

Aspectos dogmáticos del *grooming* legislado en Argentina

por GUSTAVO E. L. GARIBALDI⁽¹⁾

I | Introducción

En el presente me propongo enumerar algunas de las recomendaciones que la Asociación Internacional de Derecho Penal —en adelante, AIDP— formula para legislar delitos vinculados a las tecnologías de la comunicación, tanto en sus aspectos dogmáticos como de técnica legislativa y respuesta punitiva. Luego, analizaré la ley argentina en cuanto a la figura que prohíbe bajo amenaza de pena contactar a menores de edad a través de ciertos medios con el propósito de cometer algún delito contra su integridad sexual. También mostraré los problemas dogmáticos que presenta la regulación, así como notables diferencias con otras legislaciones que contemplan análoga cuestión.

Finalmente, argumentaré que el art. 131 CP, conforme el texto ordenado por la ley 26.904 (BO 11/12/2013), no cumple con los estándares recomendados y que no es compatible con premisas de orden constitucional sin un relevante esfuerzo de interpretación.

.....
(1) Doctor de la UBA en el Área de Derecho Penal. Profesor Regular de Derecho Penal y Procesal Penal de la UBA. Profesor de la Maestría en Derecho de la Universidad de Palermo. Profesor Invitado de la Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil). Juez en lo Criminal de un Tribunal de San Martín, Provincia de Bs. As.

2 | Recomendaciones de la AIDP

Las recomendaciones de la AIDP que me interesa puntualizar se pueden sintetizar del siguiente modo:

- Los delitos, en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y el ciberespacio, deben ser **definidos por la ley**.
- La ley debe emplear términos que **definan la conducta prohibida de la manera más precisa posible**.
- Son **legítimas** las leyes que deciden **penalizar actos preparatorios** (de ataques a intereses relativos a las TIC y al ciberespacio) siempre **que creen un riesgo de causar un daño o peligro concreto** a intereses protegidos de otros.
- Cuando se castiguen los actos preparatorios **la pena debería ser menor**.
- Si un Estado decide criminalizar la **conducta de hacerse pasar por personas inexistentes** debe limitarse a los actos cometidos **con la intención de causar daño**.
- Se pone especial **énfasis** en conductas vinculadas a la **pornografía infantil**, aunque también en ese caso se establece alguna clase de **límite**, puntualizando el caso en que se implican niños reales.

3 | Especie de delito sancionado en Argentina mediante la ley 26.904

El art. 131 CP, texto vigente desde los últimos días del 2013, dice: “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”.

En el 2008, Argentina sancionó la ley 26.388 y adaptó su legislación al “Convenio sobre Cibercriminalidad” realizado en Budapest en el año 2001. Luego, adhirió al mencionado Convenio. En el ámbito de la Unión Europea fue surgiendo también interés en la incorporación de otros tipos legales y es en ese marco que se puede mencionar el *grooming*.

El vocablo inglés *groom* se refiere a preparación o acicalamiento de algo. En la pedofilia, se asocia con acciones que tienen por objeto socavar mo-

ral o psicológicamente a un niño para conseguir su control emocional y luego, su abuso sexual.⁽²⁾

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.⁽³⁾

La simple lectura de la ley argentina permite advertir que **las comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones y tecnologías de transmisión de datos son la modalidad prevista de comisión del delito**. Quien se contacta **personalmente** con un menor con el mismo propósito no realiza una conducta típica.

La informática y otros medios de comunicación a distancia son así: el medio comisivo de una conducta que no tiende a la afectación de datos o información automatizada (delitos informáticos propios) y que tampoco es el medio para la comisión de otro delito no se adecua a la clasificación, porque el delito se puede cometer únicamente a través de los medios que enumera la ley; el medio define la conducta criminal.

