

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*)*

Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni**

Presentación del tema

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos, denominado *grooming*, fue incluido en el artículo 131 del Código Penal¹ en 2013 mediante la Ley N° 26904.² Esta figura tiene como objetivo la cri-

* Versión revisada y actualizada. Fue publicada por esta Editorial en el libro *Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA II*, 2018. Este delito es competencia de la CABA según lo establecido en el art. 2 de la Ley N° 26702 y refrendado por la Ley N° 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 07/12/2017. Como consecuencia de ello, el 12/01/2018 la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar de la CABA resolvieron conjuntamente establecer como criterio general de actuación que “a partir de las cero horas del 3 de febrero de 2018, los/las fiscales, defensores/as y los asesores tutelares del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán asumir la competencia de los tipos penales previstos en los arts. 125 bis, 131, 148 bis, 193 bis, 276 bis, 301 bis del Código Penal y la Ley n° 27.330.”

** **Mary Beloff:** Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de dicha Institución e Investigadora del Departamento de Derecho Penal de la misma Facultad. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero. **Diego Freedman:** Abogado (UBA). Docente integrante de la cátedra de la Dra. Beloff (Facultad de Derecho, UBA). Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Mariano Kierszenbaum: Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

Martiniano Terragni: Abogado. Docente e investigador del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff, autor y coautor de numerosos trabajos sobre justicia penal y justicia penal juvenil.

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

2. Ley N° 26904, sancionada el 13/11/2013, promulgada el 04/12/2013 y publicada en el BO N° 32783 del 11/12/2013.

mineralización del contacto con un niño³ a través del uso de las nuevas tecnologías de comunicación cuando se constituye en un acto necesario para la futura y prevista comisión de un delito contra la integridad sexual (como pueden ser el abuso sexual infantil,⁴ la corrupción de menores,⁵

3. Nos referimos a los niños como comprensivo de la categoría de niñas, niños y adolescentes. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: “El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes”, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Opinión Consultiva N° 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A, N° 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45.

4. Código Penal, art. 119: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de trece (13) 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. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)” (Texto conforme a la Ley N° 27352, sancionada el 26/04/2017 y publicada en el BO del 17/05/2017).

Código Penal, art. 120: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado”.

5. Código Penal, art. 125: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare

la promoción de la prostitución infantil,⁶ la producción de pornografía infantil,⁷ las exhibiciones obscenas⁸ o el rapto⁹).

La necesidad de la criminalización de estos comportamientos viene impuesta por el Derecho Internacional a partir del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños,

engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda”.

6. Código Penal, art. 125 bis: “El que promoviére o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Código Penal, art. 126: “Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

7. Código Penal, art. 128: “Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) 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. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrarle material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años”. (texto conforme a la Ley N° 27436, sancionada el 21/03/2018 y publicada en el BO N° 33856 del 23/04/2018)

8. Código Penal, art. 129: “Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años”.

9. Código Penal, art. 130: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin”.

la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁰ Así lo ha reconocido la jurisprudencia.¹¹

Además, el amplio *corpus iuris* de derecho internacional¹² contiene diversas normas referidas a la protección del niño frente a los ataques

10. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General, Resolución N° A/RES/54/263 del 25/05/2000. Entrada en vigor: 18/01/2002. En su Observación General N° 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), el Comité de Derechos del Niño—reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el “intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención” (Fallos 331:2047, del considerando 4 del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni)—entendió que: “Las tecnologías de la información y de las comunicaciones se están convirtiendo en una dimensión central de la realidad diaria de los niños. Hoy día, los niños se desplazan sin problemas entre el mundo real y el mundo virtual. Estas plataformas ofrecen enormes beneficios—educativos, sociales y culturales—, y se alienta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para velar por que todos los niños tengan las mismas oportunidades de obtener esos beneficios. El acceso a Internet y a los medios sociales es fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 31 en el mundo globalizado. Sin embargo, el Comité está preocupado por el creciente *corpus* de pruebas que indican que esos entornos, y el tiempo que los niños dedican a interactuar con ellos, pueden representar también un riesgo y un daño considerables para los niños. Por ejemplo: El acceso a Internet y a los medios sociales expone a los niños al ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica...” (de los párrafos 45 y 46).

11. Se ha sostenido que la tipificación del delito de *grooming* permite “cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: Convención sobre los Derechos del Niño; el Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; el Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional—Protocolo de Palermo—; la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos; la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorándum de Montevideo sobre la Protección de Datos Personales y Vida Privada en las Redes Sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, “S., A. M. s/procesamiento”, del 06/11/2017.

12. Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención

sexuales. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 19 establece que

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Asimismo, es importante señalar que mediante la Ley N° 27411¹³ se aprobó el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa.¹⁴ Dicho convenio establece los delitos relacionados con la pornografía infantil en su artículo 9:

1. Los Estados firmantes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal, conforme a su derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas sean cometidas dolosamente y sin autorización:
 - a. la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;
 - b. el ofrecimiento o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - c. la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - d. el hecho de procurarse o de procurar a otro pornografía infantil a través de un sistema informático;
 - e. la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.

Americana”, Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia del 19/11/1999, Serie C N° 63, párrafo 194, entre otros.

13. Sancionada el 22/11/2017 y publicada en el BO N° 33772 del 15/12/2017.

14. Adoptado el 23 de noviembre de 2001 en la Ciudad de Budapest, Hungría.

2. A los efectos del párrafo 1 arriba descrito, la «pornografía infantil» comprende cualquier material pornográfico que represente de manera visual:
 - a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
 - b. una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
 - c. unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
3. A los efectos del párrafo 2 arriba descrito, el término “menor” designa cualquier persona menor de 18 años. Los Estados podrán exigir un límite de edad inferior, que debe ser como mínimo de 16 años.
4. Los Estados podrán reservarse el derecho de no aplicar, en todo o en parte, los párrafos 1 (d) y 1 (e) y 2 (b) y 2 (c).¹⁵

A continuación, realizaremos un estudio sintético de la figura de *grooming* teniendo en cuenta los antecedentes parlamentarios, el tipo penal diseñado por el legislador nacional y la sanción prevista.

Antecedentes parlamentarios

El trámite parlamentario de la Ley N° 26904 se inició en el Senado de la Nación durante 2011, sobre la base de dos proyectos legislativos cuya redacción era bastante diferente al texto de la media sanción.¹⁶

15. Debe señalarse que Argentina, de acuerdo con la Ley N° 27411, estableció una reserva de los arts. 9.1.d, 9.2.b y 9.2.c porque los consideró incompatibles con el Código Penal vigente y una reserva parcial del art. 9.1.e por entender que el mismo sólo es aplicable de acuerdo a legislación penal vigente a la fecha, cuando la posesión fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización. Debe aclararse que actualmente se ha tipificado la mera tenencia de pornografía infantil, por lo tanto, el Código Penal vigente se adecúa a este estándar internacional.

16. El proyecto de ley de la senadora Bongiorno (S-3267/10), cuyo texto establecía que: “Artículo 125 ter: Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales”. Por su parte, el proyecto de los senadores Higonet y Verna establecía que “Artículo 128 bis: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual. La pena será de dos (2) años a seis

El Senado, en la sesión del 2 de noviembre de 2011, aprobó la sanción de la ley con un texto idéntico al que tendría posteriormente la Ley N° 26904 por medio de una votación unánime.

En la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto recibió tratamiento parlamentario en la sesión del 11 de septiembre de 2013 junto con otros proyectos de ley en ese ámbito.¹⁷ En dicha oportunidad se aprobó unánimemente¹⁸ con un texto diferente al aprobado por la Cámara de Senadores. Se propuso la incorporación de la figura de *grooming* con el siguiente texto:

Será reprimida con prisión de tres (3) meses a dos (2) años la persona mayor de edad, que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. La misma pena se aplicará a la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece (13) y menor de dieciséis (16) años, cuando mediere engaño, abuso de autoridad o intimidación.

Asimismo, se establecía que la acción penal en este delito requería instancia privada. En el debate parlamentario, el diputado Albrieu justificó este texto diferente de la figura de *grooming* alegando que, en primer lugar, la escala penal para el contacto previo no debe ser la misma que la del delito contra la integridad sexual. A la vez, alegó que la conducta incriminada sólo se refiere a un contacto que no lesiona al bien jurídico, sino que sólo lo pone en peligro.¹⁹

(6) años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad”.

17. Proyecto de los diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liberman (N° 9-D-2012), Nancy González (N° 2604-D-2013) y De Narváez, Ferrari y Gambaro (N° 3064-D-2013).

18. Se registraron 207 votos afirmativos y 3 abstenciones sobre 211 diputados presentes.

19. “Estamos –y este es nuestro problema, señor presidente– frente a dos cuestiones discutibles de esta norma. En primer lugar, la escala penal elegida nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal. Por otro lado, no estamos frente a un delito que provoque una lesión al bien jurídico protegido sino solamente ante un acto que pone en peligro ese bien jurídico, y desde una perspectiva constitucional, de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales que la Argentina ha suscripto, es siempre discutible el tener un delito de peligro en lugar de un delito de lesión, más discutible y más observable

El texto retornó a la Cámara de Senadores y fue tratado en la sesión del 13 de noviembre de 2013, en la cual se insistió en la redacción originaria con unanimidad.

Bien jurídico

El delito de *grooming* fue incorporado en nuestro Código Penal dentro del Título III del Libro Segundo, referido a los delitos contra la integridad sexual.²⁰ La doctrina considera, sin embargo, que el bien jurídico protegido es, en realidad, la *libertad sexual*.²¹

es cuando esa lesión está cada vez más lejana de la acción típica que queremos penar. Obsérvese que en este caso se está penando solamente el tomar contacto con un menor a través de Internet. En un caso similar pero en la vida real, tener contacto en la calle con un menor, como lo hace un pederasta, para cometer un delito no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar. Estaríamos sancionando un delito de peligro con una actividad muy lejana a una verdadera lesión del bien jurídico protegido. Quizás puede servir de explicación, parcial pero insuficiente, el hecho de tener en claro que frente a los contactos por Internet los padres y los cuidadores de los menores están siempre en una actitud de menor cuidado”.

