

El delito de grooming

Consideraciones desde los límites de la responsabilidad penal

Juan Ignacio Díaz¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Art. 131 del Código Penal Argentino. Análisis: Aspectos Objetivo y Subjetivo del Tipo Penal. Penalidad; III.- Consideraciones a partir de las enseñanzas de Carlos S. Nino; IV.- Conclusión Final; V.-Bibliografía

RESUMEN: En el año 2013, a través de la Ley N° 26.904, se incorporó al art. 131 del Código Penal argentino, el llamado delito de “grooming” o “child grooming”. En este trabajo se abordará, por un lado, el análisis del tipo penal, es decir, cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos y, por otro lado, se realizarán algunas consideraciones desde las ideas de Carlos Santiago Nino, a efectos de justificar la criminalización de esta conducta delictiva contra los menores de edad, en el marco de la globalización tecnológica actual².

PALABRAS CLAVE: Código Penal - child grooming – menores de edad - tecnología actual.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Penal II: “Parte Especial”, Facultad de Cs. Jurídicas y Políticas, Universidad de la Cuenca del Plata

² El presente artículo es la versión revisada y corregida de la Ponencia presentada en el “III Encuentro de Jóvenes Penalistas (en la Comisión: “Derecho penal, Parte Especial”, Tema referido a los “Delitos informáticos”), Organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, 12 y 13 de mayo de 2016, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina”.

I.- Introducción

En este trabajo se abordará el estudio del “delito de grooming” (art. 131 del Código Penal argentino³), con el objetivo de analizar el tipo penal, es decir, cuáles son sus elementos objetivos y subjetivos, lo que nos exigirá determinar qué conductas están criminalizadas. En segundo lugar, se realizarán algunas consideraciones desde las ideas de Carlos Santiago Nino. Se recurre a él y no a otro autor, por el aporte que introduce en el ámbito del derecho en los límites de la responsabilidad penal (atando a toda norma penal a una serie de principios entrelazados entre sí, que permiten penar de manera legítima a un individuo en un Estado de Derecho con una concepción liberal del mismo), y especialmente se apela a Nino, por el argumento eficiente de defender constitucionalmente una norma jurídica válida, creada por el órgano más democrático del país como es el parlamento, circunstancia que no es tenida en cuenta por otros autores. En este contexto es que será analizada la figura delictiva del “grooming”, “ciber acoso sexual de menores” o “child grooming”.

La globalización de la tecnología trajo aparejadas ventajas como la multiplicidad de información mundial y la comunicación instantánea con las personas de manera ilimitada. Ahora bien, también trajo consigo desventajas facilitando la comisión de delitos, sin mostrar el rostro del delincuente, con el consecuente menor poder de defensa de la víctima, que generalmente serán menores de edad.

Según expresa Garibaldi: “La doctrina ha clasificado los delitos informáticos según el objeto de protección. Si el bien jurídico afectado se relaciona con los datos o información automatizada a la que se accede de modo no autorizado, los llama propios. En cambio, son impropios aquellos en los que la informática es utilizada como medio para la comisión de un delito distinto de aquel de acceso no autorizado”⁴ En ese marco, en el derecho comparado, se han adoptado tres

³ ARTÍCULO 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. (*Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.904 B.O. 11/12/2013*)

⁴ Garibaldi, Gustavo E. L. “Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina”. p. 23. *Revista Derecho Penal*, Directora: María Paula Pontoriero, Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año III - N° 7 - Mayo 2014. Al respecto este autor cita a: “Vianna también incluye en la clasificación delitos informáticos mixtos y delitos informáticos mediatos o indirectos. Los primeros, delitos en donde, además de la protección de la inviolabilidad de

sistemas para regular estos delitos: 1) una ley especial referida a la informática y tecnologías de la comunicación; 2) un título propio y específico dentro de los códigos penales; 3) La tipificación de distintas figuras dispersar en los códigos penales. Según Arocena y Balcarce, esta última es la metodología utilizada por el legislador argentino⁵. Los delitos informáticos son aquellos ilícitos cometidos a través de la informática, relativos -entre otros- a la intimidad, la libertad, la indemnidad sexual, etc.

