

# GROOMING

Por Jorge E. Buompadre

## *I. Introducción. El texto legal*

El legislador argentino ha salido a la caza de los pedófilos y pervertidos sexuales, y lo ha hecho a través de un nuevo delito, el “grooming” o ciberacoso (sexual) a menores, también conocido internacionalmente como “child grooming”, incorporado por la reforma de la Ley N° 26.904 de 2013 en el *ex novo* artículo 131 del Código penal, cuyo tenor literal establece: “*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*”.

La intención del legislador, siguiendo una dirección similar a la del derecho español, ha pasado –dando, por decirlo de algún modo, respuesta a instancias y sugerencias internacionales que han servido de antecedentes, por ej., el Comité del Consejo de Europa para la Convención de 23 de noviembre de 2001, también conocido como Convenio de Budapest; la Convención europea para la protección de los niños frente a la explotación sexual y el abuso sexual, de 25 de

octubre de 2007 -Convenio de Lanzarote-; 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, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007-, por otorgar una mayor protección a los menores de cierta edad frente a la irrupción de la Internet en la etapa de la infancia, red de comunicación que, al tiempo de acechar a los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías de la información <sup>1</sup>, es aprovechada por sujetos sexualmente pervertidos para contactar a menores, ganarse su confianza y lograr, como última finalidad, tener o mantener un contacto sexual con dicho menor.

La decisión legislativa de incriminar este tipo de conductas se puede justificar, en nuestra opinión, de una manera muy sencilla: lo que no mucho tiempo atrás se castigaba como abusos sexuales a menores, cometidos en parques y paseos o en sitios solitarios o despoblados (especialmente, en situaciones de nocturnidad), hoy se hace lo propio respecto de los mismos abusos pero llevados a cabo por sujetos sexualmente pervertidos mediante el empleo de la red Internet u otros medios de comunicación, siendo sus víctimas jóvenes atrapados en cierta forma por las nuevas tecnologías que se encuentran viviendo una franja etaria a la que hay que proteger con

---

<sup>1</sup> Así, Pérez Ferrer Fátima, El nuevo delito de ciberacoso o chil grooming en el código penal español (artículo 183 bis), diario La Ley, N° 7915, sección doctrina, 4/9/2012, año XXXIII, Editorial La Ley, España.

todas las herramientas al alcance de la mano, ¿y porque no mediante el derecho penal?

En oportunidad de debatirse el proyecto de ley que introdujo el art. 131 al Código penal, en el recinto del Senado, la senadora por la provincia de Salta Sonia Escudero, entonces Presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, expresó lo siguiente: "...este es un proyecto muy importante porque plantea que se alcance con una sanción penal la conducta de aquellas personas que utilizan los medios electrónicos para contactar a menores de edad con el propósito de cometer posteriormente un delito contra la integridad sexual. Quiero señalar primero algunos datos que alguna consultora hace poco analizó con sus mediciones: un adulto hoy pasa el doble de tiempo que su hijo mirando televisión, pero su hijo adolescente pasa seis veces más que su padre conectado a la red. Este dato nos da la reflexión contextual de frente a qué estamos. Con esta masificación de las tecnologías de la comunicación, con el acceso a Internet y con la brecha generacional que hace que hoy los hijos manejen y entiendan las computadoras mucho mejor que los padres, hay un cambio completamente sustancial...lo que estamos penalizando es la conducta anterior al delito contra la integridad sexual. ¿Qué estamos diciendo?. Es el proceso de captación del menor. Basta, entonces, la captación de la persona menor de edad con el propósito de cometer un delito contra

la integridad sexual para la generación de una tipicidad autónoma. Lo que estamos diciendo es que la conducta típica va a ser el contacto con los menores de edad; el elemento circunstancial de medios, la utilización de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos a los fines del contacto; como elemento del tipo subjetivo distinto de dolo, el propósito del victimario es utilizar ese contacto para cometer un delito contra la integridad sexual del menor. La escala penal prevé un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años de prisión”<sup>2</sup>.

Todo lo que vaya en una dirección criminalizadora de los abusos sexuales, por el mayor contenido de injusto que poseen y los graves daños que pueden causar en niños y adolescentes, según nuestra opinión, debe ser mirado positivamente. Claro, que hay que ser cuidadosos en la redacción de la ley.

## II. *Características del fenómeno y técnicas de persuasión.*

Como se puede apreciar de los fundamentos expuestos por el miembro informante del Senado, que acabamos de ver, la idea del legislador ha sido la de adelantar las barreras de protección,

---

<sup>2</sup> Conf. versión taquigráfica de la sesión del Senado del 2/11/2011.

incriminando conductas de esta clase que se caracterizan como actos preparatorios de los delitos sexuales previstos en el Título III del Código penal <sup>3</sup>.

No se castiga singulares conductas de un adulto pretendiendo contactar a un menor en el marco de una actividad social neutra, en sí misma, aun cuando tal comportamiento se lo lleve a cabo por medios telemáticos y de comunicación –según veremos más adelante- sino en cuanto y en tanto persiga una finalidad específica: “cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, de manera que, aun cuando la infracción exija una conducta (contactar) que se describe objetivamente, el giro empleado por el legislador al describir el tipo subjetivo es lo que lo especializa, circunstancia que, en rigor de verdad, nos permite inferir que estamos frente a un delito doloso, de dolo directo, subjetivamente configurado, portador de un

---

<sup>3</sup> Sobre el texto español, la doctrina se ha expresado con una opinión más matizada, que se aleja de la postura del texto (al parecer doctrinalmente mayoritaria), véase CUGAT MAURI Miriam, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183, 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda), en Comentarios a la reforma penal de 2010 (Dir.: Francisco Javier Álvarez GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC), pag. 235, Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 2010. Con la opinión sostenida en el texto, RIBAS Eduardo Ramón, Minoría de edad, sexo y Derecho penal, pag. 52, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013; TAMARIT SUMALLA Josep María, Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis), en La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag.172, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010.

elemento subjetivo del injusto que se añade al dolo propio del delito, de carácter intencional de resultado cortado <sup>4</sup>.

Respecto de la fenomenología de este tipo de delitos, se ha puesto de relieve la variedad de técnicas empleadas por los pedófilos para contactar a sus “clientes”, entre las que pueden mencionarse las siguientes:

Ingresa a salones de *chat* públicos con *nicks* (nombres de usuario) llamativos para el niño o la niña. Ejemplo: matias14, gatita16, etc., con el fin de elegir a su potencial víctima que tiene un *nick* similar al suyo, luego de establecer la conversación por *chat*, le pide a la víctima que le dé su dirección de Messenger; cuando logra estar en el Messenger del niñ@, le pregunta si tiene *webcam* para conocerlo mejor, luego de eso comienza a tratar de seducirlo diciéndole lo bella o bello que lo encuentra, que le deje ver si tiene bonita boca, bonito cuerpo, le hace adoptar frente a la *webcam* poses insinuantes que le va capturando como imágenes en formato jpg en su computador. A renglón seguido, si logra hacer que el/la niñ@ le muestren sus pechos o genitales, muestra su verdadera identidad, diciéndoles que les enviará esas fotos a sus padres o las publicará en algún *fotolog* si no acceden a lo que él les va pidiendo y ahí

---

<sup>4</sup> Ampliamente sobre esta clase de delitos, POLAINO-ORTS MIGUEL, en Polaino Navarrete Miguel, El injusto típico en la teoría del delito, pags. 235 y sig., especialmente pag. 262 y sig., Mave Ediciones (Mario A. Vierta Editor), Corrientes, Argentina, 2000.

comienza el verdadero acoso, que puede terminar en un encuentro personal y una consiguiente violación o abuso sexual.