20. En el Código Penal de España también se ha considerado que afecta este bien jurídico: “Así, en el delito de *childgrooming* se protege el bien jurídico indemnidad sexual, entendido como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso en términos más amplios, como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual” (en Villacampa Estiarte, Carolina, “Propuesta sexual telemática a menores u online *childgrooming*: configuración presente del delito y perspectivas de modificación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 677).

21. “Dicha conducta se encuentra tipificada dentro del título de los delitos contra la integridad sexual, lo que establece el bien jurídico cuya afectación se pena. En este sentido, este título tutela el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad y se entiende que se habla de libertad sexual, en el sentido de una libertad de hacer o dejar de hacer, que debe ser entendido en su aspecto negativo, o de reserva, también llamado estático o pasivo, de repeler los ataques de índole sexual (Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código Penal, Parte especial*, 4, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª edición, p. 568 y ss.)”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N°27072/2017-1, “N.N. sobre 131 - Contactar menor de edad por intermedio de tecnologías para cometer delitos de integridad sexual”, rta. 23/04/2018, voto de la Dra. Marum.

Anteriormente el bien jurídico protegido en ese Título del Código Penal era la honestidad,²² título que fue reformado en 1999 por su incompatibilidad manifiesta, centralmente, con los derechos de las mujeres y niñas, así como con las ideas modernas acerca de la sexualidad.²³

La naturaleza anticipatoria del *grooming*

El legislador ha reprimido una conducta previa y necesaria para cometer un delito contra la integridad sexual, que manifiesta en sí misma no sólo la intencionalidad del autor, sino que también pone en peligro concreto la libertad sexual del niño. En función de ello, este nuevo delito podría ser clasificado, desde el punto de vista material,²⁴ como un acto preparatorio de un delito de abuso sexual.²⁵ El legislador considera que

22. Explicaba Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1922, T. IV, p. 209: “La palabra *honestidad* tiene un sentido amplio y se aproxima al que tiene el término *corrección* [...] Ideas de carácter religioso y social que gravitan en el mundo civilizado hacen que se considere, por lo menos exteriormente, que las relaciones sexuales no son lícitas sino dentro del matrimonio. Fuera del mismo constituyen un pecado o un delito, según los casos. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo, por consiguiente, lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje”.

23. Reforma introducida por la Ley N° 25087, sancionada el 14/04/1999, promulgada el 07/05/1999 y publicada el 14/05/1999.

24. Sobre la noción material de tentativa y preparación, en contraposición del concepto formal, ver: Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 181 y ss.

25. La naturaleza preparatoria del *grooming* se hace explícita en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, Decreto N° 103/2017): “Artículo 122.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que:

1°) Tomare contacto con una persona menor de TRECE (13) años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual.

2°) Le requiera, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.

3°) Le proponga, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento.

4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISÉIS (16) años, aprovechándose de su

en materia de niños, los actos de captación ya constituyen comportamientos socialmente perturbadores con relación a la integridad sexual, razón por la cual ha decidido su criminalización como delito autónomo.

Este recurso legislativo, que consiste en anticipar la punibilidad de un comportamiento mediante la creación de un delito autónomo anterior al acto de lesión concreta al objeto de bien jurídico, no es nuevo. En materia de integridad sexual ya existían los supuestos de rapto y trata de personas (este último la contempla, cuando su finalidad es la explotación sexual, pero se ubica entre los delitos contra la libertad). Esto no constituye un quebrantamiento a los principios de exteriorización y lesividad, en la medida en que ellos sean apreciados también, ya de manera autónoma, como comportamientos socialmente perturbadores con relación al bien que se protege. Ello quedará más claro al analizar el verbo típico y la *ultrafinalidad*.

inmadurez sexual o si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

5°) Realizarse cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de DIECISÉIS (16) años y menor de DIECIOCHO (18) años si mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.

Con anterioridad, la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (decreto PEN 678/12), había redactado el tipo penal de la siguiente forma en el inc. 2 del art. 133: “2. Será penado con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”.

Este mismo sentido ya le asignada a la figura por la jurisprudencia: “Claro está que como se trata de un delito de peligro, de un adelanto de la punibilidad hacia actos preparatorios, no es necesario que exista principio de ejecución de algún delito contra la integridad sexual para que se configure el injusto bajo estudio. Precisamente el ilícito previsto en el art. 131 del código de fondo en materia penal se consuma cuando se produzca el contacto virtual y pueda establecerse la ya mencionada finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual, dado que se busca proteger la dignidad de los menores, como así su normal desarrollo psíquico y sexual, evitando los ataques que puedan comprometer dicho desarrollo”, Juzgado en lo Correccional N° 1 de Bahía Blanca, causa N° 1.060/15, “F.J.M. s/corrupción mediante *grooming*”, del 01/09/2015, entre los primeros.

Tipificación

Tipo objetivo

Sujeto activo

El tipo penal no prevé ningún requisito respecto del sujeto activo que cometa la conducta tipificada, de modo que puede ser cualquier persona,²⁶ incluso un niño o adolescente. En el caso de que el adolescente sea mayor de 16 años de edad podrá eventualmente ser penalmente responsable de acuerdo con el régimen especial vigente.²⁷

Conducta

El verbo típico del delito de *grooming* es “contactar”. Este verbo, entendido sin relación con el contexto, difícilmente pueda remitirnos a una acción que pueda ser considerada ilícita. El verbo aparece solamente como ilícito cuando se tiene en miras la finalidad a la que se dirige ese contacto: cometer un delito contra la integridad sexual. Sin embargo, no puede interpretarse que cualquier contacto pueda quedar abarcado por el delito de *grooming* siempre que exista esa finalidad en la mente del autor, como puro estado psíquico. Si fuera así, la punibilidad tendría por base solamente un elemento interno, lo cual está vedado por el principio de exteriorización, como lo explica Jakobs: “La pregunta por lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores”.²⁸

26. Así se ha considerado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, ver voto de la jueza Marum.

27. Ley N° 22278, art. 1: “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación...”. Art. 2: “Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1...”.

28. Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 198.

El tipo penal debe interpretarse en el sentido de que ese contacto *ya implique un contenido sexual que ponga de manifiesto la anormalidad social del comportamiento*.²⁹

Con ello se quiere poner de relieve que la regulación puede interpretarse, por un lado, como un delito que reprime al autor por lo que hará en el futuro, lo cual quebrantaría los principios de exteriorización y lesividad, y sólo podría admitirse como un supuesto de Derecho Penal del enemigo³⁰ (que ha sido considerado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gramajo”);³¹ pero, por otro lado, como un delito que reprime al autor por lo que ya hizo.³² Creemos que esta última interpretación es válida (siempre que se tenga en cuenta la proporcionalidad de las penas, lo cual veremos a continuación), razón por la cual, tratándose la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del sistema, debe aplicarse la norma en este sentido.

En definitiva, la conducta que se reprime en el tipo penal estudiado es el contacto, es decir, el establecimiento de un trato o relación con otra persona.³³ Este contacto, por el medio utilizado, no es físico.³⁴

29. Esta opción es la que toma el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que además refiere que: “Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento”, Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, *op.cit.*, p. 214.

30. Sobre este punto véase Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo” (traducción de Manuel Cancio Meliá), en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

31. Fallos CSJN: 329:3680: “Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro Derecho Penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona...” (del considerando 27 del voto de la mayoría integrada por los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

32. Sobre la distinción entre normas de anticipación que reprimen por lo que el sujeto hará en el futuro y normas que reprimen por la lesión ya ocurrida, ver Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 48-49.

33. Según la Real Academia Española, una de las acepciones de “contacto” es: “Relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades”.

34. Esto fue detallado por el senador Sanz en el debate parlamentario del 13 de noviembre de 2013: “Contactar al menor es parte del delito, parte de la conducta típica.

No se establece ninguna limitación respecto de la cantidad, ni la frecuencia de ese contacto, basta con uno solo. Tampoco se exige que se haya extendido determinada cantidad de tiempo, por lo tanto una comunicación breve puede dar lugar a que quede configurada la conducta prevista por la norma. No resulta abarcado por la conducta típica cualquier esfuerzo que realice el sujeto activo para contactar a niños, cuando no se produce la recepción.

Una cuestión que es menester resaltar es que la conducta criminalizada es el contacto por parte del autor con la persona menor de edad, sin importar quién lo haya iniciado. Por lo tanto, el tipo penal comprende tanto la situación en la cual el autor inicia un contacto con una persona menor de edad como el supuesto en que el niño realiza esa primera comunicación con el autor del hecho y este mantiene el contacto.

El tipo penal delimita el medio utilizado para el contacto con el niño. Precisamente, se dispone en la legislación en forma abierta, no taxativa, que el contacto debe ser realizado mediante “comunicaciones electrónicas”, “telecomunicaciones”³⁵ y “cualquier otra tecnología de transmisión de datos”. De modo que el legislador tuvo la intención de tipificar exclusivamente los contactos realizados por las nuevas tecnologías por haber presumido que resultan los medios más efectivos para hacer posible la comisión de los delitos contra la integridad sexual contra los niños. Esto se explica porque el autor se oculta bajo el perfil de un usuario de Internet escondiendo muchas veces sus datos personales para realizar el contacto.

