



Trabajo Final de Graduación.

EL GROOMING

Un delito que vulnera el principio de proporcionalidad de la pena

Mirarchi, Elizabeth Andrea Rita.

35.318.283

Abogacía.

2019

La vida no es fácil para nadie. Pero ¡qué importa! Hay que perseverar y, sobre todo, tener confianza en uno mismo. Hay que sentirse dotado para realizar alguna cosa, y esa cosa hay que alcanzarla, cueste lo que cueste.

Marie Curie

Resumen

Las tecnologías han impactado significativamente en la sociedad actual, con acierto y desaciertos, uno de ellos es la gran cantidad de delitos informáticos que han surgido. Tal situación ha dado lugar a múltiples riesgos especialmente para aquella franja etaria de la población que aparece más vulnerable frente al uso de internet.

El uso inadecuado por parte de estos niños y niñas puede llevarlos a contactarse con personas adultas que se hacen pasar por otros niños y de esta manera iniciar una amistad para ganar su confianza con la sola finalidad de menoscabar su indemnidad sexual, ya sea mediante el pedido de una fotografía o video de contenido pornográfico o para concertar un encuentro y así secuestrar o abusar sexualmente (esta vez con un contacto físico) de la víctima. Si bien no puede negarse la particular importancia que reviste la tipificación del *grooming* en nuestra legislación, este debe además ajustarse a los principios y garantías constitucionales amparados por la norma suprema. Es precisamente este punto el que se investigará en este Trabajo Final de Graduación la regulación del artículo 131 del Código Penal de la Nación a los fines de establecer si se vulnera el principio de proporcionalidad de la pena.

Palabras claves: Internet- Delitos informáticos- Grooming- Principio de Proporcionalidad-

Abstract

Technologies have impacted significantly in today's society, with success and failures, one of them is the large number of computer crimes that have arisen. This situation has given rise to multiple risks, especially for that age group of the population that appears most vulnerable to the use of the Internet.

The inappropriate use by these children can lead them to contact with adults who pose as other children and thus start a friendship to gain their trust with the sole purpose of impairing their sexual indemnity, either by ordering of a photograph or video of pornographic content or to arrange a meeting and thus abduct or sexually abuse (this time with physical contact) of the victim. While the particular importance of the classification of grooming in our legislation cannot be denied, it must also comply with the principles and constitutional guarantees protected by the supreme norm. It is precisely this point that will be investigated in this Final Graduation Work the regulation of Article 131 of the Criminal Code of the Nation for the purpose of establishing whether the principle of proportionality of the penalty is violated.

Keywords: Internet- Computer Crimes- Grooming- Principle of Proportionality-

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: DELITOS INFORMÁTICOS: LA CONSECUENCIA DE LOS NUEVAS TECNOLOGÍAS	11
Introducción.....	13
1.1. Delitos informáticos. Concepto	12
1.2. Características principales	14
1.4. Ley 26.388 de Delitos Informáticos.....	21
Conclusión parcial	26
CAPÍTULO II: EL DELITO DE GROOMING Y SU REGULACIÓN	28
Introducción.....	26
2.1. Grooming. Concepto.....	30
2.2. Determinación de sujetos activo y pasivo.....	34
2.3. Bien jurídico vulnerado.....	39
2.4. Naturaleza jurídica	41
2.5. El Art 131 del CP. Análisis.....	43
Conclusión parcial.....	48
CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL	50

Introducción	51
3.1. Principio de Proporcionalidad. Concepto	51
3.2. Antecedentes y subprincipios	54
3.3. El grooming y su relación con la proporcionalidad.	57
Conclusión parcial.....	60
CONCLUSIÓN GENERAL	61
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

Las tecnologías de la información y la comunicación han logrado posicionarse en un lugar fundamental en la sociedad actual, produciendo un verdadero impacto en materia de comunicación y transmisión de datos. Estas tecnologías han llegado a la vida de las personas para cambiarlas de una manera radical y hoy desde los niños pequeños hasta los ancianos emplean las tecnologías en su diario vivir.

Si bien son innegables los beneficios que brindan estas nuevas tecnologías a las personas, también se deben considerar los aspectos negativos de estos avances tecnológicos y su incidencia dentro de la colectividad, ya que en muchos casos son utilizadas como medio delictivo. Tal situación ocurre con los delitos informáticos. Es precisamente este punto el que a este Trabajo Final de Graduación interesa abordar. Específicamente aquella clase de delitos cometidos en red que atentan contra la integridad sexual de los menores.

En Argentina uno de los delitos que tienen como bien jurídico tutelado a la integridad sexual de los menores de edad es el *grooming* o también denominado *Childgrooming*, este delito es definido por Pérez Vallejo y Pérez Ferrer (2016, p. 126) como:

Un proceso gradual, –que puede durar semanas, e incluso meses–, mediante el que un sujeto establece una relación de confianza con menores, enmascarada como de amistad, que deriva en un contenido sexual, en la que abundan los regalos y las muestras de atención y afecto, y cuya finalidad última, es la de aumentar la vulnerabilidad del menor, favoreciendo de este modo la comisión de un delito sexual.

El *grooming* básicamente consiste en la acción emprendida por un mayor, el que valiéndose de algún medio tecnológico de comunicación contacta a un menor de edad para de esta manera entablar una amistad y así ganar su confianza, con la finalidad de atentar contra su integridad sexual.

El Código Penal Argentino regula este delito en su artículo 131¹ sancionando con una pena de 3 meses a 4 años al que por medio de comunicación electrónica contacte a un menor de edad con tales fines.

Por todo lo expuesto anteriormente se plantea el interrogante ¿Vulnera el artículo 131 del Código Penal el principio de proporcionalidad de la pena?. Ya que como reza este principio la gravedad de la pena debe ser proporcional al hecho cometido. Tal como lo establece Aguado Correa (1999, p. 26) el principio de proporcionalidad de la pena tiene por finalidad establecer un:

Límite a la criminalización de conductas que el legislador lleva a cabo a través de la creación de tipos penales. En segundo lugar, una vez afirmada la tipicidad, en el ámbito de la antijuridicidad hay que comprobar la ausencia de causas de justificación, campo en el cual juega un papel fundamental el principio de proporcionalidad. Finalmente, este principio ha de ser respetado cuando se trata de enlazar el delito con sus consecuencias jurídicas, no sólo la pena, sanción tradicional en Derecho penal, sino también la medida de

¹ C.P. Art 131 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.

seguridad, las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil derivada del mismo.

Por lo que a *prima facies* podría sostenerse que en la tipificación del delito de *Grooming* se estaría vulnerando el mencionado principio, toda vez que se sanciona estos actos preparatorios con la misma pena que la estipulada por ejemplo para el abuso sexual simple contenido en el artículo 119 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al objetivo general de esta investigación se situará en analizar la regulación del artículo 131 del Código Penal a los fines de establecer si vulnera el Principio de Proporcionalidad.

En este sentido se indagará las diferentes posturas doctrinarias que han tratado de dar respuesta a los cuestionamientos surgidos en torno a la pena establecida en el mencionado artículo y su posible vulneración a principios y garantías constitucionales. Ya que como se verá hay quienes sostienen que la pena con que se castiga a este delito resulta desproporcional respecto de la establecida para el abuso sexual simple al castigar estos actos preparatorios, que como lo describe la conducta típica quedan configurados por el verbo “contactar” y transcurren en la virtualidad, con la misma conminación en abstracto que la establecida para el delito consumado del artículo 119 del mismo cuerpo legal.

Respecto a los objetivos específicos se hará un enfoque sobre conceptos fundamentales, tales como el concepto de delito informático, sus características principales, tipos de delito informáticos, reseñas de la Ley 26.388. Concepto de *Grooming* y principio de proporcionalidad, además se realizará un análisis de las

etapas, sujetos intervinientes, naturaleza jurídica y bien jurídico protegido por el delito de *Grooming*, finalmente se analizara el artículo 131 del Código Penal, critica.

La hipótesis de investigación buscará afirmar o refutar si con la redacción del artículo 131 del Código Penal se viola el principio de proporcionalidad, ya que como se expuso *supra* se sancionan estos actos preparatorios con la misma pena que la prevista para otros delitos que revisten mayor gravedad. Dependiendo de la postura que se tome podrá reconocerse si la regulación legal que se hace de este delito se presenta en contradicción con el mencionado principio o por el contrario, se encuentra sujeto a su cumplimiento.

El tipo de estudio que se utilizara en el presente trabajo, será el exploratorio. Se ha elegido este tipo de estudio ya que el delito de *grooming* es una figura relativamente nueva, novedosa y poco estudiada en la legislación argentina, pero principalmente porque todavía cuenta con múltiples aristas que deben ser establecidas, siendo una de estas la posibilidad de que su regulación legal dentro del ordenamiento jurídico nacional resulte inconstitucional. La metodología escogida es la cualitativa.

Serán fuente de información primaria: El Código Penal Argentino, Ley 26.388 sobre delitos informáticos, y especialmente la Ley 26.904, además de la jurisprudencia nacional y provincial, secundaria: La doctrina sobre *grooming*, fallos y artículos de revistas especializados como Revista de Derecho Penal, La Ley, Revista Pensamiento Penal. Por último, las fuentes de información terciaria serán libros y páginas de internet tales como: www.saij.gob.ar, www.derechopenalonline.com.ar, www.csjn.gov.ar, www.infojus.com.ar.

La investigación a desarrollar tendrá sus inicios con la sanción de la ley 26.388 que introduce los delitos informáticos al Código Penal y se continuará hasta la actualidad con la finalidad de lograr un conocimiento amplio, acabado y que resulte aplicable. El nivel de análisis de la presente investigación comprenderá legislación, jurisprudencia y doctrina nacional.

Este trabajo final de graduación contendrá tres capítulos agrupados de la siguiente manera: el primero de ellos estará dedicado exclusivamente a los delitos informáticos en donde se los conocerá de manera general y se reseñará su incorporación al ordenamiento jurídico nacional. El segundo se adentrará específicamente en la figura del *Groninga*, su concepto y características generales, y el marco legal de esta figura. El tercero tratará exclusivamente sobre el principio de proporcionalidad de la pena y su relación con el artículo 131 del Código Penal de la Nacional.