El *grooming* habitualmente es un proceso que puede durar semanas o incluso meses, y que suele pasar por las siguientes fases, de manera más o menos rápida según diversas circunstancias:

1. El adulto procede a elaborar lazos emocionales (de amistad) con el/la menor, normalmente simulando ser otro niño o niña.
2. El adulto va obteniendo datos personales y de contacto del/a menor.
3. Utilizando tácticas como la seducción, la provocación, el envío de imágenes de contenido pornográfico, consigue finalmente que el/la menor se desnude o realice actos de naturaleza sexual frente a la *webcam* o envíe fotografías de igual tipo.
4. Entonces se inicia el ciberacoso, chantajeando a la víctima para obtener cada vez más material pornográfico o tener un encuentro físico con el/la menor para abusar sexualmente de él/ella<sup>5</sup>.

De esto se trata cuando hablamos de *grooming*, esto es, de una “acción encaminada a establecer una vinculación y control

---

<sup>5</sup> Información extraída de DOLZ LAGO Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, Nº 7575, Sección Doctrina, 23 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, disponible en [bib.us.es](http://bib.us.es)

emocional sobre un niño/a, cuya finalidad última es la de mantener una relación sexual con dicho menor”.

En el derecho comparado, muy pocos países han regulado en forma específica esta figura, pudiendo citarse entre ellos a Canadá, Escocia, Reino Unido, Australia y Estados Unidos, y en América Latina, a Chile, Brasil <sup>6</sup> y, recientemente, a Argentina <sup>7</sup>.

Con prescindencia del debate doctrinario acerca de la necesidad de tipificación de esta figura en el Código penal (incorporación que, para nosotros, ha sido oportuna y necesaria)<sup>8</sup>, como así de la

---

<sup>6</sup> Para un estudio breve del Estatuto da Crianca e do Adolescente (art. 241-D, Lei 8069/90), véase Aboso Gustavo E., op.cit., pags. 17 y sig. Para un estudio sobre el acoso sexual en Brasil, véase Damasio E. de Jesus y Luiz Flávio Gomes, *Assédio Sexual* (varios autores), Editorial Saraiva, Sao Paulo, 2002.

<sup>7</sup> Para mayores detalles acerca de la tramitación parlamentaria de este delito en el Congreso argentino, véase BENAVIDEZ Jorge, De cómo el Grooming se hizo delito. Informe especial del trámite en el Congreso, Revista Pensamiento Penal, Edición N° 162, 2/2/2013, disponible en [www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar); del mismo, también en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, N° 14, UNNE, Corrientes, 2014.

<sup>8</sup> Piensa lo contrario respecto del texto español, ORTS BERENGUER, E., «Ciber acoso», en AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 270, quien, criticando la incorporación del delito al código penal, alega que podría llegar a penalizarse conductas neutras, pues – dice- “después de establecido el contacto (a través del correo electrónico), y de haber hecho llegar una pizza al menor, con todo lujo de complementos, logra el adulto que acuda a una cita y la cosa no pasa de compartir una copa de helado”. No nos parece afortunado el ejemplo de este autor, pues no se necesita un gran esfuerzo intelectual para percibir que, los supuestos que pretende abarcar el delito de *childgrooming*, no pasan por la simpleza de “compartir una copa de helado”, conducta que, inclusive, puede ser la antesala de otras acciones más graves para el menor, sino de prevenir (o perseguir) la conducta de un depredador sexual que, entre otras de sus estratagemas para convencer a su víctima, puede estar, precisamente, la de compartir un inocente helado. Comparte la opinión de Orts Berenguer, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, Diario La Ley, N° 7746, Sección Doctrina, 29 Nov. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, bib.us.es. Con nuestra opinión, CUGAT MAURI, M., «La nueva



determinación precisa del bien jurídico tutelado (libertad sexual, indemnidad sexual u otros intereses, por ej. la etapa de la infancia o de la adolescencia), lo cierto es que el término *grooming* –como se ha señalado-, se refiere a las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña, ganándose su confianza, con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor<sup>9</sup>.

A continuación, haremos un breve comentario comparativo con el texto introducido al Código penal español por la reforma de la LO 5/2010, teniendo en cuenta que, según nuestro parecer, ha sido tomado como referencia por el legislador argentino para trabajar sobre el tenor con el que, finalmente, quedó redactado el art. 131 del Código penal.

---

modalidad incriminadora del llamado "*child grooming*" o "ciber acoso"», en Álvarez García, F. J. / González Cussac, J. L. (Dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 235.

<sup>9</sup> Conf. DOLZ LAGO Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia, *Diario La Ley*, Nº 7575, Sección Doctrina, 23 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, disponible en [bib.us.es](http://bib.us.es).

### ***III. El texto español***

El “ciberacoso (sexual) a menores o *child grooming*”<sup>10</sup>, fue incorporado por la reforma de la Ley 5/2010, de 22 de junio, modificatoria de la LO 5/1995, como artículo 183 bis del Código penal español, con el siguiente texto:

*El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra 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*

---

<sup>10</sup> Ampliamente sobre este delito, puede confr. RAMOS VÁZQUEZ , José Antonio, El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado, Diario La Ley, Nº 7746, Sección Doctrina, 29 Nov. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, bib.us.es; MAGRO SERVET Vicente, El «grooming» o ciberacoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código Penal, Diario La Ley, Nº 7492, Sección Tribuna, 20 Oct. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY, bib.us.es; DOLZ LAGO Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, Nº 7575, Sección Doctrina, 23 Feb. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY, bib.us.es; CUGAT MAURI, M., «La nueva modalidad incriminadora del llamado "child grooming" o "ciber acoso"», en Álvarez García, F. J. / González Cussac, J. L. (Dirs.), Comentarios a la reforma penal de 2010, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; RIBAS Eduardo Ramón, Minoría de edad, sexo y Derecho penal, pags. 51 y sig., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013; TAMARIT SUMALLA Josep María, Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis), en La Reforma penal de 2010. Análisis y comentarios (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pags. 171 y sig., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010; MENDOZA CALDERÓN Silvia, El derecho penal frente a las formas de acoso a menores, Tirant Monografías, Nº 868, Valencia, 2013.

*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 o 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.*

El *grooming* involucra un fenómeno delictivo en el que todo es controversial, inclusive hasta su *nomen juris*, sobre el cual ni en la doctrina ni en la legislación se puede encontrar algún acuerdo.

Tal vez la denominaciones técnicas más aceptadas sean las de *grooming* o *child grooming*, pero tampoco sobre ello puede haber absoluta certeza. Lo cierto es que los nombres varían según el autor y según el ordenamiento de que se trate, apreciándose, inclusive, la utilización de varias denominaciones en numerosos autores.

