



UNIVERSIDAD SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADO

Análisis del artículo 131 del Código Penal Argentino (incorporado por Ley N° 26.904) y las garantías constitucionales.

Carrera: Abogacía.

Alumno: Álvarez Federico Iván.

Legajo: VABG 43634

Año: 2016

RESUMEN

En el presente Trabajo Final de Graduación se abordó el estudio del delito de grooming vigente en la República Argentina a partir del año 2013.

Se analizó cómo se encuentra regulado el delito en el Código Penal argentino, las condiciones de procedencia de la figura delictiva para que la misma sea imputable a una persona y cuál es la posible incidencia del mismo sobre las garantías y principios constitucionales vigentes en el derecho penal liberal argentino.

Se examinó también la minoría de edad que se exige en el sujeto pasivo del delito, como así también las consideraciones positivas de incorporar agravantes a la figura básica del artículo 131 del Código penal argentino.

ABSTRACT

In this Final Graduation study the crime of grooming in force in Argentina from 2013 was addressed.

Analyzed how is regulated the crime in the Argentine Penal Code , the conditions of origin of the offense so that it is attributable to one person and what is the possible impact thereof on the guarantees and constitutional principles in criminal law Argentine liberal.

The minority that required by the victim of the crime, as well as considerations of incorporating positive aggravating the basic figure of Article 131 of the Argentine Criminal Code was also examined .

INDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADO.

| | |
|---|----|
| INTRODUCCION..... | 4 |
| 1. CAPITULO I: El grooming en el Código Penal argentino..... | 6 |
| 1.1. Breves consideraciones acerca de la Teoría del delito..... | 6 |
| 1.2. La regulación del delito de grooming en el Código Penal argentino..... | 10 |
| 1.3. Condiciones de procedencia de la figura para la imputación del delito a una persona. | 12 |
| 2. CAPITULO II: Las garantías constitucionales frente al delito de grooming. | 16 |
| 2.1. La posible afectación del principio constitucional de la proporcionalidad de la pena. 16 | |
| 2.2. La acción típica del delito y la posible colisión con el principio constitucional de lesión o lesividad jurídica. | 23 |
| 3. CAPITULO III. La edad del sujeto pasivo. | 27 |
| 3.1. Niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. | 27 |
| 3.2. La minoría de edad exigida en el sujeto pasivo. Sus inconvenientes. | 30 |
| CAPITULO IV: Las ventajas de incorporar modalidades agravadas al delito. Diferentes proyectos de reforma en torno a la figura del grooming..... | 37 |
| 4.1. Circunstancias de la acción merecedoras de un mayor reproche penal. | 37 |
| 4.2. Proyectos de reforma del Código Penal en lo referente al delito de grooming. | 41 |
| 4.2.1. Anteproyecto del Código Penal 2014. | 41 |
| 4.2.2. Proyecto de Código Penal. Incorporación del artículo 125 ter, tipificando el delito de grooming, ciberacoso o ciberhostigamiento a menores de 13 años; modificación del artículo 172, estableciendo la acción privada; y derogación del artículo 131. | 42 |
| 4.2.3. Anteproyecto de Código Penal del diputado Massa. | 44 |
| CONCLUSIONES GENERALES..... | 47 |
| ANEXO: - "FARAONI José María S/ CORRUPCION MEDIANTE GROOMING" | 50 |
| BIBLIOGRAFIA. | 63 |
| DOCTRINA..... | 63 |
| LEGISLACION..... | 66 |
| JURISPRUDENCIA..... | 67 |

INTRODUCCION.

Hacia fines del año 2013, a través de la sanción de la Ley N° 26.904 publicada en el boletín oficial el 11/12/13, el legislador argentino incorpora en el Libro Segundo, Título Tercero del Código Penal argentino el artículo 131 que regula el delito de grooming, también conocido como ciberacoso sexual a menores. La incorporación del delito es una exigencia para adecuar la legislación existente a las nuevas tecnologías de comunicación que son utilizadas para cometer delitos contra personas menores de edad.

El artículo 131 del Código Penal argentino 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.”

El grooming significará el acercamiento virtual con un menor con el objeto de generar una relación de confianza, siendo el propósito del autor cometer algún delito que lesione la integridad sexual del menor.

Ahora bien, es menester formular el siguiente interrogante: el artículo 131 del Código Penal argentino, ¿es respetuoso de los principios y garantías constitucionales del derecho penal liberal argentino? El presente trabajo tiene como objetivo el análisis jurídico de la nueva figura delictiva, se examinará la regulación del delito en el Código Penal, las ventajas de su incorporación al sistema jurídico argentino, las condiciones de procedencia de la figura delictiva. Asimismo, se analizarán los problemas jurídicos planteados por la figura del artículo 131 del Código Penal, tales como la posible afectación de los principios constitucionales entre los que se pueden mencionar el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de lesión o lesividad jurídica. También será objeto de análisis los problemas derivados de la no distinción, por parte de la norma, de las franjas de edad de los sujetos pasivos víctimas del delito y las ventajas de incorporar agravantes a la figura básica del artículo 131 del Código Penal.

El delito de grooming, tal como se encuentra regulado en la actualidad, ha acogido el propósito del legislador argentino de brindar una fuerte protección a los menores de edad frente a conductas que, cometidas a través de cualquier tecnología de transmisión de datos, tengan como propósito último cometer un delito contra la integridad sexual de los mismos.

Ahora bien, sin desconocer las ventajas de incluir la figura en cuestión al Código Penal, surgen situaciones que están reñidas con los principios constitucionales rectores de nuestro derecho penal.

Así cabe mencionar que la escala penal prevista por el artículo 131 del Código Penal, de 6 meses de prisión a 4 años, es la misma que el código prevé para la figura del abuso sexual simple regulado en el artículo 119 párrafo 1°. Con lo cual se atenta contra el principio constitucional de proporcionalidad de la pena, es decir, el solo hecho de “contactar” a una persona menor de edad con la finalidad prevista por la norma está conminado con la misma escala penal que para un abuso sexual simple.

Se debe mencionar también que la figura en cuestión, lesionaría otro principio constitucional que es el de la lesión o lesividad jurídica al castigar con pena de prisión un acto preparatorio de un delito posterior. La fórmula empleada por el código debería brindar una mayor precisión en cuanto a la acción típica.

Con respecto a la edad del sujeto pasivo el código solo menciona que debe tratarse de un menor de edad, es decir tener menos de 18 años. Al no distinguir edades se atenta contra la libertad de los menores en materia de su determinación sexual, ya que el propio código en el artículo 119 establece que los menores de edad a partir de los 13 años pueden dar libremente su consentimiento, por debajo de esa franja etaria el consentimiento del menor es irrelevante.

El desarrollo del Trabajo Final de Graduación se estructurará en tres partes fundamentales. La primera que comprende el capítulo I, tendrá por finalidad analizar la regulación del delito de grooming en el Código Penal argentino. La segunda parte, que incluye los capítulos II y III, analizará las garantías constitucionales del derecho penal argentino en torno a la figura del artículo 131 del Código Penal. Y finalmente, la tercera parte incluye el capítulo IV, cuyo objetivo es analizar las ventajas de que el legislador hubiera incorporado agravantes al tipo básico del artículo 131 del Código Penal. En esta parte también se hará una breve referencia a los proyectos de reforma al Código Penal argentino que tratan la temática aludida.

1. CAPITULO I: El grooming en el Código Penal argentino.

El correspondiente capítulo se encuentra abocado al estudio de la siguiente temática: por una parte, y de manera previa al análisis de la figura en objeto de análisis, se efectúa un breve examen sobre la teoría del delito, dando conceptos generales sobre los elementos o categorías que constituyen el delito a los efectos de comprender su funcionamiento. Una vez logrado el propósito de tener en claro la estructura y el funcionamiento de los elementos del delito, se ingresa al análisis de los conceptos y aspectos generales de la figura delictiva del grooming en lo que hace a su tratamiento en el Código Penal, como así también a las condiciones de procedencia para la imputación del delito, para luego en los capítulos subsiguientes ingresar específicamente al análisis de los aspectos constitucionales del delito en cuestión.

1.1. Breves consideraciones acerca de la Teoría del delito.

La definición dogmática del delito enuncia las condiciones que caracterizan jurídicamente el delito (Nuñez, 1999). La teoría del delito constituye un concepto analítico y estratificado que se construye como un método de análisis de diferentes niveles, los cuales son la acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en donde cada uno de esos niveles presupone el anterior (Lascano, 2005).

La teoría del delito es un instrumento conceptual cuya finalidad es permitir la aplicación racional de la ley a un caso. Es una teoría de aplicación de la ley penal, que pretende establecer un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que genera la aplicación de la ley penal, para lo cual se vale de un método analítico que separa los distintos problemas en diversas categorías (Bacigalupo, 1999).

Se entiende por delito toda conducta – acción - que es típica, antijurídica y culpable. Es necesaria la conjunción de dos clases de caracteres positivos, uno genérico que es la conducta humana, y tres específicos que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. (Lascano, 2005).

Entrando al análisis particular de cada uno de los elementos es oportuno aclarar en este momento que, dado que se trata de una breve consideración sobre de la teoría del delito, se tomara como criterio de análisis la corriente del finalismo.

El primer elemento del delito es la acción, la misma es un acontecer final. La voluntad cumple una función directriz hacia la consecución de fines que son predeterminados por el autor (Nuñez, 1999). Para Welzen (1956), la acción es un acontecer finalista, la actividad

finalista se basa en el hombre que puede prever, en determinada escala, las consecuencias de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos y dirigir su actividad según un plan tendiente a obtener esos objetivos.

La acción contiene dos etapas, la primera se desarrolla en la esfera del pensamiento y comprende la proposición del fin del autor, la selección mental de los medios para alcanzarlo y la consideración de los efectos concomitantes. En la otra etapa, externa, el autor pone en movimiento los medios de acción en dirección a la producción del resultado (Lascano, 2005).

La acción en sentido amplio se puede manifestar a través de dos modalidades, la acción en sentido estricto y la omisión. Delitos de acción son aquellos en los que la ley describe actos positivos del individuo que son necesarios para violar la norma que contiene la prohibición, un simple ejemplo para graficar sería el hurto. En los delitos de omisión la ley fija una pena para quienes dejan de hacer lo que la norma exige, lo típico es el no hacer, para graficar el ejemplo sería no amamantar al recién nacido (Fontan Balestra, 1998).

Esta concepción del finalismo se caracteriza porque traslada el dolo, de la culpabilidad a la acción (Nuñez, 1999).

El segundo elemento del delito, y primer específico, es el tipo penal que es “la descripción abstracta de la conducta prohibida por la norma que efectúa el legislador” (Lascano, 2005, p. 261). Nuñez (1999), sostiene que el tipo no es el hecho punible, sino que es uno de sus elementos, el tipo se circunscribe a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible. Aclara Nuñez que no se debe confundir el tipo delictivo con el artículo, inciso o párrafo, ya que estos pueden referirse a uno o varios tipos.

La tipicidad es el resultado de una operación mental llevada a cabo por el juez, que permite comprobar que la conducta, que es objeto de examen, coincide con la descripción abstracta que hace la ley. La conducta será típica o atípica según se adecue o no en la descripción del tipo penal (Lascano, 2005).

El tipo objetivo comprende el aspecto externo del comportamiento que es prohibido por la norma, abarca no solo su descripción abstracta sino también valoraciones. En el tipo subjetivo, según la actitud subjetiva del autor hay tipos dolosos donde el sujeto es consciente de que su actuación es lesiva para el bien jurídico y quiere afectarlo, y por otra parte, hay tipos culposos en donde el sujeto no quiere lesionar el bien jurídico, pero su conducta

descuidada produce la afectación (Lascano, 2005). Esta distinción es importante ya que los tipos dolosos están más severamente penados que los tipos culposos.

El dolo es conceptualizado como el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo penal. El autor sabe que realiza el hecho, qué hecho realiza y además debe querer realizarlo. Es posible distinguir tres clases de dolo: el dolo directo en donde el resultado típico es el objetivo perseguido por el autor, así por ejemplo el autor quiere matar a una persona y la mata; el dolo indirecto que comprende los resultados que no han sido queridos por el autor de manera directa, pero que aparecen unidos necesariamente al resultado comprendido en la intención del sujeto, así por ejemplo una persona que quiere cobrar un seguro de vida de un pasajero hace explotar una aeronave, la destrucción de la aeronave y el fallecimiento de los demás pasajeros son consecuencias no buscadas por el autor pero que están ligadas al efecto querido; y el dolo eventual en donde quien realiza la conducta sabe que probablemente se produzca el resultado y no por ello deja de actuar, un ejemplo sería el del cazador que efectúa un disparo hacia una silueta poco clara entre los matorrales hiriendo así a otro cazador (Lascano, 2005).

Cuando se realiza un tipo penal significa que una persona lleva a cabo en el mundo una conducta que coincide objetiva y subjetivamente con la conducta descrita por alguno de los tipos penales del Código Penal (Lascano, 2005).

El tercer elemento del delito, y segundo específico, es la antijuridicidad. La misma es la “calidad del hecho que determina su oposición al derecho” (Nuñez, 1999, p. 153). Creus (1992), enseña que una acción es antijurídica cuando constituyendo un ataque al bien jurídico, que es protegido por el mandato, no se adapta a una finalidad impuesta o admitida por el derecho, es decir es antijurídico el ataque a un bien jurídico protegido que no es admitido por el derecho. Zaffaroni señala que la antijuridicidad es “la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta” (Zaffaroni, 1981, p. 561, t.III). La contrariedad de la conducta con el derecho no se establece con la mera antinormatividad de la conducta, sino que la referida contrariedad resulta de la antinormatividad y de la ausencia de preceptos permisivos que son llamados causas de justificación (Zaffaroni, 1981). Por su parte Lascano (2005), sostiene que con el término antijuridicidad se designa la característica del supuesto de hecho concreto que lo torna en contradicción con el ordenamiento jurídico en general y específicamente con las normas penales.

Welzel señala que la antijuridicidad “es el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico, que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia” (Welzel, 1956, p. 57).

La antijuridicidad puede ser clasificada de diferentes maneras, así se habla de antijuridicidad objetiva que es la contradicción del hecho acontecido con el ordenamiento jurídico; de antijuridicidad subjetiva, que sería la intención contraria a la norma, manifestada a través del hecho externo. Por otra parte también se habla de antijuridicidad formal y antijuridicidad material. La primera se refiere a la relación entre la acción u omisión y la norma penal, la acción u omisión es formalmente antijurídica si contraviene un mandato legal o prohibición. La antijuridicidad material se refiere al contenido disvalioso de ésta en tanto implique una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva. Una vez confirmada la antijuridicidad formal hay que verificar si se ha menoscabado en bien jurídico protegido por la norma (Lascano, 2005).

Es importante destacar que la antijuridicidad puede ser excluida por las causas de justificación o permisos que son concedidos por la ley para cometer en determinadas circunstancias un hecho penalmente típico (Nuñez, 1999). Las fuentes de la antijuridicidad son dos: la ley y la necesidad. Con respecto a la ley sólo ella puede declarar lícitas ciertas conductas típicas. La necesidad es una situación episódica, reconocida por el derecho, que hace obrar al agente (Lascano, 2005).