Debe aclararse que, si bien las nuevas tecnologías facilitan la comisión de este tipo de delitos cuando el sujeto activo prefiere actuar en forma anónima y no pertenece al círculo cercano del niño, lamentablemente los delitos contra la integridad sexual cometidos contra los niños son frecuentemente llevados a cabo por las personas más cercanas, incluso dentro del ámbito familiar. En este tipo penal es irrelevante el conocimiento previo o no que el adulto tenga del niño.

Quando se habla de contactar al menor, considero que deberíamos dejar sentado que esa es la conducta típica y que no solamente se requiere un contacto físico, ya que el contacto puede producirse a través de las herramientas informáticas”.

35. De acuerdo a la Real Academia Española, es un “Sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos”.

Al admitir nuevas tecnologías de transmisión de datos, el legislador deja abierto el tipo penal, de manera tal que permite que la legislación no tenga que ser modificada cada vez que se produzca un nuevo avance técnico en los medios de comunicación. Ello no erosiona el principio de legalidad, ya que resulta sumamente descriptiva y clara la referencia a cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con lo que el juez podría aplicar la figura a nuevas realidades, de acuerdo con una interpretación literal del texto.³⁶

Se ha sostenido que el contacto con el niño debió haberse iniciado después de la vigencia de la ley de penal;³⁷ de lo contrario, si el contacto con el niño comenzó antes de la incorporación del delito de *grooming* a nuestro Código Penal, resulta de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal. Por nuestra parte, discrepamos con tal tesis. Sí cabe aplicar el principio de irretroactividad penal para el contacto realizado antes de la vigencia de la ley penal; pero si ese contacto persiste, el autor incurre en la figura típica. Desde ya, sólo pueden valorarse para determinar la tipicidad y cuantificar el reproche los contactos establecidos después de la vigencia de la norma penal.

36. En relación con el principio de legalidad, explica Roxin que “el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)” (Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, T. 1, pp. 148-149).

37. “Respecto de la aplicación de la figura de *grooming*, incorporada al Código Penal en su artículo 131 a partir del dictado de la Ley N° 26904 –que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013–, coincidimos con la defensa en cuanto a que importó inobservar el principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, dicho tipo penal pune a quien ‘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’ y, en autos, ese contacto se inició alrededor del mes de julio de 2013, cuando todavía la Ley N° 26904 no había sido dictada. No modifica ese análisis el hecho de que el último tramo de la conducta se desarrollara en oportunidad en que ya había sido sancionado el delito, dado que siendo una ley penal posterior sólo se habilita su aplicación en caso de ser más benigna que la vigente al tiempo de inicio de la acción, extremo que aquí no ocurre dado que en forma previa a la disposición legal mencionada la conducta no merecía reproche bajo esa figura. Recientemente la CSJN se ha expedido en este sentido –aunque respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (238, inc. 2 del CP)–...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “R., L. J. s/ procesamiento”, del 26/03/2014.

Sujeto pasivo

La figura exige que el sujeto pasivo sea un niño,³⁸ o sea, una persona menor de 18 años de edad.³⁹ El legislador no ha limitado el alcance a una edad máxima que comprenda a todas las personas menores de edad;⁴⁰ tampoco ha previsto agravantes cuando el contacto se realiza con un niño muy pequeño, como ocurre con otras figuras penales.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, se exige que la conducta esté dirigida a un niño, de modo que no se configura la figura cuando el sujeto activo utiliza los medios de transmisión de datos para emitir un mensaje dirigido a un grupo indeterminado de niños.

Tipo subjetivo

Dolo

La figura es exclusivamente dolosa, no se prevé expresamente la posibilidad de que sea cometida mediante la infracción a algún deber de cuidado, de modo que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo antes descripto. En concreto, debe tener el conocimiento y la voluntad de realizar el contacto con una persona menor de edad mediante comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. La presencia de los elementos cognitivo y volitivo da lugar al dolo directo.

Desde ya, debe evaluarse el error de tipo, por ejemplo cuando el autor desconoce la edad del sujeto pasivo o no sabe que está realizando un contacto con otra persona (si cree que está *jugando* en un simulador virtual).

38. Del mismo modo lo ha considerado la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-I, citada *supra*, voto de la Dra. Marum.

39. Sobre este punto, y respecto de las “habilitaciones legales cruzadas”, entre las normas de protección a la infancia y las normas penales juveniles, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, en particular el apartado II.2.b.

40. En el Derecho comparado, una de las opciones es relacionar la protección contra el *grooming* con la edad mínima a partir de la cual se le reconoce capacidad para consentir una relación sexual (en España, 16 años).

En relación con la voluntad del autor, se presenta una situación particular porque la comisión de este delito en realidad, de acuerdo a su plan, es meramente un medio para realizar otra conducta (un delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo). La conducta criminal del autor no se agota, de acuerdo a su ideación, en la realización del contacto, sino que sólo sería una consecuencia previa y necesaria para un delito contra la integridad sexual posterior. Por ende, lo que realmente quiere el autor del hecho es cometer el delito contra la integridad sexual y, en el *iter criminis*, se incluye la comisión de este otro delito como acto previo y necesario. Esta característica en la voluntad del autor no impide que el dolo pueda ser definido como directo.⁴¹

Cuando se registra que el autor, pese a no estar seguro respecto a la presencia de los elementos del tipo objetivo, asume la decisión de realizar la conducta reprimida, consideramos que podría configurar un supuesto de dolo eventual.⁴² Téngase en cuenta que el tipo penal no utiliza términos como “a sabiendas”, que excluyen el dolo eventual. A la vez, puede darse el supuesto en que el autor sospeche de la minoridad de la víctima y de todas maneras se decida a actuar asumiendo que puede incurrir en la conducta reprimida (téngase en cuenta que si el autor es un desconocido que estableció el vínculo por Internet y si el niño no es muy pequeño, siempre puede quedar cierto margen de duda, a menos que obtenga información fidedigna sobre su fecha de nacimiento). Como ha

41. Explica Stratenwerth que “El dolo directo se extiende entonces a todos los resultados típicos cuya realización aparece a los ojos del autor como *presupuesto o estadio intermedio necesario* para alcanzar la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pp. 190-191. El destacado fue agregado.

42. Señala Stratenwerth que: “La concepción actualmente dominante, denominada ‘teoría de la decisión’ o ‘teoría de la actitud’, permite que baste para el dolo eventual con que el autor se conforme con la posible realización del tipo. Ella parte de que el dolo presupone más que el conocimiento del peligro de la realización del tipo [...]. Sólo cuando él tome en serio aquel peligro, lo tenga en cuenta, tendrá que tomar una resolución acerca de si eso que él quiere alcanzar es valioso a sus ojos, en caso necesario, al precio de realizar el tipo: si, entonces, él actúa, existe allí la decisión contra la norma jurídica de conducta; y esto es completamente independiente de cuán desagradable puede ser para él la consecuencia negativa. En otras palabras, se habla de dolo eventual respecto de todas las circunstancias o de las consecuencias que el autor asume en pos de la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, pp. 195-196.

explicado Roxin, existe una decisión de afectar el bien jurídico.⁴³ De lo contrario, denegar la posibilidad de la aplicación del dolo eventual daría lugar a que el sujeto imputado siempre plantee la falta de conocimiento certero y oportuno sobre la edad de la víctima.

Elemento subjetivo distinto del dolo

La normativa exige la intención del autor de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del niño.⁴⁴ De modo que no sólo se debe acreditar el contacto con el niño, sino también esta intención, que deberá surgir del intercambio de información (por ejemplo, la conversación, las fotos, las películas, etc.). Sin lugar a dudas, en los casos concretos este elemento subjetivo distinto del dolo debe ser inferido de las comunicaciones que ha entablado el sujeto activo con el niño.⁴⁵

43. Roxin, Claus, *op. cit.*, p. 425. Agrega el citado autor: “hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así—sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ello” (*op. cit.*, p. 427).

44. “En relación al elemento requerido por la figura penal respecto a que el contacto sea ‘con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual’, puede ser caracterizado, a partir de la dogmática penal, como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo...”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 16467-00-CC/16, “R., D. s/art. 131 CP—Grooming—”, del 10/06/2017.

45. La jurisprudencia ha interpretado que es posible deducir la ultra finalidad a partir del contenido de las comunicaciones y de la remisión de fotos obscenas por parte de la persona imputada: “Es real la dificultad probatoria que presenta analizar su faz subjetiva pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito; la imagen obscena está íntimamente ligada con ello. En definitiva, insistentemente quiso concertar una reunión con la menor para satisfacer su deseo sexual, que dejó al descubierto al enviar una imagen de sus genitales. Esto último revela el elemento subjetivo que requiere el tipo para su configuración...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, “S., A. M. s/procesamiento”, del 06/11/2011. En sentido similar, “no se trata entonces de delitos de sencilla prueba y en la descripción acusatoria no hay mucho más que prometer la comprobación de que, a partir del contenido de los contactos y las características del contexto (que si constituyen elementos objetivos), es posible arribar a la certeza de que existía aquella finalidad, ese deseo de obtener el resultado, más allá, como se dijo, de su efectiva materialización...”, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 16467-00-CC/16, “R., D. s/art. 131 CP—Grooming—”, rta. 10/06/2017.

Resulta necesario, de acuerdo con la redacción del tipo penal, que se pueda precisar el delito contra la integridad sexual que pretende cometer el autor de la conducta. En consecuencia, debe determinarse si el autor pretendía cometer el delito de abuso sexual o de corrupción de menores, por ejemplo.

