

Corrupción de menores a través de internet. El delito de “Grooming”: ¿Es necesaria su incorporación al Código Penal Argentino?¹

I.- Introducción al caso. Cuestiones tratadas. II.- Planteo del problema. Actos preparatorios no punibles. III.- Consideraciones sobre el tipo penal aplicado. IV.- Legislación comparada. El proyecto de Grooming en nuestro país. V.- Conclusión.

I.- Introducción al caso. Cuestiones tratadas.

El fallo que analizaré se dictó en el marco de un procedimiento seguido contra Leandro Nicolás Fragosa, a quien se lo condenó a 10 años de prisión en orden al delito de corrupción de menores agravada. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, provincia de Buenos Aires, tuvo por probado que *“el señor Leandro Nicolás Fragosa, mediante el engaño de utilizar una apariencia de niña, con el seudónimo ‘Sole Gomez’ contacta vía internet, desde su PC ubicada en su domicilio, utilizando la cuenta de correo electrónico ‘sol199910@hotmail.com’, a una menor de ocho (8) años de edad, a través de la computadora de la niña ubicada en su domicilio de calle 38 N° 2695 de este medio, y mediante la utilización de mensajería instantánea ‘Messenger’, le envía mensajes de contenido sexual y lenguaje obsceno, con evidentes fines corruptivos, a su cuenta de correo ‘xxx’, al mismo tiempo que enviaba mails con cantidad de fotografías con contenido de menores de edad desnudos y manteniendo relaciones sexuales entre sí. Del hecho descripto resulta víctima la menor de edad L.M.”.*

La defensa particular del imputado, entre los diversos planteos efectuados a lo largo del juicio, planteó la atipicidad de la conducta achacada, por entender que no se pudieron acreditar perjuicios reales y efectivos sobre el bien jurídico.

En sus fundamentos, el tribunal analizó diversas cuestiones y dio por probada la afectación al psiquismo de la menor, sin perjuicio de aclarar que para imputar los actos corruptivos no era necesario acreditar dicho extremo. Pero en lo que aquí interesa, desarrolló un somero análisis de la conducta desplegada por el imputado mediante el uso de internet, quien mediante el aprovechamiento de una personalidad ficticia, logró tener un acercamiento con la menor con el fin de establecer relaciones y/o intercambiar representaciones con contenido explícitamente sexual.

En los párrafos siguientes expondré los lineamientos generales sobre el delito de *grooming*, su estado parlamentario en nuestro país, su tipificación en otras legislaciones, como así también, la dificultad que representa en cuanto a su persecución penal.

¹ Comentario al fallo del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, Expte. T.C. N° 4924-0244,

II.- Planteo del problema. Actos preparatorios no punibles.

a) *Generalidades*: con la irrupción de las nuevas tecnologías y el acceso masivo a Internet es posible la creación o exposición de la personalidad en un espacio virtual sin fronteras, a través de la utilización de las redes sociales como Facebook, Twitter, Messenger, Myspace, blogs, etc, al tiempo que ha abierto nuevos cauces de transmisión de la información, que permite la proliferación de conductas tendientes a contactar a menores de edad con el fin de involucrarlos en situaciones que atentan contra su integridad sexual.

El grooming² se define como un nuevo tipo de problema relativo a la seguridad de los menores en Internet, consistente en acciones deliberadas por parte de un/a adulto/a de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en Internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas o pornográficas del menor o incluso como preparación para un encuentro sexual, posiblemente por medio de abusos contra los niños.

La utilización de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) permite a un adulto, mediante la creación de un perfil falso, contactar a un menor de edad y mediante engaños crear un lazo emocional con el objetivo de llevar adelante un abuso de tipo sexual..

b) *Reforma al Código Penal Argentino. Inclusión de los ciber-delitos*: con la sanción de la Ley 26.388³ se logró adaptar las nuevas técnicas, modalidades y avances tecnológicos a las disposiciones penales consagradas como ilicitudes dentro de nuestro ordenamiento punitivo. El legislador contempló en la reforma nuevas conductas que prácticamente no dejan resquicio alguno para la utilización ilícita de material pornográfico infantil, salvo el almacenamiento sin fines de circulación y la recepción de dicho producto que hasta el momento son conductas permitidas⁴, pero no fue incluido en dicha reforma el tipo penal que castiga las conductas llevadas a cabo mediante el grooming.