El cuarto elemento del delito, y tercer específico es la culpabilidad del agente. Nuñez (1999), enseña que la culpabilidad es entendida como la actitud anímica del autor que es jurídicamente reprochable respecto de la consumación de un hecho que es penalmente típico y antijurídico. “La culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 656).

La culpabilidad constituye un conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción que es típica y antijurídica sea responsable de la misma, es decir, que la responsabilidad criminal dependerá de que el autor haya obrado culpablemente (Bacigalupo, 1999).

La culpabilidad presenta dos condiciones: la primera, la infracción penal de una norma penal, y la segunda la responsabilidad penal del sujeto. La primera condición a su vez requiere, por

una parte, la capacidad personal del sujeto de evitar la conducta objetivamente desvalorada, la cual puede faltar si se da una causa de inimputabilidad. Por otra parte requiere la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, la cual puede faltar en caso de un error de prohibición. La segunda condición se refiere a la responsabilidad penal del autor, la infracción de una norma penal permite imputar la antijuridicidad a su autor, pero para poder imponerle una pena es necesario que sea un sujeto idóneo para responder penalmente (Lascano, 2005).

1.2. La regulación del delito de grooming en el Código Penal argentino.

El delito de grooming ha sido incorporado al Código Penal argentino en el nuevo artículo 131 mediante Ley del Congreso de la Nación N° 26.904¹ cuyo texto establece:

“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”.

Hoy en día existen muchas facilidades para acceder a nuevas tecnologías de la comunicación, por señalar sólo algunas se puede mencionar internet, las diferentes redes sociales como Facebook, twitter, salas de chat, sms, whatsapp, instagram, etc. Junto a la evolución de los medios tecnológicos de comunicación, también evolucionan los medios a través de los cuales se pueden contactar a menores de edad con la finalidad de menoscabar la integridad sexual de los mismos, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un delito que no reconoce fronteras ni límites entre los países. Piénsese, por ejemplo, el caso de un menor de 13 años que diariamente utiliza una computadora o un teléfono celular con acceso a internet, donde más allá del control que puedan ejercer sus padres, el riesgo de ser contactado por un pederasta o pedófilo es elevado.

Núñez Fernández (2012), refiere a que la criminalización que se produce a través de las nuevas tecnologías, no constituye en el sentido técnico jurídico una categoría autónoma ya que a través de la misma no se atenta contra bienes jurídicos nuevos, sino que los objetos de lesión o que son puestos en peligro existían antes de su aparición. Para el bien jurídico protegido, implica un peligro más cuantitativo que cualitativo, es decir, hay más usuarios y eso incrementa las posibilidades de que sean objeto de un acercamiento con la finalidad

¹ Publicada en el Boletín Oficial el 11/12/2013.

sexual. Pero esto no implica que el bien jurídico se vea amenazado por un mal que sea cuantitativamente más nocivo que al que se encontraba expuesto con anterioridad.

El propósito del legislador al incriminar el delito puede ser resumida brevemente de la siguiente forma: lo que antes se castigaba como abusos sexuales a menores, cometidos en sitios oscuros o paseos solitarios, hoy se castiga esa misma conducta pero llevada a cabo por sujetos que se valen de internet u otro medio de comunicación electrónica, para ulteriormente atentar contra la integridad sexual de los mismos, siendo las víctimas los menores de edad que utilizan las nuevas tecnologías que están a su alcance (Buompadre, 2015). Alonso (2014), sostiene que el avance legislativo surge para dar respuesta normativa a la criminalidad moderna. Moyano, (2014), afirma que la sanción legislativa obedece a una inflación de la respuesta punitiva provocada por la expansión que se verifica en el empleo de internet como una fuente de recursos de la que se sirven las sociedades modernas.

Buompadre (2015), afirma que el termino grooming hace referencia a conductas de preparación o de acicalamiento para algo, y que en el ámbito de la pedofilia suele referirse a toda acción cuyo objeto sea socavar moral y psicológicamente a un menor, controlándolo emocionalmente para un posterior abuso sexual.

El grooming es “un acoso ejercido por un adulto que realiza acciones para establecer una relación y un control emocional sobre el niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor” (Arocena y Balcarce, 2014, p. 64). Riquert (2013), por su parte, entiende que se trata de un proceso sexual abusivo, que es facilitado por la utilización de las nuevas tecnologías, consistiendo el mismo en una interacción comunicacional de una persona adulta con un menor con finalidades sexuales. El grooming significará el acercamiento virtual con un menor con el objeto de generar una relación de confianza, siendo el propósito del autor cometer algún delito que lesione la integridad sexual del menor (Aristimuño, 2014).

Siguiendo a los autores Arocena y Balcarce (2014), se pueden diferenciar diversas fases en el acoso hacia el menor:

- 1) Fase de amistad. Es el primer contacto con el menor de edad para conocer sus preferencias, gustos y así crear una relación de amistad para posteriormente alcanzar la confianza del mismo.
- 2) Fase de relación. Incluye confesiones íntimas entre el acosador y el menor de edad, consolidando la confianza del menor.

3) Contenido sexual. Incluye la utilización de términos específicamente sexuales y la petición a los menores para participar en actos de naturaleza sexual, toma de fotografías sexuales y grabaciones o lograr un encuentro con el niño para atentar contra su integridad sexual.

Como bien señalan Arocena y Balcarce (2014), se observa que se trata de una suerte de acoso progresivo hacia el menor de edad.

El delito de grooming, no es un delito informático, sino que es un delito sexual que se caracteriza y diferencia de otros que lesionan la integridad sexual de menores de edad, porque el autor utiliza un medio informático o telemático para lograr sus objetivos sexuales (Buompadre, 2015).

El bien jurídico protegido es el desarrollo normal psico-biológico sexual de los menores de dieciocho años (Aboso, 2014).

Siguiendo a Lascano (2005), los bienes jurídicos protegidos son intereses vitales de la comunidad protegidos por el derecho, aclarando que no se trata de un concepto estático, sino que está abierto a los cambios sociales y a los progresos del conocimiento científico. Dicho concepto cobra relevancia por las funciones que desempeña, así cabe señalar la función limitadora, que impide que el legislador expida leyes penales que no protejan un bien jurídico o lo hagan de un modo excesivo. Otra función a destacar es que la mayor o menor lesión del bien jurídico influye en la gravedad del hecho. También se debe señalar la función de guía de interpretación, ya que una vez que se ha determinado el bien jurídico protegido ello permite excluir del tipo penal aquellas conductas que no lo lesionan o ponen en peligro. Y finalmente la función sistemática, importante para el Código Penal ya que el mismo está organizado de acuerdo a los bienes jurídicos que se protegen.

Cuando se reconoce un valor y se lo lleva a la categoría de bien jurídico, y al mismo tiempo se establece la sanción penal para brindarle protección, aparece entre ambos una norma obligatoria que obliga a respetar al bien jurídico (Donna, 1995).

1.3. Condiciones de procedencia de la figura para la imputación del delito a una persona.

El delito exige como conducta típica que el sujeto activo del delito contacte a un menor de edad con lo cual se trata de un delito de acción. La misma consiste en “contactar”, es decir, relacionarse, hacer contacto, comunicarse, etc., por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con una persona menor de edad para, posteriormente mantener o tener con él, una relación sexual forzada o un

delito sexual de los que están previstos en el Título III² del Código Penal (Arocena y Balcarce, 2014). Es decir que el delito no se agota en la conexión virtual del menor, sino que representa una fase previa de lo que el autor realmente pretende, que sería atentar contra la integridad sexual del mismo esta vez de carácter corporal (Tazza, 2014).

Sujeto activo también llamado agente del delito puede ser cualquier persona, sin distinción de sexos, cualquiera sea su edad. Es decir, se trata de un delito común que es identificado en el tipo del artículo 131 con la fórmula “el que” (Nuñez, 1999). Bacigalupo (1999), sostiene que sólo es necesario para ser autor del delito tener capacidad de acción. En cambio, sujeto pasivo o víctima del delito sólo puede ser una persona menor de edad.

Respecto de los medios comisivos, el artículo 131 menciona a los medios electrónicos, de telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, es decir se trata de una enumeración ejemplificativa, ya que se permite introducir cualquier otro que esté comprendido en las tecnologías de transmisión de datos (Arocena y Balcarce, 2014). El contacto podrá ser por medio de mensajería instantánea, redes sociales y todas aquellas tecnologías de transmisión de datos, dejando claro el legislador que en el futuro podrán incluirse otras modalidades para llevar a cabo el acercamiento virtual con el menor (Aristimuño, 2014).

Es un delito doloso, sólo admite el dolo directo, pero la norma exige un elemento adicional al dolo, ultraintencional, que consiste en la finalidad de cometer, posteriormente, un delito sexual en perjuicio de la persona menor de edad. La inexistencia de este elemento deriva en la atipicidad de la conducta (Buompadre, 2015). Como bien enseña Bacigalupo (1999), el disvalor de la acción típica puede que no se agote en el dolo, en algunos casos es necesario que el autor haya cometido el hecho con una determinada intención, un determinado impulso o motivación. Estos elementos son denominados elementos subjetivos de la autoría.

No cualquier contacto virtual con un menor de edad es delictivo, sino solamente aquél que se realiza con la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual de la víctima, de ahí que el delito tiene un fuerte componente subjetivo que lo caracteriza (Tazza, 2014).

Se trata de un delito de peligro, Bacigalupo (1999), enseña que en los delitos de peligro no se requiere que se haya ocasionado un daño, sino que es suficiente que el objeto protegido jurídicamente sea puesto en peligro de sufrir la lesión que trata de evitarse. Este peligro a su

² Libro Segundo, Título III. Delitos contra la integridad sexual.

vez puede ser un peligro concreto u abstracto. El peligro concreto se da cuando el tipo penal requiere realmente la posibilidad de lesión. En tanto que en el peligro abstracto el tipo se limita a describir un comportamiento que según la experiencia representa en sí mismo u peligro para el objeto que es protegido por la norma.

Los autores Arocena y Balcarce (2014), entienden que la figura del artículo 131 del Código Penal se trata de un delito de peligro abstracto, ya que se protege un bien jurídico que es importante, y que es la indemnidad sexual de los menores de edad, de modo que la conducta prohibida es efectivamente peligrosa.

En opinión de Buompadre (2015), el delito queda consumado cuando se logra el contacto con el menor de edad. En otra postura Aboso (2014), entiende que el delito queda consumado cuando el sujeto activo logra determinar al menor de edad a realizar actos de naturaleza sexual.

Del análisis efectuado ut supra se está en condiciones de formular las siguientes reflexiones parciales sobre el capítulo primero:

* Se realizó un breve estudio y resumen sobre los aspectos más importantes de la teoría del delito, cuyo fin principal responde a la necesidad de manejar con claridad y precisión las distintas categorías constitutivas del delito. Comprender de manera previa el funcionamiento de la teoría del delito resulta de vital trascendencia a los efectos de poder ingresar y comprender el análisis a realizar sobre la figura delictiva del artículo 131 del Código Penal.

* La regulación del delito es novedosa y necesaria para el derecho argentino, se desprende de su simple análisis que se logra brindar protección a las personas menores de edad frente a los actos de los pederastas o pedófilos que tengan como objetivo último atentar contra la integridad sexual de los mismos. Asimismo se señalaron las etapas, que según la doctrina, son necesarias para la gestación de la conducta delictuosa.

* Asimismo se examinó la acción típica de la figura, siendo pertinente aclarar en este momento que el análisis exhaustivo de la misma se llevara a cabo en un subsiguiente capítulo, ya que se trata de unos de los puntos que es susceptible de generar cuestionamientos. Se aclaró que los medios comisivos del delito son meramente enunciativos, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que en un futuro queden comprendidos otros

medios tecnológicos idóneos para cometer la acción típica. Resta aludir que es un delito doloso, que admite únicamente el dolo directo que a su vez exige un elemento subjetivo de autoría, y se trata de un delito de peligro.

Habiendo concluido con el análisis del capítulo primero que tiene meramente un carácter introductorio, se está en condiciones que pasar al examen del próximo capítulo, donde se emprende el estudio del delito y su repercusión sobre las garantías constitucionales del derecho penal argentino.

2. CAPITULO II: Las garantías constitucionales frente al delito de grooming.

En el presente capítulo se ingresa al análisis de la figura delictiva en torno a las garantías constitucionales previstas en el derecho penal argentino. Específicamente, y por una parte, se examina cómo la escala penal prevista por el artículo 131 del Código Penal atenta contra el principio constitucional de proporcionalidad de la pena, señalando además como se ha ido pronunciando la jurisprudencia de los distintos tribunales del país, e incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ante situaciones semejantes con relación a otros delitos previstos por el Código Penal. Por otra parte, es objeto de examen más detallado la acción típica del delito a los efectos de determinar su injerencia sobre el principio constitucional de lesividad o lesión jurídica.

2.1. La posible afectación del principio constitucional de la proporcionalidad de la pena.

Las garantías constitucionales, son aquellos instrumentos especiales o mecanismos que la Constitución Nacional crea para amparar y asegurar el ejercicio de los derechos al titular de éstos. Lo que hay que destacar es que todo ese conjunto de medidas que se encuentran previstas en la primera parte de la Constitución Nacional privilegian la dignidad humana, evitando así que el poder de desboque o bien que usurpe un lugar que corresponde a aquella (Ekmekdjian, 2000).

El derecho constitucional penal es un conjunto de principios y valores generales surgidos de la Constitución Nacional, y de los preceptos de ella que están vinculados al sistema penal (Lascano, 2005).

Ferrajoli (1995), enseña que cada uno de los principios que integran el modelo de derecho penal enuncian, una condición sine qua non, es decir una garantía jurídica para afirmar la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: una condición necesaria en ausencia de la cual, está prohibido o no está permitido castigar. La función específica de las garantías penales, no es permitir o legitimar, sino que es condicionar y, por tanto, deslegitimar el ejercicio de la potestad punitiva.

Con respecto a la escala penal del delito, se han generado cuestionamientos doctrinarios respecto de si la pena prevista por el delito atenta contra el principio constitucional de la

proporcionalidad de la pena, sobre todo si se lo compara con la figura del abuso sexual consumado del artículo 119 primer párrafo que establece la misma sanción penal³.

Afirma Sagues (2007) que se debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las normas constitucionales, es irrazonable una ley cuando los medios no se adecuan a los objetivos cuya realización se persigue, o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que quiere alcanzar.

La proporcionalidad como principio supone un ejercicio razonable del poder político y que sea eficaz para realizar las exigencias del bien común, integrando y a su vez respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. El principio extiende toda su aptitud al campo de las consecuencias penales, especialmente en el de las sanciones (Yacobucci, 2002).

Así, Mir Puig (2009), afirma que la propia vigencia de los derechos constitucionales es lo que impide someterlos a limitaciones que no se encuentren justificadas por la obtención de un beneficio superior para otros bienes jurídicos relevantes.

Hay autores que hablan de la prohibición del exceso para referirse al principio de proporcionalidad quienes afirman:

La prohibición del exceso (principio de proporcionalidad) se presenta como principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de derecho y tiene, por ello, rango constitucional. Toda intervención estatal gravosa de la esfera jurídica de un individuo está así sometida al mandato de la proporcionalidad del medio empleado. De este modo, la prohibición del exceso representa una relación de medio a fin adecuada al principio del Estado de derecho, válida para toda actuación estatal, es decir, también para la aplicación de las penas y medidas (Maurach y Zipf, 1994, p. 110).