Para un sector de la doctrina –como se dijo- el término más adecuado es el de *child grooming* (Exposición de Motivos de la LO española N° 5/2010, Pérez Ferrer, Sánchez Linde, Rovira del Canto, Ribas, García Álvarez, Pérez Vaquero, etc.); para otros es el de *grooming* (Magro Servet, Sánchez Linde, Frago amada, Torres González, Morabito, Garibaldi, Cuenca Padilla, Mendoza Calderón, etc.); otros se inclinan por ciberacoso sexual (Tamarit Sumalla);

otros por ciberacoso de menores (Ramos Vázquez), otros, por child grooming o acercamiento tecnológico a los menores de trece años con fines sexuales (Dolz Lago); otros, por ciberacoso infantil (Magro Servet); otros por Acceso a niños con fines sexuales a través de la TIC (González Tascón) y, finalmente, otros por Contacto telemático con menores con fines sexuales (Aboso).

Con arreglo a la descripción típica del artículo 183 bis del Código penal español, se trata de un delito con pluralidad de hipótesis, por lo que podría ser caracterizado como un tipo mixto acumulativo. Se castiga modalidades conductuales que, en forma aislada, carecerían de relevancia penal: el *contacto* con un menor de trece años, una *propuesta de concertar un encuentro* con ese mismo menor (o a través de él, con otro menor), el *acompañamiento de dicha propuesta de actos materiales* encaminados al acercamiento y la *finalidad* de cometer alguno de los delitos sexuales previstos en los artículos 178 (agresión sexual) y 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de trece años) y 189 (delitos relacionados con la pornografía vinculados a menores e incapaces) del Código penal.

Todas estas conductas deben estar enlazadas entre sí para que se pueda dar por perfeccionada la infracción, sin que para ello resulte necesaria la consumación de alguno de los delitos sexuales perseguidos, en cuyo caso, estaríamos frente a una relación

concurzal (de carácter real, arts. 73 y ss, CP) con los delitos cometidos (art. 183 bis, CP)<sup>11</sup> .

La acción debe, necesariamente, llevarse a cabo a través de “medios tecnológicos o de comunicación” (Internet, teléfono u otra tecnología de la información), no en forma directa o personal con la víctima, salvo que el contacto se haya iniciado en forma personal que luego deriva en una relación que es impulsada y prolongada a través de aquellos medios que suministra la tecnología de la información. La tecnología de la información, especialmente la de la red Internet, que permite –como es sabido- una amplia cobertura de almacenamiento de datos, imágenes, etc., puede servir al agresor para cometer, asimismo, otros delitos, por ej. extorsionar al menor con difundir dichas imágenes si no se allana a sus pretensiones sexuales, circunstancia que concede –ya por sí misma- suficiente fundamentación para justificar la criminalización de este tipo de conductas.

Debido a la especial configuración del delito, debe haberse producido el “*contacto*” con el menor, no el mero fin de lograrlo. De allí que la sola finalidad del autor no es suficiente para la

---

<sup>11</sup> Con una misma opinión, PÉREZ FERRER Fátima, El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis), Diario La Ley, Nº 7915, Sección Doctrina, 4 Sep. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY, 2012.

intervención punitiva, si no va acompañada de las otras acciones objetivas previstas en el tipo de injusto. Por lo tanto, debe compartirse la opinión que sostiene una suerte de doble acción que se produce entre los sujetos activo y pasivo: un sujeto que “contacta” y el otro que “contesta” o responde al contacto inicial <sup>12</sup>. La exigencia de que la propuesta del agresor sexual vaya “acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento”, por ej. llevar a cabo dichos actos de acercamiento (dirigirse al lugar del encuentro), confirma esta opinión.

Teniendo en cuenta –como se acaba de destacar- la exigencia de un contacto (tecnológico o virtual) entre el autor y la víctima menor de edad (no es suficiente el mero envío del mensaje, mail, etc.), como así una “propuesta” que debe ir acompañada de “*actos materiales*” encaminados al acercamiento (con el menor), circunstancia que presupone un riesgo actual y verdadero de lesión al bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor), estamos ante un delito de peligro concreto para el bien jurídico protegido, aspecto que -no obstante las dificultades probatorias que ello

---

<sup>12</sup> Conf TAMARIT SUMALLA Josep María, La Reforma Penal de 2010, Análisis y Comentarios (Dir.: Gonzalo Quiintero Olivares), pag. 172, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2010; PÉREZ FERRER Fátima, El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis), Diario La Ley, Nº 7915, Sección Doctrina, 4 Sep. 2012, Año XXXIII, Editorial LA LEY, 2012; RIBAS Eduardo Ramón, Minoría de edad, sexo y Derecho penal, pag. 53, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

implica- deberá ser sometido a las reglas de la prueba en el respectivo proceso judicial <sup>13</sup>.

Con respecto a los *sujetos*, se trata de un delito común de titularidad indiferenciada: cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo del ilícito en cuestión, salvo en relación a éste último –el sujeto pasivo-que, por expresa exigencia normativa, debe tratarse de una persona menor de trece años de edad. La omisión de la ley impide considerar a los incapaces como sujetos pasivos de este tipo de infracción, pese a que, en la propia disposición del art. 183 bis se hace expresa mención al art. 189, que tipifica varios delitos relacionados con la pornografía vinculada a menores de edad e incapaces, que debe ser una de las finalidades que guía al sujeto activo en su predisposición o tendencia de comunicarse o contactarse con el menor a través de un medio tecnológico y proponerle un encuentro para perpetrar, ulteriormente, un delito sexual.

---

<sup>13</sup> De otra opinión, MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho penal, parte especial, 18° ed., pag. 240, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010, para quien el adelantamiento de la punibilidad a un acto preparatorio de otros delitos, convierte a este delito en uno de peligro abstracto e incluso de sospecha, en la medida en que incluso requiriendo el “acercamiento” se hace realmente para cometer algún delito. Pensamos que hubiera podido calificarse de delito de peligro abstracto, en todo caso, si el tipo no hubiera exigido la concurrencia de “actos materiales encaminados al acercamiento” (con el menor), aun cuando éste no se concrete (por ej. porque el menor no concurrió al lugar del encuentro), elemento del tipo objetivo que debe ser probado en el respectivo proceso judicial.

El *tipo subjetivo* se satisface con el dolo directo, que se cumplimenta con un elemento subjetivo del tipo adicional (finalidad sexual) que se suma al dolo propio del delito, lo que hace que la infracción se convierta en un tipo subjetivamente configurado que, a diferencia del texto argentino, es un delito mutilado de dos actos <sup>14</sup>.

Por último, el art. 183 bis establece un *subtipo agravado* –ausente en el texto argentino– para aquellos supuestos en los que “el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”, elementos típicos que podrían provocar una lesión al principio *nos bin in ídem*, especialmente cuando el autor emplea el engaño para contactar al menor, medio que es, por lo general (aunque no indispensable), consustancial a este tipo de delitos.