Como señala Morabito “internet es el instrumento que justifica desde una perspectiva político-criminal un tratamiento diferenciado, tanto por el Derecho Penal material como por el procesal”.⁶

“He sospechado alguna vez que la única cosa sin misterio es la felicidad, porque se justifica por sí sola”⁷, por ello, las normas penales, a menos que sean arbitrarias, deben estar sometidas a una justificación que permita escudriñar si guardan compatibilidad o no con el plexo valorativo receptado por la Constitución Nacional. Bajo este esquema se tratará de analizar y reflexionar la incorporación del delito de “*child grooming*” a nuestro Código Penal argentino.

II.- Art. 131 del Código Penal Argentino. Análisis: Aspectos Objetivo y Subjetivo del Tipo Penal. Penalidad

El art. 131 del Código Penal argentino reza: “*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*

datos, la norma tutela un bien relevante de otra naturaleza (se ejemplifica con el acceso no autorizado a sistemas del servicio electoral). Los delitos mediatos o indirectos no son informáticos, sino que heredan esa característica del medio que posibilita la consumación (por ejemplo, el acceso ilegal al sistema de un banco para transferir dinero a cierta cuenta). Véase Vianna, T., “*Fundamentos de Derecho Penal Informático*”, 1ª ed., Río de Janeiro, Forense, 2003. Para otras clasificaciones, Palazzi, P. A., *Delitos Informáticos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000, pp. 39/47”.

⁵ Véase Arocena Gustavo A & Balcarce Fabián I. “*Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales*”. En la Colección “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1º Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.

⁶ Morabito, Mario Rodrigo. “*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*”. p. 1 Thomson La Ley, Sup. Act. 07/06/2011, 07/06/2011, 1, AR/DOC/1758/2011. ⁵ Borges, Jorge Luis. “*El informe de brodie*”. p.17. Emecé Editores, Buenos Aires, 1970, 28ª reimpresión, 1998.

⁷ Borges, Jorge Luis. “*El informe de brodie*”. p.17. Emecé Editores, Buenos Aires, 1970, 28ª reimpresión, 1998.

cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

El bien jurídico protegido por este delito ha llevado a la doctrina a estar dividida. Para un sector, el delito es pluriofensivo, porque básicamente afecta dos bienes jurídicos: la indemnidad sexual del menor (bien jurídico individual) y la seguridad de la infancia en la utilización de TICs (bien jurídico colectivo)⁸. Para otros, es el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor, la intangibilidad sexual o el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad o la protección de la infancia. Según este grupo de autores, el delito solo lesiona un bien jurídico determinado⁹. Jorge E. Buompadre entiende que el bien jurídico protegido es la libertad sexual del menor, que es aquella que corre un peligro de lesión a través de la conducta del sujeto activo de contactar por un instrumento informático a dicho menor de edad, con la finalidad determinada de cometer cualquier delito sexual (violación, estupro, etc.)¹⁰. El último grupo de autores en donde se embarca la doctrina mayoritaria, considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores. Esta perspectiva, señala Buompadre “conduce a considerar al delito como de naturaleza material de acto preparatorio, que se sitúa en momentos previos al inicio de la ejecución de uno de los delitos planeados por el autor”¹¹. Arocena y Balcarce expresan, “dentro de la objetividad jurídica integridad sexual se protege el desarrollo progresivo en el ámbito sexual del menor de edad. De otro modo: un desarrollo de la sexualidad progresiva y libre de injerencias indebidas (intangibilidad

⁸ Entre estos autores se pueden citar a González Tascón M. “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las Tic”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI (2011). ISSN 1137-7550: 207- 258, 2011; y Dolz Lago M. “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario la Ley, N°7575, Sección Doctrina, 23/02/2011, año XXXII, Editorial La Ley, España, 2011.