Téngase en cuenta que el tipo penal se limita estrictamente a delitos contra la integridad sexual del niño, y queda afuera el supuesto de la comisión del delito de trata con fines de explotación sexual, que está previsto en el acápite de los delitos contra la libertad. Respecto del delito de trata de personas, en cualquier caso, podría interpretarse que el contacto con esa finalidad ya resulta constitutivo de ese delito como un supuesto de captación, en función de que la trata es también un delito de anticipación.⁴⁶

Tentativa

La mayoría de la doctrina coincide en que la figura, dado que criminaliza actos previos y necesarios para la comisión de otros delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niños, no admite la tentativa. No obstante, podrían existir supuestos de hecho en los cuales se encuentren acreditados actos que constituyan un principio de ejecución doloso previo a la consumación. Es decir, se puede producir una exteriorización y pueden estar presentes los elementos que configuran el tipo subjetivo⁴⁷ sin que se haya llegado a realizar el contacto con el niño con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual, por una causa ajena a la voluntad del autor.

Este criterio ha sido reiterado por el mismo Tribunal en la Causa N° 12322/2015-o, “NN s/inf. art. 131 CP”, rta. 23/11/2017.

46. En este sentido, el *grooming* es una modalidad de captación “blanda” dentro de la trata de personas. Así, “Capta” quien logra hacerse de la voluntad y predisposición de una persona para luego dar cumplimiento a sus objetivos; quien gana la voluntad de alguien atrayéndolo a su poder de hecho o dominio”, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa N° FBB 5390/2013, rta. el 17/02/2016, entre muchas otras.

47. Detalla Stratenwerth: “El tipo subjetivo de la tentativa no puede ser otro que el del delito consumado. Por ello, integra la decisión de cometer un hecho punible, la totalidad de los requisitos del tipo subjetivo: el dolo dirigido a la realización del tipo objetivo y los componentes subjetivos especiales que exija la ley” (Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, p. 334).

Este supuesto podría darse cuando alguno de los padres u otro adulto responsable advierte que el niño está usando un medio de transmisión de datos para entablar una comunicación con una persona adulta, lo suplanta en el uso del dispositivo electrónico y recibe en ese momento un mensaje que evidencia la intención de cometer un delito contra la integridad sexual de la persona menor de edad. También puede darse un supuesto similar cuando el autor se contacta mediante un sistema electrónico de transmisión de datos con un funcionario de una fuerza de seguridad que simula ser un niño a fin de detectar este tipo de delitos. En consecuencia, el control parental preventivo o esta técnica de investigación por parte de las fuerzas de seguridad permiten detectar y castigar el delito de *grooming* aun cuando no se haya producido todavía el contacto con el niño con la intención exigida por la ley penal.

La escala penal aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria,⁴⁸ sería de tres meses a dos años y ocho meses, con lo que resultaría en principio procedente la condena condicional y la suspensión del juicio a prueba. Sin embargo, debería explorarse la tensión que esta última alternativa plantea con los compromisos internacionales asumidos por el país, referidos a la necesidad de que exista una respuesta estatal penal en casos que impliquen vulneraciones de derechos fundamentales.⁴⁹

Participación

La modalidad comisiva hace posible que existan partícipes primarios y secundarios en el hecho, de acuerdo a la relevancia del aporte. Un partícipe primario podría facilitar los medios tecnológicos para que el autor realice el contacto con un niño, si tuviera conocimiento de sus planes. Por su parte, un cómplice secundario podría haberse comprometido previamente a eliminar todo rastro de la comunicación

48. Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo Plenario N° 2, “Villarino, Martín Patricio y otro s/ recurso de casación”, del 21/04/1995.

49. Beloff, Mary y Kierszenbaum, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 16, N° 1, Buenos Aires, 2018.

electrónica realizada con el niño. En este caso, la escala penal del delito consumado se ve reducida de tres meses a dos años y ocho meses.

Una cuestión particular que podría presentarse, dada la modalidad de la conducta, es una coautoría sucesiva.⁵⁰ Esto podría acontecer cuando un grupo de personas utiliza sucesivamente una misma identidad a fin de contactar a uno o varios niños con el fin de cometer delitos contra la integridad sexual. El uso de las nuevas tecnologías de la comunicación hace posible esta modalidad, al permitir que distintas personas utilicen un mismo usuario y se vayan turnando en la comunicación con el niño, y en ese caso tienen dominio del hecho todos los autores.

Sanción penal prevista

La figura prevé actualmente una escala penal de seis meses a cuatro años de prisión.⁵¹ Esta escala penal hace factible la condena condicional del autor del delito cuando se le aplique una pena inferior a los tres años de prisión y resulte ser su primera sentencia condenatoria.⁵² Asimismo, de acuerdo a la tesis amplia reconocida por el Máximo Tribunal,⁵³ resulta procedente la concesión de la suspensión del juicio a prueba⁵⁴ si se considera que corresponde una condena condicional.

50. Stratenwerth explica la coautoría sucesiva como el caso en el que “uno de los coautores se incorpora retroactivamente a la empresa, después de la realización parcial del delito ya lograda por otro [...] el que se incorpora responde por aquel ilícito que es cometido recién *después* de su aparición”, en Stratenwerth, Günther, *op. cit.*, pp. 401-402.

51. El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, Decreto N° 103/2017) establece en su artículo 122 una escala penal de prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

52. Código Penal, art. 26: “En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...”.

53. Fallos CSJN: 331:858.

54. Código Penal, art. 76 bis: “Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio...”.

Esta figura ha de ser analizada desde el punto de vista constitucional con relación al principio de proporcionalidad, en cuanto a que, si constituye una figura de anticipación, no podría prever penas más graves que los propios delitos consumados o tentados.⁵⁵

El delito en cuestión es sancionado con una pena que va de los seis meses a los cuatro años de prisión. La pena aparece como proporcional para la mayoría de los delitos del Título III (en particular, con relación a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, corrupción de menores y producción de pornografía infantil), con excepción del abuso sexual simple, en la medida en que la pena es igual para el delito consumado y sería más grave con la de la tentativa. Una observación similar cabe realizar con relación al delito de rapto, que tiene un máximo de la escala penal de cuatro años de prisión, pero que implica ya una privación de la libertad de la víctima. Por último, la tenencia de pornografía infantil posee una escala penal inferior (de cuatro meses a un año por la mera tenencia y de seis meses a dos años cuando tiene el autor tiene la finalidad de distribución o comercialización).

Para salvar estos problemas de proporcionalidad podrían transitarse dos caminos: por un lado, considerar que el legislador ha decidido dejar por fuera estos supuestos y entender que el *grooming* se refiere sólo a los supuestos más graves. Sin embargo, la referencia del tipo penal al “propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual” parece desechar esta interpretación. Por otro lado, puede considerarse que dentro de la escala de seis meses a cuatro años, debería interpretarse que si lo que se quería realizar era un abuso sexual simple, lograr la tenencia de pornografía infantil, o un rapto, la escala penal aplicable debería construirse de manera proporcional por vía jurisprudencial, de modo tal que nunca pueda superar la escala correspondiente a la de la tentativa del delito-fin.

Concursos

Si bien la figura no prevé expresamente que no será aplicable cuando el autor haya incurrido en un delito más severamente pena-

55. Tazza, Alejandro, “El delito de *grooming*”, en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 07/03/2014.

do, creemos que se da un supuesto de concurso aparente o impropio cuando el delito contra la integridad sexual que motivó el contacto se realiza.⁵⁶ Por ejemplo, si ya se ha producido un contacto frecuente con intercambio de mensajes y videos pornográficos que han consumado la figura de promoción de corrupción de menores (art. 125 del Código Penal). Esta modalidad de concurso es denominada consunción, ya que se supone que el reproche por la realización del delito comprende a la conducta previa desplegada de contacto con el niño.

Otro problema se presenta cuando se consuma la figura de *grooming* y también el delito que tiene en miras el autor, pero este último tiene una escala penal igual (abuso sexual simple) o inferior (por ejemplo, la tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización, cuya escala penal es de seis meses a dos años). En ese caso, la realización del delito penal que motivó el contacto no perjudica o hasta beneficia al autor, al implicar la aplicación de la misma escala penal o una más reducida.

Creemos que, en aras de resguardar el principio de proporcionalidad penal,⁵⁷ la solución en este tipo de casos, más allá de una reforma legal, es aplicar una escala penal reducida cuando el autor realizó el contacto con el niño con la finalidad de realizar un delito cuya escala penal es menor o igual que a la escala de la figura de *grooming*. A fin de acotar la discrecionalidad judicial, un criterio que puede adoptarse en

56. En sentido contrario, la jurisprudencia ha interpretado la posibilidad de que se presente un concurso real entre el *grooming* y el abuso sexual: "Atento a las conductas desplegadas por el acusado, la subsunción de los tipos penales de 'grooming' y abuso simple concursan de manera real, en tanto el primero de los delitos mencionados no precisa que se lleva a cabo el segundo, sino que sólo basta que exista la intención de cometer un acto que atente contra la integridad sexual de una persona menor de edad, lo que demuestra la independencia entre sí de los hechos delictivos previstos por el ordenamiento jurídico...", Tribunal de Impugnación de Salta, Sala IV, Expte. N° JUI 125162/16, del 15/08/2017.

57. "El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en estos su fundamento lógico y axiológico", Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), Valladolid, Ed. Trotta, 1995, p. 397.

estos casos es tomar la escala penal del delito que motivó el contacto y reducir de la misma forma que la tentativa (la mitad del mínimo y un tercio del máximo) cuando sólo se consuma la figura de *grooming*. Por ejemplo, con la intención de cometer un abuso sexual simple, tendría una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses (si hubiera tentativa de *grooming*, sufriría otra reducción); en el caso –*grooming* con la intención de tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización–, la escala penal sería de tres meses a un año y cuatro meses.