La infracción prevé una pena alternativa, prisión o multa pero, además, hay que tener en cuenta que también le será impuesta a los condenados por alguno de estos delitos una medida de libertad vigilada, de acuerdo a una escala temporal conforme a la gravedad

---

<sup>14</sup> Los delitos “mutilados de dos actos” –en palabras de Polaino Navarrete– son delitos intencionales en los que una acción dolosa (o acción básica) es realizada por el sujeto activo como *medio ejecutivo* para una ulterior *actuación del propio autor*, que es el *fin subjetivo* que pretende alcanzar (destacado del autor), conf. Polaino Navarrete Miguel, Derecho penal, parte general, Tomo II, Vol.I, Teoría Jurídica del Delito, pag. 534, Bosch Barcelona, 2000.



del delito cometido, y que será aplicable después de ejecutada la pena privativa de libertad (art. 192 y 106, CP) <sup>15</sup>.

#### ***IV. El grooming en el Código penal argentino***

El delito de *grooming* fue introducido al Código penal argentino por la Ley N° 26.904 de 2013, en el art. 131<sup>16</sup>.

Este artículo, a diferencia del tipo penal descrito en el código penal español que acabamos de analizar, recoge un delito de peligro abstracto para el bien jurídico protegido, en tanto sólo exige para su perfección típica que el autor “contacte” (nada más que eso) a una “persona menor de edad” (que es aquella que tiene, al momento del hecho, menos de dieciocho años de edad), con una finalidad determinada: “cometer cualquier delito contra la integridad sexual” (arts. 119 a 131 CP), habida cuenta que dicha conducta es punible

---

<sup>15</sup> Ampliamente, GUTIÉRREZ ROMERO Francisco Manuel, El tratamiento de los delitos sexuales en la nueva reforma del Código Penal: especial referencia a la libertad vigilada , Diario La Ley, N° 7909, Sección Tribuna, Año XXXIII, Editorial LA LEY, 2012.

<sup>16</sup> En un episodio ocurrido en 2009, un ciudadano de nombre Pedro Fadelli, de 35 años de edad, comerciante en la ciudad de Cipolletti (Río Negro), a través de la red Internet se hizo pasar por un joven de 14 años y, mediante engaños, mantuvo conversaciones de contenido sexual con una menor de 13 años, llegando, inclusive, a exhibirse por la cámara web mientras se masturbaba; fue condenado en 2012 a la pena de un año de prisión por el delito de exhibiciones obscenas (única figura penal existente al momento del hecho, que podía comprender este tipo de conductas), resultando el disparador de la reforma penal de 2013.

aun cuando ni siquiera pudiera poner en peligro de lesión la intangibilidad del bien jurídico protegido, circunstancia que, seguramente, habrá de colocar nuevamente en la mesa de debate la problemática de los delitos de peligro abstracto y su probable contradicción con el principio de ofensividad.

Vale decir, 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 posteriores 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.

La normativa, al igual que la española –como dijimos- podría ser discutida por una probable afectación a los principios de taxatividad o de ofensividad en materia penal. No obstante, dogmáticamente se pueden formular algunas consideraciones sobre el delito en cuestión, en sus tipos objetivo y subjetivo, no sin antes

intentar determinar el interés o bien jurídico que compromete este tipo delictivo.

Desde el punto de vista político criminal, no resulta fácil determinar cuál es el *bien jurídico protegido* por este delito, si tenemos presente la exigencias que derivan del principio de mínima intervención, que limita la respuesta penal a los casos de mayor capacidad lesiva para el interés protegido, de manera de evitar –por un excesiva punición- una violación al principio de proporcionalidad.

La controversia suscitada en el campo doctrinal -para quienes consideran que estas conductas comprometen un bien jurídico-, permite distinguir tres grupos de opiniones <sup>17</sup>: para algunos, el delito es pluriofensivo, pues afecta dos bienes jurídicos, la indemnidad sexual del menor que es víctima de la agresión sexual (bien jurídico individual) y la seguridad de la infancia en la utilización de las TIC (bien jurídico colectivo) <sup>18</sup>; para otros, el delito lesiona un solo bien

---

<sup>17</sup> Conf. Rodríguez Vázquez Virgilio, El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-06, 2014.

<sup>18</sup> Conf. González Tascón María Marta, “El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC”, Estudios Penales y Criminológicos, vol. 31, pag. 241 y sig., 2011. En un mismo sentido, Dolz Lago Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito de child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, N° 7575, Sección Doctrina, 23/2/2011, año XXXII, Editorial La Ley, España, 2011, quien considera que, dado que el tipo penal se refiere a contactar con un menor de trece años, podría concluirse que el bien jurídico protegido tiene un doble carácter: el individual, en relación con este menor, y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger contra los pederastas. En un trabajo anterior, este autor ya consideraba positiva la reforma, desde la perspectiva del endurecimiento de las penas, ya que será (la ley) un instrumento preventivo de gran eficacia ahondando en la prevención general ante estos delitos y en la prevención especial frente a los pederastas. Al incorporar la

jurídico, ya sea el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor<sup>19</sup>; la intangibilidad sexual<sup>20</sup>, o bien el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad<sup>21</sup>; finalmente, un último grupo de autores, al parecer mayoritario, entiende que este delito protege únicamente la indemnidad sexual de los menores, doctrina que 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<sup>22</sup>.

---

técnica del concurso real entre el delito de peligro y de resultado en el nuevo art. 183 bis P, permitirá profundizar en la tendencia hacia la caracterización de la infancia y juventud como bienes jurídicos colectivos específicos, que necesitan de una mayor protección penal, a la vista de su reconocimiento internacional y constitucional (arts. 20.4 y 39.4 CE), con independencia del bien jurídico individual afectado (conf. Los delitos de pederastia, diario La Ley, N° 7534, Sección Doctrina, 23/12/2010, año XXXI, Editorial La Ley, España, 2010).

<sup>19</sup> VER CUGAT MAURI.... Y OTROS....

<sup>20</sup> Conf. Gómez Tomillo, Comentario al artículo 183 bis, en Comentarios al código penal, pag. 731, Lex Nova, Valladolid, 2010.

<sup>21</sup> Así, Pérez Ferrer Fátima, El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el código penal español (artículo 183 bis), Diario La Ley, N° 7915, Sección Doctrina, 4/9/2012, año XXXIII, Editorial La Ley, España, 2012, quien, al parecer, se pronuncia en el mismo sentido que la Exposición de Motivos de la Ley de reformas, ya que con la protección de tal bien jurídico –dice- se le evitaría al menor ser sometido a prácticas potencialmente perturbadoras que le impidan una adecuada educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de una auténtica libertad sexual del niño, capacidad de decidir libremente sobre sus preferencias en cuestiones relativas al sexo, al alcanzar la edad de trece años, cuando tenga o no que prestar su consentimiento en las relaciones sexuales que, eventualmente, pudiera tener. En este grupo habría que incluir a Ramos Vázquez José Antonio, en “El llamado delito de child grooming: consideraciones acerca del nuevo artículo 183 bis del código penal”, quien afirma que el bien jurídico estaría dado por el bienestar psíquico, desarrollo, proceso de formación y socialización de los menores de 13 años (disponible en Internet en..... , y Aboso Gustavo E., para quien el bien jurídico tutelado en el art. 131 del CP argentino es el normal desarrollo psico-biológico sexual de los menores de dieciocho años (conf. “El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales. Análisis del código penal argentino y del Estatuto da Crianca e do Adolescente brasileño”, en Derecho Penal –Delitos informáticos-, Año III, N° 7, pag. 7, Infojus, Bs.As., 2014.