4 | El comienzo de ejecución de los delitos informáticos

Son suficientemente conocidas dentro de la teoría de la tentativa las cuatro etapas que se distinguen: **ideación, preparación, tentativa y consumación**. El punto clave de ese camino que delimita lo punible es el llamado

(2) Ver RIQUERT, M., *Código Penal Comentado de Acceso Libre*, Asociación Pensamiento Penal, [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar>

(3) Así, 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 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 Direito 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.

comienzo de ejecución. Se trata de un principio garantista, recibido en gran número de códigos penales que lo mantienen. Dado que la tentativa solo existe cuando se comienza la ejecución del delito queda excluida la fase de **deliberación interna** y se consideran punibles como tentativa únicamente los **actos externos**.⁽⁴⁾

Del principio de ejecución también es posible extraer que no todos los actos externos pueden ser considerados tentativa. Esa fase de la conducta punible se reserva a aquellos dirigidos a la realización del delito. De esta manera, los actos preparatorios son impunes, a menos que el legislador determine lo contrario. En todo caso, se trata de excepciones al principio general de impunidad de la preparación.⁽⁵⁾

Las ideas de la Revolución Francesa aplicadas a esta cuestión revelan la constante preocupación del liberalismo por defender al individuo frente al poder del Estado; una distinción entre **Moral y Derecho**, que mantiene a la moral en la esfera interna del individuo y reserva el derecho a los actos exteriores, encaminados a la realización delictiva. También exige limitar la punición de actos ejecutivos a aquellos más próximos a la consumación del delito, excluyendo los que por su lejanía pudiesen dar lugar a la arbitrariedad e inseguridad jurídica.⁽⁶⁾

La garantía se consolidó en Alemania en la primera mitad del siglo XIX, reemplazando —al menos parcialmente— la base que representaba la *Constitutio Criminalis Carolina*, hija de los juristas italianos de la Edad Media y sus fuentes romanas. Hasta entonces, se había considerado tentativa toda manifestación exteriorizada de voluntad, dirigida a la realización del delito, y luego se consideraban punibles las acciones preparatorias. Exteriorizar la voluntad delictiva ya era delictivo: Köstlin, por ejemplo, reprochaba a Mittermaier haberse dejado seducir por el derecho francés.⁽⁷⁾

.....

(4) Ver FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa del delito*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 138.

(5) FARRÉ TREPAT, E., *ibid.*, pp. 138/139.

(6) *Ibid.*, p. 140.

(7) *Ibid.*, p. 142.

El Código Penal argentino recibe el principio vinculado al de legalidad constitucional al definir la tentativa como realización de aquel que “con el fin de cometer un delito determinado *comienza su ejecución*, pero no lo consume por circunstancias ajenas a su voluntad...” (art. 42 CP).

Los **delitos informáticos propios** permiten distinguir fases. Es claro que no puede ser punida la **ideación** (*cogitationis poenam nemo patitur*);⁽⁸⁾ así, el problema remite a la etapa de preparación de un acceso no autorizado.

Tal **preparación** comienza con la recolección de información sobre el objeto del ataque. El agente traza un perfil del sistema de la víctima (*foot-print*), que le permitirá un ataque exitosamente dirigido.⁽⁹⁾ Dentro de la preparación, certifica luego los sistemas activos que se pueden alcanzar por Internet. Se trata de una fase de barrido que procura determinar las puertas de acceso y sistema operacional en uso.⁽¹⁰⁾ Evalúa así a la víctima y las probabilidades de éxito del ataque, de modo equiparable al merodeo e inteligencia previa de cualquier delito.