⁹ Véase al respecto Buompadre, Jorge E. “Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo”, pp. 43-44. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015. Según señala este autor, para Cugat Mauri M. el bien jurídico protegido es el derecho a la dignidad o la integridad moral del menor; para Gómez Tomillo es la intangibilidad sexual; para Pérez Ferrer es el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad y para Villada Jorge es la protección de la infancia.

¹⁰ Buompadre, Jorge E. “Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo”, p. 49. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.

¹¹ Véase Buompadre, Jorge E. “Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo”, p. 44. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015. Siguen esta idea de protección del bien jurídico en este delito: Mario Sánchez Linde, Josep M. Tamarit Sumalla, Virgilio Rodríguez Vázquez, Gustavo Arocena A. y Fabián I. Balcarce.

o indemnidad sexual).¹²

Estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, razón que lleva a la doctrina a cuestionar su inclusión al Código Penal. Algunos autores argumentan que esta tipificación viola el principio de mínima intervención (última ratio), el principio de lesividad¹³, el principio de proporcionalidad de la pena por su excesiva punición en comparación con los delitos sexuales de resultado o de peligro concreto. Asimismo, Jorge E. Buompadre señala enfáticamente que: “El ilícito en cuestión se satisface con una conducta que no significa otra cosa que “conectarse”, “relacionarse”, “vincularse”, “comunicarse”, “establecer contacto”, etc., con un menor de 18 años, a través de alguno de los medios tecnológicos existentes (Internet, teléfono, etc.), con la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual en perjuicio del mismo, sin que el tipo requiera de actos materiales algunos (ni previos ni ulteriores a la acción básica) que pudieren poner en riesgo real de lesión al bien jurídico protegido, circunstancia que implicará, de seguro, cuestionamientos y dificultades no sólo en la faz probatoria (en particular, del dolo del delito y de su elemento subjetivo finalístico), sino en cuanto a cuestiones de justicia material, ya que sólo se estaría castigando la tentativa de la tentativa de un delito sexual”¹⁴.

Contra argumentando la tesis anterior, por su parte se sostiene que esta tesis: “si bien se pronuncia sobre el fondo (contenido) de la norma, alegando, que desconoce el principio de lesividad (o de intersubjetividad), y que contiene una presunción, sin prueba en contrario, que perjudica al sujeto que realiza la acción, no cuestiona el absoluto la réplica que podría merecer de la afirmación que le enrostrara el hecho de ser una suerte de exponente de un elitismo penal, al pregonar la posibilidad de que una serie de individuos (los jueces) tiren abajo la creación de una norma llevada a cabo por el órgano más democrático por excelencia, como es el parlamento”¹⁵.

Debemos recordar que esta ley es elaborada y debatida en el proceso democrático, en el que todas las partes expresaron sus razones, y así se llegó a su

¹² Arocena Gustavo A & Balcarce Fabián I. “*Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales*”, p. 450-451. En la Colección “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1º Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.

¹³ En este sentido Buompadre.

¹⁴ Buompadre, Jorge E. “Grooming”. Recuperado de la Revista Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf>

¹⁵ Grbavac, Hernán D. “Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal”, p. 60. Contexto, Resistencia, 2014.

sanción, es decir que la norma contará con una presunción de validez en la medida en que se respeten una serie de presupuestos procedimentales específicos. De todos modos, que no se puede aceptar la misma pena para este delito que para el abuso sexual simple. Una forma de interpretar estos delitos de peligro abstracto establece: “estas figuras en su literalidad parecen ser insalvables constitucionalmente...Sin embargo, ninguna norma penal puede interpretarse literalmente. La norma es un producto creado que responde a *ciertas razones* (lo que Nino llamaba el principio de enantiotelidad), es decir, la interpretación debe cumplir la satisfacción de “dos anillos”: el principio está dado por su literalidad y el segundo por sus razones – que siempre limitan la coerción, consecuencia del principio de legalidad- que están detrás de cada norma (y que responden a intenciones “abstractas”, en términos de Dworkin)”¹⁶. Además se debe tener en cuenta que se debe analizar y reflexionar “cada caso en concreto, ningún caso es igual a otro” (esto hace referencia a si da en cada caso el supuesto específico que quiso prevenir el legislador). El mero contacto con un menor no es punible.

