



TRABAJO FINAL DE GRADUACION. PIA

EL TIPO PENAL GROOMING

¿PODRIA AFECTAR GARANTIAS CONSTITUCIONALES?

GUSTAVO ALBERTO FERNANDEZ

DNI: 22099646

LEGAJO: VABG55689

ABOGACÍA

AÑO 2019

El presente lo dedico.

*A la memoria de mi mamá **Ilda** y mis tíos **Beto, Mino y Félix** que siempre quisieron lo mejor para mí.*

*A mi Vieja **Sara**, que me inculcó valores y me enseñó que con poco se puede hacer mucho.*

*A mi esposa **María del Valle** que me impulsa y acompaña a cumplir mis metas.*

*A mis hijas **Camila y María** por bancar mis momentos de mal humor.*

Y a todos aquellos que de alguna manera colaboraron en este proceso.

Les digo afectuosamente Gracias

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo es poder llegar a conclusiones que nos permita precisar a partir del estudio y análisis de las diferentes fuentes, si la norma que tipifica el delito denominado Grooming puede en su aplicación vulnerar principios y garantías enraizados en nuestra norma fundamental, la Constitución Nacional. Con este fin se analizó el marco normativo que regula este tipo de delitos, se hizo referencia a Normas de Tratados y Convenios Internacionales y del Derecho Comparado, como así también posiciones de la doctrina y la jurisprudencia.

El delito Grooming está tipificado en nuestro Código Penal de la Nación en su Art. 131 incorporado con la sanción de la ley N° 26.094 del año 2013. Con esta legislación se cubrió un vacío legal que de distintos sectores se venía advirtiendo y reclamando, no obstante luego de su entrada en vigencia aparecieron críticas respecto a la redacción del citado art. 131 que por su vaguedad e imprecisión en sus términos podría dar lugar a que se afecten o vulneren principios y garantías constitucionales, por ejemplo el principio de Legalidad y Razonabilidad, el principio de Proporcionalidad de las penas y el Derecho a la Privacidad e Intimidad.

El propósito de cuidar y proteger a los más vulnerables, en este caso velar por la seguridad e integridad de los menores de edad, nos debe conducir necesariamente a ser celosos y respetuosos de otros derechos de todas las personas, teniendo a nuestra Constitución Nacional como referencia máxima, ella establece Declaraciones, Derechos y Garantías que no pueden ni deben ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

GROOMING – APLICACIÓN - VULNERAR – IMPRESICION – PRINCIPIOS - GARANTIAS

ABSTRACT

The purpose of the present work is to be able to reach conclusions that allow us to specify from the study and analysis of the different sources, if the norm that typifies the crime called Grooming can in its application violate principles and guarantees rooted in our fundamental norm, the Constitution National. To this end, the regulatory framework that regulates this type of crime was analyzed; reference was made to International Treaty and Comparative Law and Comparative Law Norms, as well as positions of doctrine and jurisprudence.

The Grooming crime is typified in our Penal Code of the Nation in its Art. 131 incorporated with the sanction of the law N° 26.094 of the year 2013. With this legislation a legal vacuum was covered that from different sectors was being warned and claiming, however after its entry into force, criticisms appeared regarding the drafting of the aforementioned art. 131 that due to its vagueness and inaccuracy in its terms, it could give rise to constitutional principles and guarantees being affected or violated, for example the principle of legality and reasonableness, the principle of proportionality of sentences and the right to privacy and intimacy.

The purpose of caring for and protecting the most vulnerable, in this case ensuring the safety and integrity of minors, must necessarily lead us to be jealous and respectful of other rights of all people, having our National Constitution as a reference maximum, it establishes Declarations, Rights and Guarantees that cannot and should not be altered by the laws that regulate its exercise.

GROOMING - APPLICATION - INFRINGE - PRINTING - PRINCIPLES -
GUARANTEES

INDICE

1 - INTRODUCCIÓN.....	7
2 - CAPÍTULO I.....	10
NORMATIVA APLICABLE AL GROOMING. NACIONAL E INTERNACIONAL.....	10
2.1 – Introducción	10
2.2 – CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	10
2.3 - CONVENCIÓN SOBRE CIBERDELINCUENCIA.	11
2.4 - PROYECTO ORIGINAL (CÁMARA DE SENADORES).....	13
2.5 - PROPUESTA DE MODIFICACIÓN (CÁMARA DE DIPUTADOS)	14
2.6 - CONCEPTO DE GROOMING.....	15
2.7 - DERECHO COMPARADO (LEGISLACIÓN SOBRE GROOMING EN ESPAÑA, CHILE, BRASIL URUGUAY)	16
2.8 - Ley 26.388.....	19
2.9 – CONCLUSIÓN PARCIAL.....	20
3 – CAPÍTULO II.....	21
REGULACIÓN ACTUAL	21
3.1 – Introducción	21
3.2 - Artículo 131 Código Penal de la Nación	21
3.3 – Requisitos.....	22
3.4 – Medios.....	23
3.5 - Escala penal	25
3.6 - Comparación con artículos del Título III Delitos contra la Integridad Sexual.....	26
3.6.1 - Criterio en la determinación de las edades de las víctimas y las penas en este tipo de delitos.....	26
3.7 - Conclusión parcial	28
4 - CAPÍTULO III	29
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO PENAL	29
4.1 – Introducción	29

4.2 - Constitución Nacional (garantías)	29
4.3 - Legalidad y Razonabilidad	30
4.4 - Proporcionalidad de la pena	31
4.5 - Privacidad e Intimidad.....	32
4.6 - Doctrinas. Breves Nociones	33
4.6.1 - Finalismo.....	33
4.6.2 – Funcionalismo.....	35
4.6.3 – Garantismo.....	36
4.7 - Conclusión parcial	37
5 – CAPÍTULO IV.....	39
POSTURAS Y PROPUESTAS DE NUEVA REDACCIÓN DE LA CONDUCTA REPROCHABLE.....	39
5.1 – Introducción	39
5.2 - Análisis de distintas posturas de Doctrinarios.....	39
5.3 - Postura de la Jurisprudencia	42
5.4 - Propuestas en la de Cámara de Diputados.....	46
5.5 - Posición y aportes de Organizaciones Sociales y no Gubernamentales.....	49
5.6 - Conveniencia de reforma del artículo 131 del Código Penal	50
5.7 – Conclusión parcial	52
6 – CONCLUSIÓN FINAL.....	53
7 – REFERENCIAS.....	55
7.1 – LEGISLACIÓN	55
7.2 – DOCTRINA.....	55
7.3 – JURISPRUDENCIA.....	57

1 - INTRODUCCIÓN

Este trabajo se enfoca en una problemática social donde ha tenido mucho que ver el desarrollo de las denominadas tecnologías de la información y la comunicación (Tics). Ha propósito, Castells (1998) sostiene que las tecnologías dominantes de una sociedad producen consecuencias sociales que determinan la vida de las personas, por cuanto las innovaciones tecnológicas obligan a los seres humanos a adoptar una nueva forma de vida con valores nuevos. *Conceptos de tics*, recuperado de <https://tecnologymao92.weebly.com/concepto-de-las-tics.html>.

El auge del desarrollo de la tecnología en el campo de la comunicación y la informática ha generado cambios en la forma en que las personas interactúan, acceden a conocimientos y se relacionan de una manera diferente a lo que sucedía décadas atrás, las distancias, la inmediatez, el acceso ya no son obstáculos para los ciudadanos de este siglo. A raíz de este nuevo paradigma, el mundo virtual ha cobrado trascendencia en casi todos los ámbitos en la vida de las personas, y las conductas delictivas no han sido ajenas a ello. Ciertamente es también que nuestra legislación ha venido trabajando y buscando estar a la altura de los cambios radicales que se han producido en la sociedad en general, principalmente por la influencia del desarrollo tecnológico.

En el marco contextual tecnológico que atraviesa a la sociedad donde las personas a la par de las relaciones cotidianas de la vida real como el ámbito laboral, familiar y demás relaciones sociales, también tienen acceso a un mundo virtual tal como se acostumbra decir; sea en el ámbito del comercio, los negocios, el trabajo, estudios, redes sociales y que en muchos casos les insuere considerable tiempo en sus vidas, es decir que vida real y mundo virtual están entrelazados, estrechamente relacionados; tal es así que a la par de ese abanico de posibilidades y accesibilidad también se fue generando un campo propicio para conductas que amparadas en la virtualidad de la red y el anonimato tienden a lo ilícito, así es que se fue gestando lo que hoy se denomina y se conoce por ciberdelitos, entre ellos el Grooming que ataca y afecta particularmente a los menores de edad en su integridad sexual. Como es sabido y conforme se desarrollan los hechos en la historia y la evolución de la sociedad, a medida que van apareciendo nuevas conductas y produciéndose nuevos hechos o casos, éstos dejan al descubierto que están desprotegidos ciertos bienes jurídicos que pronto se debe proteger a partir de la introducción de nuevas normas.

El delito denominado Grooming está tipificado en el Art. 131 del Código penal argentino, incorporado con la sanción de la ley N° 26.094 del año 2013. Con esta legislación se cubrió un vacío legal que de distintos sectores se venía advirtiendo y reclamando, no obstante luego de la entrada en vigencia de la Ley, incluso antes de su sanción, aparecieron las consabidas críticas respecto a la redacción del citado art. 131 que por su vaguedad e imprecisión en algunos términos podría dar lugar a que se afecten o vulneren Principios y Garantías constitucionales, por ej. El Principio de Legalidad y Razonabilidad, el Principio de Proporcionalidad de las penas, el Derecho a la Privacidad e Intimidad. Es en torno a éstas cuestiones que se pretende abordar este trabajo buscando argumentos, principalmente en los estudiosos del tema y en la jurisprudencia.

La finalidad del presente trabajo es poder llegar a conclusiones que nos permita precisar a partir del estudio y análisis de las diferentes fuentes, si la Norma que tipifica este delito que afecta la integridad sexual de los menores, puede en su aplicación vulnerar Principios y Garantías enraizados en nuestra Norma Fundamental, la Constitución Nacional. Se analizará el marco normativo que lo regula, como así también posiciones de la doctrina y la jurisprudencia. Se desarrolla básicamente en cuatro (4) capítulos y una parte final relativa a las conclusiones.

El capítulo I tiene una finalidad más bien introductoria haciendo hincapié en el contexto en el que se fue gestando la conducta antijurídica, analizando los antecedentes normativos incluyendo Tratados y Convenios Internacionales, normas del Derecho Comparado y posturas doctrinarias anteriores y posteriores a la sanción de la Norma.

El capítulo II está más enfocado en el análisis de la Norma vigente, teniendo como referencia las críticas doctrinarias en torno al texto del artículo en sí, analizando los requisitos que prevé, la escala penal que pareciera ser excesiva, la disparidad de criterios en cuanto a la edad de los menores protegidos, comparando con otros artículos del Título III – DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL.

El capítulo III está centrado en alcanzar el objetivo de poder desentrañar si efectivamente y a partir de un análisis de las fuentes que conforman el marco normativo, establecer qué Principios y Garantías constitucionales podrían ser vulnerados a consecuencia de la aplicación de la Norma que tipifica el Grooming.

Luego de examinar la bibliografía apuntada, los aportes y posturas de variados actores sociales como organizaciones no gubernamentales, doctrinarios, juristas, y académicos que alzaron su voz, debatieron y esgrimieron sus argumentos sobre el tema; el IV y último capítulo está destinado a evaluar la procedencia de una redacción más precisa respecto a la conducta reprochable, actualmente tipificada en el artículo 131 del Código penal de la Nación.

La última parte del trabajo está destinada a desarrollar las conclusiones teniendo en consideración la problemática actual que afecta la integridad sexual de los menores, conforme lo desarrollado en los capítulos anteriores a fin de establecer, si lo expuesto como un problema jurídico, ¿El tipo penal Grooming tal como está redactado en el artículo 131 del Código Penal de la Nación podría afectar garantías constitucionales en su aplicación? es una propuesta valida, y si en tal caso es factible una reforma a fin de evitar que se afecten Principios Constitucionales.

2 - CAPÍTULO I

NORMATIVA APLICABLE AL GROOMING. NACIONAL E INTERNACIONAL

2.1 – Introducción

En este capítulo se trata de proporcionar un acercamiento conceptual a lo que es el delito de Grooming, en principio resaltando algunas normas que emanan de Tratados y Convenios Internacionales que mandan proteger de manera explícita el derecho de los niños; también se hace mención a la regulación de la figura delictiva en el Derecho Comparado, particularmente en sistemas jurídicos similares al de nuestro País.

A partir de esta primera aproximación y considerando que en la República Argentina ya se legisló en el año 2008 respecto a los ciberdelitos, Ley 26.388 que tipificó modalidades delictivas que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación como medios para fines ilícitos, incluyendo aquellas que afectan a menores de edad; es de entender que se fue generando el marco normativo suficiente y no solo el campo propicio para el debate de una cuestión tan importante como es proteger la integridad sexual de los menores, sino la necesidad imperiosa de legislar sobre el acoso sexual informático de los menores e incluir esta modalidad delictiva en el Código Penal Nacional, lo que ocurrió en el año 2013 por Ley 26.904, incorporando el artículo 131 que tipifica el delito de Grooming.

2.2 – CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

ARTÍCULOS 16 Y 34.

