado con la simpleza del solo hecho de “contactar” una “persona menor de edad” (menos de dieciocho años de edad), debiendo tener una finalidad determinada: (cometer cualquier delito contra la integridad sexual de los comprendidos desde el art. 119 a 130. C.P.); incluso se incurrirá en él como dice Buompadre, aunque ni siquiera se haya puesto en peligro la intangibilidad del bien, y agrega que “ el ilícito se satisface con una conducta que no significa otra cosa que “conectarse”, “relacionarse”, “vincularse”, “comunicarse”, “establecer contacto” etc., con un menor de 18 años, mediante alguno de los medios tecnológicos existentes (Internet, teléfono, etc.) (Buompadre, 2014, 2015).

3.1.1. El bien jurídico protegido

Al analizar cuál es el bien jurídico que está protegiendo el art 131, existe concordancia entre los autores al considerar principalmente que el bien jurídico protegido aquí es la libertad sexual del menor. Para el Dr. Gustavo Aboso, el bien jurídico tutelado es el desarrollo psico-biológico sexual de los menores de dieciocho años. Aclara que en este tipo de acoso “telemático” existe una falta de contacto sexual, pero lo determinante es la conducta de “facilitación”, ya que el propósito final del autor es ultimar el contacto sexual (Aboso, 2014).

Si se debe partir de un aspecto político- criminal, el Dr. Buompadre cree que será difícil determinar cuál es el bien jurídico que protege la norma, y esto debido a las propias exigencias que impone el principio de mínima intervención del derecho penal, que debe reservarse para castigar aquellos casos de mayor afectación al bien jurídico protegido (Buompadre, 2014, 2015).

Continuando el mismo análisis que realiza este autor, el problema del bien jurídico protegido puede ofrecer en la doctrina tres posiciones diferentes: Hay quienes consideran que es un delito pluriofensivo, ya que afecta dos bienes jurídicos: la indemnidad sexual del menor de edad y la seguridad de la infancia en el uso de las

TIC's. Para otro grupo, el delito se limita a lesionar solo un bien, que puede ser el derecho a la dignidad del menor, su intangibilidad sexual o el propio proceso libre de formación sexual del menor; y por último aquellos autores mayoritarios que entienden que el delito se limita a proteger exclusivamente la indemnidad sexual de los menores de edad.

No podemos dejar de mencionar también que una parte doctrinaria considera que ésta figura delictiva no afecta ningún bien jurídico y que el incorporarla al Código no tubo sentido, ya que no existen datos concretos que aseveren que menores de 13 años son contactados vía internet y acepten acceder al encuentro propuesto y a su vez tampoco se pudo establecer si es un problema que efectivamente inquieta a la sociedad, o simplemente es un temor existente en la imaginación colectiva (Aboso, 2014).

Se cuestiona, si esta tarea de anticipar la protección, castigando actos que son preparatorios no constituye que se conforme un delito de peligro abstracto o también inclusive de sospecha, que como analizaremos detalladamente en los capítulos que proceden, podría atentar contra el principio de lesividad, entre otros.

Basta detenernos a observar, la ubicación que le asignó el legislador a estas conductas (art. 131, Título III, Libro II, CP) para interpretar que lo que se quiere proteger es la libertad sexual de las personas menores de 18 años, es decir su libertad para ejercer libremente su sexualidad, y autodeterminarse, cosa que en nuestro Código Penal está establecido la edad de 13 años como marcador del límite mínimo y desde el cual en adelante se considerará que el consentimiento prestado es válido. Ahora bien, el Dr. Buompadre rechaza la idea de que lo que se protege es un bien jurídico supra individual (la infancia en su concepto general), ya que todos los delitos, no sólo éste que analizamos, en los cuales están comprometidos menores como víctimas, deberían estar destinados a dicha protección (Buompadre, 2014, 2015). Es para este autor, el delito de grooming, un delito de carácter sexual, y no informático, ya que éste es solo un medio para lograr la finalidad del autor, y sobre todo porque el espíritu de la ley y la intención del legislador al sancionarlo e incluirlo en los delitos que atentan contra la integridad sexual, ha sido proteger a un grupo etario que se entiende merecedor de una protección especial por ser más vulnerables al resto. Por lo cual para él no quedan dudas que el bien jurídico protegido es la libertad sexual del menor.

3.1.2. Aspecto objetivo

La conducta típica está expresada como una acción activa, que se basa en el acto de "contactar", (es decir: relacionarse, conectarse, generar un contacto, etc.) a una persona menor de dieciocho años para luego de ello, llegar a tener con él un contacto sexual, cualquiera de los descriptos en el Título III de nuestro Digesto Penal. Es necesario que el contacto con el menor sea efectivo, es decir que éste reciba la comunicación, la conozca, aunque no exige ninguna acción posterior del menor para considerarse típica. Mucho menos es necesario para la consumación que exista un encuentro personal posterior entre el autor y la víctima, o que ésta acepte alguna de las posibles propuestas que puede efectuar el abusador, la novedad de este delito incorporado en el art. 131, es que será suficiente para el encuadre típico la mera realización de la acción de "contactarse" con un objetivo sexual con el menor, sin importar los resultados que puedan acaecer posteriormente

Lo que no especifica la norma es, si ese contacto necesariamente debe ser el "primero", o si es posible que autor y víctima hayan anteriormente tenido ya un contacto personal, y el contacto "virtual" se produzca con posterioridad. Podría pensarse que no resulta demasiado importante esta consideración, ya que a lo que se le otorga repercusión penal es que haya existido un contacto entre ambos, a través de medios electrónicos, con la clara intención del agresor de alcanzar una relación sexual posterior.

Sin embargo, si la cuestión es estudiada deteniéndose en el fraude o engaño que significa el anonimato del autor, lo antes explicado no sería factible de punición, porque la integridad sexual del menor no estaría en peligro, porque conoce la identidad de quien lo está contactando, y más aun considerando que entre el rango de edad que va desde los trece a los dieciocho, el menor tiene libertad para disponer de su sexualidad (en un sentido relativo y no absoluto como lo planteado el art. 119 del CP "con menores de 13 años" donde siempre será un abuso sexual sin importar el consentimiento del sujeto pasivo, pues es una presunción expresa que invalida el consentimiento por la edad del niño).

