



Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)

Por Marcelo A. Riquert¹

Art. 131: *“Será penado con prisión de seis meses a cuatro 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”.*

1. A fines del año 2008, por vía de una importante modificación a la parte especial del Código Penal consagrada mediante la Ley 26388, nuestro país ajustó sus tipos penales vinculándolos con las nuevas modalidades de ataque generadas por las tecnologías de la información y comunicación (TICs). Por eso, al momento de adherir un par de años después al “Convenio sobre Cibercriminalidad” de Budapest (2001), no mediaron problemas de armonización en lo atinente al derecho sustancial.

A lo largo de la década siguiente a su inicial suscripción, en el propio ámbito de la Unión Europea ha ido surgiendo el interés en que las legislaciones nacionales incorporen nuevas tipicidades o refuercen las anteriores. En lo específico al objeto de atención en este comentario, Rovira del Canto recuerda la *“Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil”*, cuyo art. 2º indicaba a los Estados miembros adopten las medidas necesarias para punir una serie de conductas intencionales vinculadas con la explotación sexual de niños, que sirviera en definitiva en España de base para la reforma por L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se incorporara al CPE el “grooming” como art. 183bis².

Más reciente, puede citarse *“Directiva 2013/40/UE del Parlamento y del Consejo de 12 de agosto de 2013 relativa a los ataques contra los sistemas de información”*, respecto del robo o

¹ Profesor Titular Regular de Derecho Penal, Universidad Nacional de Mar del Plata. Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (2013-2015). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Mar del Plata.

² Rovira del Canto, Enrique: *“Ciberdelincuencia intrusiva: hacking y grooming”*, conferencia brindada en Barcelona, noviembre de 2010, pág. 6. Hay versión digital disponible en http://www.iaitg.eu/mediapool/67/671026/data/Ciberdelincuencia_intrusiva_hacking_y_grooming_Enrique_Rovira.pdf



suplantación de identidad digital³. También se propulsa la incorporación de figuras que capten con más precisión, entre otras conductas disvaliosas, el grooming, el ciberstalking, el ciberbullying o el sexting. En algún caso puede dificultarse su clara diferenciación y apreciarse un cierto solapamiento, por ejemplo, entre el ciberstalking y el ciberbullying cuando, en lugar de tratarse de actos continuados son algunos concretos ya que, conforme indica Fernando Miró Llinares, en ese supuesto estaríamos más cerca del ciberharassment o “online harassment”⁴, que podría entenderse como una hostilidad o disturbio puntual. Aunque no en todas ellas en forma exclusiva, un factor común vinculante de estas propuestas de novedosas tipicidades es que la víctima suele ser uno de los segmentos sociales más vulnerables: los menores. Sin ignorar que pueden darse casos de acoso o acecho (ciberstalking), hostigamiento, agresión o maltrato (ciberbullying) o difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) respecto de mayores se afirma, en general, que las principales víctimas son los jóvenes. Y esto tiene una explicación lógica ya que, como resaltan Juan María Martínez Otero y Álvaro Boo Gordillo, la incidencia de la estrecha relación entre los menores y las nuevas tecnologías puede calificarse de “omnipresente” para estos verdaderos “nativos digitales”, siendo Internet para ellos un preponderante entorno de socialización y, como natural derivación, comportamientos como el sexting y otras formas de abuso y violencia se magnifican entre los adolescentes junto al grooming y el ciberbullying⁵.

Además, como destaca Holt, se trata de esos comportamientos online respecto del que varios estudios sugieren que herramientas como los antivirus no guardan relación como modo de prevenir los riesgos de victimización y, en todo caso, los paquetes de software de protección a disposición de los padres se limitan a bloquear el acceso a contenido pornográfico o programas no requeridos, pero no modifican el hecho de que no puede bloquearse muchos intentos de contacto por vía de e-mails o

³ En nuestro país existe ahora un proyecto con trámite parlamentario, presentado el 15 de mayo de 2012 por la senadora Higonet (Exp. S N° 1312/12), por el que se incorporaría como art. 138 bis del C.P. este tipo penal con el siguiente texto: “Será reprimido con prisión de 6 (seis) meses a 3 (tres) años o multa de pesos veinte mil a pesos doscientos mil, el que sin consentimiento, adquiriere, tuviere en posesión, transfiriere, creare o utilizare la identidad de una persona física o jurídica que no le pertenezca, a través de internet o cualquier otro medio electrónico, y con la intención de dañar, extorsionar, defraudar, injuriar o amenazar a otra persona u obtener beneficio para sí o para terceros”. Le precedió otro similar presentado en la otra Cámara por Monastersky un par de años antes (Exp. 4643 D 2010), según recuerda Nora Cherñavsky (en su conferencia “*El delito informático*”, pub. en AAVV “*XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina*”, Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 286).