"FRAGOSA, Leandro Nicolás s/ Corrupción de menores agravada" de fecha 5 de junio de 2013.-

² Concepto obtenido de la enciclopedia virtual Wikipedia.

³ Sanción: 04/06/2008. Promulgación de hecho: 24/06/2008. Publicación en el Boletín Oficial: 25/06/2008. El Art. 128 del C.P., establece que "Será reprimido con prisión de 6 (seis) meses a 4 (cuatro) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 (dieciocho) 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; Con una pena de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder ese tipo de representaciones para su distribución y comercialización; Con una pena de un (1) mes a tres (3) años el que permita el acceso a espectáculos pornográficos o facilite ese tipo de material a menores de catorce (14) años".

⁴ ABOSO, GE., "La Nueva Regulación de los llamados 'Delitos Informáticos' en el Código Penal Argentino. Un estudio comparado". Revista de Derecho Penal, 2010-1, Imputación, causalidad y ciencia-I, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 645/646.

c) *¿Se trata de un adelantamiento en la punición?*: Es sabido que existen delitos que castigan situaciones de peligro que encuadran dentro de la categoría de actos preparatorios, pero que en definitiva significan la producción o aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado. Sólo por vía de excepción los actos preparatorios podrían ser legítimamente castigados, bajo la condición de generar objetivamente una situación de peligrosidad que resulta incompatible con el bien jurídico tutelado, como sucede por ejemplo con los tipos penales de asociación ilícita, la tenencia de explosivos o armas de guerra, la conspiración contra la traición, etc., que son punibles ya que su celebración está directamente vinculada con la realización de un delito y pone en peligro un bien jurídico determinado, pero como ya dijimos son una excepción en nuestra ley, sin embargo, moderadamente se ha manifestado la tendencia a extender la punibilidad a los actos preparatorios, como expresión de una forma de estado autoritario⁵.

En el presente caso los jueces tuvieron por probado que el imputado llevó a cabo diversas acciones que tuvieron suficiente entidad corruptora, afectándose el proceso de formación de la sexualidad de la menor o el normal desarrollo de ella.

En este y otros casos similares, podría presentarse un problema respecto de la posibilidad de punir actos preparatorios de una eventual actividad sexual posterior, lo que suscitaría cuestionamientos relativos a los principios de legalidad y lesividad.

Podría decirse también que los diversos tramos de la conducta donde el adulto se contacta con el menor mediante la utilización de un usuario falso, obtiene su confianza, lo seduce e intenta manipularlo para obtener imágenes con representaciones netamente sexuales o un encuentro sexual, sin que se genere un perjuicio concreto al proceso de formación de la sexualidad del menor, quedarían fuera del ámbito de punibilidad en nuestro ordenamiento por tratarse de actos preparatorios para la comisión de otros delitos contra la integridad sexual. Por otro lado, podría presentarse el caso en que estas conductas permitan su subsunción en alguno de los delitos del Art. 119 del C.P., como así también, dar lugar a un concurso entre la corrupción de menores y los tipos penales emanados del Art. 128, como por ejemplo la producción de pornografía infantil.

III.- Consideraciones sobre el tipo penal aplicado.

En primer lugar, debe entenderse que las cuestiones de hecho y prueba son analizadas en la inmediación correspondiente al desarrollo del juicio oral y la valoración de los testimonios está confiada a los jueces de grado, quienes los ponderan a través de las normas que rigen la sana crítica con los elementos de verosimilitud y crédito que puedan merecer dichos testimonios, con normas no rígidas sino razonables para formar el juicio de certeza⁶.

⁵ Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Ed. Tea; 1953, Pág. 218.