Es importante resaltar que el art. 131 no torna obligatorio el anonimato del autor, ni que el mismo haya actuado mediando fraude o cualquier modalidad de engaño, y sobre todo no exige que sea el "primer contacto", ni que sea el agresor quien lo realice, es decir que incluso puede corresponder a un contacto iniciado por el propio menor,

pero desde ese momento comenzar a desarrollarse el delito de grooming hasta alcanzar su finalización, lo cual también generará dudas en cuanto a la aplicación de la forma penal.

Al entender de Buompadre, pareciera que el legislador castigó una conducta inocua, que a simple vista no provoca algún daño al bien jurídico tutelado “integridad sexual, sobre todo si se requiere para su tipificación que el menor haya receptado la comunicación, Y que en caso de prestar consentimiento el menor, a partir de los trece años, implicaría la inexistencia del delito, pues se estará ante una causal de atipicidad. Por eso para este autor el delito de grooming solamente resultaría posible de aplicación cuando: 1) el agresor es una persona mayor de edad y la víctima menor de 13 años, 2) Cuando el sujeto activo contacte a un menor de dieciocho años, pero mayor de trece, que no brindó consentimiento para el contacto, o si lo hizo, fue mediando engaño, fraude o coacción por parte del agresor (Buompadre, 2014, 2015).

La simple comunicación a través de internet, buscando menores que puedan convertirse en víctimas de los objetivos sexuales, pero sin lograr que algún menor recepte el contacto, no encajaría en el artículo 131 del C.P. Al ser el delito, de naturaleza preparatoria, no deja lugar a la posibilidad de tentativa, pues de lo contrario además de castigarse a las personas que, con una finalidad simplemente sexual, accedan a páginas o sitios web de contenido pornográfico infantil, sin intención de distribuirlos, también se estaría limitando el derecho a la libertad sexual de un menor de dieciocho años, que puede desde los trece años decidir mantener trato sexual con cualquier persona de su preferencia.

El cumplimiento de los trece años de edad marca el comienzo de la mayoría de edad sexual, por lo cual, siempre que sea consentida cualquier relación sexual, la misma sería lícita, siempre que no se le genere a ese menor con más de trece años, ningún daño en el desarrollo de sus personalidades.

Para Aboso el comportamiento se consuma cuando el autor logra determinar que la víctima menor de edad realice los actos de naturaleza sexual (Aboso, 2014). Aunque Buompadre opina que ésta consideración sería llevar a un estadio más el momento de consumación del delito, ya que si “determinar a otro” puede entenderse como hacer nacer la idea o la decisión en la víctima menor de edad, de realizar el acto sexual, se colocaría la consumación del delito en un momento que sería extremadamente difícil de

verificar, ya que no es posible determinar cuándo nació la idea o determinación en el menor de llevar adelante el acto sexual, y si además esa idea no fue tomada por el menor, el hecho tendría que quedar en grado de tentativa, ésta solución iría en contra de las características de los delitos de peligro abstracto y de los actos preparatorios (Buompadre, 2014, 2015).

Por ello Buompadre aclara que el delito queda consumado cuando se logra realizar el contacto con el menor de edad, sin importar que se hayan materializado o no los actos sexuales que tenía como finalidad el autor (Buompadre, 2014, 2015). El simple contacto con el menor, pero sin perseguir el autor una finalidad de índole sexual, incluso cuando existiera la falsificación de datos o imágenes personales del sujeto activo, no configurarían el delito del art. 131

Teniendo en cuenta los sujetos del delito, el propio artículo deja en claro que se trata de una titularidad indiferenciada, es decir, que puede realizarlo cualquier persona, ya que el tipo no requiere ninguna cualidad especial en el autor. El delito puede cometerse tanto por una persona adulta, como por un menor de edad que se encuentre entre los dieciséis y los dieciocho años, lo que marca la existencia de una imputabilidad más leve, en la cual deben aplicarse las medidas establecidas para el régimen penal de minoridad.²⁴ Respecto al sujeto pasivo, tiene que consistir en un menor de edad, sin que se exijan escalas etarias determinadas, comprendiéndose que la norma comprende los menores de dieciocho años, edad que una vez cumplida marca en nuestro país, el comienzo de la mayoría de edad.

En lo que corresponde a los medios de cometerse, el delito de grooming limita su aplicación solo a aquellos casos que sean cometidos mediante medios o dispositivos electrónicos, telecomunicaciones o cualquier medio que implique tecnología para la difusión de datos. Tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, la tentativa no parece admisible. Para el mismo autor, la tentativa no resulta posible, por ser un delito de mera actividad y de peligro abstracto, sin embargo, Aboso pareciera considerarla posible (Buompadre, 2014, 2015).

3.1.3. Aspecto subjetivo

²⁴ Véase, Ley N° 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad. Arts. 1 y 2

El delito que analizamos es un delito doloso, que admite solamente el dolo directo, pero que tiene exigencia por parte de la norma, de requerir la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo, aparte del dolo, y que es la finalidad posterior del autor, de cometer una agresión sexual sobre el menor. La falta de este requisito subjetivo provoca la atipicidad de la conducta. El delito de grooming solo quedará configurado en cuanto el autor persiga un claro propósito de carácter sexual (Buompadre, 2014, 2015).

Y esa “otra” finalidad debe referirse a cualquiera de los delitos contra la integridad sexual comprendidos en el título III, del Código penal, detallados en los artículos desde el 119 a 130 del C.P, aunque algunas de estas figuras provocan ciertas dudas, como ser el caso de raptó regulado en el art. 130 2º párrafo., que requiere que el sujeto pasivo debe ser un menor de dieciséis años, que brindó su consentimiento para las conductas detalladas en el tipo, y por ende para el eventual acto sexual, que realice el autor.

Lo mismo sucede con la forma descrita en el art. 125 C.P., que trata el supuesto ejercicio voluntario de la prostitución de un mayor de dieciocho años al igual que en el art. 127, que regula los casos de explotación de la prostitución de un tercero mayor de edad que brindó consentimiento (Buompadre, 2014, 2015).

Por lo que tornará dudosa la aplicación del art. 131, para estas hipótesis mencionadas, lo que haría necesario, la interpretación más restrictiva, que evite penalizar hechos en los que el sujeto pasivo, ya mayor de edad, presta consentimiento voluntario a cualquiera de las conductas descritas en el Título III del digesto Penal.