⁴ En su obra “*El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*”, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 91.

⁵ En su trabajo “*El fenómeno del sexting en la adolescencia: descripción, riesgos que comporta y respuestas jurídicas*”, pub. en AAVV “*La violencia de género en la adolescencia*”, Javier García González director, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), España, 2012, págs. 292 y 294.



de mensajería instantánea que el niño pudiera recibir⁶. Nuevamente, la prevención parece apoyarse, centralmente, sobre la educación y control parental más que sobre la adopción de medidas de puro corte tecnológico. Y no es fácil la prevención cuando los padres pertenecen a la generación “X” y los hijos a la generación “Z”⁷ y viven en lo que se ha dado en llamar la “cultura de la habitación”⁸ o, en otras palabras, cuando no hay clara percepción de lo que implica la socialización en el ciberespacio o, si se la tiene, cuando no media confluencia de intereses que permita la percepción directa de cuáles son los contactos.

Evocando a Terceiro, Morón Lerma nos habla del pasaje del “*homo sapiens*” al “*homo digitalis*” y destaca que, en el ciberespacio, cada individuo es potencialmente un emisor y un receptor en un medio cualitativamente diferenciado, en el que todos se comunican con todos pero, los internautas, no se localizan principalmente por su nombre, posición social o ubicación geográfica, sino a partir de centros de intereses, por lo que puede hablarse de una suerte de “*mundo virtual segregado por la comunicación*”⁹.

Retomando la novedad legislativa motivante de este comentario, el grooming, entre las mencionadas, se trata de la conducta que, en exclusiva, tiene por sujeto pasivo a los niños y, al decir de Ana Pérez Martínez y Reyes Ortigosa Blanch, no se trata de un nuevo delito derivado de la revolución tecnológica, sino una forma evolucionada de cometer un delito preexistente, es una técnica actualizada con la que los pedófilos tratan de contactar con sus potenciales víctimas¹⁰. En

⁶ Holt, Thomas J.: “*Rethinking the Prevention of Cybercrime*”, ponencia en el “1st. International Workshop on Cybercrime. Rethinking Cybercrime”, realizado en sede de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España), los días 17 y 18 de octubre de 2013, inédito, pág. 4.

⁷ Como recuerda Carlos Christian Sueyro, la generación “X” es la que integran los nacidos entre fines de los sesentas y comienzos de los setenta, por lo que en su adolescencia vivieron los primeros pasos de la era digital y han debido adaptarse a ella, mientras que la generación “Z” está constituida por los nacidos entre 1993 y 2004, actuales adolescentes, que no han conocido otra sociedad que la de la era de la información con sus celulares, emails, netbooks, tablets, redes sociales, etc. (en su ponencia “*La eficiencia de la Ley 26388 de reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación*”, pub. en AAVV “*XI Encuentro de Profesores de Derecho Penal de la República Argentina*”, Javier A. De Luca coordinador, ed. UBA/AAPDP/La Ley, Bs.As., 2013, pág. 311, notas al pie N° 7 y 9).

⁸ Se entiende por tal la situación que viven aquellos menores que disponen en su habitación de todos los recursos tecnológicos necesarios (tv, móvil, PC o notebook/netbook/tablet, conexión con Internet) para permanecer durante horas encerrados en ella sin ningún tipo de contacto o relación con el resto de los familiares con los que conviven. Este contexto de aislamiento, enfatiza Joaquín J. Marco Marco, propicia que los padres desconozcan cómo utilizan sus hijos los recursos a su alcance y facilitan que los menores puedan ser sujetos activos o pasivos de una relación de ciberacoso (en su trabajo “*Menores, ciberacoso y derechos de la personalidad*”, pub. en AAVV “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 85).

⁹ Cf. Esther Morón Lerma, “*Internet y derecho penal: hawking y otras conductas ilícitas en la red*”, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2° edición, 2002, pág. 89.