CAPÍTULO I

**DELITOS INFORMÁTICOS: LA CONSECUENCIA DE LOS NUEVAS
TECNOLOGÍAS**

Introducción

Como se enseña desde los primeros años de la carrera de abogacía el delito constituye una conducta humana típica, antijurídica y culpable, estas características de cierta manera permiten inferir que al hacer referencia a los delitos informáticos se estarían cumpliendo esos requisitos pero que a su vez la tecnología tendría una importancia relevante en la comisión del hecho ilícito.

En este primer capítulo se procederá a conocer en qué consisten los delitos informáticos, delimitando sus principales características y los distintos tipos de delitos informáticos que desde la doctrina se han identificado.

Seguidamente, se analizará la incorporación de los delitos informáticos al ordenamiento jurídico nacional y los antecedentes que sirvieron de fundamento para que esto pudiera convertirse en una realidad que permitiera cubrir una importante demanda que la sociedad requería.

1.1. Delitos informáticos. Concepto

Desde hace unos años a la fecha la sociedad ha visto como de manera avasallante la tecnología relacionada con los medios informáticos y de comunicaciones ha ido ganando cada vez más espacio hasta terminar por resultar casi indispensable en

la vida cotidiana de las personas. La tecnología ha traído consigo importantes posibilidades para la vida moderna, permitiendo nuevos canales de comunicación y también la viabilidad de que pueda existir la globalización a nivel mundial. Los efectos de la tecnología deben de ser considerados en su gran mayoría como importantes y hasta necesarios para la persona, pero lo bueno también implica la posibilidad de que existan riesgos y que la tecnología sea empleada para dañar.

Dentro de esos riesgos se encuentran los delitos informáticos, los cuales han sido definidos como “Toda acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, en los cuales la informática es utilizada como fin o como medio para la perpetración de los ilícitos previstos en el ordenamiento”(Tongorí, 2016, p.10). De una manera muy clara y sin oponer interpretaciones divergentes la doctrinaria antes citada permite reconocer como la tecnología ha irrumpido en el mundo delictivo ganándose un espacio.

Como se dejó entrever en la introducción de este capítulo los delitos informáticos no sólo deben cumplir con los elementos propios de la configuración del delito: conducta típica, antijurídica y culpable, sino que también se requiere de la presencia de una tecnología computacional. Puede decirse entonces, que el medio que se utiliza para la comisión del delito es lo que diferencia a los delitos informáticos de otro tipo de ellos.

Al definir a los delitos informáticos Camacho Losa (1987, p.25) sostiene que los mismos están constituidos por:

Toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, sin que necesariamente conlleve un beneficio material para su autor aun cuando no perjudique de forma directa o inmediata a la víctima y en cuya comisión

intervienen necesariamente de forma activa dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas.

El autor reconoce que la acción que desarrolla el sujeto activo del delito informático está encaminada a ocasionar un perjuicio sobre un tercero y que no siempre guarda la intención de obtener un beneficio. La finalidad siempre esta puesta en el menoscabo que se puede causar a la víctima, ya sea en su patrimonio como también en su persona. Los delitos informáticos pueden estar dirigidos a dañar a la víctima en su patrimonio por ejemplo cuando se realiza un fraude informático y en su persona en el caso de vulnerar la integridad sexual del menor de edad como es en el delito de *Grooming*.

Los delitos informáticos surgen del avance de las tecnologías y resulta una obligación del Estado poner un límite a esto dando protección a los usuarios de las mismas, de lo contrario, se estaría ante una actividad lícita destinada a dañar y no es esta la finalidad del derecho.

1.2. Características principales

Si se quisieran resumir de alguna manera las características propias de los delitos informáticos bastaría con tomar el detalle que realiza Téllez Valdés sobre ellas y esto permitiría la fácil identificación de un delito informático. Para Téllez Valdés (1996, p.42) estos delitos son:

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

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

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

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

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

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

Son muy sofisticados y relativamente frecuentes en el ámbito militar.

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

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

Ofrecen facilidades para su comisión a los menores de edad.

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

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

Más allá de la importante caracterización de los delitos informáticos que se ha expuesto anteriormente se considera que lo primordial para establecer que se está ante un delito informático es que se haya desarrollado mediante el empleo de un dispositivo

tecnológico. Este dispositivo puede ser utilizado de dos maneras muy distintas: como medio o como fin. El dispositivo tecnológico se emplea como medio para la comisión del delito cuando a través de este se puede acceder al mundo virtual que se encuentra dentro de la gran red, la cual es conocida como internet.

La delincuencia informática se vale de las posibilidades que la red le brinda para desarrollar las conductas ilícitas y para ello emplea teléfonos celulares, computadoras, tabletas u otro dispositivo que permita la navegación dentro de la virtualidad. Es ese el ámbito propicio donde el victimario encuentra a su víctima y amparado en la seguridad que la red tiene puede realizar sus delitos sin llegar a ser identificado, traspasando los umbrales de distintos países y teniendo múltiples víctimas.

El *Grooming* es uno de los delitos informáticos en donde el sujeto activo emplea un dispositivo tecnológico como un medio para contactar dentro del mundo virtual a su víctima. Sin adentrarse todavía en el tema del *grooming* es importante resaltar que la gran red de redes que es internet permite la captación rápida de víctimas dentro de las páginas de juegos, salas de chat o redes sociales sin que la real personalidad del sujeto activo pueda ser puesta en evidencia y permitiendo que el menor de edad pueda ser engañado y hasta seducido por un sujeto manipulador que solo busca su satisfacción, sin tener reparos en la vulneración que se realiza sobre los derechos de la víctima.

La otra característica de los delitos informáticos se presenta cuando el dispositivo tecnológico es empleado como un fin en sí mismo. En estos casos son los datos contenidos en las memorias de los ordenadores los que son empleados para la

comisión del delito. Mediante estos datos se puede tener acceso a cuentas bancarias, información personal valiosa que pudieran servir para extorsionar, etc. En estos casos puede precisarse que las víctimas serían personas adultas o empresas a las cuales se buscaría ocasionar un daño patrimonial (Camacho Losa, 1987).

Ambas maneras de cometer el delito se encuentran enmarcadas dentro de lo que se denomina delitos informáticos. Autores como Aracena (1977, p. 44) consideran que los delitos informáticos deben abarcar “tanto las modalidades criminales que utilizan un sistema informático como vehículo para la perpetración de distintos ilícitos, como cuando dicho sistema informático se transforma en el objeto del comportamiento delictivo”.

Desde una postura personal se considera que los delitos informáticos incluyen tanto aquellas conductas que se valen de internet como medio para concretar el ilícito, como aquellas que se perpetúan directamente sobre el dispositivo tecnológico, es decir utilizando al sistema informático como fin, a través de los datos contenidos por ejemplo en el disco rígido de un ordenador, ya que si fuera de manera diferente habría una franja de delitos que quedarían sin poder ser regulados.

1.3. Tipos de delitos informáticos

Si bien como se dijo en puntos anteriores los delitos informáticos son aquellos que “se realizan necesariamente con la ayuda de los sistemas informáticos”(Carrión,

2001, p. 8) desde distintos sectores de la doctrina se ha intentado establecer clasificaciones respecto a estos delitos.

Castillo Ara (2017) es una de las doctrinarias que clasifica a los delitos informáticos en criminalidad computacional o también conocida como cibercrimen y criminalidad por internet. Entendiendo que la criminalidad computacional es la que se lleva adelante mediante la información que puede hallarse alojada en un disco duro o en un servidor y que será empleada de manera directa para la comisión del delito. En cambio, la criminalidad por internet, es aquella que se va a valer de la gran red de redes que es internet para en el mundo virtual desarrollar el delito.

En el caso del *grooming* puede decirse que queda enmarcado dentro de esta última clasificación, ya que es un delito que comienza su desarrollo gradual dentro del mundo virtual pero que también en ocasiones puede traspasar al mundo real al existir un encuentro personal entre víctima y victimario en donde el menor de edad resulta vulnerado en sus derechos.

Por otra parte, se presentan autores como es el caso de Morabito que realiza una clasificación de los delitos informáticos tomando como referencia diferentes elementos que forman parte de su constitución. Frente a esto el autor reconoce la existencia de:

- Conducta fraudulenta: uso indebido o fraudulento de elementos informáticos a través de la introducción o manipulación de datos falsos
- Instrumento: presencia de los componentes físicos y/o lógicos del sistema informático.
- Finalidad: obtención de un beneficio ilícito, directo o indirecto, no necesariamente patrimonial.

- Resultado: perjuicio, no necesariamente patrimonial, de tercero o de la colectividad (Morabito, 2011, p. 2)

Por su parte, Migliorisi también realiza una clasificación sobre los delitos informáticos permitiendo establecer una diferencia entre los propiamente informáticos y aquellos que son configurados a través de internet.

Los denominados propiamente "informáticos", que son aquellos que nunca podrían existir sin la informática y/o internet, tales como el hacking, el phishing, el spamming, los hoax, las infecciones informáticas provocadas mediante virus o troyanos (programas espías) entre otros y los denominados "delitos configurados a través de internet" que son aquellos delitos históricamente tipificados en el Código Penal, pero que a través de la tecnología encuentran una nueva forma de realizarse, como por ejemplo, las diferentes variantes de delitos sexuales: pedofilia, pornografía infantil y corrupción de menores (Migliorisi, 2014, p. 271).

Si se analiza la distinción realizada por Migliori el *grooming* resultaría factible de ser encuadrado dentro de los delitos que históricamente se encuentran tipificados en el Código de Fondo pero que en la actualidad tienen como medio basal a la tecnología.

Otra clasificación que puede realizarse respecto a los delitos informáticos es si los mismos constituyen delitos de peligro o de resultado. Resulta importante destacar que en estos casos los tipos penales van a resultar de mucha importancia porque son ellos los que determinan el bien jurídico al que se va a tutelar. Para diferenciarse entre un delito de peligro y uno de resultado resulta necesario conocer que es el peligro. Para Donna (2006, p. 78) es “una situación inusual y contraria a las reglas en las que,

conforme a las concretas circunstancias imperantes, la concreción del daño puede hacerse como probable conforme a una prognosis objetiva *a posteriori*”.

En los casos de los delitos de peligro no resulta necesario que se haya lesionado al bien jurídico, simplemente alcanza con que se lo haya colocado en situación de peligro. Dentro de este tipo delictivo se encuentra enmarcada la figura del *grooming*.