El tipo objetivo consiste en que el sujeto activo se contacte por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) con un menor de edad. La conducta típica establecida en el tipo penal es la de “*contactar*”. Según la Real Academia Española esta palabra tiene el significado de “establecer contacto o comunicación con alguien”¹⁷. Según

A. Tazza, el verbo “contactar” debe entenderse de esta manera “hacer contacto, entablar una conexión personal a través de cualquier medio de comunicación; descarta el contacto directo o corporal. Este contacto o conexión debe hacerse –a los fines de la concreción ilícita- por un medio de comunicación electrónica, o de telecomunicación o de cualquier otra tecnología que utilice la transmisión de datos”¹⁸. Al respecto “*contactare*” debe ser interpretado como “comunicación con un menor de 18 años”.

Los medios señalados por la ley son: a) “*comunicaciones electrónicas*”: el sujeto

¹⁶ Véase Grbavac, Hernán D. “Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal”, p. 62. Cap. III “Una observación sobre la dogmática penal a propósito de los delitos de peligro abstracto”. Contexto, Resistencia, 2014. Al respecto el autor intenta reflexionar sobre la dogmática penal, se describen las dos posiciones que existen sobre la conceptualización de “delito de peligro abstracto” y se esboza una tercera alternativa por el autor.

¹⁷ Real Academia Española. Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=ATUfMMu>

¹⁸ Tazza, Alejandro. “El Delito de Grooming - Art. 131 Código Penal”. Recuperado del Blogspot de la Catedra de Derecho Penal, Parte Especial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.htm>

activo se comunica (oral o escrito) con el sujeto pasivo por la ruta electrónica, es decir por un sistema de comunicación personal por ordenador de redes informáticas; b) “telecomunicaciones”¹⁹: es el contacto que se lleva a cabo a través de un sistema de comunicación telegráfico, telefónica o radiotelegrafía, etc. c) “cualquier otra tecnología de transmisión de datos”: comprende cualquier forma de comunicación o transmisión de información a través de la tecnología. Los “datos”²⁰ son toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función”.

El *sujeto activo* puede ser cualquier persona. A mi modo de ver se debería reformar esta calidad por “mayores de edad”, básicamente porque traería problemas de “adecuación social de la conducta”, es por eso que no puede ser cualquier persona común²¹, teniendo en cuenta que existen comportamientos que resultan socialmente aceptados entre menores y mayores en determinadas situaciones etarias; y el *sujeto pasivo* debe ser un menor de edad o adolescente, es decir persona que no cumplió los 18 años de edad, según el actual Código Civil y Comercial de la Nación²².

Entiende Sandra María Pesclevi siguiendo a Garibaldi que la regulación actual es un acto preparatorio de un acto preparatorio (o preparación de preparación), lo que la ley prohíbe es contactar a un menor (con las peores de las finalidades) por los medios indicados. Según Jorge E. Buompadre considera que “el delito se consuma cuando se logra el contacto con el menor de edad, momento en que concluye la acción... se debe perseguir la finalidad...”. A mi juicio, es una interpretación literal de la norma, generaría inseguridad jurídica y les daría un poder discrecional a los jueces. Es imposible saber qué finalidades persigue un sujeto si no la *exterioriza y la coloca en el mundo exterior*, cambiaría lo dicho cuando expresa el

¹⁹ Al respecto Argentina define este término en la ley N° 19798, “Ley Nacional de Telecomunicaciones”, en su art. 2: “...Telecomunicación: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos...”. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar>

²⁰ Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 2011): art. 1. b.