La Constitución de la Nación Argentina luego de la reforma realizada en el año 1994 establece en el artículo 75 inc. 22, que en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional diversos Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la República Argentina por ley 23.849 con rango constitucional a partir del año 1994.

La Convención sobre los Derechos del Niño deja establecido en su artículo 1, que a los efectos de la misma, debe entenderse por niño, todo ser humano menor de dieciocho años,

salvo que en virtud de ley haya alcanzado antes la mayoría de edad; establece en el artículo 16 párrafo primero, “ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación”; en el segundo párrafo establece que el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques, mientras que en el artículo 34 se establece el compromiso de los Estados partes a proteger al niño contra todas formas de explotación y abuso sexuales debiendo adoptar para ello todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral necesarias para impedir:

- 1) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.
- 2) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.
- 3) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

2.3 - CONVENCIÓN SOBRE CIBERDELINCUENCIA.

La Ley 27.411 significó la aprobación de nuestro país del Convenio sobre ciberdelitos del Consejo de Europa, éste Convenio Internacional sobre ciberdelincuencia más conocido como el Convenio de Budapest se firmó en noviembre del año 2001, en su preámbulo enuncia la preocupación por el incremento, la convergencia y mundialización de las redes informáticas y que estas sean utilizadas para cometer infracciones penales.

El Convenio propone una clasificación de los delitos informáticos en cuatro (4) grupos.

- 1) Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos. Tiene que ver con el acceso ilícito a sistemas informáticos, interceptación de datos, interferencia en el funcionamiento de sistemas, actividades que faciliten la comisión de delitos.
- 2) Delitos informáticos, como la falsificación informática, el fraude informático.
- 3) Delitos sobre la propiedad intelectual y derechos afines, ejemplo copia y distribución de programas o piratería.

4) Delitos relacionados al contenido, aquí se refiere a la producción, oferta, difusión, adquisición de contenidos de pornografía infantil.

Respecto a los delitos relacionados al contenido, el artículo 9 del Convenio “relativo a la pornografía infantil”, establece que las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prever como infracción penal conforme a su Derecho interno, conductas destinadas a :

- a) Producción de pornografía infantil.
- b) Ofrecimiento o puesta a disposición en un sistema informático.
- c) Difusión o transmisión a través de un sistema informático.

En la segunda parte del mismo artículo, enumera lo que debe entenderse qué comprende la pornografía infantil.

- a) Un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
- b) Una persona que aparece como un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.
- c) Unas imágenes realistas que representen un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

Mientras que la tercera parte del mismo artículo, refleja que el término “menor” designa a cualquier persona que no ha cumplido 18 años de edad, pudiendo los Estados partes exigir un límite de edad inferior, como mínimo de 16 años.

Básicamente el Convenio busca hacer frente a los delitos informáticos a través de la cooperación y armonización de leyes entre los Estados partes, como así también mejorar las técnicas de investigación. Define delitos entre ellos los relacionados con el contenido, que incluye la producción, posesión y distribución electrónica de pornografía infantil, (Cecilia Pastorino dic. 2017) *convenio de Budapest: beneficios e implicancias para la seguridad informática* recuperado de <https://www.welivesecurity.com>

2.4 - PROYECTO ORIGINAL (CÁMARA DE SENADORES)

El 27 de septiembre del año 2011 en la Cámara de Senadores de la Nación se dictamina en comisión aconsejando la aprobación del proyecto de ley sobre la práctica del Grooming, impulsado por la Senadora Sonia ESCUDERO entre otros, para incorporarlo como delito en el Código Penal. El texto propuesto fue el siguiente “Sera reprimido 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”. Sus antecedentes fueron los proyectos N°3267/10 de la Senadora María José BONGIORNO y N°2174/11 de los Senadores María de Los Ángeles HIGONET – Carlos A. VERNA.

La redacción original se aprueba finalmente en el año 2013, pese a las modificaciones propuestas en la Cámara de Diputados luego de mucho debate y argumentación en favor y en contra devenida de los distintos bloques, imponiéndose al fin la propuesta oficial por mayoría de votos.

Riquert M. (2015), apunta que nuestros legisladores se apartaron de la norma inicialmente inspiradora, el artículo 23 del “ Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños Contra la Explotación y el Abuso Sexual”, conforme a esta norma, lo que se requiere es tipificar el hecho de que un adulto mediante el uso de la tecnologías de la comunicación y la información (Tics), proponga un encuentro a un niño (que aún no alcanzó la edad legal para realizar actividades sexuales), con el propósito de cometer contra él un abuso sexual u otro delito relacionado a la pornografía infantil, cuando dicha proposición le hayan seguido actos materiales para concretar el encuentro. Para él en este sentido, el apartamiento se produce en 3 aspectos:

- 1) No se requiere mayoría de edad en el sujeto activo.
- 2) No se distingue en el sujeto pasivo, la edad de madurez sexual habilitada, y.
- 3) No se exige la verificación de actos materiales posteriores conducentes a la concreción del encuentro.

2.5 - PROPUESTA DE MODIFICACIÓN (CÁMARA DE DIPUTADOS)

Obtenida la media sanción del proyecto de ley sobre el Grooming en la cámara de origen, éste pasó a la Cámara de Diputados que como órgano revisor se dispuso a tratarlo, surgieron no pocas críticas al texto del proyecto y también propuestas de modificación. Así, y pese a que habría existido un previo acuerdo de que se aprobaría el proyecto original, se redactó una nueva versión aprobada en Diputados que rezaba lo siguiente: *“Será penada con prisión de 3 meses a 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 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 persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”*.

Es evidente que en la Cámara baja se estaba en desacuerdo con el tenor de la redacción original. Por ejemplo la diferenciación en la edad de los menores, al menor de trece años el requerimiento de actividades sexuales o con connotación sexual será de cualquier modo para incurrir en delito, mientras que a los mayores de trece y menor de dieciséis será necesario el engaño, abuso de autoridad o intimidación. Es de notar que en el texto de la propuesta hay una franja etaria de los menores mayores de dieciséis a los dieciocho años que quedan excluidos de la protección de la norma, como así también de constituirse en sujeto activo, que solo pueden ser las personas mayores de edad.

Queda de manifiesto los cambios propuestos por el frente encabezado por los Diputados Paula BERTOL (PRO), Manuel GARRIDO (UCR) y Paula GAMBARO (Peronismo Federal), cuyas modificaciones eran resultado de varias jornadas interdisciplinarias donde participaron padres de víctimas de grooming, ONGs, especialistas en tecnología y derecho. Entre los principales cambios, se buscaba: bajar la escala penal adecuándola con los parámetros estipulados para el delito de abuso sexual simple, aclarar la cuestión respecto al sujeto activo, el autor del delito debía ser mayor de edad y se proponía mayor especificación sobre la acción a penar. Recuperado de <http://www.perfil.com/ciencia/Satisfaccion-y-polemica-por-la-ley-que-penaliza-el-grooming-20131116-0056.html>

2.6 - CONCEPTO DE GROOMING

El Grooming es un término de la lengua inglesa que significa “acicalar” en español. A su vez el acicalado tiene varias funciones entre ellas el social en algunas especies. Vendrían a ser actividades tendientes a forjar relaciones, reforzar y aumentar la confianza entre individuos. En la actualidad es un término que se utiliza para hacer referencia a todas las conductas o acciones que realiza un adulto para ganarse la confianza de un menor de edad, con el objetivo de obtener beneficios sexuales. El groomer busca persuadir a la víctima, ganarse su confianza, crear una “amistad” e ir obteniendo datos de su vida privada, intimidad, gustos, preferencias, fantasías, etc. Posteriormente y una vez obtenido ciertos datos que puedan comprometer o avergonzar al menor, por ejemplo mostrar partes íntimas, desvestirse ante la webcam, masturbarse u obtener alguna confesión sobre alguna cuestión íntima; Comienza luego una etapa de presión o acoso, solicitando material con mayor contenido sexual explícito e incluso puede llegar a considerar el acercamiento físico concertando un encuentro, que podría ser aceptado voluntariamente por el menor o bajo presión, amenaza o engaño, para concretar el abuso sexual de la víctima menor de edad. Recuperado de <https://www.significados.com/grooming/>

Vaninotti, H. (2018) entiende que los groomers (pederastas / pedófilos) conocen que es muy frecuente que los menores adolescentes acostumbren en el entorno virtual a enviarse imágenes (fotografías y videos) con connotación sexual, practica denominada sexting. Estos contenidos pueden ser captados cuando son reproducidos y canalizados por los menores en foros de discusión, fotolog, emails, juegos en línea o distintos servicios que brindan las redes sociales. Esto es posteriormente utilizado por los groomers en la fase de búsqueda y acercamiento a la futura víctima.

Para autores como Arocena y Balcarce (2014), se puede diferenciar fases o etapas en el proceso de acoso al menor de edad.

- 1) Fase de amistad. Aquí el acosador busca luego del contacto inicial, conocer gustos, preferencias, ganarse la confianza del menor, alimentar una relación de amistad.
- 2) Fase de relación. La comunicación es mas estrecha, puede incluir algún tipo de confesión, ejemplo algún problema que esté afectando al menor o alguna fantasía, etc. el menor puede sentir que del otro lado hay un amigo o amiga dispuesto a escuchar y en el cual puede confiar.

3) Fase de contenido sexual. Se empieza a utilizar términos con contenido sexual y la petición a participar a los menores en actos de naturaleza sexual que pueden ser fotografías, grabaciones, hasta lograr un encuentro con el menor para atentar contra la integridad sexual de éste.

Autores como Buompadre J. (2015), sostiene que el termino Grooming hace referencia a conductas de preparación o acicalamiento para algo, y que en el ámbito de la pedofilia suele referirse a toda acción cuyo objeto sea socavar moralmente y psicológicamente a un menor, controlándolo emocionalmente para un posterior abuso.

2.7 - DERECHO COMPARADO (LEGISLACIÓN SOBRE GROOMING EN ESPAÑA, CHILE, BRASIL URUGUAY)

En el Derecho comparado varios países ya han legislado sobre este flagelo contemporáneo devenido a la par del desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información. Según especialistas los países que incorporaron a su ordenamiento la protección de los bienes jurídicos afectados por el delito de Grooming, lo hicieron de diferentes maneras.

1) A través de una ley especial sobre temas informáticos y tecnologías de la comunicación y la información (Tics).

2) A través de un título específico dentro de sus códigos.

3) A través de la tipificación de distintas figuras delictivas diseminadas en la parte especial del código penal de acuerdo al contacto telemático con algunos de los bienes jurídicos protegidos originalmente. Recuperado de thomsomreuterslatam.com/2016/07/doctrina-del-dia-el-grooming-una-nueva-modalidad-delictual/

Entre los ordenamientos que incorporaron legislación contra el Grooming, está el español que lo hizo con la reforma de la Ley 5/2010 del 22 de junio, modificatoria de la LO 5/1995 como artículo 183 bis del Código Penal español, cuyo texto reza lo siguiente: “El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento , será castigado

con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”. Algunos de los delitos descritos son por ej. Art. 178 (agresión sexual), art. 183 (abusos y agresiones sexuales a menores de trece años), art. 189 (delitos relacionados a la pornografía infantil con menores de trece años e incapaces).

Esta norma penal y según lo expresa Buompadre J. (2015) en su comentario sobre el Derecho comparado en este caso el español. Se trataría de un delito con pluralidad de hipótesis, por lo que sería un tipo mixto acumulativo, se castiga modalidades conductuales que en forma aislada carecerían de relevancia penal. Es decir, se debería materializar un enlace conductual hasta llegar al acercamiento con el fin de cometer alguno de los delitos sexuales previstos en otros artículos del Código Penal de España.

Con respecto a los sujetos, cualquier persona puede ser sujeto activo, incluido menores de edad, mientras que los sujetos pasivos son los menores de trece años, no están específicamente considerados por la norma los incapaces, pero bien se podría hacer remisión al art. 189 que tipifica delitos relacionados a la pornografía infantil, menores de trece años e incapaces. La infracción a la Norma penal prevé penas alternativas de prisión o multas, que se agravan en caso de coacción, intimidación o engaño. Esto sin perjuicio de las penas que correspondan por delitos cometidos, previstos en los otros artículos ya referidos.

En Chile el 13 de agosto del año 2008 mediante Ley 20.526 se modificó el art. 366 quáter del Código Penal, es una medida tendiente a frenar el avance del delito de Grooming que afecta a los menores. A juicio de especialistas el que mejor engloba el tratamiento de ésta figura delictiva en Chile es el art. 366 quáter cuyo texto expresa. “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo. Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de

edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores. Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico. Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado”.

Es extenso indudablemente el texto del artículo referido, pero básicamente lo que busca es sancionar como conducta ilícita, solicitar a un menor de catorce años, enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones con significación sexual de su persona o de otro menor de catorce años. También incluye la producción de material pornográfico con menores de 18 años mayores de catorce (14). Estas conductas descritas igualmente serán delitos cuando sean cometidas a distancia, a través de cualquier medio electrónico., constituye un agravante falsear la identidad o la edad para engañar a la víctima.

En el Derecho Penal Brasileño la Lei 8069/90 ESTATUTO DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE, el artículo 241-D incluido por Ley 11.829 de 2008, tipifica como delito “Aliciar, asediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicacao, crianca, com a fim de com ela praticar ato libidinoso”. Traducido al español significa “Atraer o seducir, acosar, instigar u obligar, por cualquier medio de comunicación a un niño, con el fin de practicar un acto libidinoso”. Las penas que prevé el Estatuto son de uno a tres años de reclusión y la pena de multa. ABOSO G. (2014, p. 17), sostiene que en el ESTATUTO Brasileño, se trata de un delito de tendencia, ya que el autor debe requerir al menor la práctica de un acto libidinoso.