Según el principio de la proporcionalidad de la pena la “criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto” (Zaffaroni, et al., 2002, p. 130). Según el principio, es imposible demostrar la racionalidad de la pena y las agencias

³Código Penal artículo 119 primer párrafo: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

jurídicas deben constatar que el costo de derechos guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión provocado (Aristimuño, 2014).

El principio de proporcionalidad es un modo de racionalidad política criminal, ya que regula de manera prudencial el impacto de la potestad punitiva en la existencia social. La proporcionalidad procura que la intervención pública sea indispensable, idónea y proporcionada, es decir que el medio que es adecuado sea el más moderado respecto del contenido de los derechos involucrados (Yacobucci, 2002).

Enseña Mir Puig (2009), que el principio de proporcionalidad en un sentido amplio es un cauce adecuado para controlar y fundamentar la intervención penal del Estado. Se presenta como un límite de los límites, es decir un límite que encuentran las limitaciones de los derechos por parte del Estado. Desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su eventual ejecución, el principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye un límite constitucional material fundamental, que va condicionando la legitimidad de la intervención penal.

En un sentido estricto el principio de proporcionalidad requiere:

Un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección) de la intervención penal, aún falta comprobar que el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir (Mir Puig, 2009, p. 1364).

Las penas deben ser proporcionales al daño que se ha causado, si ello no ocurre se viola lo que en derecho penal se conoce como el principio de proporcionalidad de la pena (Cabanillas y Morabito, 2010). Se sostiene que la especie y envergadura de la pena conminada, debe tener correspondencia con el hecho dañino previsto por el tipo, con las características criminológicas del autor, con los perjuicios individuales y sociales causados, con la trascendencia pública de la afectación ilícita, etc. (Lascano, 2005). Asimismo, dicho autor expresa que produce una violación de dicho principio cuando se castiga a delitos de gravedad y circunstancias similares con penas que son desproporcionadas entre sí.

La proporcionalidad de la ley fue definida sosteniendo que el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. El medio es adecuado

cuando a través de él se puede lograr el resultado buscado, y es exigible cuando el legislador no habría de optar por otro medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental (Cabanillas y Morabito, 2010).

Con la tipificación del delito de grooming el principio es transgredido, pues representa un claro desborde de la respuesta punitiva que no se corresponde con la afectación del bien jurídico, con lo cual si se afirma que el delito de grooming criminaliza un acto preparatorio, resulta irracional que tenga la misma escala penal o más que aquellos donde sí hay una lesión concreta al bien jurídico protegido (Aristimuño, 2014). En igual sentido se expresa Schneider (2014), ya que la pena prevista para quien incurre en el delito de grooming es la misma que la del abuso sexual simple, la desproporción surge del hecho de que una persona que abusa sexualmente a un menor tiene la misma pena que aquél que solo se contacta con el menor por algún medio de telecomunicación con la finalidad de abusar de él, lo cual es más grave si se piensa que la conducta quedó en un mero acercamiento virtual. Como bien afirma Mir Puig (2009), la carga aflictiva de la pena no puede representar un coste que sea superior al beneficio que logra en términos de protección, ni tampoco se deberá castigar si no es necesario para proteger a los ciudadanos, y menos aún deberá hacerlo sin tener en cuenta los derechos de todos, incluidos los derechos de los que delinquen. En la medida que aumente la gravedad de la intervención penal, sea con las penas o medidas de seguridad, mayor deberá ser la importancia de los bienes que se intenta proteger, y mayor la intensidad de la afectación que se busca evitar.

Moyano (2014), advierte que en el monto de pena impuesto, se cristaliza la incongruencia de imponer idéntico castigo cuando la magnitud del daño difiere en el caso del mero contacto con el menor y en el abuso sexual consumado. El grooming se afina en un estadio anterior y menos lesivo, por ello debería prever una pena menor. Se vulnera el principio de proporcionalidad cuando el acto preparatorio incriminado autónomamente tenga una idéntica sanción que los delitos de lesión consumados en el mundo real afectando el mismo bien jurídico (Riquert, 2013).

En cuanto a la escala penal del delito, se debe reconocer su probable impacto con el principio de proporcionalidad de la pena, no es razonable castigar con la mismo quantum de pena un acto preparatorio que un delito consumado (Buompadre, 2015). Si bien la pena establecida por el artículo 131 del Código Penal es menor en relación a las previstas para otros delitos contra la integridad sexual, cuando se castiguen actos preparatorios la pena debe ser inferior

(Garibaldi, 2014). La gravedad de las penas, dirigidas a evitar los delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los posibles delincuentes, sino que se debe respetar una cierta proporcionalidad con la gravedad social del hecho (Mir Puig, 1994).

Se cae en una incongruencia al establecer igual castigo a quién a contacte un menor con el fin de alguna conducta sexual con la pena para un abuso sexual consumado a un menor, esto demuestra la violación al principio de proporcionalidad de la pena al ser el grooming un acto preparatorio no puede tener la misma pena que un delito consumado (Pesclevi, 2015). El legislador sanciona con la misma intensidad punitiva el grooming que el delito previsto por el artículo 119, primer párrafo, lo que puede traer cuestionamientos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de la pena (Tazza, 2014).

Como se advierte de lo referido ut supra, la doctrina es conteste en sostener que el delito de grooming previsto por el artículo 131 del Código Penal en su redacción actual lesiona de manera manifiesta el principio constitucional de la proporcionalidad de la pena. Ahora bien, se torna necesario examinar de qué herramientas se pueden valer los tribunales del país para aplicar la figura sin comprometer la garantía constitucional.

La división de poderes en un Estado Republicano de derecho no puede ser vulnerada, es decir que el Poder Judicial no se puede entrometer en ámbitos que son propios del Poder Legislativo. Pero si se trata de una norma penal, que ha sido sancionada por el Poder Legislativo en el ejercicio de sus facultades legítimas, que es contraria a las disposiciones constitucionales, por su menor jerarquía debe ser tachada de inconstitucional (Ces Costa, 2012).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, ya por allá en el año 1991 en el precedente Pupelis⁴ que:

En ese sentido, son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta

⁴ C.S.J.N., “Pupelis, María Cristina y otros/s robo con armas – causa n° nx6491”, consid. 8 del voto de la mayoría. Sentencia 14/05/1991.

repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional.

En el precedente Branchessi⁵ la Corte Suprema ha dicho que “toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido del ilícito del hecho”.

Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, a través de la Sala Penal⁶, ha dicho que el principio de proporcionalidad emerge del propio estado democrático de derecho (C. N. Art. 1)⁷ y se irradia vedando la utilización de medios irrazonables para alcanzar fines determinados.

Es muy importante destacar en relación al principio de proporcionalidad de la pena la aplicación, por parte del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, a través de la Sala Penal, de la regla de la clara equivocación de la ley donde declara la inconstitucionalidad del mínimo de la pena del homicidio en estado de emoción violenta cuando concurre con la agravante con el vínculo⁸, por ende declarando la inconstitucionalidad de la escala penal.

Conforme a dicha regla sólo puede anularse una ley cuando aquéllos que tienen el derecho de hacer leyes no sólo han cometido una equivocación, sino que han cometido una muy clara – tan clara que no queda abierta a una cuestión racional, en cuyo caso la función judicial consiste solamente en establecer la frontera exterior de la acción legislativa razonable (Thayer, J. B., “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”. Harvard Law Review, Vol. 7, Dorado Porrada, Javier, “El debate sobre el control constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional”, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 14 y ss). No se trata de controvertir por los jueces el mérito, conveniencia o discrecionalidad de los legisladores en la fijación de las escalas penales, sino de reparar el error a través del remedio con que el Poder Judicial cuenta para restablecer los principios constitucionales en juego. (TSJ, Sala Penal, “Zabala, s. n° 56, 08/07/2002).

⁵ C. S. J. N., “Branchessi, Lidia Susana y otra s/causa n° 6979”, juez Zaffaroni, en disidencia, consid. 21. Sentencia 23/03/2010.

⁶ TSJ Sala Penal Cba. “Zabala, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p. s. a. de Homicidio Calificado – Recurso de Casación”. Sentencia N° 56 del 08/07/2002.

⁷ Constitución Nacional artículo 1: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”.

⁸ TSJ Sala Penal Cba. “Zabala, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p. s. a. de Homicidio Calificado – Recurso de Casación”. Sentencia N° 56 del 08/07/2002.

En el mismo sentido se pronunció, declarando la inconstitucionalidad de la escala penal dispuesta para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo, en el caso Espíndola⁹ fijando además un nuevo marco punitivo. En el caso Aguirre¹⁰ nuevamente aplica la regla de la clara equivocación de la ley, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal, segundo supuesto y del artículo 56 bis de la ley N° 24.660.

El legislador goza de un margen de apreciación en la elaboración de las leyes, pero es misión del órgano jurisdiccional el control de si esa operación de ponderación se realizó conforme al ordenamiento jurídico (Cabanillas y Morabito, 2010).

De allí se deduce la necesidad de considerar que en cualquier caso de menor culpabilidad, cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trata diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal deba apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho (Zaffaroni, et al., 2002, p. 999).

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹ en su artículo 32.2 indica:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹² ha sostenido en su párrafo n° 58 que:

La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno.

⁹ TSJ, Sala Penal Cba. “Espíndola, Carlos Francisco p. a. a. de Abuso sexual calificado, etc. – Recurso de Casación”. Sentencia N° 100 del 21/04/2010.

¹⁰ TSJ, Sala Penal Cba. “Aguirre, Víctor Hugo s/ ejecución de la pena privativa de la libertad – Recurso de Inconstitucionalidad”. Sentencia N° 434 del 29/09/2015.

¹¹ Aprobado por la República Argentina mediante Ley N° 23.054 publicada en el B.O. el 27/03/1984.

¹² Comisión I.D.H., Caso 10.506 *Argentina*, Informe N° 38/96, del 15 de octubre de 1996. Recuperado el 31/05/2015 de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina10506.htm>

2.2. La acción típica del delito y la posible colisión con el principio constitucional de lesión o lesividad jurídica.

La Constitución Nacional en su artículo 19 primer párrafo¹³ consagra el más importante límite material, no solo al poder criminalizante, sino a la injerencia coactiva del estado en general (Zaffaroni, et al., 2002). A partir de ese mandato constitucional no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto caracterizado por la significativa afectación de un bien jurídico (Aristimuño, 2014).

Enseña Ferrajoli (1995), que el principio de utilidad penal, es idóneo para limitar la esfera de las prohibiciones penales sólo a aquellas acciones reprobables por sus efectos lesivos para terceros.

El principio de lesión jurídica “impide prohibir y castigar una acción humana, si ésta no perjudica o de cualquier modo ofende los derechos individuales o sociales de un tercero, la moral o el orden públicos” (Lascano, 2005, p. 117).

“La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones” (Ferrajoli, 1995, p. 464 - 465). Y afirma que, el principio de la separación entre el derecho y la moral, impide que se prohíban comportamientos meramente inmorales o estados de ánimos hostiles u peligrosos, e impone la tolerancia jurídica de todo comportamiento no lesivo para los terceros. No se debe ni se puede pedir más al derecho penal (Ferrajoli, 1995).

“Ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo” (Zaffaroni, et al., 2002, p. 128).

El principio de lesividad, afirma Ferrajoli (1995), constituye el primero de los tres elementos sustanciales del delito, y que es la naturaleza lesiva del resultado, es decir los efectos que produce. Esta necesaria lesividad condiciona toda justificación del derecho penal como instrumento de tutela y constituye el principal límite axiológico externo. A su vez, el principio de lesividad es idóneo para vincular al legislador a la máxima, válida en el campo

¹³ C. N. Artículo 19 “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

penal, que establece que la única tarea del legislador es hacer compatibles entre sí las libertades de cada una de las personas.

El principio, es idóneo para reducir al mínimo necesario la intervención penal, y con ello, reforzar su fiabilidad y legitimidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto o bien presuntamente peligrosos, evitando de este modo la estafa de etiquetas (Ferrajoli, 1995).

La acción típica del delito de grooming consiste en “contactar” a un menor de edad mediante comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con el propósito posterior de atentar contra la integridad sexual del mismo.

Buompadre (2015), afirma que la acción típica no se concreta con la mera comunicación sino que es necesaria la realización de una segunda conducta a cargo de la víctima, que es receptor la comunicación, de esto se infiere que la conducta se configura como una acción de doble tramo, comunicación/recepción, debiendo darse ambas para que el delito se configure. La mera comunicación no es punible, ya que eso importaría punir una acción neutra por ejemplo el uso de internet. No se trata de dos acciones, sino de una sola que es llevada a cabo por dos personas pero en donde la ley solo castiga a una de ellas.

El agente debe contactar al menor a través de internet, un teléfono, u otra tecnología de transmisión de datos. Contactar implica que el sujeto activo debe comunicarse con el menor, que significa que éste debe responder el mensaje. Sólo resultara típico el contacto a través de los referidos medios, quedando fuera de tipicidad el contacto tradicional, es decir aquel realizado en el medio físico. Lo que se busca con estas construcciones es adelantar la consumación del delito a un momento anterior a la lesión del bien jurídico (Núñez Fernández, 2012).

En virtud de las falencias de redacción del artículo 131 del Código Penal, no bastará el mero contacto virtual, será necesario que la propuesta del sujeto acompañe actos que evidencien su intención de planificar un encuentro para someterlo sexualmente, con lo cual quedarían descartadas las proposiciones indirectas o poco serias (Aristimuño, 2014).

Se advierte que la conducta típica, colisionaría con el principio constitucional de lesión o lesividad, al no exigir por ejemplo ningún acto material de acercamiento con el menor, o al menos datos conducentes a que dicho encuentro se produzca en la realidad, con lo cual se

podría criminalizar el uso de internet con una finalidad específica o los meros pensamientos (Buompadre, 2015). Garibaldi (2014), sostiene que lo que se prohíbe no es el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad ni crear identidades alternativas o valerse del anonimato, lo que se prohíbe es contactar y eso es anterior a cualquiera de esas conductas. No se ha prohibido con pena un acto preparatorio, sino la preparación de un acto preparatorio. Adelantar la barrera punitiva a un acto preparatorio de otro preparatorio quiebra el principio de lesividad (Pesclevi, 2015). La principal objeción consiste en su excesiva ambigüedad y en el adelantamiento de la barrera de punición que representa la mera punición de un contacto telemático con un menor, sin recurrir al engaño o seducción (Aboso, 2014). Enseña Núñez Fernández (2012), que se produce un adelantamiento de las barreras de punición que casa mal con el principio de proporcionalidad.

A propósito del tema, vale traer a colación el caso Ortuño Saavedra¹⁴ donde la Cámara Federal de Casación Penal sala II expresa:

El Estado no sólo busca castigar resultados sino también acciones u omisiones que si bien no causan daño, generan una situación de alta probabilidad en la producción de ese resultado. Esta primera separación, entre delitos consumados que producen resultados (daños) y delitos tentados que producen riesgos, es importante dado que la acción que será castigada debe ser valorada exclusivamente en el marco del hecho seleccionado, no será lo mismo un riesgo que un resultado. Esto importa indefectiblemente que se deberá tener en cuenta, para fijar el castigo, el grado de afectación del bien jurídico protegido.