Otro de los problemas se presentará al momento de probar el dolo sobre la minoría de edad de la víctima, sobre todo si el autor no alcanza a cometer un contacto físico, o visual con ella, que le permita reconocer desde su percepción que éste es menor. Se deberá entonces, buscar en otras circunstancias para poder confirmar la culpabilidad, como las referencias previas de la edad, por parte del menor en su forma de expresarte mediante la comunicación virtual que se haya experimentado o las imágenes que haya podido enviar a su agresor, donde resulte inequívoco identificar que es menor. En estos casos podrán presentarse supuestos de error en el autor, sobre la edad del menor, que darán lugar a un error de tipo que tiene como consecuencia la impunidad de la conducta. El simple contacto con el menor sin perseguir el logro de un acto sexual, ni siquiera cuando se falsearen datos o imágenes personales o se persiga

una finalidad distinta (por ej. molestar, humillar, ánimo de venganza o lúdico, etc.), no configura el delito que estamos analizando

4. Problemas constitucionales y su interpretación conforme los principios constitucionales del derecho penal

Si bien la intención de incluir esta figura como delito en nuestra legislación ha sido, la de criminalizar el uso de los medios informáticos con fines de abuso o agresión sexual y brindar una mayor protección y cuidado a los menores de edad que se exponen a esta realidad, puede que el medio que se utilizó o las técnicas legislativas empleadas en muchos aspectos no fueron idóneas para lograr tal propósito.

Comenzamos por analizar la conducta de “contactar” mediante medios electrónicos o informáticos a menores de edad con un propósito sexual fue muy criticado en todos los países. La crítica principal que se formula corresponde a su excesiva ambigüedad y el inocultable adelantamiento que hace de la barrera de punición a un simple contacto telemático con un menor de dieciocho años, sin exigir ningún otro requisito. Se puede observar que se estaría violando el principio de legalidad (art. 18 de la CN) y el principio de lesividad (art. 19 de la CN).

La determinación de la edad del sujeto pasivo agrega otro grado de confusión a los parámetros normativos elegidos por el legislador. Sobre todo, si nos detenemos a analizar que, ya a partir de los trece años, un menor puede mantener contactos sexuales con terceros. Y en caso de contar con catorce años, se le puede suministrar material con contenido pornográfico o facilitarle el acceso a un espectáculo (art. 128), mientras que por debajo de los dieciocho años se castigan las exhibiciones obscenas (art. 129). Y todo ello sin detenernos en las edades mínimas establecidas para considerarse aceptable las relaciones sexuales que incluyen acceso carnal. Sintetizando, queda claro que existe una desproporción entre los tipos delictivos que protegen la indemnidad sexual de los menores de edad, debido a la falta de equilibrio en el mínimo de edad requerido castigar una conducta sin tener en cuenta el factor objetivo de existencia o no de contacto sexual con el menor.

De esta manera, se pena con cuatro años el simple contacto telemático con un menor de dieciocho años, pero si se consuma un abuso sexual simple, la pena a

aplicarse es la misma. O incluso, si se le entregara material pornográfico o se le facilita la posibilidad de acceder a un espectáculo de esa naturaleza a un menor de catorce años, la posible pena no superará los tres años. Pero, por el contrario, si el sujeto activo se exhibe desnudo ante el menor de trece años, la pena máxima aplicable será de cuatro años de prisión, mientras que si la víctima del delito de exhibición es un menor de dieciocho años que no consiente dicho acto, la pena correspondiente será de idéntica gravedad. La ley establece que en este caso (“grooming”) la pena será de 6 (seis) meses a 4 (cuatro) años de prisión, independientemente de que el autor haya logrado su propósito. No existiría problema cuando el autor persigue como finalidad tener acceso carnal con el menor o corromperlo sexualmente, o incluso someterlo con posterioridad al ejercicio de la prostitución, porque en estos casos la pena establecida para tales conductas es claramente superiores a las asignadas para el delito de “grooming”.

Pero si la finalidad contenida en la mente del autor sea, por ejemplo, publicar en redes sociales, o subir en páginas web una representación del menor referidas a actividades sexuales explícitas o que muestren sus partes genitales con intenciones de comercializarlas como material pornográfico infantil (art. 128 C. P, delito que tiene una pena de 6 meses a 4 años) , se le aplicará al autor la pena regulada para el delito de grooming, que coincidentemente tiene la misma escala penal que el art. 128. Es decir, que el legislador sanciona con el mismo peso punitivo tanto el acto preparatorio “grooming”, que el propio delito consumado. Y esto lleva sin dudas a cuestionarse la violación de los principios de culpabilidad, proporcionalidad de las penas e incluso razonabilidad de los actos de gobierno (arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional)

Mismo cuestionamiento ocurrirá cuando el autor tenga por finalidad cometer un simple abuso sexual de los comprendidos en el art. 119 1ra parte, que poseen el mismo castigo (6 meses a 4 años de prisión). Mientras que la cuestión se torna más preocupante en los casos que el autor pueda resultar descubierto con representaciones sexuales de menores, que tenían el destino de ser distribuidas o comercializadas, conducta comprendida en el art. 128. 2da parte que establece una pena de 4 meses a 2 años, es decir una pena totalmente menor, que la prevista para la comisión del delito de grooming. Es decir que si el autor logro realizar el contacto virtual con el menor, y a su vez obtuvo imágenes con representaciones sexuales de él, que luego pretende distribuir las por internet, será castigado con una sanción que conlleve una pena que va de 4 meses a 2 años de prisión; mientras que aquél que haya hecho contacto virtual con

el mismo menor, pero no logro conseguir material sexual del menor, pero ya con su conducta configuro la figura de grooming, será castigado con una pena factible de 6 meses a 4 años de prisión

Hubiese sido más correcto a la hora de redactar la figura que se incluyera por lo menos la sugerencia realizadas por los organismos internacionales, que requerían para tipificar esta figura, la existencia al menos de engaño, o embaucamiento por parte del autor, para evitar luego los planteos de inconstitucionalidad por posibles lesiones a los principios de proporcionalidad, culpabilidad u otros (Buompadre, 2014, 2015).

La Dra. Sandra Pesclev en una intensa crítica explica que la reforma ha sido innecesaria y cita como prueba de ello el fallo dictado por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea donde un hombre fue condenado nada menos que a 10 años de cárcel acusado del delito de promoción de la corrupción de menor agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño, es decir, se utilizó el art. 125.

La única razón manifiesta la autora, por la cual se introdujo el delito a nuestra legislación, es la duda que tenía nuestro país con la suscripta Convención de los Derechos del Niño, o incluso la aprobación a través de la ley 25.763 del protocolo referido a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, lo que demostraría que el estado intentaba dar respuestas a la demanda social sobre los nuevos peligros productos de las tecnologías en la vida de los niños (Pesclev, 2018).