Más recientemente en Uruguay a fines del año 2017 se logró mediante Ley 19.580 Ley de Violencia Basada en el Género, introducir en el Código Penal el artículo 277 bis cuyo texto transcribo, “El que mediante la utilización de tecnologías, de internet, de cualquier sistema informático o cualquier medio de comunicación o tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad o ejerza influencia sobre el mismo, con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual, actos con connotaciones sexuales, obtener material pornográfico u obligarlo a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad, será castigada con seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría” .

Asimismo el artículo 92 de la misma ley condena con pena de prisión de seis meses a dos años a quien divulgue imágenes o grabaciones con contenido íntimo de una persona sin su autorización, no considerándose válido la autorización de una persona menor de 18 años, mientras que les cabe la misma sanción a los administradores de sitios de internet, que notificados de la falta de autorización no hubieren dado de baja las imágenes o grabaciones. Mientras que el artículo 93 establece circunstancias agravantes que elevan la pena de un tercio a la mitad, entre ellas en el inc. c), si la víctima fuera menor de dieciocho años. Es de advertir que la norma penal del código uruguayo tiene similitud con el artículo 131 del código penal argentino, por lo que se puede decir que adolece de semejantes problemas, aunque es concordante al menos respecto con otros artículos en cuanto a la edad de los sujetos pasivos de delitos sexuales.

2.8 - Ley 26.388

La ley N° 26388 sancionada en junio del año 2008 por el Honorable Congreso de la Nación adecuando los tipos penales relativos a la modalidad informática, aquellos que utilizan las nuevas tecnologías de la información y la comunicación como medio para fines ilícitos, incluye en el Título III Delitos Contra la Integridad Sexual Capítulo III el artículo 128 del Código Penal sobre delitos de índole sexual teniendo como víctimas a menores de 18 años. Estableciendo penas de prisión entre (6) meses y (4) años cuando medie representación por cualquier medio ya sea de actividades sexuales explícitas o exhibición de sus partes genitales con fines sexuales.

Posteriormente en el año 2013 y luego de que diversas organizaciones entre las que se puede mencionar a la ONG Argentina cibersegura entre otras, alzaron sus voces reclamando la necesidad de legislar sobre el Grooming debido a que el auge de las redes sociales y el no controlado acceso en muchos casos de los menores había generado un ámbito propicio para que se ataque y afecte su integridad sexual. Ante estas circunstancias, finalmente el Congreso de la Nación mediante Ley 26904 incorporó el artículo 131 al Código Penal que tipifica dicho delito y lo incluye en el título III Delitos Contra la Integridad Sexual, esto indudablemente llevó tranquilidad a la sociedad, sin embargo no tardaron en aparecer las críticas principalmente desde la doctrina, particularmente en lo que respecta a la ambigüedad del texto o falta de precisión, como así también en lo que respecta a la escala penal

establecida y a la falta de un criterio unívoco en las edades de los menores establecidas en las normas protectoras de la integridad sexual de los mismos.

2.9 – CONCLUSIÓN PARCIAL

En este primer capítulo que tiene una finalidad más bien introductoria, se expuso, según mi entender normas básicas aplicables al Grooming, tanto sea del orden nacional e internacional. Es decir el marco normativo y conceptual mínimo sobre el cual inicialmente se apoyaron e inspiraron los legisladores y que les sirvió como referencia para el tratamiento de la figura delictiva. Así nos referimos a artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio Internacional sobre Ciberdelincuencia, el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual. En el orden nacional se hace mención a la ley 26388 del año 2008, como antecedente más cercano que tipifica conductas que utilizan los medios de tecnología de la información y la comunicación para atentar contra la integridad sexual de los menores, curiosamente el delito de Grooming en ese momento no fue tratado.

También se hizo una somera mención al tratamiento dado en el Derecho Comparado a la figura delictiva del Grooming en sistemas jurídicos de países como España, Brasil, Chile, Uruguay. Se trató de establecer si hay alguna similitud o diferencias con el tipo adoptado en nuestro país.

Se expresó un breve concepto de Grooming, entendiendo que hay varias definiciones conceptuales más o menos abarcativas, de modo que se intenta en este trabajo que sea solo eso, un concepto como punto de partida orientado hacia el objetivo. Se incluyó sintéticamente algunas modificaciones propuestas en el congreso que a la postre no fueron escuchadas, aprobándose luego el proyecto original por el Senado de la Nación.

3 – CAPÍTULO II

REGULACIÓN ACTUAL

3.1 – Introducción

En el presente capítulo nos adentramos en la regulación actual de la conducta penalmente reprochable buscando analizar los aspectos mas controvertidos del texto del artículo 131 del Código Penal. Como dijimos al principio, pese a los cuestionamientos al proyecto originario y pese a las propuestas superadoras para muchos, de un tipo penal mas acorde, mas preciso, que se aprobó en Diputados, igualmente se terminaría aprobando la redacción originaria emanada del Senado de la Nación.

En orden al objetivo propuesto, de desentrañar si en la aplicación de este tipo penal se podría afectar Principios de raigambre constitucional, se analiza los requisitos, los medios comisivos y la escala penal que prevé la norma, exponiendo para una mayor claridad y rigor conceptual, posiciones y críticas de reconocidos autores en doctrina.

Además, con el propósito de lograr una mayor comprensión en cuanto a las críticas de que existe cierta incongruencia en la determinación de las edades respecto a la protección de la integridad sexual de los menores, se efectúa una somera comparación en el punto, de los artículos del Título III Delitos contra la Integridad Sexual.

3.2 - Artículo 131 Código Penal de la Nación

La ley N° 26.904 aprobada en noviembre de 2013 tipifica el delito de Grooming y lo incluye en el Título III Delitos Contra la Integridad Sexual, en el artículo 131 cuyo texto dice: *” Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”*

De esta manera mantiene la redacción originaria que se había aprobado en el Senado como Cámara de origen en noviembre de 2011, ignorando modificaciones propuestas por la Cámara de Diputados en cuyo seno se formó una comisión con especialistas incluyendo el aporte de organizaciones sociales como la Fundación Vía Libre y Argentina Cibersegura. Este proyecto proponía una menor escala penal y un límite más acotado en la edad de los

menores, protegiendo a los menores de trece años y a los menores de entre trece y dieciséis años, si mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación.

3.3 – Requisitos

Los requisitos que prevé la norma se los puede diferenciar en requisitos objetivos, tales como el de “contactar” a una persona menor de edad, tal contacto debe materializarse a través de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones u otra tecnología de transmisión de datos, y el requisito subjetivo de “el propósito” de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma, siendo sobre este último sobre el que han recaído las mayores críticas. Siguiendo con el tipo subjetivo, Riquert M. sostiene que se trata de una figura dolosa (dolo directo) y reclama la acreditación de un elemento ultraintencional, que es el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual del menor, que a pesar de resultar dificultosa su prueba, considera que la explicitación de un medio que facilita el intercambio de audio, video e imágenes podría llegar a contribuir a la prueba suficiente.

Respecto del dolo, Lascano C. (2005) dice que es posible distinguir tres clases de dolo: el dolo directo, cuando el resultado típico es el objetivo perseguido por el autor, para lograrlo utiliza los medios que tenga a su alcance; un ejemplo sería “ una persona que quiere aprovecharse de la inmadurez sexual de un menor, se genera un falso perfil en una red social, busca y selecciona a una potencial víctima, contacta con ella y logra engañarla o seducirla, posteriormente comete el abuso sexual que tuvo en miras desde el principio”. El dolo indirecto, es el que comprende resultados que no fueron queridos de manera directa por el autor, pero aparece unido necesariamente al resultado comprendido en la intención del sujeto. La otra clase es el dolo eventual, que se configura cuando el sujeto que realiza la conducta, sabe que probablemente se produzca cierto resultado y pese a ello no deja de actuar. Beling, fundamenta que el hecho de representarse la eventualidad del resultado, se equipara a quererlo (pp. 277 y 278).

Entiendo que el Legislador supuso que la persona que contacta al menor, lo hace con la intención de captarlo a sabiendas de su vulnerabilidad para aprovecharse engañándolo, haciéndole creer que es un par suyo, que tienen cosas en común, que pueden contar con alguien que los escuche, los entienda y los ayude; de esta manera logran confidencias sobre situaciones problemáticas que atraviesan los menores. De hecho este fue el modus operandi utilizado por Y. o J. Omar Luna en un resonante caso ocurrido en Bahía Blanca en 2016, que tuvo un triste desenlace, el asesinato de la menor víctima de 12 años.

Las críticas que también fuertemente se hicieron escuchar sobre esta parte de la Norma es en torno al término “contactare” por ser vago e impreciso, lo cual mal podría llevar a condenar o mínimamente a una investigación penal, el hecho de contactar por cualquier medio

tecnológico con un menor de dieciocho años, por parte de un adulto principalmente, aunque la Norma no establece si el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad.

La acción de “contactar” consiste en relacionarse, comunicarse, buscar e iniciar un contacto, etc., por medios de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones u otra tecnología de transmisión de datos, con una persona menor de edad, para lograr tener o mantener una relación sexual o cometer un delito contra la integridad sexual previstos en el Título III del Código Penal. Expresan Arocena y Balcarce (2014). Para la RAE (Real Academia Española) el término significa “establecer contacto o comunicación con alguien”.

Siguiendo esta línea de razonamiento y análisis, si nos referimos al requisito subjetivo de “el propósito” de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del menor, es razonable sostener que la falta de una descripción precisa de la acción típica bien puede afectar el Principio Constitucional de Legalidad. En este sentido se refiere Garibaldi G. (2015), al decir que estamos frente a una descripción poco precisa, que permite no solo perseguir acciones que pueden afectar la integridad sexual de los menores, sino también acciones alejadas del acoso cibernético, él dice al respecto, no se ha prohibido bajo amenaza de pena un acto preparatorio, sino la preparación de un acto preparatorio, vendría a ser la preparación de la preparación. Mientras que Roibon, M. (2017) estima que hubiera sido conveniente que la Ley apelando a las experiencias previas, enuncie las exteriorizaciones indicativas del propósito abusador.

3.4 – Medios

Según lo prevé el artículo 131 del Código Penal nacional, los medios que se utilizan para llevar a cabo la conducta incriminatoria, a la luz de su texto se reduce exclusivamente a los medios tecnológicos (teléfonos, computadoras, tablets) moderna tecnología informática con capacidad para transmitir datos (texto, audio, imágenes y video) en tiempo real.

Como dice Sebastián Bortnik especialista informático, miembro de la ONG Argentina Cibersegura, nos equivocamos al decir “mundo virtual” al referirnos a todo lo que acontece en la red, es mundo real y lo vivimos y en muchos casos lo sufren las personas, entre ellos los menores que son los más vulnerables y que en muchos casos terminan siendo víctimas de ciberacoso. Es decir nos referimos a cualquier medio con tecnología digital que permita la interacción entre dos o más personas en particular a través de internet por redes sociales, correo electrónico, sitios de chats, sitios de juegos en línea, entre otros. Recuperado de <https://www.argentinacibersegura.org/noalgrooming/index>.

Las redes sociales han generado un cambio sustancial en las relaciones humanas. Nada de lo que era será igual. Facebook y Twitter han abierto un nuevo camino en la comunicación del cual no hay retorno, expresa Tomeo, F. (2015). En orden a este marco comunicacional actual, para Soriano Zothner, V. (2017) “la seducción se ve facilitada en el ciberespacio mediante

los sitios de chat, en la red en general, como en los sitios de juegos”, siendo los menores los más vulnerables, ya que son el blanco predilecto. En su trabajo *El derecho informático y su vinculación con los delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes*, recuperado de <https://www.saij.gob.ar>.

El hecho de reducir la materialización de la conducta incriminatoria solo a través de los medios electrónicos, de manera virtual como se acostumbra decir, ha sido motivo también de críticas. Entiendo que deja afuera otra forma de contacto como podría llegar a ser el contacto directo como forma de captación para luego si, llevarlo al medio digital electrónico como podría ser promoviendo y facilitando el acceso a una comunidad privada en la red que se dedique a intercambiar contenidos de índole sexual. Respecto a la referencia que hace el artículo 131 “a cualquier otra tecnología de transmisión de datos” es posible entender que está haciendo alusión a una no poco probable posibilidad de aparición de otra tecnología que al momento no conocemos, pero que no es difícil imaginar que se producirá dado la constante y veloz evolución tecnológica.

Se ha considerado limitada o cuanto menos problemática la criminalización de manera exclusiva por medios tecnológicos para la comisión del delito, si bien es cierto que los menores desde muy temprana edad acceden a los medios de tecnologías digitales, y en muchos casos sin supervisión o casi nulo control por parte de los progenitores o responsables adultos. Esto lleva a pensar que estos medios son el problema central, pero es necesario razonar también que no es solo la tecnología que facilita el contacto de los pederastas con los menores a través de redes sociales, sitios de chats o whatsapp.