La última fase preparatoria es de enumeración y determinación de fragilidades de la víctima, que consiste en la identificación de las cuentas válidas de usuarios y de los recursos mal protegidos.⁽¹¹⁾ Luego, el descubrimiento de contraseñas o identificación de puntos débiles es simplemente cuestión de tiempo. El **comienzo de la ejecución** y la **consumación** requieren el **acceso** a los datos y su **lectura** o ejecución.⁽¹²⁾

Los **delitos informáticos improprios** comienzan su ejecución cuando tiene inicio la infracción respecto de la que el sistema informático es un medio. He mostrado que en el caso de la ley argentina solo a través de ciertos sistemas de comunicación (electrónico, telecomunicaciones u otra tecno-

(8) Ver Ulpiano, 18 Dig. 48, 19 (citado por H. Mayer en JZ, 1949, p. 174).

(9) Ver VIANNA, T., *op. cit.*, pp. 69/73 (v. gr. dominio, dirección IP, mecanismos y listas de control de acceso, nombres de usuarios). Rosende admite también la tentativa aplicable a delitos informáticos (ROSENDE, E., *Derecho Penal e Informática. Especial referencia a las amenazas lógicas informáticas*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2007, p. 308).

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*

logía de transmisión de datos) se puede dar inicio a un intento de **contacto** típico. Pero además, bastaría con comenzar a contactarse, una acción que solo la buena interpretación permitirá no alejar desmedidamente del efectivo contacto. En cualquier caso, resulta extraño y poco razonable.

De por sí es problemático especificar cuáles son las características definitivas de una figura legal donde intervienen elementos valorativos, así como también una descripción que sea análoga a la propia definición. Las acciones pueden describirse de distintas maneras, en atención a las propiedades empíricas que presentan e incluyen en la descripción. En cualquier caso, aparecerá el problema de la indeterminación del lenguaje natural.⁽¹³⁾

No se contacta ni se intenta contactar —en un sentido típico— sino quien lo hace con cierta desvalorada ultra-intención. Se contacta y lo intenta quien se contacta o intenta contactar, vale decir, quien establece o intenta establecer contacto o comunicación con un menor de edad.⁽¹⁴⁾

De esta manera: ¿intenta contactarse quien simplemente llama a quien no atiende por estar ocupado en ese momento?; ¿se contacta quien es atendido, pero no recibe respuesta?; ¿desiste voluntariamente quien no responde a quien atiende o en ese caso, ni se contacta, ni intenta contactarse?

Cualquier modalidad planificada de *grooming* incluye, probablemente, varias fases. Es razonable pensar en la generación de un lazo de amistad con el menor, frecuentemente, fingiendo ser un niño o una niña. Luego, la obtención de información del menor, preparando la fase de **afectación**. Una etapa que incluye la **seducción**, procurando conductas con significado sexual y quizá, finalmente, la **extorsión** para hacerse de pornografía o lograr contacto físico prohibido. Un complejo de conductas equiparable, en cierta forma, a la descripción realizada para los delitos informáticos en sentido estricto o propio, donde en todo caso **la seducción en busca de ciertas conductas se equipara al acceso a los datos en los delitos propiamente informáticos**.

Simplificado por una única acción consistente en **contactar** (por cierto medio y con cierta inconfesable finalidad), ni siquiera permite su adecuación

(13) Ver GUARINONI, R., *Derecho, lenguaje y lógica*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, p. 69.

(14) "Contactar: Establecer contacto o comunicación con alguien" (ver REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., 2001 [en línea], <http://www.rae.es/>)

a la especie de delito informático impropio. Se sanciona la realización de un acto que, cometido personalmente, sería preparatorio de alguna de las especies tradicionalmente legisladas para reprimir afectaciones contra la integridad sexual. Pero además, teniendo en cuenta sus orígenes, se legisla el *grooming* previendo su consumación, cuando no hay preparación ni acicalamiento ni acción alguna que tienda a socavar moral o psicológicamente al menor.