En cambio, en los delitos de resultado entre la acción realizada por el hombre y el resultado debe presentarse “un nexo de causalidad, una relación entre la conducta realizada y el resultado producido, sin interferencia de factores extraños, como es propio de todo delito cuya acción provoca una modificación en el mundo exterior” (Buompadre, 2018, p. 65). Dentro de esta clasificaron se encuentra: el fraude, sabotaje informático y el robo de información.

Puede sostenerse que dependiendo del bien jurídico amparado va a surgir dentro de la importante gama de los delitos informáticos cuáles resultan de peligro y cuáles de resultado, ya que no puede realizarse una unificación total dentro de una misma categoría.

Otro punto importante a tener en cuenta es la determinación del sujeto activo y pasivo. En cuanto al sujeto activo de los ilícitos informáticos se ha dicho que son personas que poseen conocimientos avanzados en sistemas informáticos, que generalmente ocupan un puesto jerárquico dentro de una organización o sociedad que le permite el acceso a la información o datos alojados en los dispositivos tecnológicos (Costa Hoevel, 2006).

Sin embargo la realidad muestra que esto en la actualidad no es tan cierto. Hoy los niños nacen en la era de la digitalización, son los denominados “nativos digital” nacidos aproximadamente entre 1995 y 2015 crecen con la red, ya no es necesario ser técnico o un especialista para tener conocimientos en informática, además se ha demostrado que muchos delitos informáticos son cometidos por menores de edad.

Otra característica importante es que el sujeto activo no necesariamente debe tratarse de una única persona, también pueden ser perpetrados por una asociación ilícita con tales fin.

Respecto del sujeto pasivo, puede ser una persona física, empresas, entidades bancarias, banco de datos, instituciones, inclusive el propio gobierno. Basta con simplemente poseer una computadora y alojar información personal en ella o contactarse a internet para ser víctima de estos ilícitos.

1.4. Ley 26.388 de Delitos Informáticos

En los puntos anteriores se ha realizado una conceptualización respecto a los delitos informáticos estableciendo sus características y las distintas clasificaciones que han recibido. En adelante se procederá a conocer la manera en que los delitos informáticos resultaron incorporados al ordenamiento jurídico nacional y las ventajas que esta incorporación permitió brindar a la sociedad y al mundo del derecho.

La República Argentina fue uno de los países que más tiempo demoró en incorporar los delitos informáticos dentro de su derecho interno (Palazzi, 2016). Entonces, las conductas que hoy se encuentran tipificadas no podían ser concebidas como delito y esto es en razón a lo expuesto por el principio de legalidad, ya que para que una conducta pueda ser entendida como delito debe existir una ley anterior que así lo disponga.

Entonces, debe entenderse que frente al avance de la tecnología y de las conductas ilícitas que a través de ella se realizaban el Estado debía velar por la seguridad de sus ciudadanos e incorporar una regulación legal que los amparara respecto a la ciberdelincuencia.

La idea de amparar a las personas de los efectos dañosos que ocasionaba la ciberdelincuencia encuentra sus orígenes en los años noventa donde el Consejo de Europa comenzó una importante lucha en contra de la comisión de los delitos informáticos. Es a partir de ese momento en que se comienza a trabajar de forma mancomunada entre los países a los fines de lograr combatir los delitos informáticos y también armar una estructura a nivel mundial que permitiera la persecución y castigo impidiendo que la virtualidad sea un amparo para la impunidad.

Durante el año 2001 el Consejo de Europa elabora un documento mediante el que establece un marco regulatorio que permite el control de la cibercriminalidad. Tomeo (2014, p. 207) considera que el Congreso guarda “la temática de delitos penales cometidos por medios informáticos con alcance integral y que fija las reglas de cooperación internacional para que los países miembros puedan combatir este tipo de delincuencia”.

Posteriormente, en el año 2001 tiene lugar el Convenio de Budapest donde se logran establecer los tipos penales que se cometen mediante los delitos informáticos y la propuesta de llevar adelante un doble objetivo combatir tanto los delitos que se realizan mediante internet como también los cibercrimes, de esta manera quedaría conformada una estructura que brindaría una protección integral (González Allonca y Passeron, 2014).

Los expuestos han sido los antecedentes principales que permitieron la introducción de la tipificación de los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico Nacional. Dentro de la República Argentina con anterioridad a la ley 26.388 ya se había dado comienzo a la regulación de algunos delitos vinculados con las tecnologías como es el caso de la ley secretos comerciales o los derechos de autor.

Puede reconocerse que para el derecho interno no fue una tarea simple la tipificación de los delitos informáticos, ya que una fuerte postura sostenía que eran delitos que ya se encontraban tipificados y solo que habían cambiado el modo en que eran cometidos, entonces no merecía modificarse la codificación cuando se contaba con herramientas legislativas que permitían su persecución penal (Velázquez Elizarrarás, 2007).

Si bien la realidad puede dejar en evidencia la similitud de muchos de los delitos que se cometen mediante las tecnologías de la informática y comunicación con otros que ya se cometían era necesario contar con una legislación que fuera específica respecto a los cibercrimes. Frente a lo expuesto Castillo Ara entiende que el ordenamiento jurídico nacional antes de incorporar los delitos informáticos debió hacer frente a tres cuestiones:

Primero, pues el avance de las tecnologías no va a la misma velocidad que el avance en la regulación del aparato parlamentario en la creación de leyes. La actualización de software, la renovación de modelos computacionales, etc., ocurren a una velocidad que para el usuario de los mismos ya es difícil de seguir, mucho más lo es para aquellos que deben regular sobre la materia y que muchas veces carecen de la experiencia adecuada...Esta falta de experiencia, es precisamente el segundo desafío que presenta la cibercriminalidad para el legislador. El escaso conocimiento o directamente la absoluta ignorancia en esta materia que existe por parte del aparato legislativo es una dificultad a la hora de legislar...Por último, persiste el problema de la intangibilidad del mundo virtual y de la pregunta sobre si a este mundo virtual se le aplican o se le deben aplicar las mismas reglas que al mundo real (Castillo Ara, 2017, p. 2)

En 2008 se logra la sanción de la ley 26.388 la cual no resulta una legislación especial, sino que al mismo tiempo produce una modificación en el Código de Fondo. Según Tognoli (2016, p.6) dicha modificación consagra:

- 1)- Incorporación de dos párrafos al art. 77 CP, ampliando el término “documento”, a toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado.
- 2)- Sustituye el art. 128, incorporando el delito de pornografía infantil por internet u otros medios electrónicos.
- 3)- Sustituye el art. 153, estableciendo como delito la violación, apoderamiento y desvío de comunicaciones electrónicas (art. 153 1° párr.)
- 4)- Incorpora como delito la interceptación o captación de comunicaciones electrónicas telecomunicaciones (art. 153 2° Párr.) y el acceso a un sistema o dato informático (art. 153 3° Párr.).
- 5)- Sustituye el art. 155, establecido como delito la publicación de una comunicación electrónica.
- 6)- Sustituye el art. 157, estableciendo prisión e inhabilitación especial al funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

7)- Sustituye el art. 157 bis, estableciendo como delito, el que de manera ilegítima o violando el sistema de confidencialidad, accediera a un banco de datos personales; proporcionare o revelare la infamación registrada en ellos; o el que insertare o hiciera insertar datos.

8)- Incorpora como inc. 16 del art. 173, el fraude mediante técnicas de manipulación informáticas.

9)- Incorpora un 2º párr. al art. 183, a la alteración, destrucción o inutilización de datos, documentos, programas o sistema informáticos, y la venta, distribución, circulación o introducción en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.

10)- Incorpora al art. 184, el delito que impidiere el libre ejercicio de la autoridad a través de un sistema informático.

11)- Incorpora en el art. 197, la interrupción o entorpecimiento de las comunicaciones.

12)- Incorpora en el art. 255, la sustracción alteración y ocultación de registros y/o documentos que pudieren servir como prueba a una autoridad judicial.

Si bien la nomina de los delitos informáticos que han sido tipificados es bastante amplia puede reconocerse a simple vista que se omitió la tipificación del delito que para este trabajo de investigación resulta fundamental y que es el *grooming*. Resulta una cuestión un tanto conflictiva si se quisiera analizar el porqué de esta omisión teniendo en cuenta los bienes jurídicos que se amparan y la posición de vulnerabilidad en que se encuentran sus víctimas por ser menores de edad.

No se puede negar que con anterioridad a la sanción de la ley 26.388 algunas de estas conductas ya se encontraban tipificadas. Sin embargo, parece acertada una regulación específica sobre todo porque en la actualidad las tecnologías de la información y la comunicación ocupan un lugar fundamental en la sociedad, son innegables los beneficios que estas brindan a la vida cotidiana de las personas, pero

también se han convertido en el contexto ideal para que se pueda desarrollar la delincuencia informática. De allí que es coincidente que dicha regulación fuera necesaria.

Conclusión parcial

La tecnología en su avance va trayendo consigo importantes cambios para la humanidad y permitiendo que estos sean empleados de manera beneficiosa en muchas situaciones. Pero también su uso indebido se ha acrecentado y cada vez son más numerosos los delitos que son cometidos a través del uso de dispositivos tecnológicos conectados a internet. Debe de sostenerse que la tipificación de estas conductas permite amparar a la sociedad de todos aquellos efectos no deseados de los cuales puede convertirse en víctima.

El poder establecer una definición respecto a los delitos informáticos no es una tarea complicada debido principalmente a que la diferencia con otra clase de delitos radica en el medio que se emplea para su comisión. El delito informático va a ser siempre una conducta que se encuentre tipificada, revestida de antijuridicidad y que implique indefectiblemente una condena, pero la variación sustancial esta en el uso de la tecnología informática y comunicacional para que pueda ser concretado.

Si bien es real que los delitos que la ley 26.388 introdujo al Código Penal pueden ser considerados como conductas que ya se tenían por tipificadas debe de

entenderse la necesidad de resguardar a las personas de la ciberdelincuencia tomando primeramente en consideración el cambio en el modo de la comisión de los delitos y las características que le resultan propias.

Resulta importante tener en cuenta la clasificación que se realiza en torno a los delitos informáticos, ya que de esta manera se permitirá una identificación más fácil de los mismos y no que solamente se tome en cuenta que si se realiza la conducta típica mediante el empleo de un dispositivo tecnológico ya resulta encuadrada dentro de la cibercriminalidad.