<sup>22</sup> Conf. Sánchez Linde Mario, Delito de grooming: reflexiones sobre el bien jurídico protegido, disponible en penal.blog.lexnova.es, aunque también entiende que el legislador también ha pretendido “salvaguardar la tranquilidad psíquica del menor”, perturbada por la actitud acechante del acosador que le provoca el verse vigilado, así como el “sufrimiento psíquico” de sentirse como un objeto para la satisfacción sexual de otro (destacada nuestro). Ver, asimismo, Tamarit Sumalla Josep María, Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis), , en La Reforma Penal de 2010. Análisis y

Hicimos una advertencia inicial al tratar muy resumidamente este tema, pues se escuchan voces en doctrina que entienden que este delito no compromete ningún bien jurídico y que su inclusión al Código penal ha sido innecesaria pues, no existen estadísticas que permitan aseverar a ciencia cierta, como dato criminológico, que menores de trece años sean contactados por Internet y acepten el encuentro que se les propone, o bien si se trata de una respuesta a un problema real de la sociedad o es más bien un problema que existe en el imaginario colectivo<sup>23</sup>. En esta dirección, se dice que el

---

comentarios (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag. 172, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010. Sostiene esta tesis también Rodríguez Vázquez Virgilio, El embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las tecnologías de la información y la comunicación. Estudio del actual art. 183 bis y del art. 183 ter del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 16-06, 2014.

<sup>23</sup> Señala estos cuestionamientos, Ramos Vázquez José Antonio, El nuevo delito de ciberacoso de menores...” cit., La Ley N° 7746, 29/11/2011. En su trabajo “ Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)”, este autor señala que fue en la década de los noventa del siglo pasado cuando emergió con fuerza en el imaginario social y jurídico de los Estados Unidos la figura del *sexual predator*, esto es, del delincuente sexual entendido como «depredador», como un ser ávido de conseguir nuevas presas y dominado por una suerte de sed insaciable. Más aún, en la línea de la definición que la RAE nos ofrece de depredar («dicho de un animal, cazar a otros de distinta especie para su subsistencia»), se le llega a considerar como una categoría antropológica de suyo, como un otro respecto de los ciudadanos normales (o, incluso, respecto del resto de delincuentes, sexuales o no); la pedofilia –dice– es el nuevo imperio del mal en la imaginación cotidiana: ahora que el comunismo ha sido debilitado, parece ocupar un similar estatus metafísico como el mal de todos los males. Tal es la situación en Estados Unidos, donde esta temática se ha convertido no sólo en uno de los grandes *moral panics*, sino en una auténtica «adicción cultural», esto es, el miedo, pánico o fobia a conductas consideradas inmorales... Es en este mundo de profundos miedos, incomodidades y ansiedades donde surge la figura retórica del *sexual predator* y, en la lucha frente a él, la idea de excepción (que aquí podemos entender como la «eliminación de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón no sean integrables en el sistema político» viene a cumplir una doble función: de un lado, estabiliza y cohesionan y, de otro, victimiza como forma de inclusión, esto es, se entiende la victimización infantil como un nuevo tipo de ciudadanía, «un emblema de los mayores daños e inseguridades” (conf. en Revista de Derecho penal y Criminología, 1132-9955, N° 8, 2012 , págs. 195-227, disponible en Dialnet.unirioja.es)

En opinión de Núñez Fernández este delito no llega a poner en peligro, de ninguna forma, ni la libertad ni la indemnidad sexual de los menores, pudiendo terminar limitando de forma ilegítima el derecho de los menores de trece años y de los menores adolescentes a compartir su intimidad sexual a través de las nuevas

adelantamiento de las barreras de protección, puniendo meros actos preparatorios, implica la aparición de un delito de peligro abstracto o incluso de sospecha<sup>24</sup>, que supone la quiebra del principio de lesividad, con el que se castigan las meras intenciones, marco en el cual difícilmente se pueda argumentar la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos a menores<sup>25</sup>.

De acuerdo a la ubicación que el legislador ha elegido para esta infracción (art. 131, Título III, Libro II, CP), surge con clara evidencia que lo que se intenta proteger es la libertad sexual de menores de edad, esto es, el derecho que tiene toda persona que no ha cumplido los dieciocho años de edad, de ejercer libremente su opción sexual (derecho de autodeterminación sexual).

Recordemos que es el propio Código penal el que pone el límite de trece años como piso para prestar válidamente el consentimiento

---

tecnologías, lo que en definitiva forma parte de ese espontáneo desarrollo de su personalidad en el ámbito sexual; en el entorno en el que nos encontramos, con un entorno mediático muy sexualizado y en el que el sexo se ha convertido en un sinónimo de éxito, es lógico que se produzca de forma cada vez más adelantada el despertar sexual de los menores y adolescentes; por ello considera que hay una gran hipocresía social reflejada en la actuación del legislador ya que, por un lado permitimos la sexualidad del entorno mediático que rodea a los menores pero al tiempo demonizamos su sexualidad (conf. Núñez Fernández José, Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012 y 1013, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N° 65, pag. 213, 2013. Se manifiesta en contra de la criminalización de este delito, Orts Berenguer...

<sup>24</sup> Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, pag. 240, Valencia, 2010.

<sup>25</sup> Conf. en este sentido, Ramos Vázquez José Antonio, El nuevo delito de ciberacoso de menores...” cit., La Ley N° 7746, 29/11/2011, para quien el art. 183 bis CP español, que castiga este delito, es innecesario, meramente simbólico, contradictorio, obsesivamente centrado en intenciones, vulnerador del principio de lesividad y muestra de Derecho penal de autor, razones todas ellas más que suficientes –dice este jurista– para lamentarnos por su introducción a nuestro código penal. Entiende también que el delito de grooming se orienta hacia un derecho penal de autor, Mendoza Calderón Silvia, El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting, pags. 164 y sig., Tirant Monografías, N° 868, Valencia, 2013

en materia sexual (art. 119 CP), lo cual significa que, a partir de dicha edad, se presume, normativamente (presunción *iuris tantum*), que el niño tiene capacidad para decidir y ejercer libremente sus preferencias sexuales. Por debajo de los trece años, al menor le está vedado, en forma absoluta, realizar acto alguno de naturaleza sexual, prohibición que, por una decisión legislativa, lo incapacita para vincularse y desarrollarse sexualmente con otras personas.

Desde 1921, fecha de la sanción del Código penal, hasta 1999, fecha de la sanción de la Ley N° 25.087, la prohibición del contacto sexual estaba dirigida a los menores de doce años, pues así lo había decidido el legislador; pero, a partir de ésta ley de reformas de 1999, nuevamente por una decisión del legislador, en vez de bajar la edad de iniciación sexual de los menores, se la aumentó estableciéndose el límite mínimo a los trece años, pero que, por diversas razones, pese a concederles libertad sexual a partir de esa edad, tampoco se trató de una licencia de carácter absoluta, por cuanto fue sometida a un severo control estatal basado en la idea –pronóstico de difícil comprobación, por cierto-, de que la sexualidad con otras personas (con excepción de la practicada individualmente) redundaría en daño o perjuicio para su formación o desarrollo de su personalidad futura.