Sin embargo para Vaninetti, H. (2018) la expresión “cualquier otra tecnología de transmisión de datos”, es una buena forma de establecer un concepto inclusivo que no recaiga rápidamente en desuso, teniendo en cuenta lo acelerado o vertiginoso de la evolución tecnológica.

Es importante considerar para entender mejor el análisis contextual del legislativo, previo al aprobarse el proyecto de Ley que introdujo el artículo 131 al Código Penal. Cuál era el pensamiento o idea preponderante, particularmente en el Senado de la Nación, y que queda expresado en palabras de la Senadora Sonia Escudero, representante por la Provincia de Salta, Presidenta de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, quien expresó:

“...este es un proyecto muy importante porque plantea que se alcance con una sanción penal la conducta de aquellas personas que utilizan los medios electrónicos para contactar a menores de edad con el propósito de cometer posteriormente un delito contra la integridad sexual. Quiero señalar primero algunos datos que alguna consultora hace poco analizó con sus mediciones: un adulto pasa hoy el doble de tiempo que su hijo mirando televisión, pero su hijo adolescente pasa seis veces más que su padre conectado a la red. Este dato nos da la reflexión contextual de frente a qué estamos. Con esta masificación de internet y con la brecha generacional que hace que hoy los hijos

manejen y entiendan las computadoras mejor que los padres, hay un cambio completamente sustancial...lo que estamos penalizando es la conducta anterior al delito contra la integridad sexual. ¿Qué estamos diciendo? Es el proceso de captación del menor. Basta, entonces, la captación de la persona menor de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual para la generación de una tipicidad autónoma. Lo que estamos diciendo es que la conducta típica va a ser el contacto con los menores de edad; el elemento circunstancial de medios, la utilización de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos a los fines del contacto; como elemento del tipo subjetivo distinto de dolo; el propósito del victimario es utilizar ese contacto para cometer un delito contra la integridad sexual del menor. La escala penal prevé un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años de prisión”, Buompadre J. (2015 pp. 3 y 4).

3.5 - Escala penal

La escala penal que establece la norma en cuestión, impone la pena de seis meses a cuatro años de prisión, siendo dable considerar que con ello el legislador ha querido brindar al juzgador un margen propio suficiente para considerar según la gravedad de la conducta perpetrada por el victimario. Al respecto y considerando que a esta conducta ilícita se la califica de acto preparatorio con vistas a una probable finalidad de lograr acceder luego personalmente a la víctima para cometer posteriormente otros delitos, como abuso sexual, violación o introducirla en la pornografía, delitos estos tipificados en otros artículos del código penal.

Hay sobradas y razonables críticas a la escala penal prevista, un ejemplo de ello es el comunicado emitido por la Asociación de Pensamiento Penal (APP) del 20 de noviembre de 2013, donde expresa, concordando con lo que se había expuesto en Cámara de Diputados, que el hecho de que un acto preparatorio incriminado autónomamente que se lleva a cabo en un entorno virtual, tenga la misma sanción que otros delitos de lesión consumados realmente, afectando el mismo bien jurídico, o sea la integridad sexual de los menores. Ejemplo el abuso sexual simple del 1º párrafo artículo 119 del código penal. Sin duda vulnera tajantemente el principio de proporcionalidad. Riquert M. (2017, p. 6). Código Penal comentado, recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpccomentado>

En el mismo sentido se inclina Buompadre J. (2015 p. 37) cuando expresa que es de reconocer el probable impacto con el Principio de Proporcionalidad, al prever el artículo 131 una excesiva escala penal, si comparamos que el código establece la misma escala para delitos de abusos sexual consumado, como el previsto en el 119 del Código Penal, por lo que debería contemplar una pena de menor cuantía. También destaca una omisión legislativa, para él de vital importancia, si lo que se trata es de brindar mayor protección a los menores,

entiende que no se debería castigar con la misma pena a un menor de trece años, que a un mayor.

Respecto al análisis de la Norma, en jurisprudencia se sostiene que para configurar el tipo penal se requiere: a) existencia de contacto (es decir comunicación y recepción), b) contacto por medio de tecnología de transmisión de datos, c) el sujeto pasivo sea menor de edad, d) la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal.

3.6 - Comparación con artículos del Título III Delitos contra la Integridad Sexual.

Artículos 119 al 133.

3.6.1 - Criterio en la determinación de las edades de las víctimas y las penas en este tipo de delitos

Entre las críticas de las que ha sido objeto el artículo 131 luego de su sanción e inclusión dentro del Título III del Código Penal, es la referida a la edad de los menores, puesto que comparándolo con los otros artículos del mismo Título se denota fácilmente una incongruencia respecto a la disparidad establecida en las edades como así también en las penas que se prevé según el delito.

Así, vemos que el artículo 119 en su primer párrafo establece una pena de reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años para un delito de abuso sexual consumado, cuando la víctima fuera menor de trece (13) años. Figari R. (p. 31) art. 119 y 120 del Código Penal comentado cita a Donna que entiende que el abuso sexual simple del artículo 119 primer párrafo, consiste en realizar actos corporales de tocamiento o acercamiento de carácter sexual a persona menor de trece años, no quedando dudas de que si el autor realiza tocamientos o hace tocar por un tercero, o se obliga a la víctima a hacerlo, está atacando la libertad sexual protegida. En (C. Crim. 2º Nominación Catamarca 28/11/2003 Iramain Pedro O.) LLNOA 2004-21, el voto del doctor Olmedo expresa, con relación a la edad menor de trece (13) años, tiene el carácter de presunción “iure et de iure” y es la que priva de toda eficacia el consentimiento prestado por ella, no siendo menester la concreta demostración de la inmadurez mental del menor. (P. 36) art. 119 y 120 Código Penal comentado.

A todo esto, si miramos el 131 del CP, este establece la misma pena para un delito menor, teniendo en cuenta que lo que esta penando es un contacto por medios tecnológicos con un propósito ilícito, por ello se lo llama preparatorio y respecto a la edad del menor víctima, al establecerla se entiende que comprende a toda persona menor de dieciocho años, tal como lo

establece el Código Civil y Comercial de la Nación Libro Primero, Título I, Cap.2, Sección 2º art. 25 “menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”, no teniendo en cuenta la relativa madurez de los menores mayores de trece años.

Más profunda parece ser la incongruencia si tomamos el artículo 120 del mismo plexo, que estipula para delitos ultrajantes cuando sea víctima una persona menor de dieciséis años, penas de entre tres (3) y seis (6) años de prisión o reclusión. Reinaldi, interpreta que el bien jurídico protegido es el libre desarrollo de la sexualidad como aspecto integrante de la personalidad del menor de dieciséis años, para un futuro disfrute pleno de la libertad sexual, entendiendo que la libertad o reserva sexual del menor de trece años es inexistente y que entre los trece y los dieciséis años, la inmadurez sexual le impide apreciar sus consecuencias, careciendo por ende de validez su consentimiento; Dice además que se debe aceptar que el paso de la inmadurez a la madurez sexual es gradual por lo que el legislador pudo presuponer una incapacidad para consentir válidamente a los menores de trece a dieciséis años. A propósito, Tenca sin embargo disiente en este aspecto respecto a la “inmadurez sexual”, ya que la madurez sexual ha sido fijada a los trece años por la ley en el art. 119 1º párrafo, Figari R. (pp. 189, 190 y 191) art. 119 y 120 Código Penal comentado.

Siguiendo el hilo conductor de esta comparación, vemos que en el artículo 128 primer párrafo hay equivalencia en cuanto a la edad, menores de dieciocho (18) años y la sanción que esta establece (seis meses a cuatro años) para todo aquel que produzca, comercie, publique, facilite, divulgue o distribuya por cualquier medio o que organice espectáculos en vivo con representaciones sexuales explícitas de un menor de dieciocho (18) años. Pero el tercer párrafo del mismo artículo pena con prisión de un (1) mes a tres (3) años al que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministre material pornográfico a menores de catorce (14) años, aquí por supuesto vemos una clara incongruencia con el artículo que tipifica y penaliza el Grooming.

Con respecto al artículo 130 lo único que varía es que sube el mínimo de pena, un (1) año a cuatro (4) para delitos graves como es retener a una persona por la fuerza, intimidación o fraude con intención de menoscabar su integridad sexual, en la última parte sí establece una pena mayor, dos (2) a seis (6) años si se tratara de un menor de trece (13) años. Pero es evidente que estamos hablando de un delito mucho mas grave que un contacto por medios electrónicos, con un supuesto fin de menoscabar la integridad sexual del menor, esto refuerza aún mas la postura en doctrina que se inclina por considerar excesiva la escala penal fijada en el artículo 131 CP.

Se advierte que no se ha tenido en cuenta estas distinciones en las edades de los menores cuando se trató y aprobó la ley de Grooming, al menos en Cámara de Senadores que fue desde donde salió el proyecto originario que a la postre fue aprobado sin modificaciones, pese a la ardua discusión que se planteó en Cámara de Diputados proponiendo modificaciones superadoras, que fueron ignoradas al aprobarse y sancionarse la referida ley.

3.7 - Conclusión parcial

En este segundo capítulo nos adentramos ya en la regulación actual del delito de Grooming. Que por ley 26.094 fue incorporado el artículo 131 al Código Penal en noviembre de 2013. Como ya se esbozó en la primera parte, se aprobó el proyecto original propuesto por los Senadores y no se tomó en cuenta importantes propuestas de modificaciones por la Cámara de Diputados que trabajó junto a Organizaciones sociales que apoyaron para impulsar el tratamiento de la ley.

Como es de suponer ante este contexto de desacuerdos, con el nacimiento mismo de la ley se hicieron escuchar las críticas, no solo de parte de propios legisladores, sino también de otros sectores sociales.

Yendo al análisis propio de la Norma, se intentó hacer foco en tres aspectos, los requisitos, los medios y la escala penal que prevé la norma, como también visualizar o puntualizar ciertas incongruencias o falta de armonización con los otros artículos del Título III Delitos Contra la Integridad Sexual.

En cuanto a los requisitos, se los puede diferenciar en objetivos y subjetivos. Respecto al primero, estamos haciendo referencia al término “contactare” que indicaría la acción de comunicarse, relacionarse, procurar, iniciar o establecer un contacto que debe materializarse a través de medios de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones u otra tecnología de transmisión de datos. Respecto al segundo, nos referimos al “...propósito de...” resultando difícil determinar la finalidad delictiva del sujeto que se comunica con un menor. Milagros Roibon entiende que se tendría que haber explicitado las exteriorizaciones indicativas del propósito para evitar las interpretaciones impropias en la materia. Mientras que Marcelo Riquert dice que se trata de una figura dolosa (dolo directo), y que reclama la acreditación de un elemento ultraintencional... siendo dificultosa su prueba. La imprecisión que adolece los términos utilizados afectaría el Principio de Legalidad, ya que la descripción de la conducta penalmente reprochable debe ser estricta y precisa.

Los medios que establece la Norma para llevar a cabo la conducta delictiva, se reduce a las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), que sin duda son facilitadoras por excelencia para el acceso y comunicación con extraños, pero hay críticas respecto al hecho de limitarlas solamente a estos medios. Es necesario razonar que no es solo la tecnología que permite el contacto a los pederastas. Algunos autores han propuesto como mas abarcativo e incluyente extender a cualquier medio como forma de captación.

Otra cuestión controvertida es la escala penal prevista, “seis meses a cuatro años”, dado que es la misma que establece el artículo 119 1º párrafo, para el abuso sexual simple. Es decir misma escala penal para un acto preparatorio que para un hecho consumado. Autores como Riquert, Buompadre, Aboso entre otros, sostienen que esto afecta el Principio de proporcionalidad de la pena.

4 - CAPÍTULO III

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y EL DERECHO PENAL

4.1 – Introducción

En este capítulo la propuesta es inicialmente reflejar una breve, pero pretendiendo sea una clara noción de lo que significa el sistema de garantías en nuestra Constitución Nacional, tomando como valores de referencia la protección, la seguridad y libertad de las personas.

Desde luego que resulta necesario enunciar preceptos que parecieran estar mas estrechamente ligados al propósito del presente trabajo. Preceptos amparados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos; complementando con el análisis y descripción de principios básicos en nuestro sistema de Derecho, como son los Principios de Legalidad y Razonabilidad, Proporcionalidad de la Pena, Privacidad e Intimidad.

Con la pretensión de fortalecer conceptos, se describe brevemente corrientes de pensamiento penal que en su momento aportaron y contribuyeron a la evolución del Derecho Penal.

4.2 - Constitución Nacional (garantías)

Expresa Lascano C. (2015 p. 6) que el programa político-criminal de la Constitución Argentina configura un sistema de garantías para la libertad del ciudadano, quien no podrá verse sometido a sanción alguna, si su comportamiento no encuadra en algún supuesto de hecho, previamente determinado en forma clara y taxativa por la ley, que describa con precisión aquellas acciones socialmente dañosas que por implicar riesgos prohibidos por los tipos de injusto específicamente penales, sean objetivamente merecedoras de pena. Con ello se puede evitar el ejercicio abusivo de la coerción penal estatal con objetivos puramente ideológicos. AR/DOC/3484/2015

Siguiendo a Bidart Campos G. J. (2008) el constitucionalismo procuró organizar al Estado en defensa de la libertad y derechos del hombre, tal es el fin de proporcionar seguridad y garantías. Para él la acepción más acorde de lo que significa garantía “es la disponibilidad que tiene la persona para movilizar al Estado para que lo proteja, sea para evitar ataques, para restablecer una situación anterior o compensar un daño sufrido, como así también perseguir la sanción del agresor”. Nuestra Constitución Nacional se divide en dos partes, la primera, denominada Dogmática en su capítulo primero plasma las Declaraciones, Derechos y

Garantías, y en el capítulo segundo, consagra los nuevos Derechos y Garantías. En la segunda parte denominada Orgánica, es donde se organizan los poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), consagra también a partir de la reforma de 1994 derechos fundamentales del hombre por vía del artículo 75 inciso 22 otorgando jerarquía Constitucional a Tratados Internacionales de Derechos Humanos que incorpora.