Esta interpretación, que concilia la escala penal con el principio de proporcionalidad, también permite superar el inconveniente que se presenta cuando la figura del *grooming* determina la aplicación de una escala penal mayor que la tentativa del delito contra la integridad sexual que motivó el contacto con el niño. Por ejemplo, la tentativa de abuso sexual simple tiene una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses, inferior a la pena de *grooming*. Ahora bien, si atenúa la pena para el delito de *grooming* de la misma forma que para la tentativa de producción de pornografía infantil, desaparece la tensión con el principio de proporcionalidad penal.

Regulación de la acción penal

No se estableció en el Código Penal que se trate de un supuesto de acción pública dependiente de instancia privada, como ocurre con los otros delitos contra la integridad sexual. Por lo tanto la acción penal del *grooming* es siempre pública, y no depende de la instancia privada por parte de los representantes legales del niño. Esta posición respecto de la acción penal en los delitos que tuvieron a niños como víctimas fue recogida con la sanción de la Ley N° 27455⁵⁸ que modificó el régimen de ejercicio de las acciones en el Código Penal.⁵⁹ La nueva regulación va en línea con las exigencias del derecho internacional de los derechos

58. Sancionada el 10/10/2018 y publicada en el BO N° 33982 del 25/10/2018.

59. “Artículo 72: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.
2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.
3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

del niño en cuanto a la criminalización de estos comportamientos, de manera que no puedan quedar impunes por falta de impulso de los adultos responsables.⁶⁰

Competencia

Se ha discutido si la competencia para la investigación y el juzgamiento de este delito corresponde a la justicia nacional o local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Previo a la ratificación por parte de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires de la Ley N° 5935,⁶¹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió, al hacer aplicación del criterio fijado en la causa “Zanni”,⁶² que resultaba competente la Justicia Nacional de la Capital Federal, pese a ser un delito ordinario creado con posterioridad a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, establecida por el artículo 129 de la Constitución Nacional.⁶³ De modo que interpretó que los nuevos

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:

- a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;
- b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;
- c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre estos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquel”.

60. Reconociendo así una tendencia jurisprudencial que legitimaba la persecución penal pública, con prescindencia de la opinión de los adultos responsables: “Estima el tribunal que en el concreto caso sometido a estudio se hallaba habilitado el fiscal a actuar de oficio –tal como lo hizo– en protección de los intereses superiores de la menor abusada consagrados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño a la que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional otorgó jerarquía constitucional”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, causa N° 1018/11, “Incidente de excepción de falta de acción de H. R. B.”, del 08/08/2011, entre los primeros de esa instancia.

61. Sancionada el 07/12/2017, publicada en el BO del 03/01/2018.

62. Fallos CSJN: 333:589.

63. Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJ 32/2016/CS1, “C., E. s/acoso sexual a menores por comunicaciones electrónicas - art. 131 del C.P.”, rta. 23/08/2016.

delitos ordinarios son de competencia de la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo si están incluidos en un convenio ratificado legislativamente.

En cambio, la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió que la competencia debía corresponder al fuero local por ser un delito ordinario creado con posterioridad a la autonomía porteña. Para así decidir sostuvo que

De conformidad con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria aplicables en su ámbito territorial pertenece a esta ciudad, este conjunto de figuras incluye a las creadas con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–. En esta última especie se inserta el delito previsto en el art. 131 CP(BO 11/12/2013), bajo pretexto del cual se pretende renunciar a las facultades jurisdiccionales de esta ciudad. Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el art. 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente ‘Ministerio Público–Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos “NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–” (Expte. N° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la Ley N° 24588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN.⁶⁴

64. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 1, causa N° 10145-00-CC/15 “P., F. s/art. 128 CP”, rta. 21/09/2015, entre otras.

Más recientemente, se ratificó este criterio jurisprudencial en el marco de la justicia local al sostener que

No obstante, este asunto ya ha sido objeto de estudio por el Máximo Tribunal local. En efecto, en el fallo “Neves Cánepa”, de fecha 21/12/10, el voto de la mayoría de sus integrantes dejó sentado su criterio y sostuvieron que la competencia para investigar y juzgar los delitos de competencia penal ordinaria creados con posterioridad a la Ley N° 24588, pertenece a esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta decisión fue dictada con posterioridad a lo decidido por la CSJN en “Zanni, Santiago y Kloer, Claudio s/infracción art. 13, Ley N° 25761”, rta. el 04/05/10. Así y tal como se desprende del mencionado fallo, la llamada “Ley Cafiero” garantizó que se conservarían las competencias que se tenían en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para transferirlas, pero esa disposición no abarca aquellas otras que nunca tuvo y que ni siquiera pudo prever que iba a tener. En esta línea de pensamiento se sostuvo que: “... Resulta forzado interpretar que los delitos creados con posterioridad a la ‘ley de garantías’ son ajenos al ámbito de juzgamiento local por el solo hecho de reputarlos alcanzados por el status quo que preserva el art. 8 de la Ley N° 24588, en resguardo del interés invocado por el legislador nacional. Ello así, porque sería suponer que ese legislador pudo anticipar el interés federal de delitos que no tenía previsto establecer al momento del dictado de esta ley o que pudo dejar abierto indefinidamente el ámbito que buscó preservar –es decir, el ‘nacional’– para abarcar cuanto delito se estimara adecuado crear”. Y que “No existe en la actualidad obstáculo alguno para que los magistrados de nuestra Ciudad juzguen todas las conductas ilícitas previstas por el Legislador nacional con posterioridad a la sanción de la ley garante de los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad sea la sede de las autoridades nacionales, pues ha sido este mismo Legislador nacional quien ha ampliado, voluntariamente, aunque de manera parcial y tácita, las competencias o materias cuyo juzgamiento le permitía, o, mejor dicho, ha suprimido una de las restricciones que antes le imponía por medio de aquella norma” (Expte. N° 7312/10 “Ministerio Público –Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Neves Cánepa, Alvaro Gustavo y Orono, Franco Ariel s/infr. art. (s) 193 bis CP”, del 21/12/2010) [...]. En resumen, por imperio de la regla general según la cual asisten a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como propias, todas las facultades no delegadas a la Nación en el texto de la CN, ni retenidas o conservadas por el gobierno federal por las excepcionales razones previstas en el art. 129 de

la CN, la investigación y juzgamiento de los delitos creados por el Congreso de la Nación con posterioridad a la sanción de la “ley de garantías” incumbe al Poder Judicial de esta Ciudad. Siendo así y toda vez que el delito en cuestión incorporado por Ley 26.904 ha sido sancionado el 13/11/2013 y promulgado el 04/12/2013, es decir, ha sido creado con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–, corresponde que sea esta Justicia local la que continúe interviniendo en la presente causa...⁶⁵

También en ese precedente se sostuvo que

Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el artículo 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente “Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘N s/ inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–’” (Expte. N° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la ley 24.588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN. Luego, la mayoría añadió que conductas como la que se pretende investigar en esta causa no eran pasibles de reproche penal con anterioridad a la sanción de la ley 24.588. El art. 8 de aquella ley (que establece que “La justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación”) sólo garantizó que se “manten[dría]” un estado actual de cosas, que se “conservar[ían]” las competencias que

65. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto de la Dra. Marum.

se tenía en aquel momento y que paulatinamente podían celebrarse convenios para “transfer[ir]” esas competencias, pero no aquellas otras que nunca tuvo –o que ni siquiera pensaba tener–. La afirmación del TSJ en cuanto a que el Estado Federal, por la ley de garantías, “no puede conservar más que aquello que ya poseía” traduce una verdad que se apoya no solo en el sentido común sino en una interpretación literal y sistemática que sucesivamente ha impulsado el proceso de autonomía iniciado en 1994. En conclusión, coincido en que no puede presumirse un interés federal ilimitado en relación con el ámbito regulado por el art. 8 de la Ley N° 24588. Para que dicho precepto legal opere como un límite a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad deberían estar en juego delitos que comprometan, de acuerdo a una decisión expresa del legislador, algún interés federal o aquellos otros delitos cuyo juzgamiento se reservó mediante esa norma, tal y como opera respecto del resto de las provincias [...]. En esta tesitura, me permito destacar que la competencia material de la Ciudad de Buenos Aires para juzgar delitos, es propia por mandato constitucional (arts. 129 de la CN y 6 de la CCABA), por lo que no luce acertado renunciarla automáticamente en favor de una justicia que irrevocablemente está destinada a desaparecer. Asimismo, en pos de una mejor y eficiente administración de la justicia local, acentúo la importancia de evitar futuras contiendas negativas de competencia –hipótesis que podría suscitarse en el caso de autos–, siempre y cuando el trámite de la investigación pueda continuar en el fuero local sin atentar contra las garantías constitucionales del justiciable...⁶⁶

Coincidentemente, se expuso en este fallo que

En el precedente “Zanni y Kloher” (Fallos: 333:589), en remisión al dictamen del Procurador Fiscal, la Corte había dicho que “los nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro, a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local”. A ello este tribunal había agregado que la cláusula del primer convenio referida a otros traspasos que pudieran surgir en el futuro “no significa asignar, per se, a cada nueva figura delictiva la jurisdicción local toda vez que la clara imprecisión acerca de las materias que, en su caso, integrarían su objeto, podría traer aparejada una continua alteración de las leyes dictadas por el Congreso en torno a la compe-

66. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto del Dr. Vázquez.