Esta difusa asignación de la libertad sexual a los menores que han cumplido los trece años –que, por ello, han alcanzado la edad del consentimiento sexual-, se torna aun más borrosa debido a las

limitaciones que el propio Estado (que es el mentor de su libertad sexual) les impone en sus relaciones sexuales con adultos al tipificar como delito ciertos comportamientos de naturaleza sexual, como por ejemplo, algunas modalidades de abuso sexual, el estupro, algunos delitos relacionados con la prostitución y con la pornografía, etc., por no haber cumplido aun los dieciocho años de edad. Por lo tanto, el ya referido derecho a la autoderminación sexual de los menores de dieciocho años, no es más que una ficción normativa orientada a fijar un diferente tratamiento punitivo en razón de la edad del menor, lo cual implica, en los hechos, de un lado una prohibición o limitación de ejercicio del derecho que, por otro lado, se les otorga, castigando conductas que serían atípicas si fueran ejecutadas por adultos<sup>26</sup>

Dado que el tipo hace referencia a menores de edad, como antes se dijo, alguna doctrina –analizando la figura del derecho español, que tipifica el contacto con un menor de trece años-, ha entendido que el bien jurídico asume en este hipótesis un doble carácter: el individual, en relación con el menor, y el supraindividual, en relación con la protección de la infancia, ya que estas conductas no pueden considerarse aisladas y solo en relación con un menor

---

<sup>26</sup> Conf. Álvarez García Francisco Javier y Ventura Puschell Arturo, Derecho penal español, parte especial, 2da. ed., pag. 586, Valencia, 2011.



concreto, sino contra la infancia en general, a la que hay que proteger frente a este tipo de comportamientos<sup>27</sup>.

La redacción que impuso el legislador argentino al art. 131 CP, se aparta del texto de la Directiva 2011/93/UE –lo cual permite inferir que no se la tuvo como antecedente en las discusiones parlamentarias-, que establece la obligación de los Estados miembros de tipificar como delito el “embaucamiento de menores con fines sexuales por medio de las redes sociales y salas de *chat* en línea”<sup>28</sup>, figura que revela con suficiente claridad, el tenor de la conducta que se debe castigar a través de este tipo de infracciones: el engaño o fraude de que es víctima una persona menor que aun no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual. Sin embargo, veremos

---

<sup>27</sup> Con esta idea, Dolz Lago Manuel-Jesús, Un acercamiento al nuevo delito child grooming. Entre los delitos de pederastia, Diario La Ley, N° 7575, Sección Doctrina, 23/2/2011, año XXXII, Editorial La Ley, España.

<sup>28</sup> La DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, expresa en el Considerando 19 que “El embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad. Al mismo tiempo, los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación. Se exhorta a los Estados miembros a que tipifiquen como delito la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con el delincuente con fines sexuales se desarrolla en presencia o cerca del menor, por ejemplo en forma de delito preparatorio especial, tentativa de las infracciones contempladas en la presente Directiva o como una forma especial de abuso sexual. Independientemente de la solución jurídica por la que se opte a la hora de tipificar como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deben velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos”.

El art. 6.1. de la Directiva 2011/93/UE, establece que “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el art. 3, apartado 4, y en el art. 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.

con mayores detalles más adelante, que el legislador argentino no ha seguido esta propuesta de criminalización, pues ninguna relevancia le ha otorgado al engaño como eventual medio comisivo de delito.

No compartimos la idea de que el bien jurídico en este tipo de delitos sea la protección de un bien jurídico supraindividual, esto es, la infancia en general, por cuanto, por un lado, de ser así, todos los delitos que involucran a menores de edad como sujetos pasivos deberían orientarse hacia la protección de tal bien jurídico; por otro lado, teniendo en cuenta la descripción típica, el delito no consiste en “contactar a menores”, en general, esto es, a una “colectividad de personas de una determinada franja etaria”, sino en contactar a un concreto menor de edad, cuyo contacto ya perfecciona el delito, sin que sea indispensable típicamente a los efectos consumativos, que el autor establezca contacto con una cantidad determinada (o determinable) de menores, circunstancia que se tornaría necesaria si el bien jurídico fuera de naturaleza colectiva o difusa y no individual; por último, dicha categorización no podría predicarse en el derecho argentino por cuanto el legislador ha trazado un límite etario del sujeto pasivo en los dieciocho años, etapa de la vida en la que el menor de edad ha dejado de ser un infante para pasar a ser un niño o adolescente, con plena capacidad para decidir libremente sobre sus preferencias en materia sexual.

El delito de *grooming* no es un delito informático, sino que es un delito sexual, que se singulariza y diferencia de otros fenómenos que ponen en peligro o lesionan la intimidad sexual de personas menores de edad (por ejemplo otras formas de acoso, como el...), simplemente porque el autor hace uso de un medio informático o telemático para lograr sus objetivos sexuales.

Además, el fundamento de la incriminación no reside en la tutela del sistema informático o telemático –que es sólo un instrumento para lograr ciertas y determinadas finalidades- sino en el bien jurídico que se ha tenido en mira al incluir este delito entre los que atentan contra la integridad sexual, esto es, el hecho de que sus víctimas potenciales pertenecen a una franja etaria considerada necesitada de protección penal, por cuanto en dicha etapa de la vida del ser humano se encuentra –por decirlo de algún modo- en un grupo de riesgo fácilmente vulnerable, situación que es aprovechada por pedófilos y pervertidos sexuales para lograr sus finalidades eróticas. De allí, que entendamos que el bien jurídico protegido sea la libertad sexual del menor, aun cuando a la fecha de la consumación del delito no haya cumplido los trece años de edad<sup>29</sup>.

### ***a) Tipo objetivo***

---

<sup>29</sup> Véase nuestra opinión sobre el bien jurídico en los delitos sexuales, en Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, T.1, pags. 367 y sig., Editorial Astrea, Bs. As., 2009.

La *acción* típica se describe como una conducta activa, consistente en “contactar” (comunicarse, relacionarse, conectarse, establecer contacto, etc.), a un menor de edad para, ulteriormente tener o mantener con él una relación sexual, de las que están previstas en el Título III del Código penal.

Con arreglo a la interpretación literal de la acción típica, se torna necesario que el autor establezca un contacto con el menor, esto es, que el menor reciba la comunicación, tome conocimiento de ella, pudiendo –inclusive- responder al contacto, pero que -comportamiento este último- no resulta exigible típicamente. Ni siquiera es relevante a los fines consumativos que se produzca un encuentro personal ulterior entre el agresor y su víctima, ni que se lleve a cabo entre ambos una relación de naturaleza sexual, menos aún que la víctima acepte algún tipo de propuesta sugerida por el agresor; de acuerdo a los términos previstos en el art. 131, es suficiente para la perfección típica la mera realización de la acción de contactarse con el menor, con una finalidad sexual, pero sin ulteriores resultados.