⁶ S.C.J.B.A., "Lizarraga, Hugo Ramón", rta. el 22/3/83.-

En el presente caso, el tribunal entendió que la conducta desplegada por el imputado configuró el tipo penal de promoción a la corrupción de menores, agravada por la edad de la víctima (8 años) y por mediar engaño, conforme al inc. 2° y 3° del Art. 125 del Código Penal. Al respecto, sostuvo el tribunal: *“En el transcurso de las audiencias del debate se acudió al anglicismo ‘grooming’ para señalar una suerte de hilo conductor o marco aglutinante de las diversas actividades que realizaba Leandro Nicolás Fragosa. Lejos de endilgar una conducta atípica al nombrado o de vulnerar el principio de legalidad como deslizará la Defensa al referirse al “grooming”, en el caso, esta actividad desplegada por Leandro Nicolás Fragosa, subsume perfectamente en el tipo objetivo y subjetivo de la norma del art. 125, párrafos segundo y tercero, del Código Penal, pues ellos son los actos corruptores de la menor de 8 años de edad, L.M.”*. Por último, entendieron que *“A partir de las pruebas colectadas y presentadas en debate queda demostrado con suficiente claridad que el señor Leandro Nicolás Fragosa realizó una serie de actos que analizados como una unidad de sentido (aquí acudimos al ‘grooming’) tienen suficiente entidad corruptora. En efecto, se contactaba con menores de edad utilizando redes sociales y ocultando su verdadera identidad; simulaba en este contacto ser una persona del mismo sexo y edad del menor contactado; tapaba su cámara web para evitar que su verdadera apariencia quede al descubierto, poseía gran cantidad de material de pornografía infantil en su computadora, la que luego enviaba vía correo electrónico a menores de edad, acosando, hostigando, exigiendo respuestas; y realizando proposiciones de explícito contenido sexual a sabiendas de la edad de sus víctimas y del engaño con que había obtenido su atención y/o confianza”*.

A través del Art. 125 se reprime tanto la conducta de promover como la de facilitar la corrupción de menores de edad. La utilización de los verbos *promover* y *facilitar*, en lugar de corromper, ponen de manifiesto que no se trata de un delito de resultado, ya que resultan suficientes las acciones desplegadas con ese objetivo⁷. Se sostuvo también que corruptora es aquella acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad⁸.

El dolo específico contemplado por el art. 125 del C.P. no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, se tenga o no en vista la corrupción misma, es decir que basta con que el acto cumplido tenga la capacidad e idoneidad suficiente para torcer prematuramente el instinto sexual, y –por el otro- que los actos corruptos deben tener alcance psicológico, ya que se trata de alterar el comportamiento

⁷ Núñez, Ricardo, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, T. III, Vol. II, Pág. 341.

⁸ Soler, Sebastian, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”, 5° ed., T. III, Pág. 329.

sexual de una persona, no basta la naturaleza perversa, prematura o excesiva de las prácticas sexuales, sino que éstas deben dejar una huella en la psiquis del individuo⁹.

El tribunal sentenciante entendió que el delito de corrupción no es de resultado material, por lo que no es necesario, a los fines de la adecuación típica, la verificación de una efectiva corrupción de la víctima, sino tan sólo la comprobación de que la conducta del sujeto activo ha sido idónea para promoverla o facilitarla.

Se discute si las acciones de significación intelectual, como por ejemplo los consejos o diálogos con contenido sexual, pueden considerarse actos corruptores. Resulta de suma trascendencia su cercanía o lejanía respecto con el bien jurídico. La incriminación de conductas facilitadoras o promotoras, que inclusive pueden ser intelectuales, deben estar conectadas de una manera directa con la corrupción.

El concepto de corrupción es totalmente vago, relativo, indeterminado, sujeto a la valoración del intérprete y, por ende, constituye una seria violación a la exigencia de certeza de la ley penal, como corolario del principio constitucional de legalidad. Se trata de un claro caso en que la punibilidad no está legalmente prevista antes del hecho, sino que es el juez el que debe determinar la conducta prohibida¹⁰.

La cuestión no pasa por definir en cada caso concreto y con la ayuda de otras ramas del conocimiento, un concepto de persona corrupta o corrompida desde el punto de vista sexual y de ahí establecer cuáles son las conductas promotoras o facilitadoras de ese estado, sino que ello debe estar previamente definido por la ley¹¹.

Considero que sólo deben ser encuadradas en esta figura aquellas conductas que tengan la capacidad e idoneidad suficiente para producir un daño tan grave que sea capaz de torcer prematuramente el instinto sexual del menor de edad. Al respecto, no debe pasarse por alto que en el presente caso, la menor no tuvo contacto con el material pornográfico enviado por el imputado, lo que motivó que el Sr. Juez Mario Juliano al momento de fundar su voto, solicitara una pena por debajo del mínimo de la escala penal respectiva. Además, sería oportuno preguntarse si una menor de 8 años, quien en su inocente imaginación cree estar en presencia de un chat con otra nena de su misma edad, tiene la capacidad desde un punto de vista psicológico, de comprender lo sucedido¹².

⁹ C.F.C.P., Sala IV, Causa N° 11726, “Bava, Fernando Pío s/recurso de casación”, Reg. N° 812.12.4., rta. el 21/05/12.

¹⁰ De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio, “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Hammurabi, 1° Ed., 2009, Pág. 147.