Del análisis examen efectuado ut supra se está en condiciones de formular las siguientes reflexiones parciales sobre el capítulo segundo:

* Se advierte que la redacción actual del delito de grooming, artículo 131 del Código Penal, a todas luces es desafortunada debido a que el legislador al momento de la sanción del delito no ha tenido en cuenta principios rectores del derecho penal argentino, esencialmente los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena.

* En este orden de ideas la doctrina coincide en pronunciarse afirmativamente sobre la afectación de los principios en juego y un claro ejemplo de ello surge, por una parte, del análisis y comparación del delito de grooming con la figura del abuso sexual simple artículo 119 primer párrafo.

¹⁴ C.F. Casación Penal, sala II “Ortuño Saavedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación” Sentencia del 18/05/2012

* Es de capital importancia destacar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás tribunales de inferior jerarquía, donde declaran inconstitucionales las escalas penales de las respectivas causas llevadas a su consideración.

* Merece ser resaltado por su importancia la aplicación por parte del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba de la regla de la clara equivocación de la ley, donde si bien es aplicada en relación a otras figuras delictivas ello no es óbice para ser perfectamente empleada a la figura del grooming y salvaguardar los principios fundamentales en juego.

* En definitiva, el actual delito de grooming previsto por el artículo 131, no logra sortear el tamiz constitucional poniendo el jaque los principios de lesividad y proporcionalidad de la pena.

Habiendo concluido con el análisis del capítulo segundo referido a las garantías constitucionales en juego, se está en condiciones que pasar al examen del próximo capítulo, donde se emprende el estudio del delito y su repercusión sobre la edad del sujeto pasivo víctima del delito.

3. CAPITULO III. La edad del sujeto pasivo.

En el presente capítulo se ingresa al análisis específico de la edad del sujeto pasivo víctima del delito. De manera previa al examen de los inconvenientes que plantea la figura en torno a la edad de la víctima, se hace una breve referencia a la actual regulación que en materia de menores incorpora el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación adecuando así la normativa interna a las exigencias previstas por los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional en la República Argentina, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño y a los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con posterioridad, se analiza la problemática que trae aparejada la indeterminación de las franjas etarias entre los menores de edad.

3.1. Niños, niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En el año 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Argentina mediante Ley N° 23.849¹⁵ e incorporada con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Conforme al artículo 1¹⁶ de la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad. Por su parte el artículo 4¹⁷ establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

El principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes está presente en todo el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero es el artículo 5¹⁸ el que fundamentalmente recoge el principio. El reconocimiento de la capacidad progresiva implica consagrar una gradación en la toma de decisiones en función de su desarrollo psicofísico (Famà, 2015). A medida que el menor va evolucionado en su edad y sus actitudes van

¹⁵ Publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990.

¹⁶ Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”:

¹⁷ Artículo 4: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

¹⁸ Artículo 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o, en su caso, de los miembros de la familia o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

umentando, se lo debe incluir en la toma de decisiones (Moreno, 2013). La evaluación depende de factores que exceden la pauta etaria, y que se relacionan con el alcance de cierta madurez y desarrollo que será valorado a cada caso (Fernández, 2014).

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ en la Opinión Consultiva OC-17/2002, en su párrafo n° 101 ha dicho:

Este tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección afectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

Por su parte el Comité de los Derechos del Niño²⁰, a través de la Observación General N° 12 de 2009, en el párrafo n° 29 sostiene que:

Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión.

En un precedente más reciente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Furlan²¹ y familiares ha expresado:

Asimismo, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio,

¹⁹ Corte I. D. H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC – 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Recuperado el 31/05/2016 de: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

²⁰ Comité D. N., *El Derecho del niño a ser escuchado*, Observación General N° 12 (2009) del 20 de julio de 2009. Recuperado el 31/05/2016 de: <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

²¹ Corte I. D.H., *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia del 31/09/2012, Serie C N° 246

lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, se sanciona en el año 2005 la Ley N° 26.061²² Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La ley recepta el principio establecido en los artículos 4 y 12²³ de la Convención de capacidad progresiva de los menores (Bancoff, 2016). Así el artículo 24 de la Ley N° 26.061 establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Aclara, además, el artículo que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños, niñas y adolescentes; ente ellos al ámbito estatal, comunitario, familiar, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Lo novedoso es que el nuevo Código Civil y Comercial incluye normativa que otorga autonomía progresiva a los menores y reconoce sus actitudes a medida que se desarrollan y evolucionan (Highton, 2015).

El artículo 25 del Código Civil y Comercial distingue entre menor de edad y adolescente, menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años, mientras que adolescente es la persona menor de edad que cumplió trece años. Es decir que en el nuevo Código se elimina la antigua categoría de menores impúberes y púberes y se la reemplaza por la distinción, más adecuada, entre niños y adolescentes cuya línea divisoria es la edad de trece años (Famà, 2015). En el nuevo sistema se exige edad y madurez suficiente para admitir la actuación autónoma de niños y niñas, iguales edades no significan capacidades iguales sino que es un criterio dinámico ya que un mismo niño puede presentar capacidades suficiente para ciertos actos y no para otros; cuando los niños y adolescentes satisfacen la exigencia mixta de edad y madurez suficiente se excluye la función representativa de los padres (Fernández, 2014).

²² Publicada en el Boletín Oficial el 26/10/2005.

²³ Artículo 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

A su vez, el artículo 26²⁴ del Código Civil y Comercial establece una presunción de madurez del adolescente para el ejercicio de los derechos personalísimos, se trata de una presunción *iuris tantum*, de modo que quien se oponga a la autodeterminación del adolescente deberá acreditar su falta de madurez para el acto de que se trata. Por exclusión, antes de los 13 años los niños carecen de autonomía para tomar decisiones (Famà, 2015). A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

3.2. La minoría de edad exigida en el sujeto pasivo. Sus inconvenientes.

La norma del artículo 131 del Código Penal no aclara sobre la edad del sujeto pasivo víctima del delito, simplemente se limita a describir que debe ser un menor de edad, es decir y de conformidad con la normativa vigente, un menor de 18 años²⁵.

Por otra parte la norma al no hacer ninguna referencia a la edad del sujeto activo se desprende que podría ser autor del delito de grooming un menor de 16 años que busca contactar a alguien de su misma edad (Riquert, 2014).

Constituye una vaguedad en la ley que no se estipule la edad del menor que puede ser sujeto pasivo del acoso, la figura se aplica a todo menor sin contemplar que en muchos delitos vinculados a la integridad sexual se distingue la edad de la víctima (Schneider, 2014).

²⁴ Artículo 26: “Ejercicio de los derechos por la propia persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se tratan de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.”

²⁵ La Convención Internacional sobre los derechos del niño establece en su artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Código Civil y Comercial según Ley 26.994 artículo 25: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

La disparidad punitiva que puede observarse entre las figuras que tutelan la indemnidad sexual de los menores de edad adolece de una peculiar esquizofrenia normativa que se refleja en la falta de armonía en las edades mínimas requeridas para considerar punible una conducta (Aboso, 2014, p. 9).

La indeterminación de rangos etarios presenta inconsistencias con el resto de los artículos del Código Penal, ya que la normativa penal presupone *jure et de jure* que la edad del consentimiento en materia sexual es de 13 años (Moyano, 2014).

Buompadre (2015), afirma que no se entiende muy bien el límite máximo que ha impuesto el legislador en lo referido a la edad del menor, teniendo en cuenta que a partir de los 13 años de edad puede dar su consentimiento en materia sexual. Esta cuestión no es menor, máxime si lo que está en juego es el derecho que tiene el menor a la libertad de determinación sexual en aquellos casos de menores mayores de 13 años y menores de 18 años.

Autores como Arocena y Balcarce (2014) sostienen, que si bien formalmente una persona una persona de 16 años puede ser sujeto activo y ser sujeto pasivo una de 18 años, hay que tener en cuenta determinadas franjas de edad donde el comportamiento con el propósito de proponer actividad sexual es adecuado desde el punto de vista social. “Impedir contactos entre adolescentes truncaría el tráfico sexual en un sector de la sociedad en incipiente necesidad fisiológica en tal sentido” (Arocena y Balcarce, 2014, p. 80).

Puede ocurrir que ambos sujetos menores de edad, pero mayores de 13 años, quieran mantener relaciones sexuales, aunque la iniciativa proceda del menor con 13 años, y que ello no implique una puesta el peligro de la indemnidad sexual, máxime si el encuentro entre ambos nunca tiene lugar (Núñez Fernández, 2012).

Afirma Aboso (2014), que una persona mayor de 18 años puede mantener relaciones sexuales con un menor a partir de los 13 años con su consentimiento, pero si se contacta a través de cualquier tecnología de transmisión de datos y le ofrece las mismas relaciones sexuales podrá ser objeto de una investigación penal pese a la anuencia de la presunta víctima. En el mismo sentido se expresa Pesclevi (2015) al sostener que una persona de 18 años puede mantener relaciones sexuales con una persona de 13 años de edad, pero si lo contacta a través de la red ofreciéndole relaciones sexuales que podría ofrecerle personalmente quedaría incurso en la figura del artículo 131 del Código Penal.

Por lo general, el que promueve el contacto es el pedófilo o pederasta, pero bien puede suceder que sea el menor el que toma la iniciativa en la comunicación – situación excepcional - en cuya situación el sujeto activo simplemente aprovecha el contacto llevado a cabo por el menor, y comienza con el plan para elaborar los lazos emocionales con el mismo. Pero el contacto, en este supuesto excepcional, no provino del pedófilo, sino del menor, que no es la conducta que está tipificada en el artículo 131 (Buompadre, 2015).

La determinación de la edad de la víctima en la franja de los menores de 18 años significa un excesivo y arbitrario adelantamiento de la barrera de punición, se muestra como una expresión de paternalismo desmedido al no tener en cuenta el consentimiento de los menores de edad (Aboso, 2014).

El artículo 131 del Código Penal resultaría aplicable en dos supuestos: uno, cuando el sujeto activo sea una persona mayor de edad y la víctima tenga menos de 13 años, ya que su consentimiento es irrelevante; y el otro supuesto cuando el sujeto activo adulto contacte a un menor de edad pero mayor de 13 años que no haya prestado el consentimiento (Buompadre, 2015).

Buompadre (2015), señala además otra cuestión interesante que se puede suscitar y que es el relativo a que la víctima sea una persona mayor de edad, es decir tener cumplidos 18 años, pero incapaz, por ejemplo por adolecer algún tipo de enfermedad u otra causa. El autor del delito se puede valer de la tecnología de transmisión de datos para aprovechar esa situación de incapacidad y, posteriormente atentar contra la integridad sexual de la misma. En esta situación, “se estaría dentro del marco normativo del delito sexual propuesto como fin, pero fuera de los límites del grooming, precisamente por razones de edad del sujeto pasivo” (Buompadre, 2015, p. 60). La cuestión mencionada se traduciría en una afectación del principio de igualdad ante la ley.

Con relación a la vaguedad y gran amplitud que presenta la redacción del artículo 131, sobre todo en materia de franjas etarias entre los menores, merece ser destacada la opinión de Luigi Ferrajoli, en torno a la utilización de términos imprecisos o vagos. Expresa Ferrajoli (1995), que se produce una ampliación indeterminista del campo designable como bienes jurídicos tutelados, cuando se emplean términos vagos, imprecisos o valorativos, produciendo así una derogación de la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio para la inventiva judicial y la discrecionalidad.

Por otra parte también, el legislador debe tener presente las directrices la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando específicamente se expide acerca de la formulación de los tipos penales.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castillo Petruzzi*²⁶ y otros en el párrafo n° 121 ha dicho:

La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

Con el mismo criterio se pronunció en el caso *Cantoral Benavides*²⁷, señalando en el párrafo n° 157 que:

En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

En el precedente *Ricardo Canese*²⁸, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo n° 124 expresa que:

Asimismo, el Comité indicó que al aprobar leyes que prevean las restricciones permitidas, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho; así como, también, deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.

²⁶ Corte I. D. H., *Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, Sentencia de 30/05/1999, Serie C N° 52.

²⁷ Corte I. D. H., *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, Sentencia de 18/09/2000, Serie C N° 69.

²⁸ Corte I. D. H., *Caso Ricardo Canese Vs Paraguay*, Sentencia de 31/08/2004, Serie C N° 111.

En el mismo sentido se ha expresado en el caso *Lori Berenson*²⁹, donde en el párrafo n° 125 señala que:

Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

En el precedente *kimel*³⁰, que se refiere a la República Argentina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el párrafo n° 63 expresa que:

Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana.

Por otra parte hay que resaltar que el legislador ha omitido incorporar el delito de grooming, en las acciones dependientes de instancia privada, lo cual trae aparejado un apartamiento

²⁹ Corte I. D. H., *Caso Lori Berenson Mejia Vs Peru*, Sentencia de 25/11/2004, Serie C N° 119.

³⁰ Corte I. D. H., *Caso kimel Vs Argentina*, Sentencia de 2/05/2008, Serie C N° 177.

respecto de los restantes delitos contra la integridad sexual comprendidos en el artículo 72³¹ del Código Penal (Pesclevi, 2015).

Del análisis examen efectuado ut supra se está en condiciones de formular las siguientes reflexiones parciales sobre el capítulo tercero:

* Es relevante destacar la adecuación que ha tenido la legislación interna a los contenidos dispuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño, tales como el principio de la capacidad progresiva de los menores sobre todo en el caso de los menores de edad que han cumplido los trece años, es decir los adolescentes. Aquí es donde el nuevo código, en cumplimiento de la Convención y en línea con los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, innova en cuanto a las categorías de menores de edad, en donde por una parte distingue a los menores que no han alcanzado la edad de trece años, y por otra parte los que se encuentran en la franja etaria de los trece a dieciocho años llamados adolescentes. Precisamente en ésta última categoría es donde tiene su aplicación práctica el principio de capacidad progresiva del menor.

* Otro aspecto a considerar es que se advierte que en la redacción actual del artículo 131 del Código Penal el legislador no ha contemplado distintas franjas etarias entre los menores que pueden ser sujetos pasivos del delito en examen. Esto es consecuencia de que el legislador no ha tenido en cuenta, al momento de la sanción, los demás delitos contra la integridad sexual donde sí existen diferencias etarias que a su vez determinan una mayor o menor escala penal.

* Por otra parte, también se desprende la omisión del legislador de no tener en cuenta el consentimiento de los mayores de trece años en materia sexual lo cual debería haber sido receptado por la redacción del delito. El artículo 131 del Código Penal al no tener en cuenta el consentimiento de los mayores de trece años en materia sexual colisionaría con el principio

³¹ Código Penal artículo 72: “ Son acciones dependiente de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1) Los previstos en los artículos 119, 120, 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. Sin embargo se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.

3) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

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 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”.

de capacidad progresiva de los menores mayores de trece años consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Ley de Protección integral de niños, niñas y adolescentes, y recientemente por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

* Se advierte una clara impresión de los términos utilizados en la redacción del artículo. Tal es el caso por ejemplo, del término “contactar”.