La norma no aclara si el contacto debe ser “el primer contacto” o si es posible que los sujetos activo y pasivo hayan tenido un contacto personal previo y, posteriormente, se produzca el contacto entre ellos a través de los medios tecnológicos. Una

primera mirada del texto legal, permitiría concluir que la cuestión no tiene demasiada importancia, ya que lo que realmente interesa a los fines penales es que se haya producido un contacto entre dos personas, a través de ciertos dispositivos electrónicos, y una de ellas sea un menor de edad, con miras a mantener una relación sexual ulterior; pero, si analizamos la figura desde el prisma del engaño o el fraude que presupone el anonimato del autor, no parece que el ejemplo anterior deba ser punible, pues la integridad sexual del menor, frente a este tipo de situaciones, no corre ningún peligro debido, precisamente, a que conoce la identidad de quien lo está contactando. Y si a ello sumamos que, entre los trece y los dieciocho años de edad, el menor tiene la libre disposición de su sexualidad, entonces la cuestión se puede tornar aún más problemática. No obstante, hay que destacar que el art. 131 no sólo no exige el anonimato del autor, ni que éste haya obrado mediante engaño u otro medio fraudulento, sino que tampoco reclama que se trate de un “primer” contacto, y mucho menos que sea el agresor quien lo lleve a cabo, pues bien puede tratarse de un contacto originado por el propio menor de edad y, a partir de ese momento, continúe el proceso de *grooming* hasta su total finalización, en cuyo caso también sería de dudosa aplicación del tipo penal en examen.

Hubiera sido más conveniente a la hora de redactar la figura – para evitar planteos de inconstitucionalidad por eventuales lesiones a los principios de taxatividad, ofensividad y proporcionalidad-, que el legislador haya seguido las sugerencias de la Directiva 2011/92/UE y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por medio de la cual se exhorta a los Estados miembros a tipificar este tipo de infracciones a través del engaño, expresando que “El embaucamiento de menores con fines sexuales constituye una amenaza con características específicas en el contexto de Internet, ya que este medio ofrece un anonimato sin precedentes a los usuarios puesto que pueden ocultar su identidad y sus circunstancias personales, tales como la edad. Al mismo tiempo, los Estados miembros reconocen la importancia de luchar también contra el embaucamiento de menores al margen del contexto de Internet, especialmente cuando no tiene lugar recurriendo a las tecnologías de la información y la comunicación. Se exhorta a los Estados miembros a que tipifiquen como delito la conducta en la que el embaucamiento del menor para que se reúna con el delincuente con fines sexuales se desarrolla en presencia o cerca del menor, por ejemplo en forma de delito preparatorio especial, tentativa de las infracciones contempladas en la presente Directiva o como una forma especial de abuso sexual. Independientemente de la solución jurídica por

la que se opte a la hora de tipificar como delito el embaucamiento de menores sin recurrir a Internet, los Estados miembros deben velar por que se procese de alguna manera a los autores de tales delitos” (Considerando 19).

En resumidas cuentas, da toda la sensación de que el legislador ha penalizado una conducta inocua, neutra, con respecto a la probable afectación del bien jurídico integridad sexual, más aun si tenemos en cuenta –como antes ya se puso de relieve- que, si bien creemos como indispensable típicamente que el menor “recepte” la comunicación, tome contacto con el sujeto activo (lo cual no quiere decir que sea necesario que responda o acepte la propuesta o indicaciones del autor, ni que se produzca un contacto físico ulterior entre ambos), la prestación del consentimiento del sujeto pasivo, a partir de los trece años de edad, implicará la eliminación del delito, pues se estará ante una causal de atipicidad.

El art. 131 CP, entonces –según nuestra opinión- sólo podría resultar aplicable en dos situaciones: una, cuando el sujeto activo sea una persona adulta (mayor de edad, salvo el caso de menores comprendidos en el régimen de las leyes 22.178 y 22.803) y la víctima menor de trece años (presunción de ausencia de consentimiento); la otra situación se daría cuando el autor adulto contacte a un menor de dieciocho años de edad, pero mayor de

trece, que no ha prestado el consentimiento para el contacto (contacto sorpresivo) o lo haya hecho mediando engaño u otro medio fraudulento o coactivo. La mera comunicación vía Internet, en busca de víctimas menores, con fines sexuales, sin que un menor recepte el contacto, es una conducta neutral que no debe ser encuadrada en el art. 131 del Código penal. La naturaleza del delito como acto preparatorio de un ulterior delito sexual, descarta toda posibilidad de la tentativa. De otro modo, se estaría, no sólo castigando a las personas que accedan a sitios que contengan pornografía infantil, sin ánimo de distribución, pero con una finalidad sexual, sino que también se provocaría una indebida restricción o limitación del derecho de los menores, a partir de los trece años de edad, a mantener libremente un trato sexual con una persona de su preferencia<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Conf. Ribas Eduardo Ramón, *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, pags. 59 y sig., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, quien dice "...con el cumplimiento de los trece años cualquier persona (salvo que, lógicamente, fuese incapaz), alcanza la mayoría de edad sexual, por lo que podrá consentir todo tipo de relaciones de esta naturaleza, con independencia, por cierto, de quien fuere el sujeto con quien las mantuviere o de su edad. No son constitutivos de delito, por tanto, los comportamientos de naturaleza sexual mantenidos por adultos con quienes, a efectos civiles, aún son menores de edad por no haber alcanzado los dieciocho años pero cumplieron ya los trece. El cumplimiento de los trece años marca el inicio de la mayoría de edad sexual, por lo tanto resulta lícita, en la medida en que sea consentida, cualquier actividad o relación sexual, sin exclusión, siquiera, en principio, de las relaciones incestuosas. Si el menor tiene más de trece años y no se le causa un perjuicio en la evolución o desarrollo de sus personalidades, la conducta es atípica. Y no está demás advertir que no debiera presumirse que cualquier relación sexual de un menor con un adulto es inevitablemente perjudicial para aquél". En una misma dirección, Orts Berenguer Enrique señala que "ni siquiera a los menores de trece años cabe negar toda capacidad para comprender el significado de su comportamiento, pues pueden conocer muy bien el significado de una acción sexual y sus posibles consecuencias. El Derecho penal no entra en parajes tan difíciles de explorar, y simplemente presupone que por debajo de determinadas edades el nivel de madurez de una persona es insuficiente para desenvolverse autónomamente en el campo de la sexualidad, y que esa persona puede ser manipulada con facilidad por un adulto. Y por eso se le otorga una especial tutela penal" (conf. *Derecho penal, parte especial*, pags. 214 y sig., Valencia, 2010)



En cuanto a los *sujetos del delito*, del propio texto legal se infiere que se trata de un tipo penal común, de titularidad indiferenciada, que puede ser cometido por cualquier persona, sin que se requiera en el autor cualidades o condiciones especiales.

Teniendo en cuenta que la redacción del precepto no realiza ninguna distinción en términos de autoría, el delito puede ser cometido por una persona adulta o por un menor de edad comprendido entre los 16 y 18 años (imputabilidad eventual o atenuada), debiéndose aplicar, en este caso, las medidas previstas en el régimen penal de la minoridad (art. 2, Ley N° 22.278 y reforma de la Ley N° 22.803).