Chiara Díaz dice que en el art. 131 CP “se ubicó la figura de hacer proposiciones a niños con fines sexuales”,⁽¹⁵⁾ al considerarse insuficiente para la protección de niños y jóvenes la producción, ofrecimiento, difusión o posesión de pornografía infantil por medio de un sistema informático. Explica que se tuvieron en cuenta, especialmente, las facilidades para enmascarar identidades, crear otras y mantener el anonimato en redes sociales cibernéticas. Una tipificación poco precisa, a su juicio, conseguía márgenes de impunidad respecto de afectaciones a la integridad sexual de los menores que eran inicio al camino del acoso cibernético. Elogia así que, con auxilio de antecedentes extranjeros notables y la opinión de expertos en la materia, se haya adelantado la franja de punición para comportamientos anteriores a delitos más graves.⁽¹⁶⁾ Llama la atención el elogio.

La figura legislada no consiste en “hacer proposiciones a niños”, ya que por lo pronto no lo son todos los menores de 18 años. Además, **contactar con cierto propósito** no equivale a proponer.

Si algo cabe decir de la tipificación es que ahora estamos frente a una **específicamente** poco precisa descripción que no solo admite perseguir acciones ciertamente alejadas del acoso cibernético, sino también de cualquier afectación razonablemente delictiva de la integridad sexual.

Llama menos la atención cuando también se lee:

“... se ha logrado un producto legislativo idóneo para afrontar situaciones de desvirtuación de los sistemas informáticos con el objetivo preciso de incrementar la protección de niños y jó-

(15) CHIARA DÍAZ, C. A., “Incorporación del *grooming* al Código Penal Argentino” [en línea] eDial.com - CC37BB

(16) CHIARA DÍAZ, C. A., *ibid.*

venes, específicamente de las redes de trata y de pederastas inescrupulosos que hasta ahora han contado con facilidades para conseguirlo a fin de satisfacer sus propios vicios, lo que obviamente nos parece positivo”.⁽¹⁷⁾

Algo así como, “la ley es adecuada porque va a permitir perseguir a gente mala que hasta aquí, no podía ser perseguida”.

El fortalecimiento doctrinario de cualquier decisión o propuesta vinculada a la legislación represiva exige, primero, una legitimación positiva. Restar facilidades a los pederastas —escrupulosos o no— puede ser un objetivo deseable, pero la validación de la amenaza y la sanción penal exigen la configuración de una conducta que se esté facultado a prohibir, convirtiéndola en delito. Solo entonces podrá ser cometido por un infractor penal.

5 | Otras legislaciones: Chile y España⁽¹⁸⁾

A diferencia de la ley argentina, el **Código Penal de Chile** regula la cuestión en el art. 366 *quater* de modo bien diferente.⁽¹⁹⁾ Por de pronto, la regla general no incluye el uso de cierto medio de comunicación, sino que el empleo de cualquier medio electrónico se equipara con la realización personal. Así, se sancionan las siguientes conductas:

- Quien para procurar excitación sexual realiza acciones de significado sexual ante un menor de 14 años, lo hace ver o escuchar pornografía.
- Quien, para el mismo fin, determina al menor a realizar tales acciones.
- Quien lo hace con un menor de más de 14 años mediante amenazas.

.....
(17) *Ibid.*

(18) En el trabajo ya citado de Riquert se pueden consultar las legislaciones de Brasil y Perú, además de España (Ver RIQUERT, M., *op. cit.*, pp. 10/11).

(19) Art. 366 *quater*: “el que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, la pena será presidio menor en su grado máximo. Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas

Luego, prevé que las penas se aplicarán cuando tales conductas se cometan a distancia mediante el empleo de cualquier medio electrónico. Finalmente, la respuesta punitiva es más severa si se falsea la identidad o la edad.

También es posible puntualizar otras diferencias relevantes. Se establece la edad de 14 años para diferenciar la mayor o menor gravedad de las conductas prohibidas, exigiéndose la realización de amenazas en los casos de mayores de esa edad. Se especifica que las conductas prohibidas consisten en la propia realización de acciones de significado sexual ante el menor, la exhibición gráfica o auditiva de pornografía y la determinación para que el menor realice tales acciones. Se agrava la pena si se simula cierta edad o identidad.