* La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en cada uno de los precedentes a los cuales se hizo referencia, es consteste en cuanto a las exigencias que se deben cumplir en la redacción de los tipos penales. Del análisis efectuado a la figura delictiva se advierte que dicha exigencia ha pasado inadvertida por el legislador argentino.

* Claramente el delito previsto en el artículo 131, es perseguible de oficio, lo cual no guarda coherencia con el resto de los delitos de índole sexual.

Habiendo concluido con el análisis del capítulo tercero referido a la edad del sujeto pasivo víctima del delito y sus diversos cuestionamientos, se está en condiciones de pasar al examen del próximo capítulo, donde se formularan distintas circunstancias que deberían ser tenidas en cuenta a los efectos de ser incorporadas como agravantes de la figura básica.

CAPITULO IV: Las ventajas de incorporar modalidades agravadas al delito. Diferentes proyectos de reforma en torno a la figura del grooming.

En el presente capítulo, por una parte, se ingresa al exàmen de distintas circunstancias que debieron ser previstas por el legislador como agravantes de la figura básica. Se numerarán distintas circunstancias dignas de ser consideradas como posibles calificaciones del delito. Asimismo, y de manera previa a ello, se repasaran conceptos referidos al tipo penal con el objetivo principal de comprender el funcionamiento de los tipos calificados dentro del correspondiente delito.

Por otra parte, y en la parte final del capítulo, se describirán y analizarán los diferentes proyectos de reforma al Código Penal que se han propuesto en torno a la figura del grooming, entre los cuales cabe mencionar el anteproyecto del Código Penal de 2014, el anteproyecto del Código Justo entre otras propuestas de modificación.

4.1. Circunstancias de la acción merecedoras de un mayor reproche penal.

La figura actual del artículo 131 del Código Penal no contempla distintas circunstancias de la acción típica que merezcan un aumento de la escala punitiva. Ha sido una oportunidad desaprovechada por el legislador cuando en el año 2013, a través de la Ley N° 26.904, incorpora el delito del grooming al Código Penal.

En el capítulo primero al hacer referencia a la teoría del delito y al funcionamiento de los elementos constitutivos del delito, se conceptualizó al tipo delictivo. Brevemente, y para refrescar conceptos a los efectos de comprender el funcionamiento de las agravantes, se volverá sobre las nociones del tipo delictivo.

Bacigalupo (1999) expresa que cuando una acción es típica se quiere decir que esa acción está prohibida por la norma. La acción que ejecuta el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un determinado tipo penal. En un sentido estricto, el tipo penal es la descripción de la conducta que es prohibida por una norma. Realizar el tipo significa, llevar a cabo la conducta por él descripta. El tipo penal de los delitos dolosos contiene una acción dirigida por el autor a la producción del resultado, es decir, lo ocurrido tiene que haber sido conocido por el autor. Esto permite distinguir “entre un tipo objetivo, que contiene los aspectos objetivos del hecho, y un tipo subjetivo, que contiene los aspectos subjetivos (conocimiento) del mismo. Ambos tipos deben ser coincidentes” (Bacigalupo, 1999, p. 224).

Ahora bien, algunas veces la parte objetiva contiene múltiples circunstancias que son determinantes de su punibilidad, su atenuación o agravamiento. Son complementarias de la descripción del tipo penal, tienen que ser abarcados por el dolo y condicionan la situación típica (Balcarce, 2011). Siguiendo las enseñanzas del autor, se mencionan:

* Los sitios o lugares

Se refieren a la localización espacial de algún elemento del tipo. Por ejemplo, en el campo, despoblados, edificios o lugares públicos, muros, puentes, morada o casa de negocio, archivos, etc.

* Tiempo

Son indicativos de algún elemento del tipo en el ámbito temporal para respaldar la punibilidad, la atenuación o agravación de la sanción. Por ejemplo, dentro de las 24 horas, más de un mes, etc.

* Modo

Se refiere a algún aspecto que en particular debe reunir la conducta. Por ejemplo, con ensañamiento, con alevosía, por dos o más personas, etc.

* Medios

Hace referencia a aquello de que se vale el autor para llevar a cabo la acción según el tipo pertinente. Por ejemplo, violencia, engaño, abuso de confianza, nombre supuesto, influencia mentida, etc.

* Vínculos

Con esta expresión se refiere a relaciones de parentesco, laborales, profesionales, administrativas, que tienden a calificar la conducta delictiva. Por ejemplo, ascendientes, descendientes, etc.

* Presupuestos

En el tipo se suele hacer mención a determinadas circunstancias reales que deben haberse producido, de manera previa, para que la conducta pueda encuadrarse como típica. Por ejemplo, la omisión de auxilio a una persona herida o invalida o amenazada de un peligro cualquiera, o cuando se trata de un menor de 10 años perdido o desamparado.

En varias oportunidades el legislador configura grupos de tipos de conformidad al principio de la *lex specialis*. Con motivo de ello, la doctrina distingue entre tipos básicos y los tipos calificados o cualificados, éstos últimos a su vez se clasifican en tipos agravados y tipos atenuados (Balcarce, 2011).

Es importante destacar como lo señala Balcarce que sólo se habla de tipos básicos atendiendo a la existencia de los tipos calificados.

Los tipos básicos o tipos bases representan la forma más sencilla de construcción legislativa del tipo, es el mínimo que se requiere para ingresar a la esfera de un conjunto de tipos relacionados (Balcarce, 2011).

Los tipos cualificados o calificados, son creados en conexión con el tipo base o básico a los que se le agregan ciertos matices adicionales. Los tipos cualificados, a su vez pueden ser agravados o atenuados. Los tipos agravados son aquellos en donde los elementos circunstanciales que son agregados posteriormente a la figura básica se traducen en una mayor punibilidad de la conducta. En los tipos atenuados los matices que se agregan al tipo base aminoran la punibilidad prevista en el tipo básico (Balcarce, 2011).

Núñez (1999) enseña que los tipos básicos representan la figura simple del hecho punible, y que son constitutivos de la espina dorsal de todo el sistema de la parte especial del Código Penal. Los tipos agravados o atenuados, son modalidades especiales de un tipo base que aumentan o disminuyen la criminalidad del hecho.

La relación o vinculación que se produce entre los tipos básicos y los calificados se da a través de la especialidad. Dicha relación se produce cuando hay una ley que es más específica que otra. El tipo especial lleva en sí mismo la finalidad de desplazar al general y, por ende en virtud de la máxima *lex specialis derogat legi generali*, es el que debe prevalecer. Todo aquél hecho que realiza el tipo especial realiza indefectiblemente el tipo general, pero no todo hecho que realiza el tipo básico realiza el tipo especial. La inclusión que se produce de un tipo en otro es lógica (Balcarce, 2011).

Lascano (2005), enseña que la relación de especialidad se compone con un tipo genérico y un tipo específico, y se genera cuando dos tipos penales tienen un núcleo típico que es común, es decir describen la misma conducta prohibida, pero que se diferencian entre sí porque el tipo específico describe con mayor detalle el comportamiento que el tipo genérico. El tipo específico cuando aferra al hecho desplaza al tipo genérico.

El tipo delictivo del artículo 131 del Código Penal debió prever una figura básica con una escala penal más reducida y enunciar múltiples circunstancias que produzcan un mayor agravamiento del delito, lo cual hubiera sido provechoso para contemplar situaciones que merezcan mayor protección penal. Así por ejemplo, y a título enunciativo, se pueden sugerir las siguientes circunstancias:

a) Cuando el delito sea cometido contra un menor de edad que no ha cumplido los trece años la escala penal debería ser superior, mientras que si se trata de un menor en la franja de entre los trece y dieciocho años la figura debería quedar comprendida únicamente en el tipo básico con la consecuente disminución de la escala penal.

b) El tipo penal debió prever una agravante que esté orientada a castigar la organización criminal, en cuanto se trataría de estructuras constituidas por elementos que son organizados para fines ilícitos (Buompadre, 2015).

c) El tipo penal no contempla una agravante cuando el mismo sea cometido contra una persona mayor de edad incapaz. Los mismos pueden presentar una igual o mayor vulnerabilidad que lo menores de edad comprendidos en la actual regulación.

d) Hubiera sido técnicamente correcto tipificar una conducta agravada cuyo eje girara alrededor del fraude, es decir que el autor haya empleado un medio fraudulento para llevar a cabo su cometido (Buompadre, 2015).

e) La figura tampoco presenta agravantes por cercanía de vínculo como tampoco por parentesco, lo cual es desafortunado máxime si se tiene presente que el abuso sexual simple del artículo 119 se agrava si es cometido por ascendientes, descendientes, tutores, curadores o encargado de la educación o la guarda (Alonso, 2014).

Un esquema incriminatorio como el que se ha propuesto garantizaría con más eficacia la protección del bien jurídico libertad sexual de esa porción de la población, que se caracteriza por la situación de vulnerabilidad, y que es el sector de los menores de edad (Buompadre, 2015).

4.2. Proyectos de reforma del Código Penal en lo referente al delito de grooming.

4.2.1. Anteproyecto del Código Penal 2014.

En el anteproyecto del Código Penal 2014³² el delito de grooming está contemplado en el artículo 133, inciso 2, bajo el epígrafe de “corrupción de menores”, título V, del Libro II, denominado Delitos contra la integridad y la libertad sexual, que reza:

Artículo 133: “Corrupción de menores.

1. Cuando se cometiere con continuidad, será penado como corrupción de menores:

a) Con el máximo de la pena de prisión elevado hasta DOCE (12) años, el delito del inciso 3° del artículo 131.

b) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del inciso 4° del artículo 131.

c) Con prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años, el delito del artículo 132.

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”.

El delito de grooming deja de estar ubicado en un artículo independiente, el tipo penal es más amplio que el regulado en el actual Código Penal ya que la conducta requiere complementarse con conversaciones o relatos de contenido sexual. Vale decir, que el mero contacto con un menor de trece años que no se traduzca e conversaciones o relatos de contenido sexual, no queda comprendida en el tipo, por ejemplo invitar al menor a tomar un helado, aun cuando el autor persiga la comisión de un delito sexual con posterioridad (Buompadre, 2015). No se incluyó en la estructura del delito que el modo de actuar sea únicamente por medios electrónicos (Aristimuño, 2014).

Explica Rocca (2016) que se trata de un acto preparatorio, el cual si alcanza un cierto nivel de ejecución de algún otro delito, desaparece por aplicación de las reglas del concurso aparente de leyes.

Se avizora cierta preocupación para sistematizar la conducta con cierto grado de proporcionalidad respecto de otros modos de regular las formas de afectar la libertad sexual

³² Anteproyecto de Código Penal. Recuperado el 9/11/2015 de

<http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

de los menores. De esto se desprende que el anteproyecto corrige la falta de proporcionalidad con respecto a la sanción penal y adecua su respuesta punitiva a la exigencia constitucional de proporcionalidad (Rocca, 2016).

Se advierte que sujeto activo sólo puede ser un mayor de edad, mientras que víctima del delito solo puede ser una persona menor de trece años. En el mismo sentido se expresa Rocca (2016) quien sostiene que el cambio sustancial que ha tenido presente la comisión reformadora es el de establecer diferentes categorías de menores al momento de tipificar la conducta, en donde los sujetos pasivos solamente pueden ser los menores de trece años de edad.

Este límite en cuanto a la edad de la víctima, deja sin protección a los menores que se encuentran en la franja de los trece a dieciocho años que también pueden ser objeto del delito (Buompadre, 2015).

El anteproyecto, al establecer que el sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de edad, deja fuera del tipo aquellas conductas cometidas por un menor de edad, que cuente por ejemplo con trece años de edad o más.

En cuanto a la escala penal, la misma es más gravosa que la del actual Código Penal, ya que el mínimo es un año de prisión y el máximo cinco años, contra los seis meses a cuatro años del actual Código.

Se advierte que se sigue castigando un acto preparatorio, problemática que no ha podido ser salvada en el anteproyecto del Código Penal (Rocca, 2016).

4.2.2. Proyecto de Código Penal. Incorporación del artículo 125 ter, tipificando el delito de grooming, ciberacoso o ciberhostigamiento a menores de 13 años; modificación del artículo 172, estableciendo la acción privada; y derogación del artículo 131.

El diputado Garrido Manuel presentó un proyecto de modificación al Código Penal derogando el actual artículo 131, número de expediente 0927-D-2015, Trámite Parlamentario

n° 11 Fecha: 16/03/2015³³, que incorpora el artículo 125 ter. El articulado de dicho proyecto de ley establece:

Artículo 1°.- Incorpórese como artículo 125 ter del Código Penal, el siguiente texto:

"Art. 125 ter: 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 mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación."

Artículo 2°.- Modifíquese el inciso 1° del artículo 72 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"1°) Los previstos en los artículos 119, 120, 125 ter y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91."

Artículo 3°.- Deróguese el artículo 131 del Código Penal.

Artículo 4°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

El autor del proyecto, Garrido, expresa en sus fundamentos que el tipo penal reemplaza el concepto de "contacto" por uno más preciso, el cual es que se le requiera al menor que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual, tal como se desprende del primer párrafo del artículo 125 ter.

Añade además, que el tipo penal al distinguir franjas etarias entre los menores es congruente con el artículo 119 del Código Penal. Por otra parte, el tipo penal en cuanto a la escala punitiva es coherente con el reproche punitivo que el mismo Código establece para delitos de una mayor gravedad. Por último, se establece que el delito de grooming es dependiente de instancia privada.

³³ Incorporación del artículo 125 ter. Recuperado el 31/05/2016 de : <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0927-D-2015>

4.2.3. Anteproyecto de Código Penal del diputado Massa.

El diputado Sergio Massa presentó un proyecto de Código Penal argentino, llamado el Código Justo³⁴, en donde en su artículo 186, del Libro Segundo, Título V denominado Delitos contra la libertad y la autodeterminación sexual trata el delito de grooming, su texto dice:

Artículo 186. Seducción y captación maliciosa. “Será reprimido con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de dieciséis años, mediante conversaciones, escritos o comunicaciones telemáticas, con el objeto de ganarse la confianza, crear una conexión emocional o disminuir sus inhibiciones naturales o de construcción social o familiar, a fin de preparar o perpetrar un delito previsto en este Título”.

El delito pasa a ser una figura autónoma denominada “Seducción y captación maliciosa”, que tiene prevista una escala penal superior, tanto en el mínimo como en el máximo, a la del delito previsto en el Código Penal actual.

Al igual que el delito previsto en el actual Código Penal se tipifica la preparación de un delito posterior, con lo cual será pasible de eventuales planteamientos judiciales tal como acontece con la actual figura del artículo 131 del Código Penal.

Sujeto activo del delito solo puede ser una persona mayor de edad, mientras que la víctima debe ser un menor de dieciséis años. Al igual que en el anteproyecto de Código Penal 2014 analizado precedentemente, quedan fuera de la figura aquellos menores entre los dieciséis y dieciocho años y que también son pasibles de convertirse en víctimas del delito.

En cuanto los medios comisivos los mismos son amplios, ya que no solo comprende a las comunicaciones telemáticas, sino que la norma refiere a cualquier escrito o incluso conversaciones personales con el menor.

³⁴ El Código Justo (proyecto del diputado Sergio Massa). Recuperado el 9/11/2015 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/41200-codigo-justo-proyecto-codigo-penal-del-diputado-sergio-massa>

Del análisis examen efectuado ut supra se está en condiciones de formular las siguientes reflexiones parciales sobre el capítulo cuarto:

* El legislador no ha tenido en consideración distintas hipotéticas circunstancias merecedoras de una mayor escala punitiva, simplemente se limitó a la descripción de una figura con una única escala penal.