CAPÍTULO II

EL DELITO DE *GROOMING* Y SU REGULACIÓN

Introducción

Una vez que ya se ha contextualizado a los delitos informáticos y se han presentado los antecedentes que sirvieron de base para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional puede considerarse que se está en condiciones de abordar la figura del *grooming* o *childgrooming* de forma particular.

A lo largo de este capítulo se procederá a dejar al descubierto uno de los delitos más comunes de los que pueden ser víctimas los menores de edad tanto a nivel nacional como mundial, ya que el *grooming* es una modalidad delictiva que atraviesa fronteras y que puede tener varias víctimas al mismo tiempo.

Primeramente, se comenzará por establecer una idea sobre lo que el *grooming* significa y el alcance que este delito tiene. También se identificará a los sujetos intervinientes brindando algunas características que resultan propias principalmente del sujeto activo.

Se conocerá asimismo cual es el bien jurídico que se tutela en el delito de *grooming* y los motivos por los cuales la doctrina se encuentra dividida tras considerar que puede existir más de un bien jurídico a tutelar. La naturaleza jurídica del *grooming* resulta un punto de análisis importante para este trabajo final de grado, ya que

dependiendo de la postura que se tome frente a la misma podrá posteriormente reconocerse si la regulación legal que se hace de este delito se presenta en contradicción con el principio de proporcionalidad de la pena o por el contrario, se encuentra sujeta a su cumplimiento.

Por último, se analizará el artículo 131 del Código Penal que regula al *grooming* a los fines de conocer la conducta típica y adentrarse en la postura asumida por el legislador frente a esta regulación que en la República Argentina resultaba de suma necesidad frente al incremento de niños, niñas y adolescentes que se convierten en víctimas diariamente.

2.1. Grooming. Concepto

En la actualidad es muy común que los medios de comunicación hagan referencia a casos de *grooming*, que desde las escuelas y otras instituciones se preste especial atención a este delito que tiene como principales víctimas a los menores de edad, sin realizar distingo de sexos o clases sociales. El *grooming* o *childgrooming* como también se lo conoce se sitúa dentro de los delitos que se cometen por internet y que pueden utilizar como medio un dispositivo tecnológico tan básico como es un teléfono celular o una computadora con acceso a internet.

Antes que nada debe reconocerse que dentro del derecho interno la expresión *grooming* no ha sido empleada por el legislador a los fines de tipificar ningún delito, sino que es un anglicanismo que se ha tomado para designar al contacto que puede establecer una persona adulta con un menor de edad mediante un dispositivo

tecnológico y que este contacto guarda la finalidad de vulnerar la integridad sexual del menor de edad.

El termino *grooming* es una derivación del verbo ingles *groom*, el cual puede ser conceptualizado como acicalar a otra persona (Tomeo, 2012) teniendo la intención de perseguir una finalidad la que en el caso del *grooming* termina siendo la vulneración de la integridad sexual. Al buscar el origen del término *grooming* también se puede brindar la interpretación que realiza Cueto quien considera que deriva del

Prefijo *prey* refiere —como sustantivo— a "presa" y como verbo intransitivo a la acción de "cazar" y, en sentido figurado "depredar". Su traducción al castellano resultaría: "Aprovecharse sexualmente de un niño", en donde el "niño" resulta la "presa" y el aprovechamiento sexual deriva del acoso efectuado a tales fines (Cueto, 2018, p.2)

Resulta bastante adecuado el pensamiento expuesto anteriormente por Cueto, ya que define de una manera más completa lo que se quiere dejar en evidencia al hacer referencia al *grooming*, ya que en realidad el sujeto activo lo que busca es aprovecharse del menor de edad y lo logra debido a la falta de madurez e ingenuidad que suele resultar propia de los niños, niñas y adolescentes. El *grooming* puede ser definido como:

La acción deliberada de un adulto de acosar sexualmente a un niño o niña mediante el uso de Internet. Siempre es un adulto quien ejerce el *grooming*. Estos adultos suelen generar un perfil falso en una red social, sala de chat, foro u otro, en donde se hacen pasar por un chico o una chica y entablan una relación de amistad y confianza con el niño o niña que quieren acosar. El mecanismo del *grooming* suele incluir un pedido de foto o video de índole

sexual o erótica (pedido por el adulto, utilizando el perfil falso).(UNICEF, 2014, p.2)

Desde esta óptica el *grooming* parte primeramente de las acciones voluntarias y premeditadas que tiene el sujeto activo para con su víctima a los fines de lograr mediante la creación de una relación amistosa o también de tipo emocional (ya que el sujeto pasivo suele ser seducido y enamorado por su victimario) que tendrá por resultado el abuso de los derechos del menor de edad.

Se puede observar que el sujeto activo debe ser una persona adulta, en parte esta idea se contradice con lo expuesto en el artículo 131 del Código Penal² en donde al regular la conducta típica se omite tomar en consideración la edad que debe tener el sujeto activo. De esta manera, la normativa presenta una importante ambigüedad debido a que deja la posibilidad de que el sujeto activo también pueda ser una persona menor de edad.

Continuando con el análisis de la definición de *grooming* se puede reconocer que las conductas que realiza el sujeto activo pueden llegar a tener una doble intencionalidad: por una parte, el abuso sexual del menor de edad y por otra, la utilización de su imagen para la comercialización de pornografía infantil. En ambos casos debe reconocerse que existe una importante vulneración tanto a la integridad sexual como a la indemnidad sexual de la víctima.

² CP Art 131 Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma.

La jurisprudencia nacional también ha contribuido a que pueda comprenderse de manera más integral la conceptualización del *grooming* y ha argumentado que consiste en un:

Proceso sexual abusivo facilitado por el uso de las nuevas tecnologías que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos, a través de un despliegue de una conducta deliberada para captar su atención, confianza, para obtener imágenes sexuales y aún lograr un encuentro sexual abusivo³

Al emplear el término proceso se puede evidenciar que el *grooming* es un delito que se va a ir desarrollando mediante una serie de etapas las cuales van a tener por finalidad el abuso dentro del ámbito sexual. Las tecnologías de la información y comunicaciones son el elemento que permite identificar al *grooming* dentro de los delitos informáticos y será el medio empleado por el sujeto activo para iniciar el contacto con su víctima aunque posteriormente podrá darse en el plano real cuando tras haber iniciado una relación de amistad se deje la virtualidad.

Con base en lo expuesto en el párrafo precedente el fallo del Tribunal N2 en lo criminal de Bahía Blanca manifiesta⁴:

Esta conducta “tiene una intención determinada que podemos dividirla en etapas o fases y que puede durar semana o meses (...) una inicial o de relación, donde se trata de acercarse al menor generalmente 'suplantando identidad' (...) estadio donde se habla de gustos, amigos, deportes, etcétera (...) una intermedia o de 'amistad', donde ganada ya la confianza, se va obteniendo datos personales de la víctima (...) comienza un intercambio de confianza, secretos

³ Trib.Crim., N°1, Necochea, "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013)

⁴Trib. Crim Nro2 de Bahía Blanca “L., Homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (*grooming*) y robo (2017). Cita online AR/JUR/72400/2017

(...) pero llegara muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso (...) con el propósito de obtener imágenes o videos de contenido sexual (...) por cualquier medio de comunicación por plataforma online (...) y la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede ser lograr el engaño una cita real destinada a lograr, un fin sexual”.

A modo de corolario puede sostenerse que el *grooming* es un delito que se concreta mediante la realización de un proceso gradual, por etapas o fases destinado a concretar una vulneración respecto a los derechos de la víctima, que el sujeto activo desarrolla un accionar deliberado que comienza por el acercamiento y contacto a través de internet, aprovechando el sujeto activo el anonimato que le brinda la red para poco a poco ir persuadiendo a la víctima, una vez que ha ganado su confianza comienzan los pedidos de material con contenido erótico en algunos casos, en otros el hostigador intenta un encuentro con la victima a fin de lograr su objetivo sexual..

2.2. Determinación de sujetos activo y pasivo

Identificar al sujeto pasivo del delito de *grooming* no resulta una tarea compleja debido a que a razón de los distintos casos que se han presentado sobre este delito se ha podido reconocer que siempre son los menores de edad quienes lo padecen. Para convertirse en víctima de *grooming* solo basta con ser menor de dieciocho años, tener un dispositivo tecnológico que permita el acceso a internet, pasar tiempo en páginas de juegos, chats o redes sociales donde se puede ser encontrado y no contar con la información necesaria como para desconocer los riesgos que puede conllevar la acción de entrar en contacto con personas desconocidas en la realidad virtual.

Al momento de fijarse el sujeto pasivo del *grooming* solo se ha considerado que debe ser menor de edad por lo cual una amplia franja de personas queda sin protección y las cuales pueden encontrarse en un estado importante de vulnerabilidad como es el caso de los incapaces. Sobre esta falta de contemplación Buompadre (2014, p.33) sostiene que podría estarse ante un caso de inconstitucionalidad al no respetar el “principio de igualdad ante la ley, pero, según entendemos, la minoridad también es una forma de incapacidad, de manera que sólo quedarían fuera de la tutela penal los incapaces mayores de edad, no así los incapaces menores de edad”.

Dentro de las principales características que se pueden asociar con las víctimas de *grooming* se encuentra el escaso desarrollo de su personalidad y la ausencia de relaciones en la vida cotidiana, es esto lo que los lleva en muchos de los casos a buscar amigos virtuales con los cuales relacionarse. La ingenuidad e inmadurez del niño o adolescente no le permite discernir que quien se encuentra del otro lado de la pantalla puede no ser quien dice que es.

Los problemas familiares, tales como separación o divorcio de los progenitores, los malos tratos, la propia inseguridad del adolescente son algunos de los factores que llevan a que el niño se encuentre más tiempo inmerso en la virtualidad y que el hostigador pueda valerse de estos conflictos para tomarlo como víctima.