A lo largo del articulado de la constitución se esbozan preceptos que regulan contenidos del sistema penal, solo enuncio algunos que a mi humilde parecer están más estrechamente ligados al tema que tratamos en este trabajo, todos son importantes pues conforman una telaraña de protección de la libertad jurídica de la persona. Uno de ellos es la exigencia de ley previa (artículo 18 de la CN; art. 9 “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...” Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 15.1 “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 40.1 y 2 que reconoce el derecho del niño de quien se alegue de haber infringido leyes penales, de ser tratado fomentando el respeto a los derechos humanos, y que no se alegue contra ningún niño el haber infringido conductas que no estaban prohibidas. Convención sobre los Derechos del Niño).

La prohibición de injerencia en la vida privada (artículos 18 y 19 CN; 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 5, 9 y 10 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 17.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos).

La consagración del principio de inocencia mientras no se dicte condena (art. 18 CN; art. 40.2 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).

El derecho de defensa y a un proceso regular y justo (artículos 18 CN; art. 26 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 8.2 inc. a, b, c, d, e, f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.3 inc. a, b, d, e, f, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4.3 - Legalidad y Razonabilidad

Del Principio de Legalidad expresado en el artículo 19 de la Constitución Nacional “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”, es fácil advertir que lo que se manda y lo que se prohíbe debe estar expresado en la ley de manera precisa y entendible al común de todos los habitantes, de modo que cada uno tenga la

certeza de lo que puede hacer y que puede omitir sin contrariar o quebrantar las Normas legales; del mismo modo hay que tener presente que nadie puede alegar inocencia por desconocer la Ley. La finalidad del Principio de Legalidad es clara, consiste en dar previsibilidad a las conductas de las personas con el fin también claro de afianzar la seguridad individual, así lo expresa Bidart Campos G. (2005 p. 70).

Según Bonetto L. en Derecho Penal parte general de Lascano C. (2005 pp. 111 y 112) apunta que el Principio de Legalidad está vinculado a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al Poder del Estado. Se expresa en su aspecto formal como “nullum crimen, nulla poena sine lege” que consagra a la Ley previa como única fuente del Derecho Penal. En su aspecto material, esto es que debe estar sujeta a los límites constitucionales no alterando su espíritu, del Principio de Legalidad se desprenden entre otros aspectos, una garantía criminal que exige que el delito se halle determinado por la ley, y una garantía penal que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho delictuoso.

Teniendo en cuenta que esa “libertad” que tiene la persona humana observando lo que le está prohibido hacer y lo que le está permitido hacer, ese observar y cumplir lo que la ley manda o prohíbe debe necesariamente tener un sentido de justicia, dicho más concretamente debe ser justo, razonable en lo que prohíbe u ordena, así se funda al decir de Bidart Campos G. (2008), el Principio de Razonabilidad que viene a ser el complemento del de legalidad. Siguiendo al mismo autor, éste ensaya una reformulación de ambos principios (legalidad y razonabilidad) unidos, dice textual: “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley “justa” (razonable) no manda, ni privado de lo que la ley “justa” (razonable) no prohíbe”.

Básicamente el Principio de Razonabilidad implica que las leyes que establecen Derechos y Deberes, lo mismo los Decretos reglamentarios emanados del Poder Ejecutivo, deben ser acordes al espíritu de la Constitución Nacional a la que no deben contradecir.

Originariamente el nacimiento de este principio se remonta a la Carta Magna de 1.225 DC, impuesto por los nobles ingleses al Rey Juan sin Tierra, mediante el control de una comisión de 25 varones, limitando así el poder del monarca. En nuestra Constitución Nacional el artículo 28 atesora la regla de la razonabilidad al enunciar que: los Principios, Derechos y Garantías, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. También está presente en el artículo 99 inciso 2 que establece que se debe cuidar de no alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias, al expedir el ejecutivo excepciones y reglamentos necesarios. Recuperado de <https://derecho.laguia2000.com/constitucional/principio-de-razonabilidad>

4.4 - Proporcionalidad de la pena

El Principio de Proporcionalidad nació para ser aplicado a las medidas de seguridad y luego se extendió al campo de las penas, dice Bonetto L en Derecho Penal parte general de Lascano

C. (2005 pp. 116 y 117) debe resultar la gravedad de la pena a aplicar, proporcionada a la gravedad del delito cometido; dicho esto, es claro que no significa ojo por ojo, diente por diente como en la ley del Tali3n, sino que la envergadura de la pena prevista debe tener correspondencia con el hecho previsto en el tipo y la pena debe estar determinada. Si se produjera una desproporci3n en la aplicaci3n de la pena ej. Una misma pena para un delito de tentativa, que para un hecho delictuoso consumado, ello sin duda implicar3a una vulneraci3n del Principio de proporcionalidad y por ende de la valoraci3n de la Constituci3n Nacional.

En el Derecho penal el Principio de proporcionalidad tiene un rol fundamental, est3 de manera impl3cita y expl3cita integrado a los textos constitucionales, conformando un valor esencial del estado de derecho, as3 lo entiende Yacobucci G. (2004 pp. 3, 4 y 5), postulando adem3s que en pol3tica criminal el Principio es encargado de vincular exigencias de la comunidad frente a las libertades individuales, se convierte entonces en un instrumento fundamental al evaluar en lo 3tico, pol3tico y jur3dicamente la aplicaci3n de medidas penales, teniendo como referencia los derechos individuales de los ciudadanos. Por ello, en palabras del autor “el recurso a una legislaci3n penal de emergencia motivado por la finalidad de dar respuesta a determinados fen3menos sociales ha puesto en crisis la posibilidad de una pol3tica criminal coherente”. Es ah3 donde el Principio de proporcionalidad aparece como un modo de limitar esa reacci3n en instancias de evaluaci3n jurisdiccional.

Al respecto tiene dicho la Corte Suprema que, “el 3nico juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricci3n de los Principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el 3mbito propio de sus funciones” Fallos (257: 127, 293: 163, 301: 341, 314: 440).

Desde una perspectiva constitucional, el Principio tiene como fin resguardar las libertades individuales de modo que la intervenci3n p3blica sea id3nea, indispensable y proporcionada. Mientras que en el campo penal representa un modo de racionalidad pol3tica criminal, regulando el nivel de impacto de la potestad punitiva estatal en la sociedad. Yacobucci Guillermo J. (2004).

4.5 - Privacidad e Intimidad.

Este Principio tiene su fuente en el art3culo 19 primera parte de la Constituci3n Nacional en cuanto dice “la acci3n privada de los hombres que de ning3n modo ofendan al orden y la moral p3blica ni perjudiquen a un tercero, est3n reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”. En consonancia, con ello, el art3culo 18 de nuestra Ley Suprema enuncia que el domicilio es inviolable, como tambi3n la correspondencia y los papeles privados. As3 tal como lo enuncia el art3culo mencionado, es de entender que solamente es la

ley la que debe determinar en qué caso y con qué justificativo podrá procederse a la intromisión en estas cuestiones privadas de las personas o allanar un domicilio.

Los Tratados Internacionales que tienen rango constitucional a partir de la reforma de 1994, a través del artículo 75 inc. 22, se expresan respecto a la privacidad e intimidad de las personas., ej. el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación”; La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 enuncia, “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”; en un mismo sentido, La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre artículo 5, 9 y 10; el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos artículo 17.1 y 2.

Siguiendo a Bonetto L. en Derecho Penal parte general de Lascano C. (2005 pp. 118 y 119) al analizar esta garantía sostiene que se ha consagrado una zona de intimidad o área privada del individuo que no puede ser amenazada ni lesionada por el Poder del Estado. Al explicar y profundizar los aspectos que ella consagra, entiende que: conforme a lo que prescribe el artículo 19. La zona de privacidad comprende el fuero interno del hombre (ideas, pensamientos, creencias), y las exteriorizaciones que realiza y no afectan el orden y la moral pública, tampoco a terceros. Como segundo aspecto, la garantía se extiende en los términos establecidos por el artículo 18 de nuestra Constitución, a determinados ámbitos que conforman la vida privada del individuo, esto es el domicilio, la correspondencia y papeles privados, por ende quedan comprendidos las nuevas formas de comunicación como ser e-mails, mensajes de texto telefónicos, WhatsApp, chats, etc.

Este Principio de privacidad encierra también el derecho a que el Estado y también las demás personas respeten aquellos ámbitos privados que el titular así prefiere mantener, aun si estos espacios o esferas no gocen del resguardo específico como garantía constitucional, pero que resultan de interés de su titular. Recordemos que el artículo 35 de la Carta Magna establece “las declaraciones, derechos y garantías enumerados, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”.

4.6 - Doctrinas. Breves Nociones

4.6.1 - Finalismo.

Es una corriente de pensamiento que aparece luego de la segunda guerra mundial. Fundada por Hans Welzel, quien sostiene que en el primer elemento del delito, la acción, debe

distinguirse entre las consecuencias del obrar del hombre, las que son dominables por su voluntad y las que no son dominables por su voluntad. Así el legislador debe respetar estructuras lógico objetivas reales previas, entre ellas la estructura final de la acción, es decir el hombre orienta su acción a un fin, no es solamente un acontecer causal. Con ello el autor expresa que el hombre puede prever gracias a su saber, las consecuencias posibles de su accionar o de la actividad que está desarrollando, hay entonces un obrar consciente orientado. Se sustituye de esta manera el movimiento corporal voluntario por un ejercicio de actividad final. La intencionalidad del sujeto en su accionar orientado a un fin, presupone entonces independientemente de un desvalor de resultado, un desvalor de la acción, pues la finalidad de la misma por parte del autor es contraria o disvaliosa frente al derecho. Lascano C. (2005 pp. 79 y 80).

Sueiro C. (2018 p. 5), cita a Eugenio Raúl Zaffaroni quien expresa “la teoría finalista de la acción de Hans Welzel da lugar a una renovación de la sistemática del delito “...para el finalismo el concepto de acción no se construía jurídicamente sino que era ontico-ontológico, es decir, que el derecho penal estaba vinculado al plano de realidad por una estructura lógico-real que le imponía un concepto de acción del que no podría escindir la finalidad, so pena de dejarla reducida a un mero proceso causal”. Así la voluntad no puede ser escindida de su contenido, la finalidad, puesto que toda conducta debe ser voluntaria y toda tiene un fin. Siguiendo los conceptos del mismo autor, la teoría finalista de la acción ya no concebía al método científico de las ciencias duras como el más idóneo, e incorpora al estudio del delito, conocimientos de las ciencias llamadas blandas, o sea las ciencias sociales. Entran a jugar un rol protagónico disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, psiquiatría, etc. Divide a cada uno de los cuatro estratos de análisis de la teoría del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) en dos, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo.

Un estrato de carácter genérico que es el estrato de la acción y que recepta el conocimiento de las ciencias denominadas blandas y duras, y los otros tres estratos de carácter específico o jurídico. El estrato de la acción se divide en dos aspectos uno interno y otro externo, el interno constituido por.

- 1) La proposición de un fin.
- 2) La selección de los medios, aquí entra en juego la esfera psíquica del sujeto activo.
- 3) El aspecto externo está integrado por la puesta en marcha de la causalidad, responde aquí la exteriorización de la conducta del sujeto.

Los otros tres estratos siguen el mismo esquema de análisis, en el aspecto objetivo con los aportes de las ciencias duras, y en el aspecto subjetivo donde se analiza la voluntad final, la capacidad psíquica, el dolo, la culpa, el conocimiento, el actuar en legítima defensa, etc. con el aporte de las ciencias humanas. La ley online AR/DOC/938/2018

4.6.2 – Funcionalismo

Siguiendo a Lascano C. (2005), la idea de estudiar el Derecho Penal en sus dimensiones jurídica, antropológica, sociológica y cultural; Obedece a la confluencia de factores diversos, como por ejemplo un cierto retraimiento o aislamiento de la realidad del Finalismo. Llevo a considerar al Derecho Penal no solo como un conjunto de normas, sino también como un instrumento de control y de incidencia colectiva o social. Entre otros factores desencadenantes como el histórico, el desarrollo de las ciencias sociales (psicología moderna, filosofía analítica, sociología), contribuyen a conocer mejor los condicionantes en las relaciones de los individuos, aparecen así ideas y propuestas de integración de las ciencias sociales y jurídicas. Esto se refleja, según el autor en los tres momentos en los que se va construyendo la norma penal (la elaboración, la determinación de su contenido y la aplicación de la sanción penal), en este proceso también debe tenerse en cuenta las reformas de la legislación penal y la constitucionalización más reciente de Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Se fue abriendo camino una nueva corriente dentro de la Dogmática Penal, el denominado Funcionalismo que tiene como expositores predominantes a Claus Roxin y Gunther Jakobs, como entre ellos existen diferencias es que los estudiosos prefieren hablar de paradigmas funcionalistas. Roxin busca acercar el Derecho penal a la realidad a través de criterios políticos criminales que emergen conforme a la particular organización sociopolítica de la comunidad donde se aplique el derecho, con pautas establecidas constitucionalmente. Se podría ver allí un reflejo de valoraciones de orden histórico, político criminal, social.