Del mismo análisis, manifiesta que también es problemático delimitar la acción, ya que “contactarse” es simplemente “establecer contacto o comunicación con alguien”, entonces si estamos frente a un caso donde alguien llama a un niño y éste no responde al llamo, ¿ya será configurativo del delito? Y si el niño atiende, y el llamado está siendo generado desde un teléfono inalámbrico ¿es tentativa de grooming? Para Pesclev, la acción de “contactar” es simplemente un acto preparatorio y solo puede ser merecedora de pena si el acto se realizó con engaño o algún medio fraudulento, que genere que el niño producto de ello halla sentido cierta confianza o amistad con el agresor, y que a su vez debe mediar la seducción de éste para obtener las imágenes que le permitan luego extorsionarlo para acceder al encuentro sexual (Pesclev, 2018).

Pero, por el contrario, dice, lo que castiga el art. 131 del C.P. es la realización de un acto preparatorio, que no implica ni seducción, ni ningún otro mecanismo que

permita influenciar o manipular psicológica o moralmente al menor. Ni tampoco lo que se castiga es una situación de “aprovechamiento” de la vulnerabilidad del menor, ni la falsedad en la identidad del sujeto pasivo, ni el haber provocado una situación de confianza con la víctima, para acceder a ella, sino lo que se castiga (gravemente) es simplemente el “contacto” la acción sencilla de “contactar” como dice la ley, y como dice Garibaldi, se castiga la “preparación de la preparación” (Pesclev, 2018).

Adelantar el límite de punición a un acto preparatorio de otro preparatorio, hace que éste constituya un delito de “sospecha” que afecte el principio de lesividad. Y que incluso, la existencia de “la intensión del autor” no otorga el carácter de lesivo a la conducta. Además, el derecho penal no cumple la función de castigar “intenciones”, cuestiones que deberán quedar reservadas en todo caso, a la moral o la religión. Por lo cual está claro que el incorporar el art. 131, ha sido un claro signo de violación del principio de lesividad y de proporcionalidad de la pena, y que a consideración de la autora que desarrollamos, la figura está próxima a castigar un derecho penal de autor.

5. La jurisprudencia nacional: los delitos informáticos y los menores de edad

La jurisprudencia se ha inclinado por la constitucionalidad del delito de “grooming”, con prevalencia siempre en resolver a favor del niño/a o adolescente que ha sido víctima de ataques o abusos de contenido sexual. Las resoluciones judiciales no hacen más que hacer efectiva la decisión que tuvo el legislador en las últimas leyes sancionadas sobre delitos informáticos, en especial aquellos que protegen a los niños, niñas y adolescentes.

5.1. Antes de la Ley N° 26.904 (2013) que incorpora el delito de grooming: el fallo “Fragosa” del año 2013

El fallo “*Fragosa*” (2013)²⁵ fue dictado de manera unánime por el Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de Necochea, en el cual un hombre fue condenado, a 10 años de cárcel acusado del delito de promoción de la corrupción de un menor, agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño, es decir, se utilizó el art. 125. Entre

²⁵ Trib. en lo Crim. N° 1, Necochea: “Fragosa, Leandro Nicolas s/ Corrupción de Menores Agravada” (2013)

otras cuestiones, la resolución se refiere al “grooming” como proceso sexual abusivo facilitado por el uso de las nuevas tecnologías. El hecho consistió en una menor de 8 años de edad que recibe en su correo electrónico mensajes provenientes de otro correo con nombre femenino y con foto de una criatura bonita que aparentaba tener la misma edad, los mensajes son de contenido sexual y obscenos, así también las imágenes que recibió en las cuales se ve a niños manteniendo relaciones sexuales. La recepción la realizó el padre de la menor, que coincidentemente es quien se encontraba en poder de la computadora al momento del envío de estos y es quien inmediatamente hace la denuncia. Los mensajes nunca fueron contestados.

De las averiguaciones realizadas con los servicios prestadores de internet se pudo averiguar que el IP pertenecía a Leandro Nicolás Fragosa, se logra ubicarlo y se realiza el allanamiento de su domicilio, se verifica en el mismo que el router encontrado coincidía con el informe prestado por los servicios de inteligencia. En la cocina del imputado también se secuestraron cassettes de VHS 8 mm, de filmar. Se secuestró una memoria de formato SD; y cámara de fotos. Aunque frogosa no aparece en ninguno de los vídeos encontrados. En los alegatos se enumeró la comisión mediante engaños, como agravante del ilícito. La defensora solicitó la absolución del imputado alegando que no se encontraba acreditada su autoría material como responsable del delito de corrupción agravada de menores, ya que no se ha podido verificar la acción típica, es decir promover o facilitar la corrupción, como tampoco el tipo subjetivo. Por otra parte, en los autos no existieron perjuicios reales que hubieran afectado el bien jurídico protegido, por lo que la conducta debía considerarse Atípica.

Pero la sentencia consideró a Leandro Nicolás Fragosa como autor del ilícito de promoción de corrupción de menores. Se dio por acreditado que, en la ciudad de Necochea, entre los días 03 y el 13 de agosto de 2011, el señor Leandro Nicolás Fragosa, mediante el engaño de utilizar una apariencia de niña, con el seudónimo "Sole Gomez" contacta vía internet, a una menor de ocho (8) años de edad, a quien le envía mensajes de contenido sexual y lenguaje obsceno, con evidentes fines sexuales. El conocimiento y la voluntad de LEANDRO NICOLAS FRAGOSA en cuanto al accionar doloso al momento de la ejecución de la acción típica emerge de las circunstancias de modo, en tanto utilizar una identidad falsa; tomar un nombre y fotografías apócrifos simulando ser una niña de 8 años de edad; ·El hecho fue calificado como PROMOCION DE LA CORRUPCION DE MENOR AGRAVADA POR LA EDAD

DE LA VICTIMA Y SU COMISION MEDIANTE ENGAÑO, considerando a Leandro Nicolás Fragosa responsable del delito estipulado en el art. 125, párrafos segundo y tercero, y art. 45 del Código Penal.²⁶

En el transcurso de las audiencias del debate se acudió al anglicismo “grooming” para señalar una suerte de hilo conductor de las diversas actividades que realizaba el acusado. De esta manera, el tribunal considero importante determinar que el “grooming” corruptor del menor realizado por Fragosa, es un concepto conjunto acotado de conductas realizadas por un sujeto contra un menor de edad. El "grooming" consiste en acciones deliberadamente emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones del niño y poder abusar sexualmente de él.