Si bien es cierto que el poder adquisitivo va a permitir contar con mejor tecnología y acceso a internet esto no puede ser un condicionante frente a la posibilidad de que los niños de menos recursos económicos puedan también ser potenciales víctimas. La realidad actual muestra que la tecnología ha ido ganando tanto espacio que muchas veces puede carecerse de zapatos pero no de un teléfono que se

conecte a internet. Además, cada vez son más los municipios y provincias en general que han optado por implementar redes públicas o Wiki gratuito en plazas, parque o lugares recreativos a los que los niños tienen acceso. (De Llano y Raca, 2014)

No existe con exactitud una estadística que pueda dejar en evidencia el número de casos de *grooming* que se suceden en la República Argentina y esto se debe principalmente a que muchos no son denunciados y a que otras veces no se toman las denuncias correspondientes. Pero si puede decirse que conforme a algunas consultas realizadas en sede policial de la provincia de San Juan se ha permitido vislumbrar que son más las niñas y adolescentes de sexo femenino las que son víctimas de *grooming*.

Esto se debe principalmente a que el acosador logra entablar una relación con su víctima que traspasa la amistad y termina por enamorarla, en este juego de seducción logra que la víctima le proporcione el material de contenido sexual que se le pide y con el que posteriormente se la extorsionará para que exista un encuentro dentro del mundo real y concretar el abuso sexual o también seguir pidiéndole que mande más material involucrándola en una red de prostitución infantil. Un ejemplo de lo expuesto anteriormente puede quedar evidenciado en los siguientes extractos de fallo:

‘Mándame una foto tuya’ a lo cual la menor accedió y remitió, en forma instantánea, una fotografía de sus pechos desnudos. En este orden, el imputado habiendo accedido a tal imagen, a la hora 13:58, le refirió a Moreno: ‘Si nena (...) Que ricas’ (...) ‘Puedo chuparlas?’ A lo que la menor le manifestó a la hora 13:59: ‘Siii’⁵.

5 Juzgado de Control y Faltas N° 3 “Poplin, Bryan David p.s.a. producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas de menores de 18 años, etc” (2017)

En el fallo que a continuación se expondrá se deja en evidencia la vulnerabilidad en que se encuentran inmersos los niños, ya que el hostigador realiza su cometido, en este caso, teniendo como víctima a una adolescente con problemas familiares. Gran conmoción provoco este caso en el país puesto que Micaela Ortiz, una menor de 12 años termina siendo asesinada por Jonathan Luna de 26 años:

El A Quo tuvo por acreditado que: “un sujeto masculino, mayor de edad, desde el mes de febrero de 2016, comenzó a comunicarse con M. A. O., de doce años de edad, a través del sistema de mensajes de la red social Facebook, utilizando para ello una cuenta de usuario de nombre ‘La Rochi de River’ simulando ser una persona de sexo femenino, con la clara intención de abusar de la integridad sexual de la menor, quien usaba la cuenta ‘Kamilita Cid’. Que este modus operandi era practicado por el encartado con frecuentes comunicaciones electrónicas con múltiples mujeres menores de edad, haciéndolo por varias cuentas de Facebook, en ocasiones como un varón y en otras como una mujer, La Rochi de River. Que entre las 20,30 hs del día 22 de abril de 2016 y las 03,20 hs del día 23 de abril de 2016, utilizando las mismas cuentas, el imputado y M. A. O. mantuvieron diversas conversaciones en las cuales el encartado aprovechó la intención de la niña de irse de su domicilio a raíz de conflictos de convivencia mantenidos con la progenitora, ofreciéndole a M. O. alojarla en su domicilio que falsamente indicara como ubicado en el barrio de Villa Rosas de la ciudad de Bahía Blanca, con el claro objetivo de abusar sexualmente de la niña”⁶

El fragmento transcrito del fallo permite apreciar a todas luces como se va sustanciando el *grooming* y como se vinculan en el caso concreto el sujeto activo y pasivo.

⁶Trib. Crim Nro2 de Bahía Blanca “L., Homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (*grooming*) y robo (2017). Cita online AR/JUR/72400/2017

El entramado delictivo comienza con el acercamiento y contacto del abusador con su víctima (una menor de edad de sexo femenino) a través de una red social en donde el sujeto activo se muestra inofensivo ocultando su verdadera identidad, simulando ser una niña “La Rochi de River”, que solo desea entablar una amistad con la menor, para de esta manera ganar su confianza. Posteriormente el sujeto activo se aprovecha del estado de vulnerabilidad de la víctima ante un problema familiar y lógicamente de la ingenuidad propia de su edad, preparando el autor el ámbito propicio para concretar su verdadero objetivo, convenir un encuentro con la víctima en el mundo real para abusar sexualmente de ella.

En este fallo queda claro que el *grooming* actúa como acto preparatorio para la comisión de delitos posteriores que revisten mayor gravedad ya que la menor accede al encuentro con quien ella entendía era su amiga virtual, en el lugar acordado la espera el hostigador quien además de intentar abusarla, la mata.

Hasta ahora se ha hecho referencia al sujeto pasivo del delito de *grooming* en adelante se procederá a centrarse en las características del sujeto activo. En el caso del sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer, algunas legislaciones han establecido que particularmente debe ser una persona mayor de edad, en cambio, la legislación nacional no determina su edad. El sujeto activo puede recibir el nombre de *gomer*, acosador u hostigador y puede entenderse que “su objetivo, siempre es de connotación erótica y su finalidad de consumo sexual” (Miró Llenares, 2012, p. 526).

Resulta importante que el sujeto activo pueda ser una persona mayor de edad a los fines de poder recibir la pena establecida para el delito de *grooming* que en Argentina va de entre seis meses a cuatro años, aunque si fuera un mayor de dieciséis

años al analizar la situación particular el juez podría tomar una determinación respecto al caso aunque no involucrara el cumplimiento de una condena.

El sujeto activo no necesariamente debe tener amplios conocimientos de tecnología con la simple posibilidad de que pueda manejar un dispositivo como un teléfono celular con conexión a internet es suficiente para establecer el contacto con el menor de edad que le permitirá inicialmente establecer una relación basada en gustos y preferencias comunes, para pasar luego a la amistad y ganarse así la confianza que le va a dar la posibilidad de solicitarle a la víctima material (fotos, videos, audios, chats) de contenido sexual los que posteriormente serán empleados para la extorción.

El *groomer* tiene la capacidad de manipular la voluntad del menor de edad mediante la confianza o la seducción empleada y de esta manera lograr sus propósitos. El menor de edad queda vulnerable ante el poder que el acosador realiza sobre él y en muchas situaciones accede a sus pedidos por temor.

2.3. Bien jurídico vulnerado

Antes de hacer referencia al bien jurídico propio del delito de *grooming* y las distintas posturas existentes respecto al tema resulta necesario establecer una distinción entre lo que es un bien jurídico y un bien jurídico penal. Ante los intereses surgidos en el seno de la sociedad el derecho tiene la misión de ponerlos a salvaguarda y estos intereses una vez reconocidos por el ordenamiento jurídico se transforman en bienes jurídicos, que no son otra cosa que aquellos intereses sociales que son tomados

directamente por el derecho para ser defendidos y recibir amparo. En cambio, desde la mirada del derecho penal, un bien jurídico es aquel que siendo recogido por el ordenamiento también merece que su tutela jurídica pueda ser reforzada (Villegas Paiva, 2010)

En el caso particular del *grooming* se plantea una disyuntiva respecto a considerar cual debe ser el bien jurídico a tutelar, aunque si se toma lo dispuesto por el legislador en el artículo 131 del Código Penal debería reconocerse que sólo la integridad sexual resulta amparada. Entonces cabe preguntarse ¿qué se entiende por integridad sexual? Arocena (2012) al referirse a la integridad sexual realiza una importante distinción teniendo en cuenta la capacidad de la persona, respecto a las personas capaces de expresar válidamente su voluntad la integridad sexual se encuentra ligada a la idea de tener o no tener un libre trato sexual y que su voluntad sea respetada. No es otra cosa que la libertad de poder elegir si se quiere mantener una relación sexual con otra persona.

En cambio, en el caso de las personas incapaces o de los menores de edad que no pueden brindar de manera válida su consentimiento en este caso la integridad sexual se encuentra relacionada con el derecho a gozar de una sexualidad progresiva y que se encuentre libre de intrusiones no deseadas.

Por otra parte, también se ha sostenido que el bien jurídico tutelado en el *grooming* es la indemnidad sexual del menor. Respecto a la indemnidad sexual De Llanos y Racca (2014, p. 1) entienden que la misma es: “una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre

desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros”.

De alguna manera podría decirse que tanto la integridad como la indemnidad sexual del menor de edad pueden resultar quebrantadas en el delito de *grooming* y que resulta factible que ambos bienes jurídicos sean tenidos en cuenta al momento de amparar a las víctimas.

2.4. Naturaleza jurídica

Otro de los conflictos clásicos que surgen dentro de la figura del *grooming* es la determinación de su naturaleza jurídica. Este es otro de los puntos en donde la doctrina se vuelve a bifurcar y no se logra obtener un acuerdo que deje conforme a todas las partes.

Dentro de las principales corrientes se presentarán aquellas que entienden que el *grooming* representa un acto preparatorio no punible orientado a la comisión de un delito de mayor gravedad y que por ello la escala penal que fija el artículo 131 del Código Penal resultaría una vulneración al principio de proporcionalidad de la pena. Mientras que por otra parte, se encuentra la doctrina que reconoce al *grooming* como un delito que debe ser punible y que la escala penal establecida se condice con la gravedad de la lesión ocasionada al bien jurídico tutelado.

Dentro de esta última corriente doctrinaria se encuentra Schnidrig (2016, p.4) quien reconoce que el *grooming* es “Toda acción que tenga por objetivo minar o

socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual”

Desde una postura contraria y vinculando al *grooming* directamente con la idea de un acto preparatorio Pesclevi (2015, p.5) reconoce que el *grooming* consiste en:

La realización de actos preparatorios a través de los cuales y mediante la utilización de las nuevas tecnologías, se pretende lograr comunicación e información para luego cometer delitos de índole sexual induciendo a que el menor dé datos sobre su persona o amistades, para luego –ya en un grado de mayor confianza- se le soliciten acciones tales como desvestirse ante la webcam, se masturbe o realice alguna práctica de tipo sexual.

De esta manera podrá decirse que todas las conductas que realiza el sujeto activo están destinadas a la concreción de un delito de índole sexual vinculado con el abuso o con la pornografía pero que el simple contacto que fija el artículo 131 como conducta típica del *grooming* no configuraría un delito en sí mismo, sino que más bien forma parte de los actos preparatorios que no resultan susceptibles de punibilidad.