²¹ El delito de “grooming” en el art. 131 contempla prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años; En consecuencia el Régimen Penal de la Minoridad, Ley N° 22.278, en su Art. 1: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación...”

²² Según el Código Civil y Comercial en su art.25. Menor de edad y adolescente: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

autor: “si el sujeto ‘tiene una finalidad distinta’ no hay delito, por: si el sujeto activo ‘*exterioriza una finalidad distinta*’, no existe delito²³. A mi juicio, esta interpretación literal obviamente quebranta los principios antes citados. La consumación del delito según Arocena y Balcarce se realiza “cuando se entabla la comunicación con el menor con la finalidad exigida, esto es, la comisión de cualquier delito contra la integridad sexual de la víctima menor de edad”²⁴.

En miras de salvar la constitucionalidad, con el objetivo de robustecer el principio democrático y defender la creación de normas jurídicas validas debatidas y sancionadas en el parlamento (acto por excelencia de democracia, porque representan al pueblo, en el cual la deliberación fue libre y todas las voces de fueron escuchadas), el delito debe ser interpretado y analizado objetivamente desde la perspectiva de un tercero que observa el hecho fáctico, en razón de ello, el contacto con un menor de edad debe estar acompañado por la intención de cometer cualquier delito sexual traducido en el hecho exterior por las vías de TICs. Gráfico el ejemplo: Un sujeto “x” mayor de 50 años que se contacta con el menor “f” de 10 años, y solamente se dicen “Hola” y el otro contesta “Hola”, claramente no hay delito, por más que la finalidad perversa se dé en la cabeza del sujeto x. Esa *finalidad debe exteriorizarse en el mundo real a través de los medios señalados por la ley*, justamente es esa *finalidad exteriorizada la que la vuelve peligrosa, y es lo que la ley trata de prevenir*, además de ello, teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad en que se encuentran los menores de edad, es lo que vuelve *nociva la comunicación, circunstancia que se trata de disuadir*. En consecuencia, a lo dicho, no se exige ningún elemento subjetivo específico, como piensa Buompadre. A tal fin, por ejemplo: Zaffaroni interpreta “con el fin” en el aborto terapéutico de una forma objetiva, sin tener en cuenta los motivos subjetivos del médico; de la misma forma lo hace en las causas de justificación (requiriendo su faz objetiva y prescindiendo de la subjetiva). Al respecto señala cómo se interpreta la actividad quirúrgica que se ejerce con fin terapéutico y que debe distinguirse de la actividad quirúrgica que no tiene esa finalidad: “Cabe aclarar que en modo alguno pueden relevarse elementos del ánimo para la tipicidad, como el placer que pueda sentir el médico por el dolor del

²³ Por ejemplo, Véase Buompadre “Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo”, p. 44. 1º Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.

²⁴ Arocena Gustavo A & Balcarce Fabián I. “Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales”. p. 458. En la Colección “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1º Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015. Al respecto unos párrafos más abajo expresan queriendo cerrar la idea: “en caso de que aparezca con posterioridad dicha intención, recién en ese momento se quedará consumando”. A mi entender, lo que finalmente se exige, es la “exteriorización de la intención señalada por la ley”, lo cual propongo como interpretación del tipo penal.

paciente o el que pueda experimentar por el tocamiento del cuerpo de éste, bastando con que objetivamente no haya violado los límites impuestos por las reglas del arte médico”²⁵.

Si no entendemos de esta manera el delito a la luz de la expansión del derecho penal en los tiempos modernos, claramente estaremos ante un derecho penal de autor y no de acto; así podríamos ambicionar con salvar el obstáculo de la prueba de la finalidad señalada por el tipo penal, y concretamente no se estaría violando el principio de legalidad, ya que este modo de ver e interpretar la norma restringe la aplicación del tipo penal, no la amplía, y tampoco se violaría el principio de lesividad. Además de ello, recorta el margen de discrecionalidad del juez.