Para Lascano C. (2005) los aportes más significativos de Roxin a la teoría del delito, son: a) En la relación entre la acción y el resultado, se inclina por criterios de valoración jurídica. Lo decisivo para la imputación del resultado en el tipo objetivo pasa a ser la creación por medio de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma, b) Introduce la categoría de la responsabilidad, en la que se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado. En palabras del autor el presupuesto de la responsabilidad más importante es la culpabilidad que se configura cuando el sujeto se encuentra en condiciones normales (espiritual y anímicamente) para ser motivado por la norma.

Gunther Jakobs, se ve influenciado por Luhman y su Funcionalismo sistémico, que define al Derecho como un sub-sistema en el que “es comunicación y nada más que comunicación” procesa autónomamente información, se fija objetivos y fines, y define expectativas. Para este autor, solo se puede hablar de sociedades cuando el Derecho garantiza al sujeto un horizonte cierto, esto se concreta con las expectativas normativas, que no garantiza el éxito pero disminuye el riesgo de fracaso en los contactos sociales. Jakobs, en su teoría sostiene que la pena no tiene como destinatario prevalente al delincuente, sino que son destinatarios el conjunto de los ciudadanos que poseen ciertas expectativas; y afirma que la pena funciona a costa del delincuente que comete defraudaciones a esas expectativas. Para él, el delito es

defraudación de expectativas, y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas y mantiene la vigencia de la Norma. El sistema social imponiendo la pena trata las defraudaciones a costa del infractor. Montero Cruz E. (2015 pp. 17, 18 y 20). <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina>

4.6.3 – Garantismo

Entiende Jesús María Sánchez, citado por Lascano C. (2005) que hay tres opciones fundamentales en la actualidad, para escoger una de ellas desde donde abordar o desde que punto de partida analizar el fenómeno jurídico penal. Ellas son, la opción abolicionista, la resocializadora y la garantística. Tanto la garantística como la resocializadora buscan desde perspectivas diversas un mejor Derecho Penal, ambas tendencias tienen en común la aceptación del sistema, en principio sobre la base de su eficacia preventivo general, así lo expresa el mismo profesor.

El Garantismo Penal exige conciliar la prevención general con los Principios de proporcionalidad y humanidad por un lado, y de resocialización por el otro., Lascano C. (p. 97). A mi entender y con mis palabras lo explico, es atenerse a principios básicos que contengan coherencia y razonabilidad entre la pena aplicable y el hecho dañoso cometido, que el reo sea tratado como lo que es, una persona humana. Respecto a la resocialización entiendo que el sujeto pueda cumplir su condena en un establecimiento carcelario, donde a la par de cumplir la sanción penal, transite voluntariamente un proceso de tratamiento integral que incluya la salud física y mental, educación y capacitación que le permita abordar diferentes problemáticas, comprender y valorar; comprender su conducta disvaliosa frente a la comunidad para no volver a cometerla, y valorar el momento y oportunidad de superación, que tiene la posibilidad de transitar y lograr la reinserción social una vez cumplida su condena.

Más profunda parece ser la postura de reducir al mínimo las penas privativas de libertad o incluso la de contemplar alternativas como la indemnización civil. Autores como Luigi Ferrajoli sobre el derecho penal mínimo sostiene que la función preventiva es doble, una es la prevención de los delitos, la otra es la prevención de las condenas privadas, desproporcionadas o arbitrarias. Para él lo que legitima al Derecho Penal es la minimización de la violencia en la sociedad. El sistema está justificado si la suma de las violencias que puede prevenir, es superior a las sumas de las violencias por delitos no prevenidos y las penas por ellos conminadas. Este Derecho Penal de intervención mínima que propone esta corriente garantística es un Derecho basado en el respeto a las Garantías Constitucionales.

En la actualidad pareciera difícil transitar este camino, como dice Lascano, C. (2005) “la sociedad puesta contra la pared por la amenaza del delito; se encuentra en una encrucijada que exigiría una mayor eficacia de la prevención punitiva que no puede seguir dándose el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad”.

Expresa De Souza de Almeida D. (2015), el sistema garantista de Luigi Ferrajoli, está compuesto por axiomas que se dividen en Garantías penales y Garantías procesales penales que pretenden limitar el arbitrio punitivo del Estado, tanto sea en la conminación como en la aplicación de la pena. Un ejemplo de los que cita el autor como Garantía penal, "nulla poena sine crimine" como principio de la retributividad; "nullum crimine sine lege", que es el Principio de Legalidad, y como garantía procesal cita otro ejemplo, "nulla accusatio sine probatione" que denota el Principio de la carga de la prueba.

En efecto, siguiendo al autor citado, la combinación de los diferentes axiomas revelaría el grado de Garantismo de un sistema, es de entender que no basta con que las Garantías estén previstas en la Constitución, sino que es esencial que sean materialmente aplicadas y respetadas. Asimismo, y pese a la importancia que tiene el Principio de Legalidad, el autor alerta de que la práctica de un acto descripto como crimen no es suficiente para el accionar punitivo, ya que del análisis del caso concreto y observando las demás garantías, alguna eximente podría encontrarse. Salen a la luz aspectos que pretenden explicar qué es o qué es lo que debe entenderse por delito, son los aspectos sustancialista y formalista.

Describe De Souza de Almeida D. (2015) que el aspecto sustancialista "se trata, en efecto, de una técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad o, peor, la identidad subjetiva del reo y que por ello, es explícitamente discriminatorio, además de antiliberal", para el autor, bajo este aspecto subyace la oportunidad para las decisiones inquisitoriales motivadas por criterios extraordinarios al hecho. El aspecto formalista determina en cambio que el texto legal se atenga a datos objetivos al describir el tipo penal. Pese a la importancia del Principio de Legalidad, en el sistema garantista se distingue la mera legalidad y la estricta legalidad; considerando a la primera como extremadamente mecanicista y contraria a los preceptos garantistas, mientras que respecto a la segunda le cabe un rol importante al magistrado que contrastando la Norma con la Constitución, analiza la validez de la norma vigente a fin de no aplicarla si fuere considerada inválida. La ley online AR/DOC/3934/2015

4.7 - Conclusión parcial

En este tercer capítulo en su primera parte vimos brevemente nociones sobre las Garantías constitucionales y el Derecho penal, particularmente los Principios de Legalidad y Razonabilidad, Proporcionalidad de la pena, Privacidad e Intimidad. Ellos están enraizados en la Constitución Nacional que les da el sustento necesario para evitar que sean atropellados o desconocidos.

El Principio de Legalidad tiene su fuente en el artículo 19 de nuestra Ley suprema, que expresa "nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que no prohíbe", es por ellos que la norma debe ser estricta y precisa en la descripción de la conducta que debe ser observada por los habitantes. Bidart Campos G. (2008), expresa que la finalidad

es clara, consiste en dar previsibilidad a las conductas de las personas, con el fin de afianzar la seguridad individual.

Seguindo a Lascano, C. (2005), podemos decir que el Principio de Legalidad está vinculado a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al Poder del Estado. Este Principio se complementa con el de Razonabilidad, puesto que lo que la ley manda o prohíbe, debe tener necesariamente un sentido de justicia, ser justa, razonable, no debe soslayar el espíritu de la Constitución.

Del Principio de Proporcionalidad debe resultar que la gravedad de la pena conminada, sea proporcionada a la gravedad del delito cometido. Yacobucci G.(2004), postula que en política criminal el Principio es el encargado de vincular exigencias de la comunidad frente a las libertades individuales, entonces en el campo penal debe existir una racionalidad política criminal.

El Principio de Privacidad e Intimidad tiene su fuente en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. Autores como Lascano C. (2005), sostiene que se ha consagrado una zona de intimidad o privada de los individuos que no puede ser amenazada, ni lesionada por el Poder del Estado.

En la segunda parte del capítulo vimos nociones básicas de teorías sobre el delito, la teoría Finalista de la acción, el Funcionalismo y la teoría Garantista. Cada una en su momento aportó en la evolución del Derecho Penal.

La teoría Finalista de la acción básicamente se enfoca en la voluntad del hombre, que orienta su acción a un fin, no es solo un acontecer causal. Hans Welzel, fundador de la teoría entiende que el hombre puede gracias a su saber, prever las consecuencias posibles de sus actos. Por ello, sintetizando se puede decir que más allá del desvalor de resultado, hay un desvalor de la acción, que tiene más peso en la realidad.

El paulatino retraimiento del Finalismo, el desarrollo de las ciencias sociales entre otros factores fue abriendo paso a una nueva corriente de ideas en el Derecho Penal, así surge la teoría Funcionalista que no se limita a considerar al Derecho Penal solo como un conjunto de normas, sino que lo considera un instrumento de control y de incidencia colectiva y social. Los aportes de las ciencias sociales son fundamentales para entender mejor las relaciones de los individuos, por ello se propone integrar estas ciencias y las jurídicas. Uno de sus exponentes, Claus Roxin busca acercar el Derecho penal a la realidad a través de criterios político criminales que emerjan del propio seno de la comunidad donde se aplique el Derecho, con pautas establecidas en la Constitución.

La teoría Garantista exige conciliar la prevención general con los Principios de proporcionalidad, humanidad y resocialización del individuo. Luigi Ferrajoli apunta que el denominado derecho penal mínimo tiene una doble función preventiva, prevenir los delitos y prevenir las condenas desproporcionadas y arbitrarias. Inicialmente lo que esta corriente propone, es un Derecho basado en el respeto a las Garantías Constitucionales.

5 – CAPÍTULO IV

POSTURAS Y PROPUESTAS DE NUEVA REDACCIÓN DE LA CONDUCTA REPROCHABLE

5.1 – Introducción

En este último capítulo se procede a exponer algunas posturas de la doctrina que se expresaron de manera mas crítica respecto a la actual regulación del grooming, como así también lo que ha sentado la jurisprudencia en algunos casos de acoso sexual de menores. Se aborda además la idea de la conveniencia o no de una pronta reforma del tipo penal en cuestión.

Siguiendo con la propuesta, se reflejan posturas evidenciadas en el debate suscitado en el recinto de la Cámara de Diputados, previo a la sanción de la ley y que ya en ese entonces denotaba una discordancia de criterio dentro del Congreso. En este sentido y como reafirmación de esa realidad se refleja en los anteproyectos de reforma penal encargados por el Ejecutivo, del año 2014 y el mas reciente que impulsa una reforma integral del Código Penal, donde se incluye una propuesta concreta de una nueva tipificación del delito de grooming.

Esto nos hace pensar y nos lleva a sostener que no solamente es conveniente una reformulación que sea más precisa y adecuada, sino que es necesaria a los efectos de evitar que sean soslayados Principios Constitucionales.

5.2 - Análisis de distintas posturas de Doctrinarios.

Luego de la sanción de la ley 26.904 los estudiosos del derecho, juristas, doctrinarios y también representantes de organizaciones sociales adoptaron una postura crítica respecto al tema, no en cuanto a la necesidad y oportunidad del acto legislativo, que es lo que se venía reclamando desde distintos sectores de la sociedad, sino en cuanto a las controversias entre los propios Legisladores y a la indiferencia para algunos, de la Cámara alta que no supo escuchar ni apreciar las observaciones que se habían realizado al proyecto originario, en algunos casos hubo voces a favor, dada la necesidad de proteger el bien jurídico afectado, pero también se hicieron escuchar las críticas fundadas en las falencias visibles que adolece la

norma. En este sentido surgen opiniones formadas que se orientan a una futura y necesaria reforma, así lo expresa Riquert M. (2017). *Código penal comentado—pensamiento penal* “resulta inevitable criticar una norma que pretende criminalizar actos preparatorios de conductas que consumadas con el consentimiento de menores de entre 13 y 16 años no serían delito, o que equipara la pena de un acto preparatorio a la de un delito consumado, estas contradicciones y desproporciones que ofrece el código vigente muestran la clara necesidad de reforma”. <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpccomentado>

Siguiendo en orden a las contradicciones apuntadas, Aboso, G. (2014) opina que, “la disparidad punitiva que se observa en las figuras que tutelan la indemnidad sexual de los menores adolece de una peculiar esquizofrenia normativa que se refleja en la falta de armonía en las edades mínimas requeridas para considerar punible una conducta, sin atender al parámetro objetivo de la existencia o no de contacto sexual con los menores de edad”, *El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales*. <https://www.saij.gob.ar>.

La asociación de pensamiento penal (APP), se expresó también en sentido crítico en un comunicado publicado el 20 de noviembre de 2013, “La norma penal expresa un catálogo de conductas sumamente graves que recaen sobre un sector de la sociedad vulnerable, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes, al tiempo que ocurren en un ámbito de gran exposición, como lo es el acceso masivo a internet y la proliferación de redes sociales y aparatos de telefonía móvil. Nos encontramos en el deber de señalar que la redacción de la norma tiene gravísimos problemas de técnica legislativa, poniendo en duda su constitucionalidad, según lo han advertido varios legisladores”, continua apuntando, que la redacción vaga e imprecisa del texto de la norma, ej. a quien “contactare” a una persona menor de edad, y luego agrega el requisito subjetivo, con el “propósito” de cometer cualquier delito contra la integridad sexual, expresiones éstas que hacen carecer de precisión la descripción de la acción típica, lo cual iría en contra del Principio constitucional de Legalidad. <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/comunicado-grooming-1>.