¹⁰ Cf. su trabajo “*Una aproximación al cyberbullying*”, pub. en AAVV “*Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet*”, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, pág. 16. Cete.: Miró Llinares, quien apunta que Internet cambió no sólo la forma de hacer



interesante fallo, previo a la reforma, se indicó que el anglicismo “grooming” proviene del vocablo “groom”, que alude a la preparación o acicalamiento de algo, aunque en el ámbito de la pedofilia suele asociarse a toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, por lo que se trata entonces de un supuesto de acoso sexual infantil. Allí se lo define como un proceso sexual abusivo a transitar evolutivamente (acoso progresivo), facilitado por el uso de las nuevas tecnologías, que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos¹¹.

Miró Llinares apunta que el término “grooming” comenzó a usarse en la literatura dedicada al estudio criminológico y psicológico de los delincuentes sexuales para describir los comportamientos del “depredador sexual” llevados a cabo en la primera fase del abuso, en la que el abusador trata de ganarse la confianza del menor y de acceder a información esencial sobre él para la posterior consumación del abuso¹². A su vez, Rovira del Canto indica que es posible esquematizar el acoso sexual infantil o child grooming en una serie de fases sucesivas, a saber: a) fase de amistad; b) toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; c) fase de relación; d) confesiones personales e íntimas, consolidación; e) componente sexual; f) participación de actos de naturaleza sexual, fotografías, webcam; g) extorsión; h) escalada de peticiones; i) ¿agresión?¹³.

En nuestro país, Chernavsky señala que se trata de una figura de peligro abstracto que comenzó a ser penalizada en algunos estados de EEUU y que consiste en mantener contacto vía Internet, a través de grupos de chat, con fines de abusar sexualmente de menores¹⁴. Sería esta versión más simplificada o reducida del concepto de “grooming” la que se adopta ahora en la legislación argentina.

2. En efecto, en la sesión del día 13 de noviembre de 2013, la Cámara de Senadores aprobó una nueva modificación al Código Penal, incorporando dentro del Título correspondiente a los

“grooming” sino que también ha modificado el perfil del sujeto que lo hace y de la víctima que lo padece, a la vez que ha incrementado el número potencial de agresores y víctimas (ob.cit., págs. 99 y 254).

¹¹ Sentencia del Tribunal Criminal N° 1 de Necochea, causa N° 4924-0244, caratulada “*Fragosa, Leandro Nicolás s/corrupción de menores agravada*”, fallo del 5 de junio de 2013, cuestión primera. En definitiva, se arribó a una condena a diez años de prisión por promoción de corrupción de menor agravada por la edad de la víctima y su comisión mediante engaño (art. 125, párr. 2° y 3° del CP).

¹² Ob.cit., pág. 97.

¹³ Trabajo citado, pág. 16.

¹⁴ Trabajo citado, pág. 286.



“Delitos contra la integridad sexual” como nuevo art. 131¹⁵ el siguiente texto: *“Será penado con prisión de seis meses a cuatro 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”*.

Mantuvo así la redacción que había aprobado, como Cámara originaria, el 28 de setiembre de 2011, ignorando la propuesta modificatoria de la Cámara de Diputados, que delineaba el tipo del siguiente modo: *“Será reprimida con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos le requiera de cualquier modo a una persona menor de 13 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 realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de 13 de años y menor de 16 años, cuando mediere engaño, abuso de autoridad o intimidación”*.

El rápido ejercicio de contraste entre lo que se corregía en Diputados (sobre la base de un proyecto conjunto encabezado por los diputados Paula Bertol, del PRO; Manuel Garrido, de la UCR, y Paula Gambaro, del Peronismo Federal) y aquello sobre lo que se insistió omitiendo todo aporte en Senadores, permite advertir que, lamentablemente, no estamos frente a un tipo defectuoso cuyos errores no fueron vislumbrados en el trámite parlamentario sino que, pese a ser alertados, se avanzó en la consagración de una norma con varias incorrecciones técnicas. De allí, que se hablara de repercusiones “polémicas” ante su aprobación¹⁶. Veamos.

3. En la mencionada sesión¹⁷, una de las autoras del proyecto original del FpV, la senadora Sonia Escudero (también lo fueron, con proyecto propio, María Higonet, María José Bongiorno y Mario Verna), señaló expresamente que el de la otra Cámara constituía *“otro delito completamente distinto”* y apuntó que se había modificado la escala de la pena conminada en abstracto reduciéndola,

¹⁵ El anterior art. 131 había sido derogado por Ley 26087 (B.O. del 14/5/99) y contemplaba la figura del rapto de menores.