En lo que respecta al sujeto pasivo, debe tratarse de un menor de edad, sin que se requieran diferencias etarias específicas, como ha sucedido, por ejemplo, con el derecho español (que hace alusión a un menor de trece años), debiéndose entender que la norma está haciendo referencia a menores de dieciocho años, que es el límite de la mayoría de edad en nuestro país (art. 2, Convención Internacional de los Derechos del Niño y art. 126 CC, Ley N° 26.579). El texto no incluye a los “incapaces”, omisión que podría dar lugar a planteos de constitucionalidad por violación del 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, pero más por menores que por incapaces.

En cuanto a los *medios* comisivos, el art. 131 limita su ámbito de aplicación a los medios electrónicos, de telecomunicaciones y/o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. Si bien se trata de una fórmula abierta en cuanto a los medios comisivos, ya que admite la utilización de “cualquier otra tecnología de transmisión de datos” (páginasWeb, redes P2P, PEER to PEER, e-mail, Chat, Messenger, Blogs, tecnología celular o telefónica, etc.)<sup>31</sup>, no quedan incluidos otros medios de comunicación que también pueden ser empleados por el agresor para captar a sus víctimas, como por ejemplo, las cartas, esquelas, contactos personales “cara a cara” con el menor, etc.

### ***b) Tipo subjetivo***

El delito de *grooming* es un delito doloso, que admite sólo el dolo directo, pero, por tratarse de un delito de tendencia, la norma demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo (como elemento adicional al dolo) consistente en el propósito o finalidad de cometer, ulteriormente, un delito sexual en perjuicio del menor de

---

<sup>31</sup> Conf. con mayores detalles estos medios de comunicación electrónica en Villén Sotomayor Marta, La Red y su evolución y utilización para actividades ilícitas, en Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías, ¿Cómo impedir su impunidad?, Cuadernos de Derecho Judicial, III- 2006, pags. 13 y sig., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

edad. La inexistencia de este singular elemento subjetivo conlleva la atipicidad de la conducta. No existe el delito de *grooming* en sí mismo, sino sólo y en cuanto el autor persiga un propósito de índole sexual.

Dicha actividad finalística debe estar referida –conforme al texto del art. 131- a “cualquier delito contra la integridad sexual”, que son aquellos que están previstos en el Título III, del Libro II, del Código penal. Ahora bien, el tenor de la ley nos moviliza a preguntarnos ¿es posible perseguir la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el Título III, o la idea está acotada a sólo algunos de ellos?; si nos atenemos al texto de la norma en estado puro, se puede observar que la remisión es lo suficientemente amplia como para abarcar la generalidad de las conductas descritas en el Título III, y, al no prever ninguna distinción entre estos delitos, la conclusión debería ser que quedan comprendidos todos los delitos allí contemplados. Sin embargo, algunas figuras suscitan dudas que deben ser aclaradas, por ejemplo, la modalidad de raptó prevista en el art.130, seg. párr., Código penal, en cuanto requiere que el sujeto pasivo sea un menor de dieciséis años, que ha prestado su consentimiento para las conductas descritas en el tipo y, consecuentemente, para el eventual acto sexual que lleve a cabo con el autor. Idéntica reflexión cabe formular respecto de la figura prevista en el art.125 CP, que regula un supuesto de ejercicio voluntario de la prostitución de una persona

mayor de dieciocho años, al igual que la figura contemplada en el art. 127 CP, que castiga un caso de explotación de la prostitución ajena, de una persona mayor de edad, que ha prestado su consentimiento para ello. Por lo tanto, resulta más que dudosa la comisión del delito del art. 131 CP en estas hipótesis, por lo que habría que proponer una interpretación restrictiva que evite el riesgo de penalización de situaciones en las que, el sujeto pasivo, mayor de edad, se presta voluntariamente a cualquiera de las conductas previstas como delito en el Título III del Código penal <sup>32</sup>.

El error sobre la edad de la víctima, configura un error de tipo que tiene como consecuencia la impunidad de la conducta.

El delito se *consume* cuando se logra el contacto con el menor de edad, con prescindencia de que se hayan materializado los actos sexuales tenidos en mira por el autor <sup>33</sup>. El simple contacto con el

---

<sup>32</sup> En un mismo sentido, Tamarit Sumalla Josep María, Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (arts. 178, 180, 181, 183, 183 bis), en La Reforma Penal de 2010. Análisis y Comentarios (Dir.: Gonzalo Quintero Olivares), pag. 172, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010.

<sup>33</sup> La postura de Aboso suscita dudas. Dice este autor que el comportamiento se consume cuando el autor determina a la víctima menor de edad a realizar los actos de naturaleza sexual (El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales, cit., pags. 16 y sig.). Creemos que esta opinión lleva a un estadio más (da un paso más) el momento consumativo del delito. Si debemos entender “determinar a otro” como hacer nacer la idea o la decisión en el menor de, en este caso, llevar adelante el acto sexual (postura que coincide con la 5ta. acepción del Diccionario de la Lengua: “hacer que uno tome una resolución”), estaríamos fijando la consumación de delito en un momento extremadamente difícil de verificar, ya que, por un lado no se podría saber a ciencia cierta cuándo nació la idea o resolución en el menor de realizar el acto sexual, y por otro lado, si en el caso dicha idea o decisión no fue tomada por el menor, el hecho debería quedar en grado de tentativa (categoría que parece admitir este autor, ver pag. 17), solución que chocaría de frente con las características de los delitos de peligro abstracto (y de los actos preparatorios). Determinar a otro –según nos parece- no significa lo mismo que establecer contacto con otro, que es la conducta exigida por el art. 131 CP. La tesis de Aboso no sólo lleva la cuestión mucho más allá del mero contacto con fines sexuales, sino que focaliza el momento consumativo en la conducta (lo que hace la...) de la víctima y no en la conducta del autor.

menor sin perseguir el logro de un acto sexual, ni siquiera cuando se falsearen datos o imágenes personales o se persiga una finalidad distinta (por ej. molestar, humillar, ánimo de venganza o lúdico, etc.), no configura el delito que estamos analizando. Tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, la tentativa no parece admisible.

En cuanto a la *escala penal* prevista en el art. 131 CP (seis meses a cuatro años de prisión), se debe reconocer su probable impacto con el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la comparación con la pena prevista para el delito de abuso sexual consumado del primer párrafo del art. 119 CP, que es de idéntica cuantía.

El delito –como antes se vio- se perfecciona con independencia de la consumación del delito sexual tenido en mira por el autor, ni siquiera exige la concreción de un contacto físico entre los sujetos activo y pasivo, por lo que debería prever una pena inferior a la del delito sexual consumado.

La figura no tiene agravantes de ninguna naturaleza, circunstancia que implica, según nuestra opinión, una omisión legislativa de vital importancia, pues, si de lo que se trata es de imprimir mayor protección a menores de edad, no parece que se deba castigar con la misma cantidad de pena a un menor de trece años que a un menor de dieciocho. Tal vez hubiera sido técnicamente más correcto, tipificar

una figura cuyo eje central girara alrededor del fraude, en especial en aquellos casos de menores de dieciocho años pero mayores de trece (por la cuestión del consentimiento) y prever un tipo agravado para cuando la víctima fuera un menor de trece años.