tencia de los tribunales nacionales que, en principio, quedarían privados de sus atribuciones constitucionales”. Sin embargo, en contra de la regla allí establecida por la Corte al interpretar esas leyes, según la cual los nuevos tipos penales que se sancionaran en el futuro debían ser sometidos a un nuevo convenio de partes a menos que contuvieran disposiciones expresas, el legislador nacional estableció posteriormente, a través de la Ley 26702, art. 2, una pauta opuesta. Mediante el tercer convenio se determinó, contrariamente a lo estipulado por la Corte, la regla general de que todo nuevo delito de competencia penal ordinaria, aplicable en su ámbito territorial, se asigna al poder judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es decir, que cada delito futuro no necesita ser sometido a un nuevo convenio de partes. Con todo, dado que el propio acuerdo preveía en su art. 8 que la “transferencia y asignación de competencias dispuesta por los artículos 1 y 2 de la presente ley se perfeccionarán con la entrada en vigencia de la ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que acepte, sin limitaciones ni reservas, las disposiciones de la presente ley”, consideramos –con mis colegas de Sala II– en causas similares a la presente que “tal convenio no se encuentra vigente hasta tanto se apruebe mediante una norma de la legislatura local”. Por lo tanto, entendimos que era competente el fuero ordinario del poder judicial de la Nación (‘Gago’, c. 17338-02/13, rta. el 7/5/15). No obstante, posteriormente la Corte Suprema ha emitido un fallo en el que, sin abandonar por completo la jurisprudencia aquí reseñada, le imprime un nuevo rumbo que resulta decisivo en este asunto. Así, en el fallo “Corrales” (CCC 007614/2015/CS001, rto. el 09/12/15) la Corte expuso que: “si bien el carácter nacional de los tribunales de la Capital Federal pudo tener sustento en el particular status que esta tenía con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, lo cierto es que, producida esta modificación fundamental, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria, que vale reiterar, no son federales, deben ser transferidas a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta forma, al igual que lo que ocurre en las jurisdicciones provinciales, estos asuntos deben ser resueltos por la justicia local”. A lo que se suma que “la Constitución federal le reconoce a la Ciudad de Buenos Aires su autonomía” (consid. 8). Ello implica un profundo cambio en cuanto al postergado reconocimiento por parte de la CSJN de la letra de la Constitución Nacional sobre el carácter autónomo de esta ciudad, pero lo que resulta decisivo para el caso que nos ocupa se halla en el consid. 9 del fallo: “Que transcurridos ya más de veinte años de la reforma constitucional de 1994, resulta imperioso exhortar a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias a los

efectos de garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional”. Ante el mandato del máximo tribunal, y en atención a los argumentos expuestos cabe concluir que corresponde al fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires continuar con el trámite de la presente causa...⁶⁷

Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional consideró que recién resulta competente la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires para los delitos de *grooming* acontecidos después de la operatividad de la Ley N° 5935,⁶⁸ o sea, cometidos desde el 3 de febrero de 2018.⁶⁹

67. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, causa N° 27072/2017-1, citada *supra*, voto del juez Bacigalupo.

68. La Ley N° 5935 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (publicada en el BO N° 5286 el 03/01/2018) acepta la transferencia de la competencia establecida por la Ley Nacional N° 26702. Establece: “Artículo 1: Acéptase la transferencia de la competencia para entender en los delitos previstos en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26702 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Artículo 2: La presente Ley entrará en vigencia respecto de los delitos tipificados en el Código Penal y en leyes especiales, que no correspondan a la competencia federal, creados con posterioridad a la Ley N° 26702, conforme lo establecido en su artículo 2, a los treinta (30) días de su publicación en el Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

69. “El representante del Ministerio Público Fiscal apeló la decisión obrante a fs. [...], por la que se declinó competencia en favor de la justicia en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. En el marco de la audiencia celebrada, el doctor Marcos de Tomasso mantuvo el recurso, en el que se sostuvo que como el episodio, encuadrado –bajo concurso ideal– en los artículos 128 y 131 del Código Penal, se habría perpetrado entre los días 06 y 22 de marzo de 2017, su conocimiento debe quedar radicado en esta jurisdicción, pues la transferencia del último de los tipos penales a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recién fue aceptada con la sanción –el 07 de diciembre de 2017– de la Ley N° 5935 y se tornó operativa el 03 de febrero último. Tras relevar las actuaciones, comparto la tesis de la fiscalía en la medida en que se ajusta al criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ‘Zanni, Santiago y otros/inf. Art. 13 de la Ley N° 25761’ [...]. De adverso, el más Alto Tribunal entendió que los ‘nuevos tipos penales que, eventualmente, se sancionen en el futuro [con posterioridad a la sanción de la Ley N° 24588], a menos que contengan disposiciones expresas, deben ser sometidos a un nuevo convenio de partes y posterior ratificación legislativa, para integrar la jurisdicción local’, extremo que se constata en sucesivos convenios de transferencia progresiva de competencia que suscribieron la Nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [...]. Por lo demás, con la Ley N° 5935, –sancionada el 07 de diciembre de 2017– la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aceptó la transferencia de los delitos enunciados en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26702 (art. 1) y estableció que ‘la presente ley entrará en vigencia respecto de los delitos tipificados en el Código Penal y en leyes especiales, que no correspondan a la competencia federal, creados con posterioridad a la Ley N° 26702’

A modo de conclusión

El tipo penal de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*) puede ser analizado desde diferentes perspectivas.

Tiene una naturaleza anticipatoria, que complejiza el análisis dogmático y requiere de una interpretación cuidadosa por parte de los operadores judiciales, a fin de resguardar el principio de lesividad.

Por otro lado la comisión, mediante nuevas tecnologías informáticas, hace necesario el uso de las modernas técnicas de detección y de investigación, lo cual muchas veces requiere el desarrollo de herramientas tecnológicas y jurídicas, junto con una interpretación dinámica de las normas procesales. Esta tarea debe ser emprendida tanto por los funcionarios competentes de los Poderes Ejecutivos, como por los integrantes de los Ministerios Públicos Fiscales de las diversas jurisdicciones del país.⁷⁰

Asimismo, debe destacarse que la Argentina ha cumplido con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos de la infancia en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) al tipificar este delito, incluso ya ha ratificado el Convenio de Budapest. Sin embargo, habrá que esperar a que la jurisprudencia avance en la aplicación e interpretación de esta norma para pronunciarse sobre su eventual eficacia político-criminal.

Finalmente, cabe considerar que cuando se analiza la relación entre los niños y la justicia penal, a pesar de la forma en la que se presenta la información a la opinión pública, son exponencialmente más los casos en los que ellos son víctimas que los casos en que son victi-

(art. 2) y que dicha operatividad será progresiva, durante el año que transcurra desde su publicación en el Boletín Oficial local (art. 3). De tal suerte, al estimarse que el delito previsto por el artículo 131 de la ley sustantiva (*grooming*) no integraba los convenios de transferencia de competencias penales suscriptos con antelación a la presunta comisión del hecho investigado (Leyes N° 25752 y 26357), ya que como se indicara, se lo contempló con la sanción de una norma posterior (número 26702), corresponde revocar la decisión recurrida...”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, “R., F.”. rta. el 29/08/2018.

70. Sumado a ello, una especial capacitación en materia de violencia contra las niñas, que regula la Ley N° 27499 “Micaela” de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (sancionada el 19/12/2018 y publicada en el BO N° 34031 del 10/01/2019).

marios.⁷¹ Este tipo penal parte de esa circunstancia y supone el reconocimiento de un alto índice de vulnerabilidad de los niños frente a la criminalidad cometida mediante el uso de nuevas tecnologías, el cual exige de todos los agentes estatales la máxima diligencia y compromiso real para asegurarles el derecho a la protección especial.⁷²

Jurisprudencia

Fuero: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, Sala I, CABA.

Autos: “NN s/ infracción del art. 131 CP”

Expte.: N° 12322/2015-O

Fecha: 23-11-2017

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 23 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen los integrantes de la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Elizabeth A. Marum, José Sáez Capel y Marcelo Pablo Vázquez, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensoría obrante a fs. 31/36, de la que

RESULTA:

I. Que a fs. 7/11 obra el requerimiento de elevación a juicio elaborado por el Fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 7, en el que le imputó a R., C. que entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19.49:01, y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53, utilizando el nombre “NN” en la red social S., vinculado al correo electrónico ..., con nro. de abonado ..., contactó a L., M., DNI: ..., de ... años de edad, quien utilizaba el usuario de la misma red social, con correo asociado ..., con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como “Tienes un cuerpo perfecto sabés”, “Ya sabe cuándo necesite un médico puede contar conmigo, je”, “Tiene un cuerpo muy lindo”, “Deje verla”, “Q me deje verla acostadita”, “Y como es su ropa interior”, “Que ganas de verla”, “Y su ropa interior es chiquita

71. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, p. 20, cit. 11.

72. Beloff, Mary, *Derechos de los niños. Su protección especial en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

o grande”, “Pone en compartir foto y se toma una y me la envía”, “Me quedé con ganas de verla así acostadita en ropa interior”, “No quisiera un poco de compañía”, “Tienes un cuerpazo”.

Ello así, la conducta fue calificada como constitutiva del delito previsto en el art. 131 CP.

II. Que a fs. 14/18, la Defensora Oficial, Andrea Demarco, plantea la nulidad de la “*notitia criminis*”. Sostiene que el informe remitido por “*National Center for Missing and Exploited Children*” (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CiberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG N°. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado. Por lo que entiende que cabe declarar la nulidad del mencionado informe como así también todo lo obrado en consecuencia (entre ellos las audiencias de intimación del hecho y el requerimiento de juicio interpuesto por el Ministerio Público Fiscal).

III. Que a fs. 25/29 vta. obra el acta de audiencia en la que se debatió la nulidad antes planteada. Al momento de resolver, el Sr. Magistrado, Dr. Jorge C. Casas, no hizo lugar a la nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial, refiere que no encuentra afectación alguna a la intimidad de las personas, en tanto en primer lugar hay una voluntariedad manifiesta de aceptación en los términos de usos de esa red. Entiende que no estamos frente a un caso en que se reveló información privada que no tiene relevancia jurídica para nadie, sino ante un caso en que la información que se detectó tenía que ver con la posibilidad de una niña víctima, y por lo tanto ese interés superior del niño que estamos llamados a proteger, hace que ni siquiera debamos analizar la situación de si la aceptación del contrato de adhesión fue en una situación de mayor exposición frente a una empresa con mayor poder en los términos civiles.