Por su parte, el **Código Penal español** en el art. 183 *bis*⁽²⁰⁾ prevé una fórmula que, con una estructura inicialmente similar a la Argentina respecto de los medios de comisión, es ciertamente más compleja para caracterizar la conducta típica.

A través de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos y con el fin de cometer agresiones, abusos y ciertas exhibiciones sexuales, se exige: contactar a un menor de 13 años y proponerle concertar un encuentro, siempre que se acompañe la propuesta de actos materiales encaminados al acercamiento. Luego, califica la figura si se obtiene el acercamiento mediante coacción, intimidación o engaño.

De nuevo, las diferencias son evidentes. Contactar y proponer concertar un encuentro, acompañando la propuesta de actos dirigidos a lograr el

.....
descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del art. 361 o de las enumeradas en el art. 363" (ver ley 19.927, fecha publicación: 14/01/2004).

(20) Art. 183 *bis*: "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 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" (ref. BOE-A-1996-4943).

acercamiento es bien distinto de contactar con cierta ultraintención. Luego, ni siquiera es ese el principio y fin de toda la regulación española: El menor no debe haber cumplido 13 años y el delito es más grave si media coacción, intimidación o engaño.

Nada fue previsto por el legislador argentino que, en consecuencia, convirtió en aparentemente delictivo todo intento de contacto malintencionado con un menor de 18 años, ya sea utilizando el teléfono o la computadora.

Por último, los tipos penales que no pueden ser sino conductas anti-jurídicas echan por tierra buena parte de la elaboración y distinciones racionales que propone la dogmática penal. No es posible concebir en la descripción seleccionada la concurrencia de causas de justificación. El **contacto** o su intento, acompañados del **desaprobado propósito**, difícilmente puedan ser concebidos, siquiera en hipótesis, como conductas justificadas.

6 | ¿Por qué se legisló de este modo?

Ya en 2008, en el marco de una jornada sobre delitos informáticos, se puso énfasis en que era necesaria la regulación de las conductas conocidas como *grooming*.⁽²¹⁾

El Proyecto presentado en 2010 procuraba la introducción en el Código Penal argentino del art. 125 *ter*. Si bien la pena propuesta era sensiblemente mayor a la del art. 131 finalmente sancionado, la conducta prevista suponía la creación de un riesgo cuya legitimidad era ciertamente menos cuestionable.

Se refería a quien "... utilizando medios electrónicos, **perturbare moral y/o psicológicamente** a menores de dieciocho años **con fines de someterlos sexualmente** mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formas digitales".⁽²²⁾

(21) En los "Fundamentos" que acompañan la iniciativa presentada como Proyecto de Ley por la senadora nacional María José Bongiorno el 23/09/2010.

(22) Senado de la Nación, Dirección de Mesa de Entradas, 23/09/2010, exp. 5, n° 3267/10, hora 18.30.

Entre los fundamentos del Proyecto, se leen referencias a los cambios que acompañan el surgimiento de la **Sociedad de la Información**, producto de las TIC, frente a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores de edad. Se describe allí una realidad en la que el anonimato y la creación de identidades alternativas permiten la participación en redes sociales de “pervertidos”⁽²³⁾ que realizan conductas que se estiman no adecuadamente contempladas. Recomienda entonces “una tipificación clara que no deje márgenes de impunidad interpretativa ante una conducta típica, antijurídica que le sea reprochable al autor”.⁽²⁴⁾

El contenido de la discusión parlamentaria mantenida en la Novena Sesión Ordinaria del Senado de la Nación del 13/11/2013, que finalmente por unanimidad en esa Cámara convierte en ley al texto del actual art. 131 CP, merece un análisis puntual.