Desde la postura personal la escala penal que establece el artículo 131 del Código de Fondo que va de entre seis meses a cuatro años resulta elevada y hasta desproporcional respecto a la conducta cometida y la pena que se pretende aplicar.

Habrán quienes estén complacidos con esta conminación en abstracto, sobre todo aquellos que pretenden que se castiguen intenciones con pena, pero no es esta la finalidad del derecho penal. No se niega la peligrosidad que reviste este delito y que sea correcta la protección del ordenamiento jurídico sobre aquella franja etaria de la población tan vulnerables como son los niños, niñas y adolescentes frente a la gran red

de redes, pero no resulta adecuado castigar tan severamente el mero contacto a través de internet de un menor con un mayor con fines sexuales; sobre todo si se analiza la pena del artículo 131 del Código Penal en relación a la establecida para otros delitos contra la integridad sexual que revisten mayor gravedad.

2.5. El Art 131 del CP. Análisis

De cierta manera debe comprenderse que el codificador al momento de la redacción original del Código Penal no pudo realizar una proyección a futuro y contemplar la tipificación de figuras que se encontraran relacionadas con el avance de las tecnologías de la informática y las comunicaciones. Es por ello como lo establecía Castillo Ara (2017) en algún punto de esta investigación en derecho penal debió acomodarse a las necesidades sociales y reconocer que en muchos casos el uso dañoso de la tecnología se había encontrado fuera de los límites en donde el ordenamiento jurídico podía ejercer su control.

La ley 26.388 incorporó al derecho positivo los delitos informáticos provocando una modificación en la codificación penal, pero en dicha ocasión nada se regulo en torno a la figura del *ChildGrooming*. Es recién en 2013 cuando tras la sanción de la ley 26.904 se procede a realizar una nueva modificación del Código Penal y se procede a la incorporación del artículo 131 que regula:

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.

Es menester destacar que varias son las críticas de las que se ha valido este artículo, una de ellas es la falta de determinación de la edad del sujeto activo y pasivo.

Para Moyano (2014, p.4):

La falta de distinción de las edades iguala los supuestos en que la víctima sea un menor de dieciocho años y mayor de trece años, cuando la ley criminal presupone *jure et de jure* que la edad de consentimiento en términos sexuales es de trece años, reportando entonces el artículo 131 una inconsistencia injustificada con lo preceptuado por el resto del articulado del digesto de fondo.

Otro punto conflictivo y quizás el que mas lugar a discusión ha dado entre juristas y doctrinarios, es la posible vulneración al principio de proporcionalidad de la pena. Sin intención de adelantar conclusión, ya que este tema se tratara en específico en el siguiente capítulo, al respecto Moyano (2014, p.4) dice:

En lo atinente al monto de pena impuesto (6 meses a 4 años de prisión), en cotejo con la sanción prevista para el abuso sexual contemplado en el primer párrafo del art. 119 del C.P., se cristaliza la incongruencia en términos de proporcionalidad de imponer idénticos castigos cuando ostensiblemente la magnitud del daño difiere en el caso del mero contacto con el menor (aun seguido de alguna conducta de connotación sexual reprobable) y en el abuso sexual consumado.

Cabe destacar que estas inconsistencias podrían haber quedado superadas con la recepción del texto propuesto por la Cámara de Diputados con motivo de la aprobación del artículo en cuestión, el mismo quedaría formulado: “será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por cualquier medio de comunicación electrónica, telecomunicaciones o cualquiera 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. En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizara las acciones previstas en el párrafo anterior, con una persona mayor de trece años y menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, o cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”.

Claramente resulta más acertado el texto propuesto por la Cámara Baja:

- Primeramente define con mayor precisión la conducta típica.
- Establece que el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad.

-Determina la edad del sujeto pasivo quedando comprendidos en la norma los menores de 13 años, ciertamente esta edad parece más acorde a lo que el derecho penal presupone respecto del consentimiento sexual. Excepcionalmente la norma ampara a los mayores de trece años y menor de dieciséis años, cuando se hubiera aprovechado de su inmadurez sexual, o cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación.

-Por último, los 3 meses a 2 años resultan evidentemente más adecuados, de haberse receptado esta escala penal hubiera quedado superado el conflicto frente a la violación del principio de proporcionalidad de las penas.

Retomando el análisis del actualmente vigente artículo 131 del Código Penal puede evidenciarse con su sola lectura que la conducta típica de esta ilicitud se encuentra establecida en el verbo contactar. Para Tomeo (2014, p. 1) la conducta típica quedará configurada una vez que:

El pedófilo toma contacto con el menor (utilizando un medio informático o cualquier tecnología de transmisión de datos) con la finalidad (propósito) de cometer un delito contra la integridad sexual del mismo. Esa finalidad o propósito es acreditable con los contenidos intercambiados entre el pedófilo y su víctima. No es necesario para la configuración del tipo objetivo el encuentro "cara a cara" ni menos aún la afectación a la integridad sexual del menor, porque se pena un acto preparatorio de otros delitos.

En contraposición con lo antes afirmado Quercia sostiene que el verbo contactar no hace referencia a ninguna conducta que pueda resultar plausible de ser tipificada, ya que:

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

En el mismo orden de ideas Flammini dice:

Pareciera que se está ante una figura de tipo autónoma porque se está penando una conducta anterior al delito contra la integridad sexual, que se basta así misma ya que no depende de que consume un delito contra la integridad sexual para su configuración. Siguiendo este pensamiento, en el caso que se configura el delito sexual perseguido, se tendría que aplicar la regla del concurso real, de

esta manera incurriríamos en una doble o sobre incriminación, atentando contra las garantías constitucionales. (Flammini, s.d, p.7)

Dicha acción no implica a todos los tipos de contactos que pueden darse entre una persona mayor de edad y un menor de edad, sino que el contacto debe necesariamente guardar un objetivo vinculado a una connotación erótica o deseo sexual por parte del sujeto activo (Miró Llinares, 2012). Sobre este punto Buompadre (2016, p. 174) sostiene que:

No se castiga singulares conductas de un adulto pretendiendo contactar a un menor en el marco de una actividad social neutra aun cuando tal comportamiento se lo lleve a cabo por medios telemáticos y de comunicación...sino en cuanto y en tanto persiga una finalidad específica: “cometer cualquier delito contra la integridad sexual

El *grooming* es susceptible de quedar en la mera tentativa, ya que el contacto puede haberse realizado pero no llegar a concluir en la vulneración del bien jurídico tutelado. También puede suceder que el *groomer* haya ejecutado la conducta típica mediante el uso de un dispositivo tecnológico pero no reciba una respuesta por parte del niño o que simplemente no se den las posibilidades de lograr una amistad.

Claro está que la conducta típica de esta figura queda establecida por el verbo “contactar”, pero no alude a cualquier tipo de contacto entre un menor y un mayor de edad, sino aquel que tiene una pretensión sexual, de no ser así se incriminaría simplemente por ejemplo a un mayor de 18 años que establece una amistad con una menor de 17 años a través de *facebook* sin connotación sexual de ningún tipo, y es evidente que esta no es la finalidad del artículo en cuestión.

Sin embargo: ¿El mero contacto puede ser considerado como un delito en sí mismo?, ¿Acto preparatorio o delito consumado? En la opinión del autor de este trabajo, se está frente a un acto preparatorio para la consumación de otro delito, por este motivo no se debería castigar como el ilícito consumado puesto que de ser así se correría el riesgo de caer en una doble incriminación.

Por último, para completar el análisis del artículo 131 del código penal es menester hacer alusión al medio que se emplea para la realización del contacto, este puede ser una comunicación electrónica es decir que se va a dar mediante una computadora, tablets o teléfono celular con conexión a internet. Aunque también puede utilizarse otro tipo de dispositivos que permitan las comunicaciones como teléfonos de línea o algún otro dispositivo que permita establecer una comunicación. Lo importante como destaca Arocena (2015) es que inicialmente el contacto se presente de forma indirecta mediante la virtualidad para que pueda darse todo el engaño que realiza el *groomer* y posteriormente concretar un encuentro en el mundo real.

Conclusión parcial

El *grooming* es un delito que se encuentra tipificado en el Código Penal en el artículo 131 con la finalidad de tutelar un bien jurídico que resultaba de interés para la sociedad como es la integridad sexual de los menores de edad. El avance en materia de tecnología y comunicaciones ha permitido que un colectivo social como son los niños, niñas y adolescentes puedan encontrarse en total estado de vulnerabilidad frente a la

ciberdelincuencia que invade el mundo virtual. La falta de control sobre el uso que los menores de edad hacen de internet puede considerarse la principal causa que lleva a que un niño, niña o adolescente pueda ser una potencial víctima de *grooming*.

El *childgrooming* puede ser considerado como una serie de conductas graduales que permitirán primero la posibilidad de entablar un contacto entre el sujeto pasivo y su víctima dentro del mundo virtual para luego llevarlo a la realidad tangible en donde puede cometerse un delito de mayor severidad y que termine de dejar huellas en el menor de edad para toda su vida, ya que se va vulnerado su dignidad como persona, su integridad física y se ha actuado sin su consentimiento influyendo sobre su derecho a gozar de una integridad sexual libre y voluntaria.

Respecto a la conducta típica de *grooming* la cual está enmarcada dentro del verbo contactar se considera que la misma forma parte de un acto preparatorio que llevara a la posterior comisión de un delito más gravoso por lo cual la escala penal que se establece para la misma debería de resultar modificada a los fines de no resultar desproporcional con la conducta realizada.

Se puede o no coincidir con esta postura pero al ser el contacto un acto preparatorio se considera que si no puede comprenderse al *grooming* como un delito en sí mismo no debería de recibir sanción el simple contacto. Para que el contacto pudiera ser punible la intencionalidad de vulnerar la integridad sexual del menor debería de quedar en evidencia dentro del primer contacto que es el que consumaría el delito, pero eso resulta sumamente difícil de establecer.

CAPÍTULO III

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL
ORDENAMIENTO JURIDICO NACIONAL**

Introducción

En este tercer y último capítulo se procederá a analizar la importancia de la proporcionalidad al momento de establecer una pena y la manera en que debe lograrse que la misma no termine por resultar desproporcionada con respecto al hecho dañoso cometido. Primeramente, se introducirá en la proporcionalidad para luego abocarse a la misma respecto al principio penal de proporcionalidad de la pena y se conocerán los antecedentes históricos de este principio.