Que se remite a las políticas de seguridad y términos y usos de la red social S., donde queda aclarado incluso la protección de víctimas de abuso. Por último, refiere que no encuentra forma en que un usuario de la red social, al aceptar estos términos y luego elegir llevar a cabo ciertas conductas que lo colocan en una situación de ser investigado por una posible afectación a los derechos de un niño, pueda entender que hay afectación a garantía alguna.

IV. Que a fs. 31/36, la Defensora Andrea Demarco, apela la mencionada decisión y reitera los argumentos esgrimidos al momento de plantear la nulidad. Agrega que esa defensa no desconoce el compromiso asumido por el Estado Argentino para prevenir y sancionar conductas ilícitas en protección de la integridad sexual de los niños, consagrada por la Convención de los Derechos del Niño, pero que dicho instrumento no puede ir en desmedro de derechos consagrados. Expresa que si bien su asistido debió aceptar los términos y condiciones para utilizar la red social S. señala que se trata de un contrato de adhesión. Que las partes no negocian sus cláusulas ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere.

V. Que a fs. 42/44 contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Eduardo Javier Riggi. Sostiene que el recurso es inadmisibile pues la apelante no logró demostrar el gravamen irreparable que haga viable el recurso intentado. Refiere que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el “NCMEC”, a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

VI. Que a fs. 46/48 vta. contesta la vista el Sr. Defensor ante la Cámara, Dr. Emilio Antonio Cappuccio y expresa que comparte la expresión de agravios y los fundamentos desarrollados por su colega de grado. Refiere que la “*notitia criminis*” debe ser el puntapié para indagar y averiguar lo sucedido, y no –como sucede en autos– la causa suficiente para someter a alguien a la “pena de banquillo”. Lo contrario tornaría inoperante el principio de presunción de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el principio *onus probando*, que pone la carga de la prueba en manos de la acusación. Asimismo plantea la

nulidad del requerimiento de juicio, sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el “delito contra la integridad sexual” que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima.

VII. Que a fs. 50 pasan los autos a resolver.

PRIMERA CUESTIÓN:

El remedio procesal fue interpuesto en tiempo y forma, por quien se encuentra legitimado a tal fin.

Asimismo, dicha pieza procesal cuestiona la decisión del juez que no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC. Al respecto, cabe expresar que las decisiones que admiten o rechazan planteos de nulidad ocasionan un gravamen de insusceptible reparación ulterior, en los términos del art. 279 CPP CABA (Causas N° 17841-00-CC/2011 “Cottone, Andrea Natalia Esther s/infracción art. 149 bis CP”, rta. el 22/3/2012, N° 1272-02-CC/2012 “Incidente de Apelación en autos “Moreno, Carlos Alberto s/infracción. art. 183 y 150 (p/ L2303) CP”, rta. el 30/7/2012; N° 44417 -00-00/2010 “Otero Cristian Pablo s/infracción. art. 149 bis CP” Apelación, rta. el 5/9/2012; entre otras).

Por lo expuesto el recurso de apelación debe ser declarado admisible.

SEGUNDA CUESTIÓN:

En primer lugar, cabe recordar la postura que ha venido sosteniendo esta Sala en numerosos precedentes en materia de nulidades, al considerar que la declaración de invalidez posee carácter excepcional, y que priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales. En consecuencia, es dable afirmar que la nulidad sólo resultaría procedente de advertirse algún vicio sustancial o la afectación de garantías constitucionales.

En este sentido, este Tribunal ha expresado en diversas oportunidades que para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, la demostración (carga específica) por parte de quien la alega, del perjuicio concreto e irreparable que le ocasiona el acto, a su entender viciado y que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción y, por otro, del interés o provecho que le ocasionaría tal declaración –“principio de

trascendencia”– (causas N° 39028-01-CC/08 “Incidente de nulidad en autos ‘Cundo, Alexis s/inf. art. 149 bis, Amenazas y 183, Daños - CP”, rta. el 04/9/09; N° 01-02-CC/06 Incidente de sanción disciplinaria en autos “Fuenzalida, Mario s/art. 189 bis”, rta. el 02/9/09; N° 22567-00-CC/08 “Sena, Walter s/art. 149 bis”, rta. el 10/8/09, N° 14373-00-CC/2010 “Silva, Roberto Francisco s/infr. art. 149 bis CP – Apelación”, rta. el 28/12/2010; entre muchas otras), pues lo contrario conllevaría al dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo que resulta inaceptable.

I. Planteo de nulidad del informe NCMEC

La defensa sostiene que el informe remitido por “National Center for Missing and Exploited Children” (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CiberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG nro. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado.

Al respecto, coincidimos con lo manifestado por el Fiscal de Cámara en cuanto sostiene que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna, en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el “NCMEC”, a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

Que de la simple lectura de las políticas de privacidad de la red social “S.”, surge claramente que la empresa se reserva el derecho de revelar información aportada por el usuario a las autoridades que considere apropiadas en caso de que considere que una de las partes puede estar siendo víctima de abuso en cualquiera de sus formas, incluido el abuso infantil.

A ello se aduna que la resolución de Fiscalía General nro. 435/2013 (de fecha 12 de noviembre de 2013) y su correspondiente anexo, que da cuenta del Acuerdo celebrado entre el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (cuyas siglas en inglés son “NCMEC”) y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, la resolución establece que el “NCMEC” es una organización sin fines de lucro con sede en los Estados Unidos de América. Esta institución ha recibido apoyo del Congreso de los EE. UU. con el fin de construir una respuesta internacional coordinada e intercambiar información respecto a la problemática de los niños desaparecidos y explotados sexualmente. Asimismo, ha obtenido autorización para establecer el Cyber Tipline, la cual proporciona un mecanismo centralizado donde los proveedores de servicios de Internet reportan actividades sospechosas relacionadas a la explotación sexual de niños. Que en este sentido se acompañó el proyecto del acuerdo mencionado, cuyo objeto consiste en definir los estándares para que este Ministerio Público Fiscal pueda establecer una conexión remota con la red virtual interna privada (el “Servicio VPN”) de NCMEC, con el fin específico de descargar informes de Cyber Tipline generados por la División de Niños Explotados de NCMEC (“Informes CyberTipline”).

En consecuencia, no sólo el usuario que utiliza su cuenta en ese sitio debe aceptar los términos y condiciones del servicio –entre los que se incluyen las políticas de privacidad que permiten compartir el contenido de su actividad cuando ello sea susceptible de configurar un ilícito–, sino que el Ministerio Público Fiscal –en virtud del acuerdo anteriormente celebrado con el “NCMEC”– tiene acceso a dicha información, a los efectos de radicar la denuncia penal pertinente (vale recordar que la investigación por la presunta comisión de los delitos previstos en el art. 131 del CP, se inicia de oficio, conforme dispone el art. 71 CP.).

Por último, vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (que la República Argentina ratificó mediante Ley N° 23849) establece en su art. 19.1 que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su

cargo”, mientras que el art. 34 dispone: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter racional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir: a) La iniciación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Que lo expuesto, no significa defender la revisión y utilización del contenido de los correos electrónicos que enviamos y recibimos a diario. Lo que se quiere reforzar, es el compromiso asumido por el Estado Argentino a los efectos de prevenir y sancionar ciertas conductas ilícitas y subrayar que dicha actividad persecutoria se encuentra respaldada por el instrumento internacional mencionado que protege la integridad sexual del niño menor de edad.

Siendo así cabe rechazar el planteo de nulidad impetrado por la defensa.

II. Planteo de nulidad del requerimiento de juicio

Ahora bien, en cuanto al planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio introducido por el Defensor de Cámara, cabe señalar que su invalidez *“es una medida extrema que solo debe ser adoptada cuando se verifica una limitación o afectación relevante del derecho de defensa del imputado”* (Expte. 2620/03 “Ministerio Público –Defensor en lo Contravencional N° 1– s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Oniszczuk, Carlos Alberto s/ ley 255”, rto. el 13/05/04, del voto de la Dra. Ana María Conde).

El Dr. Emilio Cappuccio sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida para calificar el hecho imputado, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el “delito contra la integridad sexual” que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima.

Ahora bien, de la lectura del requerimiento se desprende con claridad que se le atribuye a R X F C haber contactado –entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19:49:01 y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53 hs, utilizando el nombreen la red social *Skout*, vinculado al correo electrónico ..., con número de abonado...– a L. DNI ..., de ... años de edad,

quien utilizaba el usuario “C” de la misma red social, con correo asociado ...con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como “Tienes un cuerpo perfecto sabes”, “Ya sabe cuándo necesite un médico puedo contar conmigo je”, “tiene un cuerpo muy lindo”, “Deje verla”, “Q me deje verla acostadita”, “Y como es su ropa interior”, “Que ganas de verla”, “Y su ropa interior es chiquita o grande”, “Pone en compartir foto y se toma una y me la envía”, “Me quede con ganas de verla así acostadita en ropa interior”, “No quisiera un poco de compañía”, “Tiene un cuerpazo”.

Ese es el sustrato fáctico que resulta ser materia de reproche. En torno a la calificación jurídica que el acusador público asignó al hecho materia de acusación, es decir la configuración del delito previsto en el art. 131 CP, es menester señalar que, esta figura penal, conocida como *grooming*, se incorporó al código penal mediante la ley 26.904 (B.O. 13/11/2013) y establece que:

“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 relación al elemento requerido por la figura penal respecto a que el contacto sea “con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, puede ser caracterizado, a partir de la dogmática penal, como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

Estas exigencias han sido definidas como elementos subjetivos que exceden el puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esa realización (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, pág. 517).