La senadora Escudero explica que el Senado había aprobado el 28/09/2011 el Proyecto que vuelve modificado de la Cámara de Diputados de modo que “desfigura completamente la sanción del Senado”. El Proyecto aprobado por el Senado intentaba “alcanzar con la sanción penal conductas que hoy no están tipificadas, la captación de menores a través de la red con la intención, justamente, de cometer contra ellos un delito contra la integridad sexual”. La Cámara de Diputados, en cambio, tipificó un delito distinto y modificó la pena que el Senado había propuesto, en principio, de seis meses a cuatro años de prisión.

Los cambios introducidos por la Cámara Baja eran los siguientes:

- La escala penal fue reducida, de dos meses a dos años de prisión.
- El delito pasó a ser de acción privada.
- Hizo distinción según si la víctima tuviese más o menos de 13 años de edad.
- Exigió que a través de Internet se hubieran mandado imágenes explícitas o actos de connotación sexual y que mediara engaño, abuso de autoridad o intimidación.

.....

(23) En los “Fundamentos” de la senadora nacional María José Bongiorno ya referidos.

(24) *Ibid.*

La crítica de la Senadora fue la siguiente:

“Nosotros queremos proteger a todos los menores porque es justamente entre la edad de 13 y 16 años cuando los chicos están más conectados en la red y donde son más vulnerables. Porque a través del anonimato que brindan las redes sociales lo que vemos es que hay muchos pederastas y redes de trata que captan a estos menores haciendo que el menor genere una relación de confianza con este delincuente y así, después vayan propiciando un encuentro donde seguramente abusarán de estos menores”.

Sugiere entonces que el Senado insista con la mayoría correspondiente en la sanción original y recuerda que el origen fueron los proyectos de las senadoras Bongiorno e Higonet.

Por su parte, la senadora Bongiorno dijo que en 2010 presentó un proyecto inicial y luego los senadores Higonet y Verna en 2011 aportaron un nuevo proyecto. Se hizo una unión entre ambos y trabajaron en comisión con legislación comparada, con asesoramiento en **delitos informáticos**, concluyeron en el Proyecto aprobado en esa Cámara. A continuación, lo proponen nuevamente “más allá de la modificación de la Cámara de Diputados que (...) desvirtúa el delito, cercena las penas y (...) no corresponde a la protección integral del menor...”.

La senadora Higonet dijo que coincidía con volver a su proyecto de pena mayor, que permitirá al juez adecuarla de acuerdo al **grado de delito**. Hizo referencia a un caso conocido por los medios en el que una organización en Holanda creó la imagen virtual de una niña filipina de 10 años y la expuso en los medios sociales electrónicos, a lo cual una gran cantidad de pederastas en el mundo mostraron interés. Dijo que constantemente hay 750.000 pedófilos conectados a la red y que la UNICEF informa que el treinta por ciento de los menores de entre cuatro y dieciséis años ha sufrido algún tipo de acoso, aunque solo el 7% se atreve a contarlo por temor a no poder tener acceso a Internet, destacando el daño psicológico que se les inflige.

Finalmente, revela confusión dogmática al criticar que se disminuya la pena por estar “ante la tentativa de un delito” e insiste en defensa de

su posición, la que —precisa la legisladora— pena “el contacto que esa persona mayor busca con un menor a través de un medio tecnológico, a través de internet”. Uno que, a su juicio, “marca, inequívocamente, cuál es el destino que tiene ese fin, que es justamente el delito”. Esto es, que el menor realice algún tipo de acción o de actividad sexual y así sea posible que comience la etapa del ciberacoso.

El senador Cano dijo que el 47% de los menores abre su primera cuenta después de los 13 años. El 20% de las chicas y el 7% de los varones afirma que una persona que conocieron por Internet —no personalmente— les pidió que le envíen fotos con poca ropa.