A medida que se vaya analizando el principio de proporcionalidad de la pena se irá tomando en consideración si el mismo resulta vulnerado frente a la legislación que establece el artículo 131 del Código Penal al regular lo que comúnmente se denomina como delito de *grooming*.

3.1. Principio de Proporcionalidad. Concepto

Resulta importante dejar en claro que dentro del ordenamiento jurídico conviven de manera consensuada las reglas con los principios. Estas si bien conviven dentro del ordenamiento jurídico no pueden resultar de aplicación simultánea, es por ello que se debe decidir cual resulta aplicable.

Muchas veces al hacer referencia a las reglas y los principios puede creerse que son la misma parte de un todo cuando en realidad las reglas lo que van a hacer es establecer si una conducta se encuentra permitida o prohibida de poder ser ejecutada.

En cambio, un principio siempre se encuentra orientado a determinar una orden que establece la mejor manera en que debe realizarse un hecho (Barrios y Castiglioni, 2010)

Para el principio de proporcionalidad de la pena la magnitud de la conducta realizada debe encontrarse en justa proporción respecto a la pena impuesta, de otra manera, podría sostenerse que el condenado no está siendo respetado en sus derechos y que a su vez una pena mayor implicaría que pudiera tener un sufrimiento mayor que la misma condena y eso es justamente lo que se busca evitar.

El principio de proporcionalidad es conocido como proporcionalidad de injerencia o prohibición de exceso y establece la posibilidad de que exista un razonable ejercicio del poder político dirigido al logro del bien común y el respeto por los derechos humanos. Este es un principio que alude a la existencia de la racionalidad criminal, ya que va a permitir la aplicación prudente del poder punitivo con el que cuenta el Estado para castigar (Yacobucci, 2004).

Para Mir Puig (2003, p. 137) el principio de proporcionalidad de la pena cuenta con dos partes importantes:

Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). La necesidad misma de la proporción se funda ya en la conveniencia de una prevención general no sólo intimidatoria, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva). Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las que no lo son, con objeto de evitar que aquéllas se devalúen. Pero un Estado democrático debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determine a espaldas

de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue a ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico

El principio de proporcionalidad de la pena guarda una directa e innegable vinculación con el principio de culpabilidad y dependiendo de la conducta dañosa realizada deberá ser establecida la pena en su justa proporción. El principio de proporcionalidad de la pena no resulta absoluto, sino que como lo afirma Rojas (2011. p. 86):

Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer. Es un principio que compara dos magnitudes: medio y fin. El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos “se encuentren previstas en la ley” y que sean necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática.

El principio al resultar relativo no va a hacer que existan prohibiciones de manera general mucho va a depender del medio que se emplee para la obtención del fin buscado y los derechos que se busque garantizar. Para Mir Puig (2003, p.142):

Si la proporcionalidad fuese dejada de lado y se previesen penas igualmente grave para los delitos poco dañosos y los muy perniciosos, al delincuente le sería indiferente, en caso de duda, elegir la comisión de unos o de otros. Piénsese, pongo por caso, en lo que podría suceder si el hurto y el robo con homicidio tuviesen señalada idéntica penalidad: sin duda, aumentaría la frecuencia de comisión de robo con homicidio.

Es decir, la proporcionalidad no solo es importante a los fines de establecer que las penas sean racionales con la conducta desplegada, y de esta manera garantizar a quien cometió el ilícito que sus derechos serán respetados, característica propia de todo Estado de Derecho, sino que también es importante la significación que la sociedad le atribuye al hecho, seguramente no tendrá la misma gravedad para la colectividad el hurto que la violación, de allí que sea relevante que las penas sean proporcionales al delito cometido puesto que como dice Mir Puig (2003) para el infractor sería indistinto decidir entre robar o robar y matar.

3.2. Antecedentes y subprincipios

Dentro de los antecedentes directos del principio de proporcionalidad de la pena se encuentra la conocida Ley del Talión. Esta regla de vida dentro de la sociedad antigua imponía una limitación al castigo que debía recibir quien había cometido una conducta dañosa. De esta manera, el límite se establecía mediante la frase “ojo por ojo diente por diente” es así como quien había sido agredido no podía realizar una agresión mayor que la recibida a su agresor. Si el agresor le había robado dos animales solamente se le podían sustraer dos animales en caso de un daño mayor ya existía desproporción.

Según se ha tomado como referencia muchos son los autores que coinciden en pensar que el principio de proporcionalidad tiene sus génesis durante la ilustración. Se sostiene que la célebre obra de Beccaria de Los delitos y las penas sería la fuente

principal de inspiración de este principio que continúa con gran vigencia en la actualidad (Rojas, 2015)

En la actualidad el principio de proporcionalidad de la pena cuenta con reconocimiento tanto constitucional como convencional y tiende a lograr un control entre las injerencias de los poderes públicos y también de los particulares sobre los derechos de las personas que han cometido un delito (Sánchez García ,2010). El principio de proporcionalidad de la pena busca lograr el punto de equilibrio que debe presentarse dentro de un ordenamiento jurídico en el momento que una persona comete un delito y la justa pena que debe de recibir.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional puede considerarse que los antecedentes directos del principio de proporcionalidad se encuentran en:

El art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La necesidad de correlación entre los efectos del delito y la sanción está expresamente enunciada en el inc. 1º del art. 41 del CP, en el que se enuncia como un parámetro básico la extensión del daño y el peligro causado. La proporcionalidad de la pena se constituye en un motivo de equilibrio para la reacción represiva del estado, que insufla racionalidad evitando que se produzca un castigo excesivo allí donde no es estrictamente necesario, para lo que suministra una más sólida referencia la consideración de la perspectiva de la víctima, tradicionalmente postergada frente a la comunitaria o colectivo(Cabanillas y Morabito, 2010, p.1)

Si se analiza al principio de proporcionalidad desde una perspectiva amplia puede considerarse que el mismo se encuentra constituido por tres subprincipios. El primero de estos subprincipios es la idoneidad los cual debe ser comprendido como que es “la afectación provocada a un principio debe ser adecuada para el fin que se

propone” (Barrios y Castiglioni, 2010, p.3) De esta manera primeramente debe de identificarse cuál es el fin o el objetivo que se busca lograr y tener en cuenta que el medio que se vaya a utilizar para ello resulte ser el adecuado que permita arribar al objetivo.

En el caso de la pena la idoneidad se encuentra relacionada con la búsqueda de la justa medida entre la conducta que ha realizado la persona y la pena que se aplicara. La pena siempre debe lograr el cumplimiento del fin perseguido que en el caso del derecho penal es la resocialización del condenado y la posibilidad de evitar la reincidencia.

El otro subprincipio que conforma el principio de proporcionalidad es la necesidad es decir que entre el medio y el fin de mediar debe de establecerse una relación que sea estrechamente necesaria. Para Barrios y Castiglioni, (2010, p.3) “debe ser necesaria, es decir, que no exista otra forma más conveniente de realizarlo y alcanzar el fin propuesto”. Dentro de los medios con los que se puede castigar a quien ha realizado un delito siempre debe de contarse con aquel que resulte menos lesivo pero que a su vez cumpla con la finalidad buscada y a su vez guarde el debido respeto sobre los derechos de quien va a ser condenado.

El tercer subprincipio es la proporcionalidad o razonabilidad en su sentido lato, la cual surgirá una vez que haya sido identificada la idoneidad y su respectiva necesidad. El logro de la proporcionalidad resulta ser la parte relevante donde podrá tenerse en cuenta la ponderación respecto a la aplicación de la norma. Al analizar la ponderación se pondrán todos los elementos que cumplen un rol fundamental para el

logro de la finalidad buscada y se tratara de respetar los derechos de la persona condenada.

3.3. El grooming y su relación con la proporcionalidad.

Una de las teorías más importantes que se ha realizado respecto al principio de proporcionalidad de la pena es la establecida por Alexy (1993) quien plantea que los principios resultan una norma que permite la posible realización de algo dentro del límite signado de la posibilidad, aunque a su vez representan un mandato de cumplimiento. Si se analiza esta teoría debe tenerse en cuenta que al presentarse un conflicto en donde esté involucrado un principio como es el caso de la tipificación del *grooming* y su posible vulneración a la proporcionalidad de la pena debe de llegarse a una ponderación. Es la ponderación la que permitirá establecer dentro del caso concreto si resulta factible la aplicación o no de la proporcionalidad.

Sin dudas el principio de proporcionalidad de la pena engloba la existencia de dos elementos como son el delito cometido y la pena que debe de otorgarse a la persona que lo realizó. En el caso del artículo 131 la pena va de 6 meses a cuatro años por la comisión de la conducta tipificada que queda resumida dentro del verbo contactar por medios tecnológicos. Si se considera la escala penal y la conducta realizada por el sujeto activo puede inferirse que el legislador ha establecido una pena

bastante severa y que la misma resulta al nivel de delitos de mayor lesividad como es el caso del abuso sexual (art 119 C.P primer párrafo)⁷.

Si el *grooming* es considerado como un acto preparatorio para la comisión de un delito de mayor gravedad la conducta típica no debería ser la acción de contactar y tal vez punir todos aquellos actos que llevan al desarrollo del proceso gradual en que se da el *grooming*, y por lo menos exigir la norma que haya comienzo de ejecución. Coincide con esta postura la doctrinaria al decir:

La mayor objeción a esta figura penal residirá en la difícil tarea para los jueces de fijar la pena, toda vez que este delito puede preceder a otros delitos por tratarse precisamente de un acto preparatorio, por lo que su pena no debería ser igual o superior que aquel que finalmente se intentara consumir (Viaña de Avedaño, 2016, p. 3)

En el mismo sentido Riquert (2017, p.8) ha dicho “contactar a un menor con la intención de hacerlo víctima de un delito contra la integridad sexual no puede tener la misma escala de pena conminada en abstracto que efectivamente haberlo victimizado abusándolo (párrafo citado del art.119)”. Acompañando la opinión de este autor, la doctrinaria que *infra* se expondrá considera que el uso irracional de la potestad punitiva con la que cuenta el Estado viola el principio de proporcionalidad de las penas.