El aspecto subjetivo del tipo penal es doloso (dolo directo). El delito no admite tentativa. En cuanto a la penalidad de la figura, Alejandro Tazza expresa con razón: “La mayor objeción, a nuestro juicio, está centrada en la escala punitiva prevista para este hecho delictivo, tratándose de un acto preparatorio de otro delito su pena no debería ser igual o superior a la prevista por el ilícito que finalmente se intenta consumir²⁶. Además de la lesión de los principios como el de proporcionalidad de la pena y el de culpabilidad, podrían causar un efecto adverso que el buscado por el legislador de disuadir futuras conductas de esta índole, como se verá más adelante. La pena debería modificarse en una futura reforma.

III.- Consideraciones a partir de las enseñanzas de Carlos S. Nino

En un pasaje de “Los límites de la responsabilidad penal” Nino expresa: “la mera intención de causar un daño no es normalmente suficientemente peligrosa para justificar su punición como delito, fundamentalmente por la razón de que siempre existe la posibilidad de un cambio de idea. Aún las intenciones que el agente comienza a materializar mediante la realización de algunas preparaciones preliminares pueden no ser mayormente peligrosas. Ello da origen a la habitual distinción entre actos meramente preparatorios y actos que implican el comienzo

²⁵ Véase Zaffaroni Eugenio R – Slokar A. – Alagia A. “Derecho Penal: Parte General”, p. 506. 2da Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 2002.

²⁶ Tazza, Alejandro. “El Delito de Grooming - Art. 131 Código Penal”. Recuperado del Blogspot de la Catedra de Derecho Penal, Parte Especial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.html>

de ejecución del delito”²⁷.

Una de las consideraciones que se le puede hacer al delito que estamos investigando, sería preguntarnos: ¿Existe un problema en el delito de “grooming” tipificado en art. 131 de C.P, en la falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de precaver?, ¿Este delito es realmente peligroso o perjudicial?, ¿Cómo deben ser los actos o las acciones que la ley ha creado en el delito y trata de prevenir? Todas estas preguntas remiten a la cuestión del perjuicio como condición de responsabilidad penal.

Debemos recordar, desde un enfoque liberal, que los requisitos de Carlos S. Nino para adscribir responsabilidad penal son, el “principio de protección prudencial de la sociedad”, según el cual “una ley penal se justifica solamente cuando su sanción y aplicación están destinadas a prevenir daños mayores que los que ella genera”²⁸; el “principio de intersubjetividad”, según el cual se pueden penar aquellas acciones que dañen o coloquen en peligro a los intereses y derechos de otras personas, es decir que las normas penales sólo deben estar dirigidas a prevenir daños o peligros a individuos diferente del que realiza la conducta sometido a pena (este principio está consagrado en el art. 19 de la Constitución Argentina); y “el principio de enantiotelidad”²⁹, según el cual una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir³⁰.

En relación a lo que estamos estudiando, una justificación de la pena por los partidarios “retribucionistas”, dirían que queda excluida la posibilidad de reprimir actos que no son, en algún sentido, dañosos o peligrosos. Una de las versiones de esta postura es la del filósofo Robert Nozick, que parte de esta concepción, según la cual “la pena merecida por un delito debe ser equivalente al daño causado por el delito multiplicado por el grado de responsabilidad o culpabilidad del agente en la

²⁷ Nino, Carlos S. “Los Límites Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito”. pp.436-437 Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980

²⁸ Nino, Carlos S. “Los Límites Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito”. p.304, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.

²⁹ Véase Nino, Carlos S. “Los Límites Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito”. pp. 334-335, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980. Al respecto expresa: “La consecuencia más importante que el principio de enantiotelidad tiene para una teoría del delito reside...en la introducción de una nueva condición de responsabilidad penal: una acción punible debe ser una de aquellas que la ley trató de prevenir; si el derecho penal se ajusta a la concepción liberal, la acción por la que alguien es penado debe implicar el daño o peligro que es materia de la prevención”.