5.2. Observaciones a los fallos más distinguidos

Sin dudas el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal de Bahía Blanca en el año 2017 tuvo una resonancia y significación especial: constituyó el primer juicio y posterior sentencia por el delito de grooming en nuestro país. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de Bahía Blanca condenó a Jonathan Luna, de 28 años a prisión perpetua por el asesinato de una niña de 12 años, a quien engañó usando un perfil falso de Facebook, y a quien luego ya en contacto personal con la misma la estranguló.²⁷ El tribunal encontró al acusado, culpable de Homicidio triplemente calificado por haberse cometido contra una mujer, mediando violencia de género, Alevosía y criminis causa: para ocultar otros delitos al no haber alcanzado su propósito. En concurso real con el delito de grooming (acoso sexual tecnológico). En la sentencia se consideró que la confianza entre el agresor y la víctima se había generado, producto de la información falsa que había brindado el agresor a través de la red social con la que contactó a la menor; en la cual se hacía pasar por una mujer de similar edad que la víctima, y demostraba que podía dar protección o ayuda a la misma.

Ahora bien, en el fallo “S., A.M. S”²⁸ del año 2017, la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, interviene

²⁶ Véase, Trib. en lo Crim. N° 1, Necochea: “Fragosa, Leandro Nicolas s/ Corrupción de Menores Agravada” (2013)

²⁷ Véase, Trib. Oral en lo Crim. N° 2: “Jonathan Luna” (2017)

²⁸ Cám. Nac. de A. en lo Crim. y Correcc., Sala IV, Capital Federal: “S., A.M. S/ procesamiento” (2017).

con motivo de recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado, en contra del auto del juez de la instancia de origen, que lo procesó por considerarlo penalmente responsable del delito de grooming. La defensa negaba la finalidad sexual de las conductas realizadas por el acusado.

La Cámara resolvió el planteo interpuesto por la defensa del acusado, considerando que los cargos eran correctos, ya que se había demostrado que el acusado envió mensajes a través de la mensajería WhatsApp, iniciando la conversación con la menor, en los cuáles intentaba de modo insistente concretar una cita con ella, le solicitaba él envío de fotos, e incluso envió una fotografía de sus propios genitales, lo cual dejaba explícita la finalidad sexual de sus actos.²⁹ Por una parte, si bien la cámara, admitió que podía resultar dificultoso probar la faz subjetiva del autor, de los análisis realizados sobre las conversaciones que mantuvo con la niña, denotan sus intenciones de seducirla y la necesidad de crear confianza con ella para lograr luego su propósito. Además, el envío de fotografías de sus genitales dejó al descubierto la existencia del elemento subjetivo que requiere el tipo de grooming para su configuración. Por otra parte, manifiesta que no existen problemas constitucionales con la ley de grooming, porque su objeto no fue - como se pretende hacer creer- castigar "intenciones" de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización de actividades que él mismo no debería efectuar.

En el fallo "A. D. O"³⁰ del año 2017, el Tribunal de Impugnación de Salta, el 15 de agosto de 2017 resolvió el recurso de casación que interpuso el defensor del acusado contra la resolución del Tribunal del juicio que condenaba a su representado a la pena de 5 años y 6 meses de prisión por el delito de grooming y abuso sexual. El planteo lo realizó en virtud de considerar que respecto al delito de grooming no se acreditó que el imputado tuviera conocimiento de la minoridad de la víctima, sobre todo cuando los datos aportados por la menor fueron ficticios, al igual que la finalidad guiada de cometer cualquier delito contra la integridad sexual no pudo ser probado, y solicitó la absolución de su defendido en virtud del principio "*in dubio pro reo*"

La sala rechazó el recurso de casación y confirmó la resolución que condenaba al imputado a una pena de 5 años y 6 meses de prisión, por ser el autor materialmente

²⁹ Véase, Cám. Nac. de A. en lo Crim. y Correcc., Sala IV, Capital Federal: "S., A.M. S/ procesamiento" (2017).

³⁰ Trib. de Impugnación de Salta: "A. D. O. s/ delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D.M.Y" (2017)

responsable de los delitos de grooming y abuso sexual simple en concurso real ya que se encontró totalmente acreditado la comisión de lo descrito en el art. 131 C.P, dado que el autor utilizó un medio de comunicación electrónico, como lo es la red social Facebook, con la finalidad de afectar la integridad sexual de la víctima, lo que se corroboró por las conversaciones existentes entre víctima y victimario, que eran claramente de índole netamente sexual. Y dónde quedan claras las intenciones del agresor de encontrarse con ella para lograr un contacto sexual.³¹

Según las pericias quedo probado que el autor, enviaba mensajes desde su cuenta Facebook con un nombre de fantasía, que utilizaba términos para seducir a la víctima y para lograr el encuentro mintió su edad, siendo que la víctima salía de la niñez e ingresaba a la adolescencia y que esto era público para su conocimiento ya que en la misma red la menor dejo asentado cuál era su año de nacimiento. En lo que refiere a las conductas desplegadas por el acusado, el delito de grooming y abuso sexual concursan de manera real, debido a que el primero no requiere que se lleve a cabo el segundo, sino que basta la intención de cometer un acto que afecte la integridad sexual del menor, lo que deja en claro la independencia de ambos delitos.

6. Conclusiones parciales

En estas conclusiones parciales considero personalmente que debe celebrarse la incorporación al Código Penal de la Nación, el denominado delito de “grooming” a través de la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013). Claramente asignamos un gran valor a la incorporación que realizó el Código Penal de esta clase de delito, en cuanto permite contemplar las nuevas formas de agresión sexual que se presentan en la realidad actual, y por otra parte ofrecer una mayor protección frente a los actos delictivos que encuentran oportunidad de acción en este ámbito y que recaen sobre todo ante un grupo vulnerable como ser los menores de edad.