¹⁶ En la nota periodística de Martina Rúa titulada *“Satisfacción y polémica por la nueva ley que penaliza el grooming”*, publicada en la edición del día 16 de noviembre pasado del diario “Perfil” (versión digital disponible en: <http://www.perfil.com/ciencia/Satisfaccion-y-polemica-por-la-ley-que-penaliza-el-grooming-20131116-0056.html>).

¹⁷ Cuya versión taquigráfica está disponible en el sitio web de la Asociación Pensamiento Penal, en la siguiente dirección http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/11/vt-2013-11-13_-or-091.pdf



mientras que la iniciativa impulsada desde Senadores fijaba una que tenía “*amplitud suficiente para que el juez, de acuerdo con las características del caso, pueda aplicar pena*”¹⁸ (esta idea también fue reivindicada en su intervención por la senadora Higonet¹⁹).

Más allá de la declarada voluntad de brindar un marco más amplio al juzgador para individualizar la pena, por cierto, muy discutible como parámetro para fijar una escala, cualquiera, por el legislador, lo cierto es que, como ha puesto de resalto a través de un comunicado institucional la “Asociación Pensamiento Penal”²⁰ concordando con lo advertido en la Cámara de Diputados, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas que el acto preparatorio incriminado autónomamente que se lleva a cabo en el espacio virtual (grooming) tenga la misma sanción que delitos de lesión consumados en el mundo real afectando el mismo bien jurídico, como sucede por ejemplo con el abuso sexual simple del 1° párrafo del art. 119 del CP²¹.

En otras palabras, no se trata de avalar un proyecto porque “*cercena las penas*” –según calificó la senadora Bongiorno–, sino sencillamente que 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) o que quien produce, financia, ofrece, comercia, facilita, divulga o distribuye pornografía infantil u organiza espectáculos en vivo con participación de menores en representaciones sexuales explícitas o le facilita a los menores el acceso a esos espectáculos o les suministra tal índole de material (art. 128). Tampoco puede tener el mismo máximo que su rapto, es decir, su sustracción o retención mediante fuerza, intimidación o fraude, con intención de menoscabar su integridad sexual (art. 130, 1° párrafo).

Queda claro entonces que los tres meses a dos años de prisión que se proponía en la Cámara de Diputados evitaban el problema mencionado, habitual cuando se legisla “en el aire”, es decir, sin sistematicidad, sin percepción de que el nuevo tipo habrá de insertarse en el Código y debe guardar coherencia y proporción con los que le preceden.

¹⁸ Véase págs. 84/85 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

¹⁹ Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.

²⁰ Emitido el 20 de noviembre de 2013.

²¹ Dice: “*Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece de 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*”.



4. Precisamente, esto último es lo que se percibe más logrado en el omitido aporte de la Cámara Baja en otros aspectos como la simple referencia a “persona menor de edad” aprobada mientras que, haciéndose cargo de la sistemática consagrada a partir de la figura inicial de los “Delitos contra la Integridad Sexual” (el citado art. 119), en Diputados se fijaba como sujeto pasivo al menor de 13 años de edad o de 13 a 16 años pero cuando mediare a su respecto engaño, abuso de autoridad o intimidación. Esta noción de “Código”, de que la redacción del tipo se vincula con la de otras figuras penales es la que no se percibió en Senadores con expresa confesión del senador Fernández que, en su intervención, dijo: *“No entiendo qué significa eso de menos de trece años o más de trece. No entiendo qué tiene que ver. Nosotros tenemos muy en claro que lo que estamos planteando son delitos novedosos, que hablan de nuevas conductas, y que como nuevas conductas reprochadas deben ser tipificadas para que se conviertan en delito. Y en ese marco es donde nosotros queremos consolidarlo”*²².

Lo que es novedoso –tal como se ha señalado antes, con cita a Pérez Martínez y Ortigosa Blanch– es que los pedófilos establezcan contacto con las víctimas mediante las TICs, pero los abusos sexuales respecto de menores no lo son. Lo que es novedoso es que sea delito el acto preparatorio de una conducta que puede no ser delito. Los delitos contra la integridad sexual existen independientemente de que ahora surja una modalidad como el “grooming” y es esta figura la que debe ajustarse a la sistemática de los primeros y no al revés.

No es la única inconsistencia por “sobre” o “super” inclusión: además de poder ser víctimas del acto preparatorio quienes no lo serían de un abuso simple consumado, en materia de sujeto activo al no aclarar (como se hacía en Diputados) que debe ser una persona mayor de edad, podría ser autor de “grooming” un joven de 16 años que trata de contactar a alguien de su misma edad.