El senador Fernández dijo:

“No es cuestión nuestra ponernos a evaluar qué se interpretó en la Cámara de Diputados para convertir las conductas reprochadas en conductas que significaban menos pena o cosas por el estilo. No entiendo qué significa eso de menos de trece o más de trece. No entiendo qué tiene que ver. Nosotros tenemos muy claro que lo que estamos planteando son delitos novedosos, que hablan de nuevas conductas, y que como nuevas conductas reprochadas deben ser tipificadas para que se conviertan en delito. Y en ese marco es donde nosotros queremos consolidarlo”.

A continuación, se votó y por unanimidad se convirtió en ley, pese a algunas dudas, ya que la presidente en aquel momento, Rojkes de Alperovich, dijo: “Regresa a Diputados. Muy bien”, pero varios senadores corrigieron: “¡No! Es ley”, convirtiéndose en ley la sanción original del Senado.

De este modo, es posible observar que no todos los proyectos tuvieron el texto que finalmente se sancionó. El originario era ciertamente menos cuestionable en cuanto a la descripción de la conducta prohibida. **Perturbar** supone un curso de acción lesivo que no necesariamente revela **contactar**. La propuesta de la Cámara de Diputados exigía el envío de imágenes explícitas o la realización de actos de connotación sexual, mediante engaño, abuso de autoridad o intimidación.

Se ponía la ley argentina en línea con estándares razonables, se respetaba —se verá— la proporcionalidad de la respuesta punitiva prevista por el

Código Penal para otros delitos contra la integridad sexual y se distinguía según la edad de la víctima, en cualquier caso, en consonancia con legislaciones como las de España o Chile.

Los motivos del Senado, entonces, se pueden resumir del siguiente modo:

- La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores de edad y con relación al *grooming* particularmente, la franja entre 13 y 16 años.
- La idea de lograr la protección integral de los menores.
- Las posibilidades de que el autor se valga del anonimato y la creación de identidades alternativas.
- La necesidad de una legislación clara que no deje márgenes de impunidad producto de la interpretación.
- La realidad de la captación de menores, generando una relación de confianza que propicia un encuentro para consumir el abuso sexual.
- El daño psicológico que se genera en los menores.
- El riesgo de que se envíen fotografías inconvenientes.

Sucede que lo que se prohíbe no es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad ni valerse del anonimato o crear identidades alternativas ni la generación de una relación de confianza propiciatoria de encuentros ni la perturbación psicológica de los menores ni el envío de cierta clase de fotografías. **Contactar** (aun con la peor de las finalidades) es anterior a cualquiera de esas otras conductas y eso es, precisamente, poco claro. Para no dejar márgenes de impunidad a la interpretación se habilitó toda una franja propicia para la punición.

No deseo ensañarme con las afirmaciones de ningún legislador que, por cierto, puede nada saber de dogmática penal y confundir preparaciones, tentativas y escalas penales. Pero **debe quedar claro en este trabajo que no se ha prohibido bajo amenaza de pena un acto preparatorio, sino la preparación de un acto preparatorio. La preparación de la preparación.**

Finalmente, desalienta un discurso que insiste en la sanción de una ley, tras confesar que no se entiende por qué se hacen modificaciones o se proponen distinciones.

7 | Los problemas de la ley a la luz de las recomendaciones de la AIDP y ciertos principios constitucionales

Veamos ahora las recomendaciones de la AIDP y comparemos con lo legislado en Argentina.

Los delitos, en el ámbito de las TIC y el ciberespacio, deben ser definidos por la ley que debe emplear términos que definan la conducta prohibida de la manera más precisa posible.

La ley argentina ha definido el llamado delito de *grooming*, pero indudablemente lo ha hecho empleando términos que describen la conducta prohibida del modo menos preciso posible. Tal es el adelantamiento y tal la simplificación, que se produce un corrimiento del comienzo de ejecución hacia momentos que, en cualquier otro caso, remiten a una etapa bien temprana de preparación.