Al mismo tiempo, no puede desconocerse que el delito de grooming es un delito informático impropio (o atípico), pues, el sujeto activo (mayor de edad) se vale de un sistema informático o de transmisión de datos para ganarse la amistad de un niño, niña o adolescente (menor de 18 años) y cometer un delito de mayor gravedad (por ejemplo:

³¹ Véase, Trib. de Impugnación de Salta: “A. D. O. s/ delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D.M.Y” (2017)

algunos de los delitos contra la integridad sexual). No coincido con aquellos autores que consideran que no es un delito informático porque no se afecta el sistema informático o porque el bien jurídico es la libertad sexual de los menores de edad, ya que de ser así el fraude (cometidos por las TIC`s) en el delito de estafa tampoco lo sería, pues, en verdad no se está afectando el sistema de datos sino el patrimonio del sujeto pasivo. Los delitos informáticos giran en proteger el sistema informático o el sistema de datos de una persona (fin), pero también tienen su esencia (proteccionistas) cuando se utiliza el sistema propiamente dicho para cometer delitos mayores (medio-fin)

Como puede observarse la figura penal de “grooming” en su redacción actual dispone 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” (art. 131 del CP) encuentra en su interpretación literal, como sostienen varios autores (Tazza, 2014; Buompadre, 2014, 2015; entre otros), una contradicción y no conformidad con los principios constitucionales del derecho penal. Es indiscutible que la interpretación literal traiga estas conclusiones.

Considero personalmente, que cualquier interpretación literal es inconstitucional, pues, como solución debería aplicarse una interpretación sistemática y armónica de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal. En un Estado de Derecho la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio, por lo tanto, debe aplicarse una escala penal inferior al delito fin perseguido por el autor, ya que estamos penando en el art. 131 un acto preparatorio de otro delito, esa postura dogmática penal sería concordante con el principio de proporcionalidad y culpabilidad. En referencia al principio de legalidad y a cumplir su mandato, nos lleva a interpretar que la acción típica de “contactar” debe ser entendida como toda “comunicación” con un niño o niña menor de 18 años (sujeto pasivo), esto debe realizarse con dolo directo, y además con fines predominantemente sexuales (allanar el camino o con la intención de realizar en el futuro algún delito contra la integridad sexual esto se traduce en un elemento distinto de dolo). De esta manera, exigiendo esta circunstancia también se cumpliría con el principio de lesividad ya que se coloca en peligro concreto la indemnidad sexual de los menores de edad.

Considero que la legislación nacional, y en específico el derecho penal debe adaptarse a los cambios e innovaciones propias de un mundo globalizado, que se desarrollan a pasos agigantados y con ellos también, van acompañados los actos delictivos, por lo cual todo trabajo tendiente a criminalizar conductas posibles de afectar bienes jurídicos que atenten contra los grupos más débiles y reforzar su protección, debemos considerarlo como positivo, pero a su vez, creemos que es necesario para su funcionamiento una correcta redacción de la ley. Ahora bien, lo que si nos resulta cuestionable es la escala de punición prevista para esta figura, porque como lo detallamos en el desarrollo, la misma corresponde a un acto preparatorio de otro delito, y no puede entonces de ninguna manera contener una pena de igual característica o incluso superior a la que le asigna el ordenamiento penal al delito que finalmente se intenta cometer. Esta falta de concordancia entre las escalas punitivas es la que se debió haber estudiado con mayor detenimiento y precaución a fin de evitar cuestionamientos que puedan surgir - y que seguro surgirán- respecto a la escala penal y su posible afectación a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y razonabilidad de los actos de gobierno.

CONCLUSIONES

Se ha llegado a la última etapa, donde a lo largo del trabajo se analizó el delito de “grooming” tipificado en el Código Penal de la Nación en el art. 131. Se debe recordar que el problema de investigación radica en el siguiente interrogante: ¿el delito de grooming regulado en el art. 131 del Código Penal de la Nación resulta adecuado de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal que permiten determinar las condiciones y presupuestos de su aplicabilidad en Argentina? Al mismo tiempo, se ha confirmado la hipótesis de trabajo que fue esencialmente la siguiente: el delito de grooming regulado en el art. 131 del Código Penal de la Nación no resulta adecuado de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal, pero permiten realizar

una interpretación sistemática (y no literal o exegética) y armónica para determinar las condiciones y presupuestos de su aplicabilidad en Argentina.

En estas conclusiones considero personalmente que las leyes penales son dictadas por procedimientos democráticos lo que genera una presunción de legalidad y legitimidad dentro del ordenamiento jurídico argentino, esto implica que en un Estado de Derecho se ha respetado el modelo constitucional. Ahora bien, en muchos de los casos el legislador impone normas imperfectas (ambiguas o vagas) o que exceden ciertas garantías constitucionales (principio de legalidad, proporcionalidad, etc.) en su versión literal, pues, la única manera de interpretar la norma penal reside en ajustar dicha comprensión a los principios constituciones del derecho penal.

Al mismo tiempo, entiendo que la interpretación es una tarea intelectual que debe realizarse de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal (estos principios tienen su vigencia a través de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales) y, que permiten no declarar una norma penal invalida, pero sí que se ajuste a los mismos, pues, recordemos que la declaración de inconstitucionalidad no es una tarea sencilla ni apropiada en un Estado de Derecho, ya que esta debe ser la última instancia donde debe acreditarse su arbitrariedad e ilegítimada y su contradicción palmaria con la Constitución Nacional o los Tratados Internacionales que conforman el ordenamiento jurídico argentino.

Como lo manifesté en el trabajo, la importancia de los principios constituciones del derecho penal gira en limitar el poder punitivo del Estado, es decir, evitar caer el punitivismo sobrepasando las garantías constitucionales y en un Estado autoritario. Al mismo tiempo, es una directriz para interpretar “en su mejor luz” la norma penal conforme a todo el ordenamiento jurídico. En definitiva, el derecho penal de un Estado de Derecho debe construirse -e interpretarse- y regirse a través de principios constitucionales, puesto que es un mandato constitucional e internacional conforme los derechos humanos. En esta tarea interpretativa que realiza la dogmática penal, la teoría del delito es fundamental, pues, el hecho realizado por una persona debe subsumirse en un tipo penal, siendo además antijurídica y culpable. Esto conllevará como consecuencia una pena, en este momento recién podremos afirmar que el sujeto “acusado” ha cometido un delito de los descrito por el Código Penal de la Nación.

Como conclusión, debe expresarse que durante los últimos tiempos la tecnología (principalmente, las denominadas “TIC`s”) se ha convertido en una herramienta fundamental para el desarrollo, en todos los aspectos, así podríamos mencionar los múltiples beneficios aportados para disminuir las dificultades que existían en la comunicación, producto de las distancias, o bien para el crecimiento de las comunidades, su progreso, el acceso ilimitado a la información mundial que permite estar en contacto y en tiempo real con todos los sucesos que se produzcan en el mundo. Es así, como a través de diferentes estructuras informáticas se han simplificado tareas que antes resultaban complejas, o implicaban el empleo de mayor tiempo. Pero por otra parte el desarrollo tecnológico trajo aparejados resultados negativos, ya que, a través de ellas, ha quedado librada la posibilidad de cometer gran diversidad de actos dañinos.