¹¹ De Luca, Javier A. y López Casariego, Julio, Ob. Cit., Pág. 148.

¹² La niña contó que "Sole" le escribió "cosas", que dijo no recordar. Explicó que quería eliminarla de su chat, pero no sabía cómo hacer. Entonces optó por escribir en su perfil un mensaje genérico que decía "me pongo como ocupada para que sole no me hinche". "pero sigo conectada", en la esperanza que esa "Sole" al leerlo, dejara de molestarla.

Cabe preguntarse si es posible imputar una tentativa de abuso sexual gravemente ultrajante, de acuerdo al inc. 2º del Art. 119 del C.P., pero entiendo que la conducta del imputado se encuentra lejana al bien jurídico, lo que podría traer ciertos cuestionamientos desde el principio constitucional de lesividad.

Además, otro interrogante surge sobre la posibilidad de incluir esta conducta en alguno de los tipos penales emanados del Art. 128 del C.P., que tiende a castigar la cadena de comercialización de pornografía infantil, pero lo cierto es que lo que no debería suceder en caso de duda, es sustituir el tipo legal por un tipo judicial, en contradicción con el mandato constitucional de máxima taxatividad legal e interpretativa, incurriendo en violación al mandato de certeza derivado del principio de legalidad, en base a interpretaciones arbitrarias.

IV.- Legislación comparada. El proyecto de Grooming en nuestro país.

a) El grooming fue legislado en varios países, sobre todo del "Common Law". El Reino Unido¹³, Canadá¹⁴, Australia¹⁵, Estados Unidos¹⁶, Singapur¹⁷ y Escocia¹⁸ son algunos de los países que lo incorporaron a su legislación. El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual establece en su artículo 23, que los distintos Estados europeos deben tipificar como delito conductas que se sirven de las nuevas tecnologías para agredir sexualmente a los menores, por ejemplo, el 'grooming' o ciber-acoso infantil. En virtud de este Convenio, España es uno de los países que ha incorporado la figura en su Código Penal.

b) *Breve referencia al art. 183 bis del CP español¹⁹*: La Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio de 2010, introdujo el artículo que tipifica el llamado child grooming, atendiendo a lo recomendado por el Convenio del Consejo de Europa²⁰ para tipificar como delito las proposiciones a niños con contenido sexual a través de las tecnologías de la información y

¹³ Art.15 de Sexual offences Act.

¹⁴ Art. 172. 1 Criminal Code.

¹⁵ Criminal Code Act 1995 section 474.26-474.27.

¹⁶ 18 U.S.C. § 2422.

¹⁷ S376E – Sexual grooming of minor under 16.

¹⁸ Protection of Children and Prevention of Sexual Offences Act.

¹⁹ El Art. 183 bis del C.P.E., establece que "El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".

²⁰ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Lanzarote, 25 de octubre de 2007, B.O.E., 12/11/10, núm. 274, p. 4497.

comunicación. En la exposición de motivos de dicha Ley Orgánica, el legislador español justificó la introducción del Art. 183 bis en que la extensión de la utilización de internet y de las tecnologías de la información con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores, con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual.

Se evidencia la elevación al status de delito a un conjunto de acciones no típicas que se hallan orientadas a consumir algún delito que ofenda la integridad sexual de los menores de edad. Estas conductas deben ejecutarse a través de cualquier medio electrónico, y el sujeto activo debe realizar una proposición destinada a concretar un encuentro con un animus sexual. En cuanto a la fórmula *actos materiales encaminados al acercamiento*, el legislador no establece un *numerus clausus* de actos que taxativamente se entiendan como tales.

c) *El proyecto de grooming en nuestro país*: el 2 de noviembre del año 2011 el Senado de la nación dio media sanción al proyecto que busca incorporar la figura del grooming al artículo 131 del Código Penal²¹, que quedaría redactado de la siguiente manera: "Será penado con prisión de seis meses a cuatro años al que, por medio de Internet, del teléfono o de 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 ello se extrae que, se penará al que *contactare* a un menor de edad por cualquiera de los medios enunciados en el tipo penal, o por *cualquier otra tecnología de transmisión de datos*, - lo que deja abierta la posibilidad de incluir otros medios de comunicación que surjan con el avance de la tecnología-, con el fin de cometer un delito contra la integridad sexual, esto es, que se penará un acto preparatorio de otros delitos contra la integridad sexual.