Son legítimas las leyes que deciden penalizar actos preparatorios (de ataques a intereses relativos a las TIC y el ciberespacio), siempre que creen riesgo de causar un daño o peligro concreto a intereses protegidos de otros.

Sin discutir aquí si la recomendación se basa en presupuestos correctos⁽²⁵⁾ desde la lógica que la informa, es posible afirmar: cuanto más alejados del daño o peligro concreto al interés que se pretende proteger estén los actos preparatorios contemplados, menos probabilidades habrá de crear efectivamente un peligro concreto o riesgo de daño para el interés protegido. Al menos, si se comparan los riesgos de un mismo curso delictivo, que progresa hacia la consecución de cierto peligro o daño.

Luego, es claro que la constelación de riesgos prohibidos que derivan de la ley argentina en análisis abarca situaciones que no causan daño ni suponen peligro concreto.

.....

(25) Hay actos ejecutivos (tentativas punibles) que generan menor riesgo concreto para el bien protegido que ciertas conductas preparatorias impunes. Ver SANCINETTI, M., "El fracaso de la explicación del ilícito de la tentativa sobre la base de un 'peligro objetivo'", en *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991, pp. 360 y ss.

Cuando se castiguen los actos preparatorios la pena debería ser menor.

La pena prevista es efectivamente menor que otras muy graves que acompañan delitos contra la integridad sexual legislados en el mismo Título III del Código Penal argentino. No obstante, la recomendación tampoco se cumple en el caso del abuso sexual simple (art. 119 CP),⁽²⁶⁾ un delito de daño que prevé la misma escala penal cuando se abusa sexualmente de un menor de trece años, sin necesidad de violencia, intimidación o aprovechamiento. De modo que **contactar** por medio de cualquier tecnología a un menor que cuenta, por ejemplo, con 17 años, **con el propósito** de abusar sexualmente de él (art. 131 CP), tiene la misma respuesta punitiva que si efectivamente, se abusase simplemente de un niño de 12 años (art. 119, primer párrafo, CP).

Si un Estado decide criminalizar la conducta de hacerse pasar por personas inexistentes debe limitarse a los actos cometidos con la intención de causar daño.

La ley argentina no criminaliza la conducta de hacerse pasar por personas inexistentes, aunque su fórmula **contactare** indudablemente la abarca, entre muchas otras. Para ese contacto, efectivamente prevé el propósito de causar un daño.

Se pone especial énfasis en conductas vinculadas a la pornografía infantil.

La producción o publicación de imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de 18 años y la organización de espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores está sancionada en el art. 128, primer párrafo CP.⁽²⁷⁾ Una vez más, la escala penal prevista es la misma que la del art. 131 CP.

(26) Art. 119: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción...".

(27) Art. 128: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores...".

Entonces, organizar un espectáculo con escenas pornográficas en vivo con menores (art. 128, primer párrafo CP) tiene la misma respuesta punitiva dentro de la ley penal argentina que *contactar* al mismo menor por medio de cualquier tecnología con el propósito de abusar sexualmente de él (art. 131 CP).

Estas observaciones permiten comprender, quizá, los motivos de la menor respuesta punitiva que propuso la Cámara Baja al Proyecto de ley, luego sancionado.

El principio de proporcionalidad de la penas veda el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional, tal como sería una respuesta groseramente desproporcional al mal provocado.

De allí que es necesario establecer jerarquías de afectación y establecer mínima coherencia entre la magnitud de penas que se asocian a cada conflicto criminal.⁽²⁸⁾ Algo que, evidentemente, no cumple la ley Argentina.

8 | Conclusión

El art. 131 del Código Penal Argentino que contempla desde el mes de diciembre de 2013 el delito conocido como *grooming*, no respeta los estándares recomendados por la AIDP ni su propia normativa suprema vinculada con los principios de legalidad y proporcionalidad (art. 18 CN).

(28) Ver ZAFFARONI, E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A., "Parte General" de *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2003, p. 130.