Este “exceso” tiene una posible explicación justificante pero, si esa hubiera sido la intención de nuestros senadores, olvidaron configurar el tipo en el modo coherente con ella. Me explico. Hay una extendida descripción básica del grooming como puesta en contacto (de un mayor) con un menor finalidad sexual que es la que recoge el nuevo tipo penal que se incorpora al CPA (parcialmente, al no distinguir en el sujeto activo), pero hay otras que hacen hincapié en el componente extorsivo o de chantaje sobre el menor, es decir, que enfatizan que bajo amenazas se logra que acceda a las peticiones de connotación sexual. En este caso, se habla de “*Child Grooming*”, cuya esquematización ya fuera presentada.

²² Véase pág. 87 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.



Se ha señalado que, en muchos casos, todo comienza a partir de lograr que mediante un acto de confianza el menor brinde una foto o imagen comprometida y, luego, comienza el chantaje coaccionándolo para obtener un contacto sexual mayor. Esta variante se ha verificado es llevada adelante en numerosas ocasiones por menores contra víctimas de su propio grupo etario. Juan Pardo Albiach resalta que *“Lo curioso y espeluznante es que... los delincuentes pueden ser incluso menores de edad, cuyo perfil no es el de un menor con una situación familiar y social desestructurada, sino de un menor que dispone de una educación y unos medios de vida (ordenador, Internet, móvil, etc.) que no denotan marginalidad en absoluto y que revelan que carecen del más mínimo sentido de la responsabilidad de sus propios actos y de la gravedad de los mismos. En definitiva, no hay un perfil concreto para este tipo de delincuentes sexuales”*²³.

Si en Senadores se hubiera asumido con conciencia la inclusión de menores como eventuales sujetos activos sólo podrían serlo aquellos que tuvieran entre 16 y 18 años y lo lógico sería la incorporación de la “intimidación” dentro de la conducta típica. El proyecto de Diputados la tuvo en cuenta para uno de sus supuestos (víctima de entre 13 y 16 años) pero siempre con un autor mayor de edad. En cualquier caso, parece evidente que esto pasó absolutamente inadvertido.

Al rechazar las precisiones incorporadas en la Cámara Baja y sugerir se insista en la redacción original la senadora Escudero aludió a las dificultades probatorias que provocaría el aceptar que la vaga fórmula *“contactare ... con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”* fuera reemplazada por otra que demandaría acreditar que al menor se le requiera que realice actividades sexuales u otros actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual. Además, puntualizó que la intención era (es) proteger a *“todos los menores porque es justamente entre la edad de 13 y 16 años cuando los chicos están más conectados en la red y donde son más vulnerables”*. En la misma línea, la senadora Bongiorno reiteró que la voluntad era apuntar a *“la protección integral del menor”*.

Inevitable resulta compartir la preocupación por una conducta cada vez más extendida (valga aquí el ejemplo de la senadora Higonet al caso de la ONG holandesa que creó una niña filipina “virtual” de 10 años y verificó más de mil requerimientos de pederastas de distintos lugares del mundo o las cifras proporcionadas por estudios de UNICEF²⁴). No puede discutirse que estamos

²³ Cf. su trabajo *“Ciberacoso: cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”*, pub. en AAVV *“Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en Internet”*, Javier García González coordinador, Tirant lo Blanch, Valencia, Colección Monografías N° 696, 2010, págs. 58/59.

²⁴ Véase pág. 86 de la mentada versión taquigráfica de la sesión del 13 de noviembre.



frente a un comportamiento cuyas consecuencias son particularmente graves por quien es su destinatario.

Pero, insisto, también es inevitable criticar una norma que pretende criminalizar actos preparatorios de conductas que consumadas con el consentimiento de un menor entre los 13 y 16 años no serían delito o que equipara la pena de un acto preparatorio a la de un delito consumado. Sin mayor esfuerzo de imaginación puede anticiparse que habrá variados planteos de inconstitucionalidad respecto de la norma comentada.

5. Sintetizando y sin reiterar críticas tenemos entonces que el ciberacoso sexual infantil, tal como ha quedado normado en el nuevo art. 131 del CP, se inserta dentro de los delitos contra la integridad sexual, que constituye el bien jurídico cuya afectación se pena. Es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, lo que incluye a los menores imputables como eventuales sujetos activos. En cuanto al sujeto pasivo, es cualquier menor sin distingo adicional alguno.