A su vez, la presencia de estos elementos condujeron al surgimiento de la categoría: “delitos de intención”, en ellos, como el que aquí nos convoca, el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente –y a veces nunca– debe alcanzar (Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pág. 519).

De lo expuesto no se trata entonces de delitos de sencilla prueba y en la descripción acusatoria no hay mucho más que prometer la comprobación de que, a partir del contenido de los contactos y las características del contexto (que si constituyeron elementos objetivos), es posible

arribar a la certeza de que existía aquella finalidad, ese deseo de obtener el resultado, más allá, como se dijo, de su efectiva materialización.

En el caso, y teniendo en cuenta las pruebas señaladas en la requisitoria de elevación a juicio el representante del Ministerio Público Fiscal está dispuesto a acreditar este ánimo en el imputado. Sin perjuicio de ello, la defensa tendrá la posibilidad de cuestionar o resistir la acusación durante la audiencia de juicio.

En conclusión, y según se desprende de las constancias de las actuaciones, la Defensa pudo tener acceso a las pruebas recabadas durante la investigación preparatoria y estar presente en la audiencia donde se discutió su procedencia en relación a los fines que con cada una de ellas se pretende probar. Siendo así, y más allá de la mayor o menor solidez de la pieza cuestionada, no se advierte que la defensa técnica se encuentre impedida de resistir la acusación durante la audiencia de juicio.

En torno a esta cuestión, resulta atinente el voto de la Sra. Juez del Tribunal Superior de Justicia Alicia E.C. Ruiz en el precedente “Ministerio Público – Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC–apelación–’”, donde se señaló que mediante el requerimiento de juicio “[...] *El fiscal se debe limitar a evaluar los elementos probatorios existentes hasta el momento y si considera que son suficientes para enviar la causa a juicio, como ha sucedido en este caso, así lo solicitará. Ese requerimiento de la parte acusadora podrá ser ampliamente debatido, cuestionado y refutado por el imputado y su defensor ante los órganos judiciales que resolverán en definitiva el caso. En contra de lo sostenido por el defensor, el fin principal de la acusación del ministerio público fiscal es expresar una imputación correctamente formulada, de modo tal que el imputado tenga la posibilidad de defenderse en el juicio en forma eficiente*” (Expte. n° 3996/05, del 14/9/2005).

Como venimos señalando, el requerimiento de juicio cumple con tal condición.

Así, no se advierte en el caso particular, por sus características, una deficiencia descriptiva de la conducta atribuida que conduzca a afirmar la vulneración al derecho de defensa en juicio. En consecuencia, al no verificarse la afectación cabal del derecho constitucional, se impone el criterio restrictivo para el dictado de nulidades procesales.

Con lo expuesto corresponde rechazar el planteo de nulidad introducido por el Defensor de Cámara.

En base a todo lo expresado, este Tribunal,

RESUELVE

I. CONFIRMAR la decisión del juez de grado, obrante a fs. 25/29 vta. en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial.

II. NO HACER LUGAR al planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio impetrado por el Defensor de Cámara.

Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente, y oportunamente remítase al Juzgado de Primera Instancia interviniente, a sus efectos.

Fuero: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI

Autos: “S. A. M. s/ Procesamiento Juzgado Criminal y Correccional N° 10”

Expte.: N° 12758/2016

Fecha: 06-11-2017

Buenos Aires, 6 de noviembre de 2017.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO

I.- Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la defensa de A. M. S. (ver fs. 206/208), contra el punto I del auto de fs. 200/205 que lo procesó en orden al delito de *grooming*.

II.- Los elementos de cargo son suficientes para dar sustento al temperamento adoptado, sin perjuicio de la discusión más profunda que pueda llevarse a cabo en un eventual debate, bajo los principios de inmediación y contradicción que lo caracterizan.

Entre el 9 de febrero de 2016, a las 1:48 y el 26 del mismo, a las 4:16, el nombrado intercambió mensajes vía *Whatsapp* –iniciando la conversación– con la menor I. R. L., en los que reveló su intención de mantener encuentros sexuales. Para ello en varias oportunidades quiso concretar una cita y no sólo le pidió una fotografía, sino que envió una de sus genitales.

K. L., madre de I., precisó en dos ocasiones las circunstancias y el contexto en el cual todo sucedió (fs. 2/4 y 8/9), lo que fue corroborado

por I. en la Cámara Gesell. Y es importante la entrevista con la niña porque en ella se mostró genuina, espontánea e incluso peritajes descartaron un incremento imaginativo patológico (fs. 105/111).

Además tuvo contacto directo con S. y, entonces, mejor que nadie puede contar las huellas que dejó esa conducta en su vida, pues ya tiene una edad –14 años– que permite expresarse con claridad.

Pero lo trascendental es que toda la situación se encuentra documentada. El contenido de los chats es más que sugestivo ya que utiliza frases como: “*¿sabes guardar secretos?, me parecen re linda, nos podemos encontrar y ver, te llevo al río a andar en moto de agua*” (fs. 58/64) y, por si no fuese suficiente, las imágenes que mandó despejan cualquier duda al respecto dado que responden a su miembro viril (fs. 65/66).

De ahí que no se entiende la negativa de la defensa cuando quedó explícito el sentido sexual que, sin más, pretende desconocer.

Otro dato es que el celular utilizado..... activó las celdas ubicadas en el kilómetro..... de....., provincia de Buenos Aires, es decir, la misma localidad donde vive S.

Que la línea no esté a su nombre en nada modifica el panorama. Por el contrario, que su titular sea M. I. d. T. –un familiar– parece ser un paso necesario para, en este tipo de delitos, dificultar la conexión del autor con el hecho. No obstante, la seguridad con la que la damnificada lo identificó permite superar el punto.

Es real la dificultad probatoria que presenta analizar su faz subjetiva pero la conversación bajo estudio denota la intención de seducir y la voluntad de crear confianza para concretar su propósito; la imagen obscena está íntimamente ligada con ello.

En definitiva, insistentemente quiso concertar una reunión con la menor para satisfacer su deseo sexual, que dejó al descubierto al enviar una imagen de sus genitales. Esto último revela el elemento subjetivo que requiere el tipo para su configuración.

Es que “*El delito de grooming sólo admite el dolo directo, cuyo alcance debe abarcar los elementos del tipo objetivo, pero además exige una ultraintención. Es decir, un plus en la faz subjetiva que está dado por el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor de edad*” (Buompadre, Jorge Eduardo, “Violencia de género en la era digital” Ed. ASTREA, págs. 212/213).

La palabra “*grooming*”, que proviene del término inglés “*groom*”, significa preparar o entrenar para un objetivo específico o actividad

concreta. Constituye “[...] la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo, y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológica, facilitando su propósito sexual” (María Eugenia Lo Giúdice, “Con motivo de la sanción de la ley que introduce el “delito de grooming” en el Código Penal”, año 2013, pub. en el Suplemento “Alta Tecnología” de la Biblioteca Jurídica Online “elDial.com”, edición del 11/12/2013 [<http://www.eldial.com.ar>], ref.: DC1CoB.).

Esta conducta “tiene una intención determinada que podemos dividirla en etapas o fases y que pueden durar semanas o meses [...] una inicial o de “relación, donde se trata de acercarse al menor generalmente “suplantando identidad” [...] estadio donde se habla de gustos, amigos deportes, etc.[...] una intermedia o de “amistad”, donde ganada ya la confianza, se va obteniendo datos personales de la víctima [...] comienza un intercambio de confidencias, de secretos [...] pero llegará muy pronto la primer petición muy sutil, hasta lograr el compromiso [...] con el propósito de obtener imágenes o videos de contenido sexual [...] por cualquier medio de comunicación por plataforma online [...] y la etapa final o de actuación, ya hay una intención sexual, implícita o explícita, puede ser lograr mediante engaño una cita real destinada a lograr, un fin sexual” (ob. cit.) (el subrayado nos pertenece).

Los pasos que procuró para lograr su objetivo se corresponden con las etapas señaladas y demuestra que ejecutó un plan previsto de antemano.

Así, en un primer momento generó un contexto de confianza mediante halagos inocentes que, sin duda, causaron una impresión mayor en la víctima debido a que estaba transitando la adolescencia. Una vez creado el escenario propicio solicitó el envío de fotos y, para que no haya hesitación del tenor de su requerimiento, directamente mandó una de sus partes íntimas. Finalmente buscó concretar una salida que, en principio, podría resultar tentadora ya que refirió “te llevo al río a andar en moto de agua”.

La conjunción de ello enerva el planteo relativo a la orfandad probatoria y su descargo.

Por último, no se advierten problemas constitucionales con la sanción de la ley de grooming, porque su objeto no fue tipificar intenciones de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización

de actividades que él mismo no debería efectuar, lo cual se corresponde con todos los preceptos que pretenden resguardar su interés superior.

Con su promulgación nuestro país no hace más que cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: Convención sobre los Derechos del Niño; El Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; El Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional –Protocolo de Palermo–; la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos; La convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorándum de Montevideo sobre la protección de Datos Personales y vida privada en las redes sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales.

III.- En consecuencia, y sin perjuicio de que el instructor deberá evaluar la competencia, el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el punto I del auto de fs. 200/205 en todo cuanto fue materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Se deja constancia que el juez Mariano González Palazzo, interviene en la presente en su carácter de subrogante de la Vocalía nro. 10 y que el juez Rodolfo Pociello Argerich, subrogante de la Vocalía nro. 3, no lo hace por hallarse en las audiencias de la Sala V de esta Cámara.

Julio Marcelo Lucini - Mariano González Palazzo

Ante mí: Ramiro Mariño Prosecretario de Cámara