³⁰ Sólo se citan los principios que guardan relación con lo que se plantea y el tema del trabajo.

producción del daño”³¹.

El delito de “child grooming” en la legislación penal argentina, castiga con pena de seis (6) meses a cuatro (4) años a una persona, por la conducta de contactarse con un menor de edad (conducta inocua), por los medios “TIC”, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma (peligro). Se puede deducir que la conducta inocua de “contactarse” presentada en otro contexto o circunstancias no es penada, en verdad, si no existe el “propósito” de realizar algún delito contra la integridad sexual, no podemos subsumir la conducta del sujeto activo en el respectivo tipo penal estudiado. Si esa conducta va acompañada por el propósito antes señalado, sí es delito. Por lo tanto, la conducta de contactarse con un menor de edad es en realidad “peligrosa”, ya que facilita y genera vulnerabilidad en el menor para actos dañinos y nocivos (que sufra algún delito contra la integridad sexual), por lo tanto, el derecho trata de prevenir esa conducta y hay coincidencia entre los actos que son materia de prevención y los que son punibles”, es decir que no es que la conducta deja de ser inocua. Lo sigue siendo; por eso ese contacto se analiza objetivamente –desde un tercero- como el inicio de un intento de atacar sexualmente a un menor)³². Ahora bien, esa finalidad debe exteriorizarse en mundo real para generar el peligro, y esto debe exigirse, porque generaría seguridad jurídica en varios aspectos desde el plano de la punición penal, como asimismo sería una garantía para el imputado, ya que esta interpretación restringe la aplicación del tipo penal, sin violar el principio de legalidad y acotando la discrecionalidad judicial. Reflexionemos con un ejemplo: un sujeto depresivo “x” tiene la finalidad de realizar cualquier delito sexual y se contacta por medio de las TIC con el menor “d”. Al cabo de un instante cambia de idea sobre su finalidad y comienza a hablar de literatura. Sería absurdo recurrir a la literalidad de la norma como piensan algunos autores para penarlo, ni siquiera podemos decir que su conducta fue nociva, ya que instruyó al menor.

³¹ Véase Nino, Carlos S. “Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos del Derecho Penal”. Vol. III, p.273 y ss. Compilado por Gustavo Maurino, 1º Ed. Editorial Gedisa, Buenos Aires, Argentina, 2007.

³² Nino, Carlos S. “Los Límites Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito”. p.306, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980. Quien considera que: “frecuentemente el derecho penal declara punibles actos que son, aisladamente considerados, inocuos, para prevenir algunos otros, que sí son dañinos y que, en cierta forma, son facilitados por los primeros; por ejemplo, la ley puede prohibir cultivar amapolas blancas para impedir que de ellas se extraiga el opio. Sin embargo, resulta claro que el caso no ofrece dificultad alguna, pues esa conducta, el cultivar amapolas, no es en realidad inocua sino peligrosa, ya que facilita ciertos otros actos nocivos; el derecho trata de prevenir esa conducta y hay coincidencia entre los actos que son materia de prevención y los que son punibles”.

Desde esta perspectiva, lo que el legislador trata de prevenir es que se cometa algún delito contra la integridad sexual de un menor de edad y protegerlos ampliamente. Actualmente las herramientas de comunicaciones “TIC” sitúan al delincuente mayor de edad en superioridad con respecto a la víctima menor de edad, las maniobras de contactarse con la intención de cometer el delito sexual merece ser materia de prevención.

En consecuencia, señala Nino, “no verificar en cada caso si la acción es realmente perjudicial o peligrosa hace que el respeto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasor de la pena”³³.