VI.- Conclusión

Internet se encuentra en una constante evolución tecnológica y llega cada vez a más personas. Esto significa que el uso de internet se expande a ritmo frenético y cada día más personas aprenden a utilizar las nuevas tecnologías. Estos resultados, beneficiosos sin duda para el conjunto de la sociedad, traen consigo una multitud de problemas relacionados con aquellas personas que utilizan este medio para llevar a cabo distintas conductas ilícitas. A ello se le suma que los ciberdelitos no dejan huellas como los delitos tradicionales, sino que la detección de este delito y su consecuente proceso judicial es de suma complejidad, ya que se requieren nuevas metodologías de investigación que se actualicen constantemente.

El proyecto de ley referido al grooming busca incorporar un nuevo fenómeno delictivo que amenaza a los jóvenes usuarios de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, fundamentalmente internet, en el marco de una tendencia general hacia el

aumento de la respuesta penal y la criminalización de nuevos atentados contra la libertad e integridad sexual.

Quienes se oponen a estas regulaciones, entienden que busca criminalizar conductas inmorales en el ámbito sexual, lo que es una forma de hacer renacer el derecho penal de autor acompañado de una política de tolerancia cero, por que creen que es una conducta que puede ser abarcada por otros tipos penales e incluso obedece sólo a un derecho penal simbólico o con contenido moralizante.

El origen político criminal de la inclusión de este precepto en el Código Penal radicaría por un lado en aumentar la protección a las potenciales víctimas del delito de grooming y por otro, responder a los lineamientos internacionales establecidos en el Art. 34 de la Convención sobre los Derechos del Niño²².

En cuanto a su persecución penal, entraña cierta dificultad, ya que se tiene que probar que el adulto al concertar el encuentro con el menor lo hace con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual. Por lo tanto, en estos supuestos sería importante disponer de elementos que permitan corroborar dicha intención, por ejemplo, correos electrónicos, historial de conversaciones online, mensajes de texto, etc., los cuales no resultan fáciles de probar²³.

Sin perjuicio de que en el proyecto de grooming se castigará *al que contactare a un menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual*, entiendo que será necesario acreditar que la propuesta del sujeto activo tenga entidad suficiente para concertar un posible encuentro. Otros autores consideran que para la existencia del delito se requiere que el adulto establezca un contacto al que el menor haya dado respuesta y que el acto realizado por el adulto, trascienda al mero contacto virtual, como el acudir al lugar citado pese a que la víctima no se presente²⁴.

Concretamente se busca castigar, entre otras conductas- ya que puede ser a través de cualquier uso de internet- la realizada por el potencial abusador quien primero identifica a

²¹ El proyecto aprobado tiene como antecedentes los proyectos presentados por la senadora María José Bongiorno (S-3267/10) y los senadores María Higonet y Carlos Verna(S-2174/11).

²² El art. 34 de la C.D.N. establece que “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”.

²³ Téngase en cuenta que el imputado poseía los archivos en su computadora personal, ubicados en diferentes carpetas y sistemas de almacenamiento, bajo la protección de diversas contraseñas.

²⁴ Tamarit Sumala, J.M: “Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores (art. 178,180, 181, 183, 183 bis), en La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Madrid, Aranzadi, 2010.-

las eventuales víctimas, luego establece con ellas una relación, tratando de generar su confianza y una vez que este vínculo se forma, utiliza la coacción sutil para trasladar la relación hacia otras áreas más personales, con la esperanza de arreglar un encuentro cara a cara con la finalidad de cometer un delito sexual.

Como señalara precedentemente, entiendo que no bastará el mero contacto para tener por acreditado este delito, sino que será necesario que la propuesta del sujeto, se acompañe de actos concretos que evidencien su intención, por lo cual se descartarían las proposiciones poco serias.

Creo que su futura tipificación responde al denominado “Expansionismo del Derecho Penal”²⁵ que es una realidad en nuestros días, toda vez que se impone una política criminal con claras tendencias expansivas, lo que se ve reflejado en la creciente restricción de libertades individuales por medio de políticas represivas que aumentan las conductas definidas como delitos.

Ello responde además, a que en el ámbito informático se dio la aparición de modernos bienes jurídicos y del surgimiento de nuevos riesgos, lo que deja en evidencia la necesidad de proteger a las personas de nuevas conductas ilícitas a través de internet, con lo cual es indudable que el Derecho Penal está experimentando una nueva expansión.

²⁵ Silva Sánchez, Jesús María “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. 2º Ed., Editorial Civitas, 2001.