Se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual físico ya que la conducta que prevé es contactar a un menor mediante alguna TIC. Hoy día se incluirían tanto los SMS, el chat, los emails, Facebook o cualquier otra de las redes sociales, Skype, WhatsApp, así como sistemas y aplicaciones similares.

En relación con el tipo subjetivo, se trata de una figura dolosa (dolo directo) y reclama la acreditación de un elemento ultraintencional, cual es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor.

La conducta se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor en forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación ya que no se trata de la punición de cualquier contacto sino sólo de aquél que persigue esa específica finalidad. Al menos desde el punto de vista teórico sería posible la tentativa ya que podría darse el caso, por ejemplo, de interceptación de mensajes por control parental previo a su percepción por el menor.

Se ha omitido modificar el art. 72 del CP, de lo que deriva que se trate de un delito de acción pública, perseguible de oficio. En términos prácticos esto significa que mientras en los más graves delitos contra la integridad sexual la víctima es quien decide si habilita el ejercicio de la acción penal (cf. inc. 1° de la regla citada, que incluye a los previstos en los arts. 119, 120 y 130), en un acto preparatorio esto queda fuera de su ámbito de decisión.



6. Quisiera cerrar con dos referencias de derecho comparado regional y otra europea, ciertamente cercana en lo cultural y en lo afectivo, que permiten advertir que las dificultades al momento de tipificar no son exclusivas de nuestro legislador pero, también, que se pueden hacer las cosas mejor. Para el primer rubro puede computarse la no demanda de mayoría de edad en el sujeto activo, para el segundo que, pese a algunos defectos, se hacen tipificaciones un poco más precisas que la novedad nacional. Podría decirse que más cercanas a la propuesta ignorada de la Cámara de Diputados.

a) En Brasil, el “Estatuto del Menor y del Adolescente” (ECA, Estatuto da Criança e Adolescente, Ley 8069/90), fue de nuevo modificado masivamente en sus previsiones penales por Ley 11829/08, con la intención de actualizarlo en el tema pedofilia. En lo que aquí interesa, la punición del grooming se incorporó como art. 241-D, con el siguiente texto:

“Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita”.

Sin ingresar en mayores detalles, puede cotejarse el uso de cuatro verbos en la figura básica, así como la tipificación de dos conductas vinculadas en el parágrafo único subsiguiente. El máximo de pena conminado en abstracto es menor que el nuestro pero, a su vez, el mínimo es mayor.

b) Más reciente, mediante la nueva “Ley de Delitos Informáticos” N° 30096 (pub. el 22/10/2013), Perú también ha incorporado en su art. 5 el tipo de “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos” en el marco de su cap. III “Delitos Informáticos contra la indemnidad y libertad sexuales”. Su texto es el siguiente:

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



Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal”.

En este caso, véase que se distinguen edades de minoridad para definir el sujeto pasivo en las distintas situaciones típicas contempladas. El primer párrafo, al igual que nuestra novedad, tipifica la puesta en contacto con la finalidad prohibida, mientras que el segundo, cuando se trata de menores entre 14 y 18 años, añade la necesidad de que medie engaño. En ambos casos, puede advertirse que las penas conminadas en abstracto son mucho más rigurosas.

c) Por último, la tipificación en España, donde el vigente art. 183 bis del CPE dice: *“El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.*

Nuevamente puede advertirse el límite de edad para el sujeto pasivo, así como el mayor rigor de la pena cuando medie coacción, intimidación o engaño. También que la sanción privativa de libertad prevista es menor que la nuestra, aunque incorpora en conjunto la de multa. Comentando la previsión, Rovira del Canto destaca que al requerir que la acción se desarrolle respecto de un menor de trece años, deberá acreditarse el conocimiento por el sujeto de la edad del niño. También la presencia del elemento subjetivo específico: proponer se concierte un encuentro para perpetrar alguno de los delitos contra la libertad o indemnidad sexuales previstos en los arts. 178 a 183 y 189 del CPE (agresiones y abusos sexuales, utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico). No es necesario que estos se verifiquen, sino que el ilícito se consuma cuando la propuesta venga acompañada de algún otro acto material encaminado al acercamiento, como desplazamiento o contacto personal, y naturalmente, medie acuerdo con el menor para la reunión²⁵.

²⁵ Trabajo citado, pág. 17.