*El legislador ha pasado por alto, la oportunidad de establecer agravantes para el delito tales como la edad de la víctima, el uso de medios fraudulentos, que el hecho sea cometido por un familiar, o que se atente contra un mayor de edad incapaz.

* De los diferentes proyectos de reforma al Código Penal se advierte que, tanto el anteproyecto de 2014 como el anteproyecto de Código Penal llamado Código Justo, presentan inconsistencias en su redacción susceptibles de producir diversos planteamientos de índole judicial.

* Sin embargo, es importante destacar que el Proyecto de Ley que busca incorporar el artículo 125 ter al actual Código Penal, es el más acertado en cuanto a la tipificación del delito de grooming ya que el mismo:

a) Establece una escala punitiva que guarda relación y coherencia con las previstas para los demás delitos contra la integridad sexual.

b) El tipo penal reemplaza en concepto equivoco “contactar” por la expresión “requerir” con la finalidad exigida por la norma.

c) Tiene en cuenta los diferentes rangos etarios entre los menores estableciendo que si se trata de menores de entre trece y dieciséis años, gozaran de la misma protección penal de los menores de trece años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación. Es decir que en relación a éstos menores el tipo contempla la utilización de medios fraudulentos por parte del autor.

d) Establece que la acción penal para el delito de grooming, en tanto y en cuanto no resulte la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas, sea dependiente de instancia privada. Lo cual supone una adecuada coherencia con el resto de los delitos que atentan contra la integridad sexual que son de acción pública dependiente de instancia privada.

Habiendo concluido con el análisis del capítulo cuarto en donde, por una parte se realizó el examen sobre el funcionamiento de las agravantes, y por otra parte los análisis de los diversos proyectos de reforma se está en condiciones de pasar a la lectura de las conclusiones finales del presente proyecto.

CONCLUSIONES GENERALES.

De la investigación efectuada a lo largo del presente trabajo en torno al delito de grooming regulado por el artículo 131 del Código Penal es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1) La actual redacción del artículo 131 es a todas luces desafortunada, ello obedece a la inobservancia por parte del legislador de algunos de los principios constitucionales fundamentales que rigen en el derecho penal liberal argentino. Concretamente los principios en juego son el principio de la proporcionalidad de la pena y el principio de lesión o lesividad jurídica.

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que toda medida que se traduzca en una privación de derechos debe ser proporcionada con la magnitud del contenido del ilícito. La propia escala punitiva del delito, de seis meses de prisión a cuatro años, representa un claro desborde punitivo que ha pasado por alto el legislador. Máxime si se tiene en cuenta que es la misma escala penal que el Código Penal establece para otros delitos contra la integridad sexual, por ejemplo el abuso sexual simple, con lo cual la incongruencia es manifiesta.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de pronunciarse ha establecido que las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario.

Para salvaguardar el principio de proporcionalidad de la pena se advierte, en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, el empleo de la regla de la clara equivocación de la ley declarando la inconstitucionalidad de las escalas penales de otras figuras delictivas, tal como se analizó en el capítulo respectivo. La solución correcta debería ser una modificación de la escala penal del delito de grooming, y no llegar a través de instancias recursivas hasta la declaración de inconstitucionalidad del monto de la pena.

La acción típica consiste en contactar a través de los medios enunciados a un menor de edad con la finalidad prevista por la norma, de lo cual se desprende que si una persona contacta personalmente a un menor de edad, con la finalidad de atentar ulteriormente contra la integridad sexual del mismo, no cometería el delito. Se advierte así, que se castiga una

conducta que es preparatoria de un delito posterior lo cual se traduce en la afectación del principio de lesividad jurídica.

Se advierte una clara impresión de los términos utilizados en la redacción del artículo. Tal es el caso por ejemplo, del término “contactar”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en cada uno de los precedentes a los cuales se hizo referencia, es consteste en cuanto a las exigencias que se deben cumplir en la redacción de los tipos penales. Del análisis efectuado a la figura delictiva se advierte que dicha exigencia ha pasado inadvertida por el legislador argentino.

2) Otro aspecto a considerar es que se advierte que la redacción del artículo 131 del Código Penal no contempla distintas franjas entre los menores que pueden ser sujetos pasivos del delito.

El artículo 131 del Código Penal al no tener en cuenta el consentimiento de los mayores de trece años en materia sexual colisionaría con el principio de capacidad progresiva de los menores mayores de trece años consagrado por la Convención de los Derechos del Niño, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Ley de Protección integral de niños, niñas y adolescentes, y recientemente por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Se desprende que el legislador ha incurrido en otro error al no tener en consideración los demás delitos contra la integridad sexual en los cuales sí existen diferencias etarias que a su vez determinan una mayor o menor escala punitiva.

3) El artículo 131 al plantear únicamente la figura del delito sin introducir agravantes deja de lado la posibilidad de regular distintas situaciones merecedoras de un mayor reproche en cuanto a la escala penal, tal como fue objeto de análisis en el capítulo respectivo.

4) El actual artículo 131 del Código Penal debe ser objeto de una modificación a los efectos de salvaguardar los principios constitucionales en juego. Se debe adecuar la escala penal teniendo en consideración los demás delitos contra la integridad sexual, de manera que guarde una correcta armonía con el resto del articulado. Asimismo, es conveniente que prevea una figura básica, por ejemplo cuando se atente contra un menor mayor de trece años, y agravantes como por ejemplo cuando el delito es cometido por una organización criminal, o cuando se emplean medios fraudulentos, o es cometido contra un incapaz mayor de edad o

cometido por familiares o parientes de la víctima. Por otra parte, se deberá respetar el consentimiento de los menores mayores de trece años, ya que es el propio Código Penal el que establece que a partir de esa edad los menores pueden expresar libremente su consentimiento en materia sexual, respetando a su vez, el principio de la capacidad progresiva de los menores mayores de trece años establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

ANEXO: - "FARAONI José María S/ CORRUPCION MEDIANTE GROOMING"

Causa Nro. 1060/15, orden interno nro. -3080- "FARAONI José María S/ CORRUPCION MEDIANTE GROOMING"

Nro. de Orden:

Libro de Sentencias XVII

//hía Blanca, 1 de septiembre de 2015.-

AUTOS Y VISTOS:

Los de la presente causa nro. 429/15 (IPP 02-00-000494-14) por el delito de grooming, seguida a JOSÉ MARÍA FARAONI, argentino, DNI 14690744, soltero, instruido, empleado, nacido en esta ciudad el 5 de noviembre de 1961, domiciliado en Avenida Alem 148 departamento 4 de Bahía Blanca, hijo de Rubén Enrique Faraoni y de Beatriz Delia Ricciardi, para dictar fallo de conformidad a lo previsto por el art. 399 del CPP.

RESULTA:

PRIMERO: Que el señor Agente Fiscal, doctor Mauricio Del Cero, el señor defensor particular, doctor Sebastián Martínez y el imputado de autos, José María Faraoni acordaron, atento lo que surge de fs. 384 y vta. 396 y 398, el trámite del proceso abreviado. Como consecuencia de ello el Ministerio Público Fiscal calificó al ilícito como grooming en los términos del art. 131 del Código Penal, como así pidió la imposición de la pena de dos años de prisión de ejecución condicional. Calificación ésta y pena a la que prestó conformidad la defensa junto a su asistido, dejándose las reglas de conducta libradas al criterio de este juzgado.

SEGUNDO: Que en la audiencia que se ilustra a fs. 396, el suscrito se aseguró de que la decisión del imputado resultaba voluntaria y libre. Luego se resolvió admitir la conformidad alcanzada (fs. 399), quedando en consecuencia la presente causa en condiciones de ser fallada en esta instancia (arts. 398 inc. 2 y 399 del CPP).

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Se encuentra acreditado, según surge de las probanzas reunidas en la IPP, y ésa es mi convicción sincera, que desde el 27 de diciembre de 2013 hasta el 11 de enero de 2014,

a través de la cuenta de Facebook, mediante la utilización del seudónimo o NIC “Demóstenes Rock”, se contactó al menor FP de 15 años de edad, nacido el 16 de octubre de 1998, quien utilizaba el seudónimo o usuario “EPP”, y al menor DF, de 14 años de edad, nacido el 16 de marzo de 1999, quien utilizaba el nombre de usuario “DF”, a quienes invitó a encontrarse en el Hotel Torino sito en calle Sarmiento y Avenida Casey de la ciudad de Coronel Suárez, donde se alojara, ofreciéndoles dinero como regalo, invitándolos a cenar o a almorzar y a tomar helados, con el propósito de ganarse la confianza de los menores con conocimiento de sus edades, introduciendo en las conversaciones contenidos sexuales, con el propósito de afectar la integridad sexual de los jóvenes.

Lo expuesto se acredita mediante la denuncia de fs. 1 / 2, copias de DNI de fs. 3, 5, 106 y 107, copias de los certificados de nacimiento de fs. 4 y 108, dictámenes técnicos de fs. 7/8 vta. y 109, fotografías de fs. 9/14 y 110/112, impresión de las conversaciones a través de Facebook de fs. 15/104 y 113/178, declaración testimonial de fs. 105 y vta., acta de procedimiento de fs. 181, exámenes médicos de fs. 185 y vta. y 198 y vta., informe policial de fs. 186, acta de aprehensión de fs. 188, acta de secuestro de fs. 192, declaraciones testimoniales de fs. 194 y vta. y de fs. 195 y vta., copia del registro de pasajeros del hotel de fs. 196/197, orden de allanamiento de fs. 210, acta de allanamiento de fs. 225, impresión de capturas de pantallas de la página de internet “amistad y sexo” de fs. 259/262, pericia psicológica del imputado de fs. 279/282, pericia psiquiátrica de fs. 307/308, pericia psicológica del menor FP de fs. 305/306, dictamen pericial de elementos secuestrados de fs. 312/321.

De esta manera entiendo que se encuentran acreditados los hechos en su exteriorización y esa es mi sincera convicción (arts. 209, 210, 371 inc. 1, 373, 376 y 399 del CPP).

SEGUNDO: Se encuentra probado, y esa es mi convicción sincera, que autor responsable de los hechos antes expuestos es el procesado José María Faraoni.

I. Las presentes actuaciones se iniciaron con la denuncia de la señora Verónica Mariana Pastor (fs. 1 / 2) en la Estación de Policía Comunal de Coronel Suárez el 11 de enero de 2014, manifestando que ese día, en horas de la mañana, mientras se encontraba en su casa junto a su hijo FP, de 15 años de edad, éste recibió un mensaje de texto a su teléfono celular que decía: “Buenas hermano estoy llegando a Suárez. Te espero en el hotel Torino Casey y Sarmiento 14.45 te quiero José (Demóstenes Rock)”. Que por curiosidad decidió mirar el Facebook “Demóstenes Rock” y pudo averiguar que se trataba de una persona llamada José

María Faraoni, de unos 50 años de edad y por sus fotos resulta un hombre canoso, de contextura robusta. Siguió relatando la mujer que miró las conversaciones que este sujeto mantuviera con su hijo y advirtió que hablaba de masturbación, que se sentía joven, un “pendex”, que se llevaba bien con los chicos de la edad de su hijo, que cuando se vaya a vivir solo a un departamento lo iba a invitar a que fuera. Que además advirtió que su hijo había recibido llamadas telefónicas y mensajes de texto por parte de este hombre, y que al preguntarle quién era le dijo que era un amigo, “un viejo que nos quiere invitar a comer, que nos va a regalar plata a mí y a D..., que nos preguntó por la heladería más cara para llevarnos a los dos”. Siguió relatando que decidió quedarse con el teléfono celular de su hijo, recibiendo llamadas del sujeto, las que no contestó y mensajes de texto como el recibido a las 14.59 que decía: “hermano te estoy esperando en la esquina del hotel Torino dale vení ya”. Que mientras está declarando, a las 15.07 recibe una nueva llamada. Que la denunciante autorizó a que se practiquen pericias sobre el teléfono de su hijo, brindando asimismo la contraseña de la cuenta de Facebook del joven y autorizó el ingreso a fin de observar las conversaciones mantenidas por el menor con el sospechoso.

También prestó declaración testimonial la señora Marina Diez (fs. 105 y vta.), madre de DF de 14 años, quien dijo que había tomado conocimiento, a través de la policía, que un hombre mayor había citado a uno de los amigos de su hijo -FP- en el hotel Torino y que según la madre del nombrado también le había mandado mensajes a su hijo. Que le preguntó a su hijo y éste le manifestó que efectivamente mantenían conversaciones con un hombre y que se conocerían ese día 11 de enero. Que la mujer hizo entrega a la instrucción policial del teléfono celular de su hijo y autorizó la realización de las pericias necesarias, lo mismo que con la cuenta de Facebook del menor, suministrando la contraseña.

Es así que se realizó un examen de visu del celular de F y se visualizaron mensajes en los que el sospechoso decía que estaba llegando a Suárez, que lo esperaba en la esquina del hotel Torino, que lo “requiere” (fs. 7/8 vta.). Asimismo, a fs. 9/14 se obtuvieron fotografías de la pantalla del mencionado aparato telefónico y se pueden apreciar algunos de esos mensajes.

El mismo 11 de enero del año pasado, contando con una fotografía del sospechoso, una comisión policial de la DDI se hizo presente en el hotel Torino y encontraron al imputado sentado en la vidriera del hotel enviando mensajes de texto con su teléfono celular. Que al presentarse como policías el hombre “se pone nervioso e intenta borrar los mensajes de

texto...”. Que entonces le quitaron el aparato y lo secuestraron con un testigo (actas de fs. 181, 188 y 192), visualizando en la estación comunal algunos de los mensajes.

Se acreditó que Faraoni se había alojado ese mismo día en el hotel de referencia con la planilla de registro de fs. 196. Asimismo prestó declaración testimonial Carlos Alberto Di Pardo (fs. 194 y vta.), quien dijo ser conocido del dueño del hotel y que vivía circunstancialmente allí. Que como el dueño se tuvo que retirar se quedó a cargo y vio que estaba en la recepción un hombre robusto de unos 50 años que luego se sentó afuera sobre la vidriera. Que después vio que hablaba con dos hombres, encontrándose muy nervioso; uno dijo que era policía y que lo estaba identificando. Que le sacaron el teléfono y le hicieron saber sus derechos. Agregó que el sujeto había ingresado ese día a las 10 de la mañana, que se había hospedado en la habitación nro. 4 y que días antes había efectuado la reserva. Que sabe que el hombre dijo que era de Bahía Blanca y había ido a Suárez a descansar.

También declaró el conserje del hotel, Guillermo Friedli (fs. 195 y vta.), quien afirmó que se presentó en su trabajo a las 6 de la mañana del 11 de enero y que a las 11.30 se presentó un hombre para ocupar una habitación que había reservado el día jueves. Que el individuo era de Bahía Blanca y se apellidaba Faraoni; ocupó la habitación nro. 4 y llevaba dos bolsos. Sostuvo que él se retiró a las 12.15 horas.