IV.- Conclusión final

Recordando un postulado de Carlos S. Nino: “Las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera”³⁴. Considero que la incorporación del art. 131 del C.P manifiesta una clara lucha contra el ataque a los menores de edad o adolescentes por parte de quienes encuentran en estos sujetos pasivos una franja de vulnerabilidad para intentar realizar cualquier delito sexual. Es una norma que crea un “círculo de protección” sobre los delitos sexuales (arts. 119 a 130). Su recepción y aceptación por la legislación argentina es oportuna, conveniente y justa, según la interpretación propuesta en este trabajo, sin perder de vista que se tendrían que corregir ciertos puntos como ser la calidad de los sujetos y el monto de la pena que castiga al delincuente.

V.- Bibliografía

- Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Bs. As., 2014.
- Aboso, Gustavo E. “El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales Análisis del Código Penal argentino y del

³³ Véase Nino, Carlos S. “Los Límites Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito”. pp.310-312, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.

³⁴ Nino Carlos S. “Consideraciones sobre la dogmática jurídica”. p. 18 y ss. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1989.

- Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro”. Revista Derecho Penal, Directora: María Paula Pontoriero, Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año III - N° 7 - Mayo 2014.
- Aboso, Gustavo E. & Buompadre, Jorge E. “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.
 - Arocena Gustavo A & Balcarce Fabián I. “Child grooming. Contacto tecnológico con menor para fines sexuales”. En la Colección “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.
 - Buompadre, Jorge E. “Grooming: una nueva forma de acoso sexual a menores en el mundo”. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.
 - “¿Acoso sexual a menores por vía digital o castigo de los malos pensamientos?”. En la Colección “El Derecho penal y Procesal penal frente a los retos del tercer milenio”. 1° Ed. Resistencia, Contexto Libros, 2015.
 - “Grooming”. Recuperado de la Revista Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf>
 - Dolz Lago M. “Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia”, Diario la Ley, N°7575, Sección Doctrina, 23/02/2011, año XXXII, Editorial La Ley, España, 2011.
 - Garibaldi, Gustavo E. L. “Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina”. Revista Derecho Penal, Directora: María Paula Pontoriero, Directores Editoriales: Alejandro Alagia - Javier De Luca - Alejandro Slokar, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año III - N° 7 - Mayo 2014.
 - González Tascón M. “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI (2011). ISSN 1137-7550: 207-258, 2011.
 - Grbavac, Hernán D. “Hacia una teoría alternativa de la responsabilidad penal”. Contexto, Resistencia, 2014.
 - “Acerca de la regulación del concurso de delitos en el Anteproyecto de Código Penal” (Ponencia Premiada). XIV Encuentro de Profesores de Derecho Penal organizado por

- la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal. Corrientes, 8, 9 y 10 de octubre de 2014.
- Morabito, Mario Rodrigo. “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”. Thomson La Ley, Sup. Act. 07/06/2011, 07/06/2011, 1, AR/DOC/1758/2011.
 - Nino, Carlos S. “Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito”. Astrea, Bs. As., 1980.
 - “Consideraciones sobre la dogmática jurídica”. Universidad Nacional Autónoma De México. México, 1989.
 - “Los Escritos de Carlos S. Nino. Fundamentos de Derecho Penal”. Vol. III. Gustavo Maurino (editor). Gedisa, Bs. As., 2007.
 - Puschke, Jens. “Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito”. Indret Revista para el Análisis del Derecho. Recuperado: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226684/308306>
 - Sánchez Linde M. “Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido”. Recuperado de <http://penal.blogs.lexnova.es/2013/01/22/delito-de-grooming-reflexiones-sobre-el-bien-juridico-protegido/>
 - Tazza, Alejandro. “El Delito de grooming - art. 131 Código Penal”. Recuperado del Blogspot de la Cátedra de Derecho Penal, Parte Especial, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. <http://penaldosmdq.blogspot.com.ar/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.html>
 - Villacampa Estiarte C. “Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”. Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXIV (2014). ISSN 1137-7550: 639-712, 2014.
 - Zaffaroni Eugenio R – Slokar A. – Alagia A. “Derecho Penal: Parte General”, 2da Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, Argentina, 2002.