Si bien la tecnología nos exige adaptarnos a los cambios profundos con los que se desarrolla, es necesario imponer un control legislativo, que ofrezca límites para su utilización cuando la misma pueda ocasionar daños mayores a la sociedad que hace uso de ella. Debido al carácter transnacional que tienen estos tipos de delitos, será necesario que se establezcan tratados entre los países, que permitan establecer mecanismos sincronizados de resolución de conflictos informáticos.

Considero que los delitos informáticos en el último tiempo se han incorporado a la legislación Latinoamericana de manera favorable. Estas normas jurídicas con diferentes regulaciones en varios países fueron influenciadas por la Convención de Cibercriminalidad de Budapest. A través de la Ley N° 27.411 en Argentina se ha aprobado dicha Convención de Budapest sobre “Ciberdelito”. En muchos casos es discutible su redacción legal por la confrontación a los principios constitucionales del derecho penal y al excesivo punitivismo que plantean en relación a los delitos ya contemplados, basta con comparar en Argentina el delito de abuso sexual simple (art. 119, 1° párr.) y el grooming (art. 131), ambos con la misma pena: 6 meses a 4 años, contexto que ha prima facie viola el principio de proporcionalidad, penando severamente el delito de grooming -medio- que pretende evitar el delito fin (abuso sexual simple).

Reflexiono que el modelo que ha elegido el legislador para incorporar los delitos informáticos (propios o impropios) a nuestro derecho penal, posiblemente, haya generado cierta confusión en la sistematización del catálogo de delitos, un ejemplo es el que recién se comentó. Ahora bien, nadie duda que era imprescindible una regulación

legal determinada del “ciberdelito” y a su vez, amoldarse a los nuevos desafíos que plantea el derecho penal. Es incuestionable que, la legislación Argentina está en esa transición normativa cuestión que implicará una tarea inmejorable en la dogmática penal y la jurisprudencia en la interpretación de las leyes penales presentes.

Pienso personalmente que, debe celebrarse la incorporación al Código Penal de la Nación, el denominado delito de “grooming” a través de la Ley N° 26.904 (B.O. 11/12/2013). Claramente asignamos un gran valor a la incorporación que realizó el Código Penal de esta clase de delito, en cuanto permite contemplar las nuevas formas de agresión sexual que se presentan en la realidad actual, y por otra parte ofrecer una mayor protección frente a los actos delictivos que encuentran oportunidad de acción en este ámbito y que recaen sobre todo ante un grupo vulnerable como ser los menores de edad.

Al mismo tiempo, no puede desconocerse que el delito de grooming es un delito informático impropio (o atípico), pues, el sujeto activo (mayor de edad) se vale de un sistema informático o de transmisión de datos para ganarse la amistad de un niño, niña o adolescente (menor de 18 años) y cometer un delito de mayor gravedad (por ejemplo: algunos de los delitos contra la integridad sexual). No coincido con aquellos autores que consideran que no es un delito informático porque no se afecta el sistema informático o porque el bien jurídico es la libertad sexual de los menores de edad, ya que de ser así el fraude (cometidos por las TIC`s) en el delito de estafa tampoco lo sería, pues, en verdad no se está afectando el sistema de datos sino el patrimonio del sujeto pasivo. Los delitos informáticos giran en proteger el sistema informático o el sistema de datos de una persona (fin), pero también tienen su esencia (proteccionistas) cuando se utiliza el sistema propiamente dicho para cometer delitos mayores (medio-fin)

Como puede observarse la figura penal de “grooming” en su redacción actual dispone 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” (art. 131 del CP) encuentra en su interpretación literal, como sostienen varios autores (Tazza, 2014; Buompadre, 2014, 2015; entre otros), una contradicción y no conformidad con los principios constitucionales del derecho penal. Es indiscutible que la interpretación literal traiga estas conclusiones.

Considero personalmente, que cualquier interpretación literal es inconstitucional, pues, como solución debería aplicarse una interpretación sistemática y armónica de acuerdo con los principios constitucionales del derecho penal. En un Estado de Derecho la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio, por lo tanto, debe aplicarse una escala penal inferior al delito fin perseguido por el autor, ya que estamos penando en el art. 131 un acto preparatorio de otro delito, esa postura dogmática penal sería concordante con el principio de proporcionalidad y culpabilidad. En referencia al principio de legalidad y a cumplir su mandato, nos lleva a interpretar que la acción típica de “contactar” debe ser entendida como toda “comunicación” con un niño o niña menor de 18 años (sujeto pasivo), esto debe realizarse con dolo directo, y además con fines predominantemente sexuales (allanar el camino o con la intención de realizar en el futuro algún delito contra la integridad sexual esto se traduce en un elemento distinto de dolo). De esta manera, exigiendo esta circunstancia también se cumpliría con el principio de lesividad ya que se coloca en peligro concreto la indemnidad sexual de los menores de edad.

Considero que la legislación nacional, y en específico el derecho penal debe adaptarse a los cambios e innovaciones propias de un mundo globalizado, que se desarrollan a pasos agigantados y con ellos también, van acompañados los actos delictivos, por lo cual todo trabajo tendiente a criminalizar conductas posibles de afectar bienes jurídicos que atenten contra los grupos más débiles y reforzar su protección, debemos considerarlo como positivo, pero a su vez, creemos que es necesario para su funcionamiento una correcta redacción de la ley. Ahora bien, lo que si nos resulta cuestionable es la escala de punición prevista para esta figura, porque como lo detallamos en el desarrollo, la misma corresponde a un acto preparatorio de otro delito, y no puede entonces de ninguna manera contener una pena de igual característica o incluso superior a la que le asigna el ordenamiento penal al delito que finalmente se intenta cometer. Esta falta de concordancia entre las escalas punitivas es la que se debió haber estudiado con mayor detenimiento y precaución a fin de evitar cuestionamientos que puedan surgir - y que seguro surgirán- respecto a la escala penal y su posible afectación a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y razonabilidad de los actos de gobierno.

LISTADO DE BIBLIOGRAFIA

1) DOCTRINA

- Aboso, G. E. (2014). El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales Análisis del Código Penal argentino y del Estatuto da Criança e do Adolescente brasileño. Publicado en la *Revista Derecho Penal*, Año III - N° 7, 2014, pp. 3-20.