De manera más concluyente se expresa Garibaldi, G. (2015), sosteniendo que el artículo 131 del Código Penal no solo no respeta estándares recomendados por la AIDP (Asociación Internacional de Derecho Penal), sino también su propia normativa suprema afectando los Principios de Legalidad y Proporcionalidad contenidos en el artículo 18 de la Constitución

Nacional. En su trabajo *Aspectos Dogmáticos del Grooming Legislado*. recuperado de <https://www.saij.gob.ar>

Buompadre, J. (2015) sostiene que el legislador argentino ha seguido de manera similar que en el Derecho español y se ha propuesto a dar respuesta a instancias y sugerencias internacionales que sirvieron de antecedentes ej. El Convenio de Budapest (2001), el Convenio de Lanzarote (2007) y el Convenio del Consejo de Europa (2007) para la protección de los niños contra la explotación sexual, y otorgar a los menores de edad una mayor protección frente a la irrupción de internet en la infancia, tutelando de esta manera un bien jurídico que estaba desprotegido.

En la descripción dogmática de la figura del artículo 131 que realiza Riquert M. (2017) dice lo siguiente.

Se ha tipificado un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual físico ya que la acción que prevé es contactar a un menor mediante alguna TIC, por eso, se habla de que “es una etapa virtual previa al abuso sexual en el mundo real” y el ya citado Aboso destaca que, aún sin que medie contacto sexual, el acoso telemático es un comportamiento facilitador, porque el autor debe perseguir el propósito de un ulterior contacto de aquella naturaleza. Hoy día se incluirían tanto los SMS, el chat, los emails, Facebook, Twitter o cualquier otra de las redes sociales, Skype, WhatsApp, MySpace, Messenger, así como sistemas y aplicaciones similares. Se ha criticado, tomando como base la legislación escocesa e inglesa, que el ceñimiento típico a medios telemáticos parece ignorar otras posibilidades de contacto personales donde el autor ejerce también una influencia sobre los menores de edad.

Expresa Grissetti, R. (2016) apoyándose en Tazza respecto a la constitucionalidad de la pena prevista para este delito, que tratándose de un acto preparatorio de otro delito, su pena debería ser menor. Mucho más aún si se toma como referencia conductas como por ejemplo tenencia de material sexual de menores con fines de distribución o comercialización (art. 128 2º párrafo del CP.) que contiene una sanción punitiva menor que la prevista para el contacto virtual con tales intenciones. De modo que se podría haber evitado estas dificultades estableciendo una penalidad menor acorde con la de un acto preparatorio.

En cuanto a la dificultad probatoria de este delito, sostiene Vaninetti, H. (2018) que siempre estará presente, salvo que las comunicaciones y contactos materializados tengan un cariz explícito y que no admita dudas sobre las propuestas de carácter sexual, sea dentro del entorno de la red u orientadas a un acercamiento o encuentro directo. Desde luego que la prueba informática se torna relevante, siendo imprescindible su resguardo, ya que podrían ser manipulables por la intervención humana. Considera el autor, la importancia en este sentido de la Resolución N°234/16 del Ministerio de Justicia de la Nación, por la cual se instituye el “Protocolo General de Actuación para las Fuerzas de Seguridad y Policiales en la Investigación y Proceso de Recolección de Pruebas en Ciberdelitos”, que establece procedimientos para la recolección y resguardo de la prueba informática. Además se obliga a

los agentes actuantes al absoluto respeto a la víctima, a sus Derechos y Garantías constitucionales.

Al analizar la figura penal incorporada al Código en el año 2013, Roibon, M. (2017) estima que la formulación legal no parece ser la más adecuada a raíz de los obstáculos interpretativos y aplicativos, al no describir las acciones que pondrían de manifiesto en términos de probabilidad la especial subjetividad del autor, a riesgo de interpretaciones impropias en la materia. Es decir, hubiera sido conveniente que la Ley hubiera enunciado las exteriorizaciones indicativas del propósito abusador.

Como se mencionó al principio la importancia de que un ordenamiento jurídico proteja los bienes jurídicos que son vulnerados a la luz de nuevas conductas de carácter delictivo que se desarrollan en la comunidad, puede en este sentido resultar clarificador lo que Bidart Campos, G. (2008) expresa.

En materia de política criminal, a menos que se trate de delitos previstos y tipificados en la constitución, o que tienen fuente internacional, es el congreso el que escoge razonablemente cuáles son los bienes jurídicos a los que va a dar cobertura penal mediante la incriminación y sanción de conductas que los lesionan. Incriminar o no incriminar, es pues una competencia del congreso. En esa selección hay que dejar bien admitido que el congreso puede incurrir en inconstitucionalidad lo que acontece en cualquiera de los dos campos: el del tipo penal, y el de la sanción penal. (pág. 197 y 198).

Siguiendo con las garantías propias en un moderno Estado de derecho, la Constitución nacional es el marco normativo de referencia insoslayable que regula y limita el sistema penal, siendo los principios generales que emanan de nuestra Ley Fundamental los que indican las directrices a seguir en cuestiones de política criminal y que están enmarcados no solo en la parte dogmática, sino también en la orgánica en cuanto el artículo 75 inciso 22 otorga jerarquía constitucional a Tratados Internacionales que contienen los Derechos fundamentales del ser humano (Lascano, 2005).

5.3 - Postura de la Jurisprudencia

El delito de Grooming es una figura nueva en nuestro Derecho, si bien es cierto que ya desde hace varios años y acorde al desarrollo de las tecnologías de la información comenzaron a evidenciarse conductas social y penalmente reprochables que llevaron a plantearse la necesidad y posterior inclusión de figuras penales respecto a los ciberdelitos. Planteado esto, es necesario admitir que no abunda jurisprudencia sobre Grooming, los hay, por supuesto que la justicia está actuando, pero me refiero en el sentido de casos controversiales que bordean el límite de lo que se ha criticado conceptualmente desde la doctrina, sin embargo dado el

devenir progresivo de estas conductas ilícitas, existen casos como antecedentes jurisprudenciales, con la particularidad de cada uno de ellos.

En el caso “FARAONI José María / corrupción mediante Grooming” Causa Nro. 1060/15 NI3080, ocurrido en la Ciudad de Bahía Blanca en el cual una persona de 50 años sexo masculino contacta a dos menores FP de 15 y DF de 14 años mediante red social Facebook y luego mensajes de texto y llamadas telefónicas generándose repetidos contactos por esos medios, producida la investigación se apreció la intención del procesado de ganarse la confianza y simpatía de los menores a través del ofrecimiento de regalos, invitaciones, dinero, etc. Se comprobó también que el imputado iba incorporando en la relación comentarios de contenido sexual y ciertas indagaciones sobre la preferencias sexuales de los menores, infiriéndose de los elementos recabados que existía la finalidad de afectar la integridad sexual de FP y DF por parte del imputado, el juez llegó a la íntima convicción de que el acusado era autor penalmente responsable, calificando el hecho de “acoso sexual tecnológico de menores” (Grooming) en los términos del artículo 131 del código penal (BO 11/12/2013). En los considerandos manifestó que más allá de las críticas formuladas a la figura creada por el legislador, es imperioso centrarse en el caso bajo juzgamiento para una correcta aplicación, aclarando además “que no es necesario que el sujeto activo oculte o simule su identidad o mienta respecto a su edad al establecer contacto, para que se configure el delito”.

Las conductas reprochables que afectan bienes jurídicos, en el caso la indemnidad sexual de los menores de edad utilizando medios informáticos se venían sucediendo por supuesto con anterioridad a la inclusión del Grooming en el código penal, se trata de un caso ocurrido en el mismo año que se dictó la ley 26.904, pero antes de su entrada en vigencia. El hecho ocurrió en la Ciudad de Necochea, Causa “Fragosa, Leandro / corrupción de menores agravada” se imputó a una persona de 35 años sexo masculino por corrupción de menores agravado por utilizar nombre y fotografía falsa al contactar a una menor de edad por correo electrónico y Messenger, además de enviar archivos y mensajes con contenido sexual. La defensa deslizó que se estaba vulnerando el Principio de Legalidad al referirse al Grooming, ya que se había hecho mención al proyecto que estaba siendo tratado por aquél momento, pese a ello se encuadró la conducta en el artículo 125 del Código Penal párrafo segundo y tercero. Condenando el Tribunal Oral de Necochea al procesado a 10 años de prisión.

Otro caso similar, pero ya con la Norma que tipifica el delito en vigencia, es el de “Arias Dante, por delito de Grooming y abuso sexual simple” el Tribunal de Impugnación Sala IV negó el recurso de casación interpuesto por la defensa contra el fallo del Tribunal de juicio Sala IV jurisdicción centro de la Provincia de Salta que había fijado condena en (5) años y (6) meses de prisión contra el acusado. La defensa planteó ciertas irregularidades en la producción de las pruebas y direccionamiento en la entrevista en circuito cerrado de televisión realizada a la menor damnificada. Aduciendo también la defensa, que no estaba acreditado que el acusado supiera sobre la minoridad de la joven. No obstante la Sra. Fiscal consideró que el tribunal había realizado una correcta evaluación de la prueba y de la condena impuesta. Aseverando que el ataque fue contra la integridad sexual de un menor y mujer, sobre la que el Estado argentino está comprometido en proteger.

Un caso reciente y que tuvo gran resonancia por sus características y por el lamentable y doloroso final que fue el asesinato de una menor de 12 años, hechos ocurridos en la Ciudad de Bahía Blanca. Es el caso Luna Jonatán o Luna Yonatan Omar, Causa N°87583 S/Recurso de Casación. El Tribunal de Casación Penal Sala I (C.F AC 1805 de la S.C.J.B.A) ratifica la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N°2 del Departamento Judicial de la Ciudad de Bahía Blanca que condenó a Jonatán o Yonatan Luna, a la pena de prisión perpetua por ser encontrado autor penalmente responsable de los delitos de homicidio triplemente calificado, por ser cometido sobre una mujer mediando violencia de género, por alevosía y cometer para ocultar otros delitos, no lograr el fin que guiaba su conducta de cometer un delito contra la integridad sexual en concurso real con los delitos de acoso sexual tecnológico, y robo. Los hechos ocurridos en la mencionada Ciudad, se podría decir que se iniciaron cuando el imputado contactó en febrero de 2016 a la menor de 12 años a través de la red social Facebook, simulando ser una persona de sexo femenino. Se comprobó que el imputado mantenía frecuentes comunicaciones con mujeres menores de edad, haciéndolo a través de diferentes cuentas de Facebook, en algunas como varón y en otras como mujer. El 22 de abril de 2016, el sujeto que se hacía conocer como “la rochi de river” mantuvo conversaciones vía red social con la menor y aprovechando la intención de ésta, de irse de su hogar por conflictos de convivencia con su madre, le ofreció alojarla en su domicilio, para ello le propuso que (como ella no podía ir), un primo la pasaría a buscar para llevarla y así coordinaron el lugar (la vereda del colegio donde concurría la víctima), el sujeto que era siempre el mismo, paso a buscarla y la condujo a una zona alejada y despoblada de la ciudad, allí en un sector de difícil acceso, a unos 50 metros de las vías férreas intento abusar

sexualmente de la menor, pero al no concretar su objetivo ante la negativa de la menor, de manera impulsiva la agredió físicamente y luego la estrangulo con una remera anudada fuertemente al cuello de la víctima.

Respecto al análisis de la Norma que tipifica el delito de Grooming, el tribunal sostuvo que para configurar el tipo penal se requiere: a) existencia de contacto (es decir comunicación y recepción), b) contacto por medio de tecnología de transmisión de datos, c) el sujeto pasivo sea menor de edad, d) la finalidad de la comunicación sea la comisión de alguno de los delitos contra la integridad sexual que prevé el ordenamiento penal.

Asimismo, respecto a la exigencia de comprobación del propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la víctima, se caracteriza al Grooming como un acto preparatorio de otro delito contra la integridad sexual. El legislador realizó un anticipo de la punibilidad, dotando de protección penal autónoma, resulta así el tipo penal en cuestión, un delito de peligro abstracto y para su configuración no requiere de la puesta en ejecución del delito sexual tenido como propósito del contacto. El tribunal rechazó el recurso de casación interpuesto por el defensor oficial del condenado Luna.

Respecto al ámbito de la privacidad e intimidad, el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala IV en la causa F., H. E. y O., T. M. s/ recurso de queja, se expidió favorablemente. El caso es que luego de ser suministrados como elementos de prueba varios correos electrónicos, el Juzgado de Garantías y la Cámara de Apelaciones elevó la causa a juicio por el delito de defraudación por administración fraudulenta. La defensa dedujo recurso de queja en contra de la decisión, cuestionando que el Tribunal haya tenido en cuenta como elemento de prueba, los correos electrónicos acompañados por el particular damnificado. Manifiesta que al no mediar en la incautación una orden judicial previa exigida por la norma se ha invadido el ámbito de privacidad de sus defendidos.