Habiéndose allanado la habitación del hotel que ocupara el imputado sólo se secuestró una cámara de fotos (fs. 225). La justicia de garantías también dispuso el allanamiento del domicilio del encausado en esta ciudad, habiéndose secuestrado de su habitación un CPU, una notebook marca Lenovo, un disco rígido externo, una netbook marca HP, una notebook marca E-Machines y una netbook provista por el Ministerio de Educación (fs. 230/231).

A fs. 259/262 obran impresiones de un sitio de internet de anuncios y ofrecimientos sexuales, de las cuales surgen elementos relevantes respecto a la acreditación del delito que se le atribuyera al causante. En efecto, el imputado se presenta con su nombre y apellido y lugar de residencia y afirma: “...busco hombres entre 18 y 25 años de edad. Soy soltero y necesito alguien que me haga feliz...Soy bisexual pasivo y me gusta tener relaciones sexuales con hombres”. Luego ante la respuesta de un usuario “Hernán” que le dijo que le escriba, le contestó que quería tener relaciones con él urgente. Años después, ante el mensaje de alguien que se identificara como “Mariano”, quien decía que buscaba chicos de buena presencia, menos de 25 que les guste “mamar una pija”, el imputado dando sus datos personales tales

como nombre, apellido, su número de celular y msn, le respondió: “me gusta tu propuesta te la quiero chupar ya hasta tragarme toda la leche...agregame quiero chupártela urgente”.

Por otro lado, se realizó una pericia informática sobre los equipos secuestrados en el domicilio del imputado, más precisamente en su dormitorio (fs. 312/317 vta.). Se estableció que utilizando el equipo Lenovo y mediante el buscador Google Chrome se navegó por sitios de pornografía adolescente homosexual. En otro equipo también se navegó por otros sitios que abordan la mencionada temática. Por su lado, en el teléfono celular también aparecen imágenes vinculadas a la temática gay.

Estas preferencias sexuales del encausado, manifestadas hace ya varios años, resultan muy relevantes para resolver el presente caso, como expondré más adelante.

Respecto al acusado se realizó una pericia psicológica a cargo del perito oficial de tribunales, Licenciado Jorge Daniel Rabadán (fs. 279/282). El profesional detectó en Faraoni ideas sobrevaloradas en cuanto a tener amigos, inestabilidad anímica y cuadro de psicosis. Señaló también actitud, pensamiento y afectividad con características infantiles/adolescentes, inmaduras, desacordes a lo esperado por la edad. También señaló que el procesado tiende a establecer relaciones con terceros absolutamente superficiales como si se trataran de profundas amistades en función del fútbol o el rock. También advirtió una marcada preocupación por la sexualidad y la necesidad de sentirse querido, apreciado o relacionado con terceros. Señaló una cierta alteración de la capacidad del juicio crítico, y destacó que el entrevistado requiere de ayuda psicológica y psiquiátrica de manera regular.

Faraoni también fue evaluado por el psiquiatra de la Asesoría Pericial de tribunales, doctor Enrique Gabriel Grimi (fs. 307/308) quien advirtió en el nombrado capacidad de autocrítica descendida; al confrontarlo con la existencia de algún problema, atribuye la causa a terceros. Consideró que el entrevistado no presenta patología mental y que puede comprender la criminalidad del acto y, en su caso, dirigir sus acciones.

Respecto a uno de los menores víctima -Facundo Pastor- también se realizó una evaluación psicológica por parte de la Licenciada Beatriz del Carmen Forclaz del Ministerio Público Fiscal (fs. 305/306 vta.). La profesional detectó en el menor, inmadurez emocional; que ante situaciones de presión presenta incertidumbre, ansiedad y escasas posibilidades de defenderse. Señala la experta que la madre del jovencito dice que es un adolescente solitario, taciturno, no está integrado en actividades sociales y muestra desinterés en el aprendizaje

escolar. Al entrevistarse con la madre de F, ésta manifestó que el chico nunca fue reconocido por su padre y su abuela materna estuvo a cargo del niño, al punto que la llama “mami”. La madre vive con sus tres hijos y estuvo en pareja cuatro años con el padre de sus hijos menores, quien ahora vive en otra localidad.

Espigando en las extensas conversaciones mantenidas por el imputado con los menores, y que aparecen ilustradas a fs. 15/104 y 113/178 vta., se pueden extraer algunos pasajes que resultan importantes para la acreditación del ilícito enrostrado a Faraoni.

En primer lugar en lo relativo a ganarse la confianza de los chicos y aparecer simpático y agradable, enviando fotos en las que aparece con músicos de rock, expresión artística por la que manifiesta verdadera pasión. Se puede señalar que el imputado mostraba sus fotografías tal cual es, una persona que pasó los 50 años; sin embargo a uno de los menores le dijo que tenía 38 años (fs. 126). También se mostró permanentemente como una persona muy querida, con muchos amigos y se definió como un “presentador de bandas”, afirmando que su nombre artístico es “Demóstenes”. Asimismo, cada tanto se mostraba angustiado y triste por haber perdido a su padre y a una hermana, diciendo que quería mucho a sus nuevos y virtuales amigos y que lo iban a pasar muy bien juntos, comenzando a programar y a anunciar su traslado a Coronel Suárez y su alojamiento en un hotel de esa ciudad. También invitó a uno de los chicos a concurrir a esta ciudad un fin de semana para llevarlo a presenciar recitales (fs. 147), manifestándole al otro que cuando se fuera a vivir solo a un departamento lo iba a invitar (fs. 100).

Se mostró muy generoso y dispuesto a darles dinero a los jóvenes, invitarlos a comer afuera, a ingerir bebidas alcohólicas (habló de sus borracheras), comprarles helados, e incluso darle a uno de ellos como regalo de cumpleaños una cámara web. Asimismo mostró su preocupación por lo que pudieran pensar los padres de los menores si se enteraban que tenían un amigo tan grande. Dijo que sus amigos tenían entre 15 y 20 años y que con ellos se lleva muy bien y no se trata con gente de su edad; que él es un “pendex”.

Cabe destacar que el imputado expresamente les preguntó la edad a los jovencitos, refiriéndoles estos que tenían 14 y 15 años respectivamente (fs. 30/31 y 126). Asimismo les dijo que se iban a conocer en Suárez, que lo pasarían de lo mejor y que sería el mejor fin de semana de su vida. En un pasaje dijo “lo vamos a pasar de lo mejor los tres el sábado” (fs. 157).

En los intercambios epistolares tecnológicos, si bien se hablaron muchas trivialidades, incluyendo, el imputado, referencias al fútbol, manifestándose hinchas de Independiente de Avellaneda, hablando de recitales y de músicos de rock y hasta corredores de motos, introdujo en cuenta gotas algunas referencias a temas sexuales. Así, manifestó que cuando no podía dormir se masturbaba, o sea se hacía una “buena paja” y al rato se dormía, agregando que “de vez en cuando una buena paja no viene mal”. Dijo dormir desnudo cuando hace mucho calor y le preguntó a F si dormía desnudo y si se masturbaba. Envío una fotografía en la que se encuentra en paños menores, diciendo que estaba haciendo un strip tease en un recital de rock.

En cuanto a sus conversaciones con D, que fue con quien inició el contacto, siendo este menor quien le facilitara la dirección de F, le dijo -señalando que él no discriminaba- que da lo mismo que sean homosexuales, bisexuales, versátiles, gay, lesbianas (fs. 127 vta.). También le contó a este menor que le habían regalado un bóxer con corazones rosas, para gay, y ante la pregunta del chico de si era gay contestó en forma negativa. A renglón seguido le dijo que lo quería, que él era bueno y de buen corazón (fs. 143).

II. Nuestro sistema normativo protege fuertemente a los niños, niñas y adolescentes en su integridad física, síquica, sexual y moral. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN)- establece que los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales; y con ese fin deben tomar todas las medidas que sean necesarias (art. 34). Lo propio hacen la Ley Nacional 26061 y la de la Provincia de Buenos Aires 13298.

El avance y difusión de las nuevas tecnologías de comunicación, su fácil y frecuente acceso por los seres humanos desde pequeños, como así las dificultades para controlar el intercambio informático lleva a que se legisle con el objeto de proteger la integridad física y sexual de los menores, tratando de prevenir y reprimir conductas de ciberhostigamiento, tipificando nuevos delitos cometidos a través de las comunicaciones informáticas. Ha expresado Gordon Alexander, Director de la Oficina de Investigación de UNICEF que “el rápido crecimiento del mundo digital no ha creado los delitos de abuso y explotación sexual de los niños, pero sí ha aumentado la magnitud y el alcance de los posibles daños que pueden ocasionar”.

En el marco del Consejo de Europa, la Convención para la Protección de los Menores contra la Explotación Sexual Infantil y el Abuso Sexual, firmada en Lanzarote y que entrara en vigencia el 1 de julio de 2010, tiene como objetivo central la erradicación de todo tipo de

violencia sexual contra los menores, y es el primer pacto internacional en instar a los Estados parte a que incluyan el grooming en sus legislaciones internas (cfme. Carla Delle Donne y Pablo A. Palazzi, Delincuencia on line que afecta menores: el grooming tipificado como corrupción de menores agravada -nota a fallo-, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nro. 2, febrero de 2014, AbeledoPerrot, pág. 317).

La palabra grooming proviene del idioma inglés y se refiere a conductas de acicalamiento o preparación, especialmente de animales. Llevado el concepto a los menores, se refiere a preparar a un niño o a una niña a través de comunicaciones informáticas para abusar sexualmente de ellos, quienes son especialmente vulnerables por su inmadurez e inexperiencia.

Se ha entendido por grooming el conjunto de acciones que lleva a cabo un adulto a través de tecnologías de información y comunicación para ganarse la confianza de un menor, con el fin de obtener un posterior beneficio de índole sexual (Carla P. Delle Donne, El delito informático de grooming: la necesidad de la reforma del Código Penal, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nro. 5, mayo de 2012, AbeledoPerrot, pág. 807 y ss.; Julián Aristimuño, Las garantías constitucionales frente al delito de grooming, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal nro. 8, agosto de 2014, AbeledoPerrot, pág. 1614). Con respecto a la normativa vigente que recepta la figura, se ha sostenido que “en la habitualidad de los casos, se utiliza el término grooming -o acoso sexual tecnológico...- para describir las prácticas online de ciertas personas mayores de 16 años para ganarse la confianza de un menor de 18 años y crear una conexión emocional con el mismo, a fin de disminuir sus inhibiciones, fingiendo empatía, cariño, etc., con fines de su satisfacción sexual, como mínimo y casi siempre, para obtener imágenes de los menores desnudos o realizando actos sexuales, por lo cual está relacionado con la pederastia y la pornografía infantil en internet, aunque pueda posteriormente derivar en casos de abuso y hasta de violación de menores, así como en su captación con fines sexuales, entre ellos, la prostitución infantil” (Mauricio Cueto, Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal, Revista de Derecho Penal y Criminología, año IV, nro. 2, marzo de 2014, pág. 44).

En cuanto a la denominación del delito, más allá de que se trate de una expresión instalada la de grooming y tener la ventaja de la síntesis, entiendo que el delito debería denominarse, y en atención a la riqueza de nuestro idioma, “acoso sexual tecnológico de menores”.

Ahora bien, más allá de las conceptualizaciones doctrinarias y de las tipificaciones que nos muestra el derecho comparado en diversos países del orbe, y sin perjuicio que sea necesario abreviar en esas fuentes, dado lo novedoso de la cuestión, resulta imperioso centrarse en la figura que creara el legislador argentino y, más allá de las críticas que se le han formulado, establecer su caracterización para su correcta aplicación al caso bajo juzgamiento.

Establece el art. 131 del Código Penal, según Ley 26904, (B.O. 11/12/13): “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

Se trata de un delito doloso, autónomo, de peligro, en el que el legislador adelanta la barrera de protección tipificando actos preparatorios de un eventual abuso sexual, a fin de prevenir la comisión de estos delitos en perjuicio de los menores, dada su vulnerabilidad.

La acción típica consiste en contactar a un menor de 18 años a través de cualquier medio de comunicación tecnológica, es decir se trata de entablar una conexión personal a través de medios tecnológicos, un contacto “virtual” como fase previa para la comisión de un delito que afecte la integridad sexual a través de un contacto corporal, aunque el delito subsiguiente podría cometerse sin este contacto directo.

Por eso, el contacto virtual con el menor no basta para configurar el delito sino que es necesaria la presencia de un elemento subjetivo ultraintencional distinto del dolo, un propósito subyacente del autor, que aparece redactado por la ley de la siguiente forma: “...con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma” (cfme. Alejandro Tazza, El delito de grooming, La Ley del 7/03/14, 1 - La Ley 2014-B-521, AR/DOC/321/2014). Es decir que debe acreditarse la finalidad del autor de cometer cualquier delito de esta índole, pues el bien jurídico protegido es la integridad sexual, su reserva o libertad, como podrían ser abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con penetración o violación, estupro, promoción o facilitación de la corrupción de menores, promoción o facilitación de la prostitución de menores, rufianería, pornografía infantil, exhibiciones obscenas, rapto.

Ahora bien, salvo que las conversaciones virtuales fueran muy explícitas, esta finalidad deberá inferirse, leyendo entre líneas las comunicaciones, teniendo en cuenta la introducción

de temas sexuales, con mayor o menor sutileza, y la propuesta de un encuentro personal y directo.

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.

Es preciso aclarar que no es necesario que el sujeto activo oculte o simule su identidad, o mienta en su edad al establecer el contacto, para que se configure el delito.

He creído necesario abundar en la caracterización del delito enrostrado al procesado Faraoni dado lo novedoso de la cuestión, puesto que la conducta se empezó a cometer unos días después de la entrada en vigencia de la nueva figura.

Con ese piso de marcha debo decir que me encuentro persuadido que la conducta del procesado se halla sujeta a reproche penal, pues todos los elementos normativos se presentan y se han acreditado en debida forma, generando mi absoluta convicción en tal sentido en función del material probatorio que he referenciado más arriba. En efecto, Faraoni hizo contacto a través de medios tecnológicos con dos adolescentes de 14 y 15 años (a quienes preguntó expresamente la edad), con el propósito de generar un encuentro personal con los mismos, para lo cual se trasladó hasta la ciudad en que residen los menores, distante a casi doscientos kilómetros de su domicilio, después de insistentes anuncios y de manifestar su intención de pasar el mejor fin de semana de su vida. La finalidad de afectar la integridad sexual de los niños se infiere de sus comentarios de contenido sexual, al hablarles de masturbación, expresarles que dormía desnudo, preguntar sobre la virginidad y si dormían sin ropas, prometerles entregas de dinero, regalos e invitaciones a comer y a trasladarse a su lugar de residencia. Por otro lado, si bien el imputado se mostró como un hombre maduro, que no se relacionaba con gente de su edad, enviando fotos en que se lo veía con músicos o deportistas, se quitó varios años pues manifestó que tenía 38 y no 53.

A ello cabe sumar la vulnerabilidad al menos de uno de los jóvenes, que presenta inmadurez emocional y se trata de un chico solitario, taciturno, que no se integra en actividades sociales (pericia psicológica de fs. 305/306 vta.).