La escala penal establecida para el artículo analizado vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, el cual veda el ejercicio del poder punitivo

⁷CP Art 119 Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

realizado de modo irracional. Esto es así, porque el acto preparatorio incriminado autónomamente presenta igual sanción que la de los delitos ya consumados (por ejemplo,el art 119, párrafo primero). (Flammini, s.d, p.6)

En un sentido antagónico hay una fracción de la doctrina aunque minoritaria que sostienen que el *grooming* debe ser considerado como un delito en sí mismo, que mas allá de las criticas de las que este articulo se ha valido es adecuada la pena impuesta al mismo atendiendo la importancia que reviste proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a estos depredadores sexuales que se valen de la facilidad que ofrece internet y el anonimato que el mismo posibilita para contactar a menores de edad y hacerlos victima de este delito de índole sexual.

Observamos que la inclusión de una norma de estas características debe ser celebrada, más allá de sus deficiencias, las que sin dudas deberán ser observadas por los operadores del sistema para efectuar, mediante la interpretación y la jurisprudencia los ajustes necesarios para no violentar garantías y derechos adquiridos. (Galazzo Goffredo, 2017, p. 13)

En la postura personal del autor de este trabajo se sostiene que en el ordenamiento jurídico coexisten de manera consensuada las reglas y los principios. Es por este motivo que en el derecho criminal y quizás mucho más que en cualquier otra rama, las normas deben estar sistematizadas y guardar coherencia entre sí. A su vez estos principios limitan la potestad punitiva del Estado y la pena es el ejercicio de dicha potestad, de allí que sea tan importante el principio de proporcionalidad en virtud del cual la asignación de la pena debe ser racional respecto del hecho cometido, de no

ser así significaría un agravamiento del sufrimiento que al imputado le corresponde por el delito cometido, mas aun si se toma en consideración que la pena va a limitar derechos fundamentales del hombre como es la libertad.

En el caso del *grooming* se ve claramente vulnerado el mentado principio toda vez que se sancionan actos preparatorios que transcurren en la virtualidad, sin ni siquiera exigir la norma que haya comienzo de ejecución, con la misma pena conminada en abstracto que la establecida para el abuso sexual simple (Art 119 1er párrafo) un delito consumado que claramente reviste mayor gravedad. Como expresa Garibaldi (2015) contactar por medio de cualquier tecnología, por ejemplo, a un menor de 17 años con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, tiene la misma pena que si efectivamente se abusa de un niño de 12 años (art. 119, primer párrafo, CP)

Conclusión parcial

Debe quedar en claro que entre la pena y el castigo debe de mediar la proporcionalidad a la que alude el principio en análisis. Proporcionalidad alude directamente a la idea de la ponderación que debe de hacerse respecto a los intereses que se encuentran implicados.

Siempre en los casos en que exista un conflicto entre principios se debe evaluar frente a la situación en concreto si se cumple la medida tendiente al cumplimiento del derecho y que esto a su vez no represente una mayor lesividad que la que se busco al

imponer la condena. Es por ello que se considera que la escala penal impuesta para el *grooming* resulta de mayor lesividad que la conducta que se ha tipificado.

CONCLUSIÓN GENERAL.

La creación de internet ha representado un innegable avance en materia informática y comunicaciones en las últimas décadas. El uso que se le da al mismo en la vida cotidiana es de suma utilidad y si se quisiera vivir sin esta tecnología resultaría muy difícil poder dejar de emplearla. Si bien tiene una parte positiva el internet también se ha convertido en el soporte fundamental para el desarrollo de múltiples delitos que se realizan empleando como medio a la gran red de redes.

El *grooming* es uno de los delitos que tienen como medio el empleo de un dispositivo tecnológico que se encuentra conectado a internet y es en el mundo virtual donde se da el contacto entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo realiza una serie de conductas progresivas tendientes a lograr ganarse la amistad del menor de edad y a partir de ello al ir adquiriendo confianza hacer que la víctima le suministre material de contenido erótico o sexual que podrá ser utilizado como material pornográfico para uso personal del groomer o también para su comercialización. En muchos casos la relación entre el sujeto pasivo y el activo traspasa la virtualidad y se procede a un encuentro personal en donde mediante el engaño o el enamoramiento de la víctima el *groomer* logra concretar el abuso sexual.

Respecto al bien jurídico que se tutela en el delito de *grooming* a pesar de que el artículo 131 del Código Penal establece que es la integridad sexual existe una doble postura la cual es compartida y que también incluye a la indemnidad sexual del menor de edad. Nadie puede mantener una vida sexual sin que exista consentimiento voluntario, tampoco se puede forzar a que una persona pierda su libertad por

injerencias de otros que solo buscan perjudicarlos o una satisfacción a nivel personal y que esto termine por impedir el normal desarrollo de su personalidad dejando marcas que perduren durante toda la vida.

La naturaleza jurídica del delito de *grooming* cuenta con dos posibilidades: por un lado que pueda ser un acto preparatorio y por otro que la conducta tipificada constituya un delito en sí misma. Tras lo expuesto en esta investigación se considera que es un acto preparatorio.

La hipótesis de investigación afirmada en este trabajo final de graduación sostenía que la redacción del artículo 131 del Código Penal viola el principio de proporcionalidad, ya que se sancionan actos preparatorios con la misma de pena que la prevista para otros delitos que revisten mayor gravedad. La hipótesis ha resultado confirmada debido a que se considera que la escala penal impuesta en el artículo 131 del Código Penal resulta de una importante gravedad respecto a la conducta que se tipifica.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Aguado Correa, Teresa (1999) *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa

Alexy, Robert (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Arocena, Gustavo (2012) *Ataques a la integridad sexual*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea

Arocena, Gustavo (2015) *Ataques a la integridad sexual*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea

Barrios, María y Castiglioni, Diego (2010) *El principio de proporcionalidad y el caso "ARRIOLA"*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/4583/2010

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

Buompadre, Jorge (2018). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Buenos Aires: Astrea

Camacho Losa, Luis (1987) *El delito informático*. Madrid: Graficas Cóndor. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/349440555/Camacho-Losa-El-Delito-Informatico-1987>

Carrión, Hugo Daniel. (2001) "*Presupuestos para la Punibilidad del Hacking*".

Disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/tesis.htm>

Castillo Ara, Alejandra (2017) *La sistemática general de los delitos cibernéticos y los delitos cibernéticos propios en el Derecho penal alemán: la necesidad de una regulación diferenciada*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/1764/2017

Costa Hoevel, Santiago (2006) "*Delitos informaticos. Aspectos jurídicos-penales a la luz de la teoría del delito*". Justiniano.com: http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitoinformatico.htm

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

Donna, Edgardo (2006) *Teoría del delito y de la pena. Imputación delictiva*. 1ª ed. Buenos Aires: Astrea

Flammini, Marina. L (s.d) *Grooming en la Legislación Argentina. Una revisión crítica del artículo 131 del Código Penal*. Cita Online: <http://www.gecsi.unlp.edu.ar/documentos/flammini.pdf>

Galeazzo Goffredo, F (2017) *Efectos del acoso escolar, cyberbulling y grooming en la responsabilidad parental*. Saij. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/florencia-galeazzo-goffredo-efectos-acoso-escolar-cyberbulling-grooming-responsabilidad-parental-dacf170441-2017-10/123456789>

Garibaldi E. L. Gustavo (2015) *Aspectos dogmáticos del grooming legislados en Argentina*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41215-aspectos-dogmaticos-del-grooming-legislado-argentina>

Migliorisi, Diego (2014) *La problemática del Cibercrimen, Libro Informática y Delito*. Reunión preparatoria del XIX Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Buenos Aires: Infojus

Mir Puig, Santiago (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (2^a Ed. Reimpresión). Montevideo-Buenos Aires: BdeF

Miró Llinares, Fernando (2012) *El Cibercrimen: fenomenología y criminalidad de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Morabito, Mario (2016). 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*. Recuperado de: <http://www.dab.com.ar>. (sf). Thomson Reuters La Ley.

Moyano, Pedro H. (2014) *Grooming: comentario a la incorporación del artículo 131 del Código Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40135-grooming-comentario-incorporacion-del-articulo-131-al-codigo-penal>

Pesclevi, Sandra (2015) *Grooming: una figura a modificar en el Código Penal*.
Revista Pensamiento Penal. Disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina41019.pdf>

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

Riquert, Marcelo A. (2017) El “*cibergrooming*”: *Nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el “Anteproyecto” argentino de 2014*. Disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45151-cibergrooming-nuevo-art-131-del-cp-y-sus-correcciones-anteproyecto-argentino-2014>

Rojas, Ivonne Y. (2011) *La proporcionalidad de las penas*. Disponible en:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42462.pdf#viewer.action=download>

Sánchez García, Isabel (1994) *El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal*. La Ley Española

Sánchez Linde, Mario (2013) *Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido*. Disponible en: <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-protegido>

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

Tognoli, Micaela E.(2016). *Delitos Informaticos en el Derecho Argentino*. Recuperado de:<http://fich.unl.edu.ar/ciiddi2016/wp-content/uploads/2017/03/9Delitos-Infom%C3%A1ticos-en-el-Derecho-Argentino.pdf>

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

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

Unicef Argentina (2014). *Grooming: guía práctica para padres 2014*. Disponible en:https://www.intramed.net/userfiles/2014/file/guiagrooming_2014.pdf

Velázquez Elizarrarás, Juan c. (2007) *El estudio de casos en las Relaciones Jurídicas Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40274062303>

Viaña de Avedaño. G (2016). *La importancia de la incorporación de la figura delictiva denominada “Grooming”*. [versión electrónica] Revista Pensamiento Penal.

Villegas Paiva, Elky (2010) *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Buenos Aires: Astrea

Yacobucci Guillermo J. (2004) *El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal*. Argentina: Saij

Legislación

Código Penal Argentino

Ley 26.388 Delitos Informáticos

Ley 26.904 Código Penal

Jurisprudencia.

Trib.Crim., N°1, Necochea, "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013)

Trib. Crim Nro2 de Bahía Blanca “L., Homicidio calificado por haber sido cometido con alevosía, para procurarse la impunidad y habiendo mediado violencia de género; comunicación electrónica con persona menor de edad con el fin de cometer delito contra su integridad sexual (grooming) y robo (2017). Cita online AR/JUR/72400/2017

Juzgado de Control y Faltas N° 3 “Poplin, Bryan David p.s.a. producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas de menores de 18 años, etc” (2017)