- Alcívar Trejo, C., Domenech Álvarez, G. y Ortiz Chimbo, K. (2015). La Seguridad Jurídica Frente a los Delitos Informáticos. Publicado en la *Revista de Investigación Jurídica*, Ecuador. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina44051.pdf>
- Álvarez García, H. (2016). La Tutela de los Derechos Fundamentales del Menor ante el Cyberbullying y el Grooming. Publicado en la Revista de la *Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*, España. Disponible en: https://extension.uned.es/archivos_publicos/webex_actividades/5203/conferenciaha.pdf
- Arocena, G. A. & Balcarce, F. I. (2015). Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales”, en Aboso, Gustavo E. *El Derecho Penal y Procesal Penal Frente a los Retos del Tercer Milenio*, 1º ed., Contexto: Resistencia, pp. 429-466.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Beltramone, G., Herrera Bravo, R. y Zabale, E. (1998). Nociones Básicas sobre los Delitos Informáticos. Ponencia Publicada en el *X Congreso Latinoamericano y II Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Chile, agosto, Chile.
- Buompadre, J. E. (2012). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Buompadre, J. E. (2014). Grooming. Publicado en la *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires. Disponible en [en línea]: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf>
- Buompadre, J. E. (2015). *Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo*, 1º ed., Contexto: Resistencia.
- Buompadre, J. E. (2015). ¿Acoso sexual a menores por vía digital o castigo de los malos pensamientos?, en Aboso, Gustavo E. *El Derecho Penal y Procesal Penal Frente a los Retos del Tercer Milenio*, 1º ed., Contexto: Resistencia, pp. 467-505.
- Cuenca Padilla, A. (2014). El Nuevo Delito de Grooming del Artículo 183 bis del Código Penal. Publicado en por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Disponible en [en línea]: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG_acuencapadilla.pdf

- Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Estrada Garavilla, M. (2008). Delitos Informáticos. Publicado en la *Revista de la Universidad Abierta*, México. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_32.pdf
- Fontán Balestra, C. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. 17° ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fontán Balestra, C. (2013). *Tratado Derecho Penal. Parte Especial*. 1° ed., Buenos Aires: La Ley.
- Garibaldi, G. E. L. (2014). Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina. Publicado en *Revista Derecho Penal*, Año III - N° 7, Buenos Aires, pp. 21-37
- González Tascón, M. (2011). El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC. Publicado en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, Buenos Aires, pp. 207-258.
- Ibáñez, F. (2018). Delitos Informáticos. Publicado en la *Página Web Oficial del Dr. Marcos Antonio Terragni*, Santa Fe. Disponible en: https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/delito_infor.htm
- Ibarra Sánchez, E. (2014). Protección de Niños en la Red: Sexting, Ciberbullying y Pornografía Infantil. Publicado en la *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México.
- Lascano, C. J. (h) (2005). *Derecho Penal Parte General*. 1° ed., 1° reimp., Córdoba: Advocatus.
- Merino Pérez, V. (2016). Ciberdelitos y Víctima Menor de Edad. Publicado por la *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/doctrina44901.pdf>
- Morabito, M. R. (2011). La regulación de los “delitos informáticos” en el Código Penal Argentino. Nuevas tendencias criminológicas en el ámbito de los delitos contra la integridad sexual y la problemática de persecución penal. Publicado en *Thomson La Ley, Suplemento*, Buenos Aires.
- Nuñez, R. C. (1988). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Marcos Lerner.
- Nuñez, R. C. (1999). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Córdoba: Marcos Lerner.

- Nuñez, R. C. (2008). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 3° ed., Córdoba: Marcos Lerner.
- Puschke, J. (2010). Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito. Publicado en *Revista Para el Análisis del Derecho (Indret)*, Octubre, Barcelona. Disponible en [en línea]: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226684/308306>
- Pesclev, S. M. (2018). Grooming, una figura a modificar en el Código Penal. Publicada en la *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires. Disponible en [en línea]: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41019-grooming-figura-modificar-codigo-penal>
- Righi, E. (2007). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. 1° ed., Madrid: Civitas.
- Rodríguez Vázquez, V. (2014). El Embaucamiento de Menores con Fines Sexuales Por Medio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. Publicado en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 16, España. Disponible en [en línea]: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-06.pdf>
- Sánchez Linde, M. (2013). Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido. Publicado en *Thomson Reuters Portal Asesoría & Empresa*, Buenos Aires, Argentina. Disponible en [en línea]: <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-prottegido/>
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. 2° ed., 10° Reimp. Buenos Aires: Tea Tipografía Editora.
- Tazza, A. (2014). El Delito de grooming - art. 131 Código Penal. Publicado en el *Blogspot de la Catedra de Derecho Penal, Parte Especial*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Disponible en [en línea]: <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.html>
- Temperini, M. G. I. (2013). Delitos Informáticos en Latinoamérica: Un Estudio de Derecho Comparado. Publicado en la *Revista de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe. Disponible en: <http://conaiisi.unsl.edu.ar/2013/82-553-1-DR.pdf>

- Viaña de Avendaño, G. (2016). La Importancia de la Incorporación de la Figura Delictiva Denominada “Grooming. 16° Simposio Argentino de Informática y Derecho. Publicado en la *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires. Disponible en [en línea]: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44906-importancia-incorporacion-figura-delictiva-denominada-grooming>
- Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. Publicado en los *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXIV, pp. 639-712.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *Estructura Básica del Derecho Penal*. 1° ed., 2° reimp., Buenos Aires: Ediar.

2) LEGISLACIÓN

- Constitución Nacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Código Penal de la Nación.
- Ley N° 21.338 de modificación del Código Penal de la Nación.
- Ley N° 23.077 de modificación del Código Penal de la Nación.
- Ley N° 22.278 de Régimen Penal de la Minoridad
- Ley N° 26.061 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Convenio sobre Ciberdelincuencia (también conocido como el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia)
- Código Penal de España

- Resolución 45/112: Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), 14 de diciembre de 1990.

3) JURISPRUDENCIA

- Trib. en lo Crim. N° 1, Necochea: “Fragosa, Leandro Nicolas s/ Corrupción de Menores Agravada” (2013)
- Trib. Oral en lo Crim. N° 2: “Jonathan Luna” (2017)
- Cám. Nac. de A. en lo Crim. y Correcc., Sala IV, Capital Federal: “S., A.M. S/ procesamiento” (2017).
- Trib. de Impugnación de Salta: “A. D. O. s/ delitos de grooming y abuso sexual con acceso carnal en concurso real en perjuicio de D.M.Y” (2017)