Se ha acreditado una preferencia del imputado en cuanto a mantener relaciones íntimas con personas de su mismo sexo, a través de mensajes expuestos en sitios de internet de encuentros con desconocidos, y si bien ello es algo de la órbita privada del causante como persona adulta, y desde luego el Estado no puede entrometerse en esas preferencias ni imponerle estilos de vida ni paradigmas morales, lo cierto es que esas inclinaciones resultan relevantes para resolver el presente caso, puesto que llevan a inferir -sin hesitación- el propósito de afectar la integridad sexual de los menores. Y no sólo por lo expuesto, sino por su “marcada preocupación por la sexualidad” (pericia psicológica de fs. 279/282) y por la pornografía adolescente homosexual que consumía a través de internet (fs. 312/317 vta.).

Plena conciencia tenía el acusado de la incorrección e ilicitud de su accionar, puesto que manifestó su preocupación respecto a lo que pudieran opinar los padres de los chicos si se enteraran de esa amistad tan despareja en edades, y la circunstancia de haber intentado borrar los mensajes de su teléfono celular, al ser sorprendido por los funcionarios policiales en la puerta del hotel en que se alojara.

Por lo expuesto, entiendo que el procesado Faraoni es autor penalmente responsable del hecho descrito en el considerando anterior y ésta es mi convicción sincera (arts. 209, 210, 371 inc. 2, 373, 376 y 399 del CPP).

TERCERO: Corresponde señalar que, al no haberse planteado por las partes circunstancias eximentes de responsabilidad y no advirtiendo la existencia de las mismas, resuelvo por la negativa por ser esta mi convicción sincera (arts. 209, 210, 371 inc. 3, 373, 376 y 399 del CPP).

CUARTO: Entiendo que no corresponde que me pronuncie respecto a agravantes, dado las peculiaridades del presente proceso especial, y a que ello no formó parte del acuerdo, como así lo dispuesto por el art. 371, cuarto párrafo del rito, según Ley 13260. De todos modos, dichas pautas han debido ser tenidas en cuenta implícitamente por el señor Agente Fiscal en la dosificación de la sanción pactada.

No se advierten circunstancias atenuantes fuera de la carencia de antecedentes penales computables del procesado -fs. 278, 303 y 304- (arts. 209, 210, 371 incs. 4 y 5, 373, 376 y 399 del CPP).

QUINTO: La calificación que corresponde dar a los hechos es la de acoso sexual tecnológico de menores (grooming) en los términos del art. 131 del Código Penal (arts. 375 inc. 1, 376, 380 y 399 del CPP).

SEXTO: En cuanto a la pena a imponer corresponde individualizar la pactada por las partes, de dos años de prisión, la que debe ser dejada en suspenso porque así fuera acordado, y dada la condición de primario del procesado y la inconveniencia de su efectivo cumplimiento.

En cuanto a las reglas de conducta, el señor defensor de confianza las dejó libradas al criterio del juzgado mientras que el señor Agente Fiscal nada dijo al respecto, por lo que entiendo que a los fines de prevenir la comisión de nuevos delitos, el causante deberá, por el plazo de dos años, fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados, abstenerse de acercarse a menos de cien metros de los menores víctimas, abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas, y someterse a tratamientos psicológico y psiquiátrico en la modalidad y frecuencia que determine el señor Juez de Ejecución Penal, atento que ya se ha establecido su necesidad -ver pericia de fs. 279/282- (arts. 26, 27 bis incs. 1, 2, 3 y 6 del Código Penal; 375 inc. 2, 376, 380, y 399 del CPP).

SENTENCIA

Por lo expuesto, lo resuelto en el veredicto precedente y lo normado por los arts. 375, 376, 380, 399 y concordantes del Código Procesal Penal, FALLO: CONDENANDO al procesado JOSÉ MARÍA FARAONI como autor penalmente responsable del delito de ACOSO SEXUAL TECNOLÓGICO DE MENORES (GROOMING), en los términos del art. 131 del Código Penal, cometido en la ciudad de Bahía Blanca y en la ciudad de Coronel Suárez desde el 27 de diciembre de 2013 hasta el 11 de enero de 2014, en perjuicio de los menores FP y DF, a sufrir la pena de DOS (2) AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL, con la obligación, por el término de dos (2) años de fijar residencia, someterse al cuidado del Patronato de Liberados, abstenerse de acercarse a menos de cien (100) metros de los menores víctimas, abstenerse de usar estupefacientes y de abusar de bebidas alcohólicas, y someterse a tratamientos psicológico y psiquiátrico en la modalidad y frecuencia que determine el señor Juez de Ejecución Penal, bajo apercibimiento -en caso de incumplimiento- de no computar en

todo o en parte el plazo transcurrido, y de persistir o reiterarse el incumplimiento, revocar la condicionalidad de la condena, CON MÁS LAS COSTAS DEL PROCESO (arts. 26, 27 bis incs. 1, 2, 3 y 6, 29 inc. 3, 40 y 41 del Código Penal; 375 inc. 2, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Regúlense los honorarios profesionales del señor defensor particular, doctor SEBASTIÁN MARTÍNEZ por sus trabajos en esta causa en VEINTIDÓS (22) IUS, los que deberán ser abonados dentro de los diez días de consentida la presente, con más el adicional del 10 % establecido por el art. 12 inc. “a” de la Ley 6716 (arts. 9, ap. I, inc. 16 a y b, párrafo I y 17, 13, 15, 16, 17, 33, 54, 57 y concordantes de la Ley 8904 y 534 del CPP). Expídase testimonio conforme lo dispuesto por el Acuerdo 2414 de la Excma. Suprema Corte de Justicia.

Líbrese la pertinente comunicación al Ministerio de Justicia, Registro de Condenados por delitos contra la integridad sexual, agregando a la misma copia autenticada de la presente (art. 5 de la Ley 13869 y Dec. Reg. 578/09).

Hágase saber, notifíquese a las madres de las víctimas (art. 83 inc. 3 del CPP), resérvese copia y consentida o ejecutoriada que sea, practíquese informe por Secretaría, efectúense las comunicaciones que corresponda y remítase al señor Juez de Ejecución Penal (arts. 25, 374, 376, 380, 497 y 500 del Código Procesal Penal). Comuníquese el resultado de esta causa a la Secretaría de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental (art. 22 del Acuerdo 2840 de la Excma. Suprema Corte de Justicia).

BIBLIOGRAFIA.

DOCTRINA.

- Aboso, G. (2014). El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales. Análisis del Código Penal argentino y del Estatuto da Crianca e do Adolescente brasileiro. A. Alagia, J. De Luca y A. Slokar (Eds.) *Delitos informáticos* (pp. 3 – 20). Buenos Aires. Argentina. Infoius.
- Alonso, S. (2014). Grooming: un primer acercamiento. [Versión electrónica] Thomson La Ley DJ03/04/2014, 99. Cita online: AR/DOC/580/2014, 1-4
- Aristimuño, J. (2013). Corrupción de menores a través de internet. El delito de “Grooming”: ¿Es necesaria su incorporación al Código Penal Argentino? *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36998-corrupcion-menores-traves-internet-delito-grooming-es-necesaria-su-incorporacion-al>
- Aristimuño, J. (2014). Las garantías constitucionales frente al delito de grooming. P. Bertolino y P. Ziffer (Eds.) *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* (8) (pp. 1612 – 1619). Buenos Aires. Argentina. Abeledo Perrot S. A.
- Arocena, G. y Balcarce, F. (2014). *Child Grooming Contacto tecnológico con menor para fines sexuales*. (1 ed.). Córdoba. Argentina. Lerner Editora SRL.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal Parte general*. (2 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Hammurabi SRL.
- Balcarce, F. (2011). *Derecho Penal Parte Especial Libro de Estudio Tomo I*. (3 ed.) Córdoba. Argentina. Editorial Advocatus.
- Bancoff, P. (2016). Los menores de edad y el derecho a decidir en materia de salud. [Versión electrónica] Thomson La Ley RCyS 2016 – IV, 27. Cita online: AR/DOC/697/20016.
- Buompadre, J. (2015). *Grooming Una forma de acoso sexual a menores en el mundo digital (Art. 131 del Código Penal)*. (1Ed.). Chaco. Argentina. Editorial Contexto.

- Cabanillas, A. y Rodrigo M. (2010). Incongruencias legislativas, principio de proporcionalidad y un fallo que despeja dudas. La inconstitucionalidad del art. 119, 4º párrafo en función del 2º, inc. b del Código Penal. [Versión electrónica] Thomson La Ley 2010-D, 742. Cita online: AR/DOC/4922/2010
- Ces Costa, J. (2012). Incoherencia dogmática y constitucional del art. 872 del Código Aduanero. [Versión electrónica] Thomson La Ley 2012-E, 396. Cita online: AR/DOC/49132012
- Creus, C. (1992). *Derecho penal Parte general*. (3 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea.
- Donna, E. (1995). *Teoría del delito y de la pena. Tomo II. Imputación delictiva* (1 ed.) Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea.
- Ekmekdjian, M. (2000). *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I* (2 ed.). Buenos Aires. Argentina. Depalma ediciones.
- Famà, M. (2015). Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial. [Versión electrónica] Thomson La Ley 20/10/2015, 20/10/2015, 1. Cita online AR/DOC/3698/2015.
- Fernández, (2014). El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. [Versión electrónica] Thomson La Ley Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014, 17/11/2014, 25. Cita online: AR/DOC/3834/2014.
- Ferrajoli L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio*. (1 ed.). Madrid. España. Editorial Trotta.
- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte general. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma* (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Abeledo Perrot.
- Garibaldi, G. (2014). Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina. A. Alagia, J. De Luca y A. Slokar (Eds.) *Delitos informáticos* (pp. 21 – 37). Buenos Aires. Argentina. Infoius.

- Highton, E. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial.[*Versión electrónica*] Thomson La Ley 13/04/2015, 13/04/2015, 1-LA LEY 2015-B, 90. Cita online: AR/DOC/1008/2015.
- Lascano, C. (2005). *Derecho penal – Parte General*. (1Ed. 1reimp.). Córdoba. Argentina. Editorial Advocatus.
- Maurach R. y Zipf H. (1994). *Derecho penal Parte general Tomo I Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea.
- Mir Puig S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. (1 ed.). Barcelona. España. Editorial Ariel SA.
- Mir Puig S. (2009). El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. J.C. Carbonell Mateu, J. L. Gonzalez Cussac, E. Orts Berenguer y M. L. Cuerda Arnau (Eds.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomas Salvador Vives Anton) Tomo II* (pp. 1357- 1382). Valencia. España. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Moreno, N. (2013). Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. [*Versión electrónica*] Thomson La Ley DFyP 2013(abril), 01/04/2013, 35. Cita online: AR/DOC/528/2013.
- Moyano, H. (2014). Grooming: Comentario sobre la incorporación del reciente artículo 131 del Código Penal. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 6/10/2015 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40135-grooming-comentario-incorporacion-del-articulo-131-al-codigo-penal>
- Núñez R. (1999). *Manual de derecho penal Parte General*. (4 ed.). Córdoba. Argentina. Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Núñez Fernández J. (2012). Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (65), 179 – 224.

- Pesclevi, S. (2015). Grooming, una figura a modificar en el Código Penal. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado el 6/10/2015 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41019-grooming-figura-modificar-codigo-penal>
- Riquert, M. (2013). Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”). *Revista Pensamiento Penal. Código Penal Comentado de acceso libre*. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37955-art-131-ciberacoso-sexual-infantil-grooming>
- Rocca, A. (2016). Grooming. [Versión electrónica] *Microjuris. Cita MJ-DOC- 7664- AR MJD7664*.
- Sagues N. (2007). *Manual de derecho constitucional*. (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Astrea.
- Schneider, M. (2014). Grooming: Ciberacoso a menores de edad. [Versión electrónica] *Thomson La ley DF yP 28/05/2014, 211. Cita Online: AR/DOC/1096/2014, 1- 7*
- Tazza, A. (2014). El delito de Grooming. [Versión electrónica] *LA LEY 07/03/2014, 07/03/2014, 1 – LA LEY 2040-B, 521 – LA LEY 07/03/2014, 1 1-6*
- Welzen H. (1956). *Derecho Penal Parte General. Traducción de Carlos Fontan Balestra*. (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Roque Depalma.
- Yacobucci G. (2002). *El sentido de los principios penales*. (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
- Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Tomo III*. (1 ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. (2Ed.). Buenos Aires. Argentina. Editorial Ediar.

LEGISLACION.

- Código Penal de la Nación. Art. 131
- Código Penal de la Nación. Art. 119

- Código Penal de la Nación. Art. 72
- Constitución Nacional. Art. 1
- Constitución Nacional. Art. 19
- Convención Internacional de los Derechos del Niño. Aprobada por la República Argentina por Ley N° 23.849
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Aprobada por la República Argentina por Ley N° 23.054
- Código Civil y Comercial de la Nación. Arts. 25 – 26
- Ley N° 26.061. Ley de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

JURISPRUDENCIA.

- TOCrim. N° 1 de Necochea. “Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada”. Recuperado el 6/10/2015 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/36500-corrupcion-menores-ciberacoso-grooming> (Sentencia de fecha: 05/06/2013)
- Juz. Corr. N° 1 de Bahía Blanca. “Faraoni José María s/ corrupción mediante grooming”. Recuperado el 6/10/2015 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42042-grooming-corrupcion-menores> (Sentencia de fecha: 01/09/2015).
- C. S. J. N., “Branchessi, Lidia Susana y otra s/ causa n° 6979. (Sentencia de fecha: 23/10/2010)
- C. S. J. N., “Pupelis, María Cristina y otros/s robo con armas – causa n° nx6491”. (Sentencia de fecha: 14/05/1991).
- C.F. Casación Penal, sala II “Ortuño Saavedra, Fabiana Nair s/ recurso de casación” (Sentencia de fecha 18/05/2012).
- TSJ Sala Penal Cba. “Zabala, Hilda del Sagrado Corazón de Jesús p.s.a. de Homicidio calificado – Recurso de Casación”. (Sentencia N° 56 del 08/07/02.).

- TSJ, Sala Penal Cba. “Aguirre, Víctor Hugo s/ ejecución de la pena privativa de libertad – Recurso de Inconstitucionalidad”. (Sentencia N° 434 del 29/09/2015.)
- TSJ, Sala Penal Cba. “Espíndola, Carlos Francisco p.s.a. de Abuso sexual calificado, etc. – Recurso de Casación”. (Sentencia N° 100 del 21/04/2010.)
- Comisión I.D.H., Caso 10.506 *Argentina*, Informe N° 38/96, del 15 de octubre de 1996.
- Corte I. D. H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC – 17/2002 del 28 de agosto de 2002.
- Comité D. N., El Derecho del niño a ser escuchado, Observación General N° 12 (2009) del 20 de julio de 2009.
- Corte I. D.H., *Caso Furlan y familiares vs. Argentina*, Sentencia del 31/09/2012, Serie C N° 246
- Corte I. D. H., *Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, Sentencia de 30/05/1999, Serie C N° 52.
- Corte I. D. H., *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*, Sentencia de 18/09/2000, Serie C N° 69.
- Corte I. D. H., *Caso Ricardo Canese Vs Paraguay*, Sentencia de 31/08/2004, Serie C N° 111.
- Corte I. D. H., *Caso Lori Berenson Mejia Vs Peru*, Sentencia de 25/11/2004, Serie C N° 119.
- Corte I. D. H., *Caso kimel Vs Argentina*, Sentencia de 2/05/2008, Serie C N° 177.