El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires lo admitió por entender que, al no haber mediado una orden judicial para obtener los e-mails, se había invadido el ámbito de privacidad de los imputados. Los argumentos esgrimidos fueron los siguientes:

- 1) La utilización de correos electrónicos hallados en un disco rígido como elementos de cargo para fundar la elevación a juicio por el delito de administración fraudulenta debe excluirse, dado que no ha sido peticionada su interceptación y secuestro por un juez competente, en franca violación a lo establecido por el art. 218 del Código Procesal Penal de Buenos Aires,

fueron obtenidos de modo ilegal y significaron una intromisión indebida a la privacidad de las personas resguardada por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.

2. Los correos electrónicos contenidos en un disco rígido deben excluirse como elemento de prueba para fundamentar la elevación a juicio por el delito de administración fraudulenta, ya que los medios técnicos que revolucionan hoy las comunicaciones quedan comprendidos en el derecho a la intimidad y, conforme ello, gozan de las mismas garantías que la correspondencia epistolar, las cuales han sido violadas al no existir pedido de intervención alguna a la autoridad judicial (del voto del Dr. Kohan)

5.4 - Propuestas en la de Cámara de Diputados

Como ya se adelantó en el primer capítulo, no hubo coincidencias en las propuestas de ambas Cámaras, mejor decir aun, es que hubo mas diferencias que coincidencias. Una vez obtenida media sanción el proyecto en Senadores, la Cámara de Diputados se abocó al tratamiento de propuestas superadoras para la incorporación del delito de Grooming al Código Penal, contó con la labor de las comisiones de legislación penal y también de familia, la mujer, niñez y adolescencia. Se contó además con el apoyo de Asociaciones civiles vinculadas y abocadas a la protección de estos derechos.

En el debate se discutieron tres proyectos, además del propuesto por el Senado. Un proyecto fue el presentado por la Diputadas Paula Bertol, Cornelia Schmidt Liermann y el Diputado Federico Pinedo. Proponían incorporar como artículo 125 ter lo siguiente, “será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años a la persona mayor de edad que utilizando cualquier tecnología de la información y la comunicación procurare obtener de una persona menor de trece años, de uno u otro sexo, concesiones de índole sexual. Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años al que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona menor de dieciséis años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción”. Se reconoce el auge de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs), vinculadas al surgimiento de estas modalidades delictivas, modalidad del ciberacoso no incorporada en la reforma del 2008, ley 26.388. Lo que se penaliza, son las acciones que tienen una finalidad sexual con el menor, con el término “procurare” se estaría refiriendo a la acción de intentar, buscar, lograr. Sin embargo no sería necesario que el sujeto pasivo realice efectivamente lo que pretende el abusador, para que se concrete el delito. Es interesante destacar la diferenciación establecida en la edad de los menores, trece y dieciséis años respectivamente, lo que da una idea respecto al consentimiento en cuestiones de índole sexual, nulo en los menores de trece años, y debido aun al grado de inmadurez en los mayores de trece pero menores de dieciséis, no podría considerarse pleno.

Otro proyecto fue presentado por la Diputada Nancy González, integrante del bloque Frente para la Victoria, propuso un nuevo artículo, bajo el número 131 que rezaba lo siguiente, “será penado con prisión de uno a seis 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”. Como en el anterior proyecto, se destaca el uso de las nuevas tecnologías e internet, para la preparación del delito contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes. La proponente destaca que estos medios son los facilitadores para este tipo de delitos. Explica que “no basta solo el establecimiento del contacto, sino que es necesario que la propuesta del sujeto activo, se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”. Esto sería un indicio casi concluyente como un acto preparatorio de una agresión sexual. Pese a la explicación clarificadora respecto al término “contactare”, vemos que el texto es idéntico al propuesto por Senadores, salvo lo atinente a la escala penal, que es más desproporcionada aun, que la del proyecto que terminó sancionándose.

El tercer proyecto presentado, fue el de los Diputados Francisco de Narváez, Gustavo Ferrari y la Diputada Natalia Gambaro. También propusieron incorporar el artículo 125 ter, cuyo texto es el siguiente, “será penado con pena de prisión de dos a seis años, siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado, el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación, se contacte con un menor de edad y de cualquier modo le requiera imágenes de contenido sexual del mismo o le proponga concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual”. Denota el texto de la propuesta que los autores prevén la conducta tipificada, como un acto preparatorio de otro mas grave, que podría ser el engaño y posterior rapto, corrupción, abuso o violación. El texto dice “cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual”, la formula “siempre que el hecho no constituyere un delito mas severamente penado...” refuerza sostener esta apreciación. Se desprende también cierta incongruencia respecto a la proposición de la escala penal de dos a seis años para un delito preparatorio, superando a lo establecido para un hecho consumado de abuso sexual simple, afecta indudablemente el Principio de Proporcionalidad de la penas. Respecto a los medios comisivos se hace hincapié en las tecnologías de la información y la comunicación, dejando lugar con una fórmula abierta a la aparición de alguna innovación en ese campo.

Pese a que habría existido un principio de acuerdo en que se iba a aprobar el proyecto tal como venía de la Cámara de Senadores y convertir en Ley tipificando la conducta en cuestión. En la sesión de Diputados del 11 de septiembre de 2013, se sacó a relucir una redacción nueva, que se discutió en el recinto. Esto se habría generado producto de un acuerdo de los Diputados Oscar Albrien, presidente de la Comisión de Legislación Penal, Paula Bertol, Natalia Gambaro, Manuel Garrido y Hernán Avoscan. Entre las posturas mas firmes para no aprobar el proyecto sometido a revisión, se puede mencionar las siguientes:

El Diputado Albrien advirtió que no se aprobará el proyecto sujeto a revisión, porque existían cuestiones discutibles de esa norma. “En primer lugar, la escala penal elegida (seis meses a

cuatro años de prisión) nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal (...) no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar (...).”

Luego de la exposición del Diputado Albrien, se propuso en el recinto un nuevo texto para crear contenido en el artículo 125 ter “(...) Será penada con prisión de 3 meses a 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 años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual, o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual (...). En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual o cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”. Seguidamente la Diputada Gambaro, coautora de uno de los proyectos, afirmó lo siguiente, “(...) con esta redacción eliminamos la discusión constitucional de si es un delito de peligro y la dificultad de probar la finalidad. Con el solo intercambio y solicitud de esas fotografías podemos atrapar a estos perpetradores”.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/06/doctrina47708.pdf>

Luego de un intenso debate público durante dos jornadas, el 7 de septiembre las comisiones decidieron aprobar el proyecto que quedó redactado de la siguiente manera Artículo 125 ter: “Será penada con prisión de tres meses a dos 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 años, que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”.

Este nuevo proyecto establece penas proporcionales, define concretamente la conducta tipificada y segmenta la responsabilidad según las edades, solucionando así varios de los problemas abiertos en la figura propuesta en el proyecto de Senadores. Además, para que el denominado “Grooming” sea un delito de instancia privada, debería incluirse modificando el Artículo 72 del código penal, “Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120, y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

El proyecto nuevo aprobado por mayoría de votos en Diputados volvió al Senado de la Nación, donde prevaleció el propuesto originariamente por esa Cámara que ya contaba con

media sanción, el cual se aprobó sin modificación alguna, de esta manera se incorpora el Grooming como delito al Código Penal de la Nación.

5.5 - Posición y aportes de Organizaciones Sociales y no Gubernamentales

Con el advenimiento de conductas delictivas particularmente facilitadas y desarrolladas en entornos de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Organizaciones sociales y no gubernamentales trabajaron para impulsar leyes que protejan a los menores que son mayormente blancos de conductas delictivas en la red. Entre las Organizaciones que se preocuparon para que se impulse una Ley contra el Grooming, podemos mencionar a la ONG Argentina Cibersegura que participó activamente a fin de promover el tratamiento del proyecto, es una organización sin fines de lucro fundada por ESET Latinoamérica, que junto a otras organizaciones, empresas y el apoyo de toda la comunidad trabajó a través de una campaña nacional de concientización y recolección de firmas.

Sebastián Bortnik, Presidente de Argentina Cibersegura y Gerente de Educación y Servicios de ESET Latinoamérica comentó, apenas aprobada la nueva Ley, “Siempre entendimos que debía haber una Ley de Grooming, pero nos apena mucho que todo el trabajo en conjunto con Diputados de distintos partidos políticos y otras organizaciones civiles no haya traído sus frutos en la aprobación dada por la Cámara Alta en el día de hoy. Seguiremos trabajando y apoyando los debates con el ánimo de seguir construyendo un entorno más seguro en Internet”, asimismo agregó, “Queremos igualmente agradecer a cada persona que firmó el petitorio, a cada periodista que difundió nuestra campaña de recolección de firmas y a todos los Diputados y Asociaciones que participaron en el debate para mejorar el proyecto de Ley. Seguiremos trabajando con el mismo objetivo de siempre y abiertos al debate”, concluyó. <https://www.argentinacibersegura.org/se-sanciono-la-ley-de-grooming-23>

Otra Organización que también estuvo presente en el proceso previo al tratamiento de la ley, fue la ONG “Mamá en línea”, que es una organización que surgió en el año 2009, impulsada por Roxana Domínguez que es mamá de una víctima de Grooming, está compuesta por madres y víctimas del delito de acoso sexual de menores a través de las redes sociales. El objetivo de la organización, es trabajar sobre la prevención de este delito, organiza charlas de información y capacitación, destinadas a padres, niños y adolescentes, y también funcionarios públicos. En su momento trabajó activamente en jornadas y debate organizados por el frente de Diputados junto a otras organizaciones para impulsar la Ley que finalmente se sancionó en el 2013. Desde adentro de la organización sostienen que no alcanza con la tipificación de la conducta delictiva, es necesario que exista un plan estratégico global de prevención para informar y capacitar a padres, menores y educadores.

Además, muy recientemente “Mamá en línea” que es una ONG que encabeza la lucha y la prevención contra el delito de Grooming, lanzó junto a la asociación de trabajadores del

Estado (ATE) en la Ciudad de Buenos Aires, una App sobre la prevención de este delito. <https://bairesparatodos.com.ar/inicio/la-ong-mama-en-linea-y-ate-lanzan-una-aplicacion-para-prevenir-los-delitos-de-grooming/>

La Fundación Vía Libre es otra organización que se involucró desde el comienzo del proceso para impulsar la Ley. Beatriz Busaniche, Licenciada en Comunicación Social y Magister en Propiedad Intelectual, una de sus integrantes más representativas de la Fundación, remarcó según su entender, falencias que adolece la Ley. Dijo al respecto, “las penas son desproporcionadas, no aclara las edades a las que se refiere y pena una intención y no un acto, lo que traerá muchos problemas de aplicabilidad”, puntualizó a su vez una alerta, que existe una tendencia que, persiguiendo fines en muchos casos nobles, se termina favoreciendo la cibervigilancia de los usuarios vulnerando derechos básicos. Asimismo siguió de cerca y con una línea crítica, el tratamiento de la Ley, compartió muchas de las observaciones que realizó oportunamente el Diputado Manuel Garrido particularmente al proyecto aprobado en Cámara de Senadores de la Nación. <https://www.perfil.com/noticias/ciencia/satisfaccion-y-polemica-por-la-ley-que-penaliza-el-grooming->

La presidente de la Fundación, ya se había manifestado en este último sentido, en una nota al diario La Nación del 12 de agosto de 2012. En ese momento expuso lo siguiente, “estamos ante un escenario donde la intimidad de las personas como bien social está en riesgo ante un sistema socio técnico que se basa esencialmente en la obtención y procesamiento de datos personales como jamás hemos visto”, siguió precisando entre otras cuestiones, que el mundo actual está plagado de dispositivos y sistemas que permiten detectar, vigilar, rastrear los actos de las personas y procesarlas para obtener información valiosa de esos movimientos, acciones y relaciones.

5.6 - Conveniencia de reforma del artículo 131 del Código Penal

En el año 2012 por Decreto 678/12 se encarga una Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación. Esta Comisión estuvo presidida por el Dr. Zaffaroni e integrada por los Dres. Arslanian, Barbagelata, Gil Lavedra y Pinedo, que elaboraron y presentaron una propuesta de anteproyecto en 2014, en la que se incorpora la figura del acoso sexual infantil como inc. 4º del artículo 133 con el texto siguiente, “será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece (13) años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este título”.

Se expone que la previsión obedece o responde a que la figura delictiva en cuestión ha crecido con el devenir del desarrollo de la tecnología digital. Dentro de este contexto el mayor de edad, que puede o no simular ser menor, establece contacto o dialogo con un menor de trece años, con el fin de preparar un encuentro para cometer un delito sexual u otro.

Como se puede observar, se corrige la edad del sujeto activo, que debe ser una persona mayor de edad, es decir una persona mayor de dieciocho años, también se corrige la edad del sujeto pasivo, ahora no es cualquier menor de edad, sino los menores de trece años. El componente tecnológico no se menciona, pese a que en la exposición de motivos se lo señala como el medio que hizo crecer este flagelo, por lo que se podría entender que se pretende con la frase, “tomare contacto” hacer alusión a cualquier medio, sea tecnológico, epistolar o contacto personal. La Comisión aclara también que por tratarse de “la tipificación de un acto preparatorio, si alcanza el nivel de comienzo de ejecución de otro delito, desaparece en función de las reglas del concurso aparente”. Como bien lo advierte y apunta Marcelo Riquert, 2017 (pág. 17), que en la propuesta de la comisión, se retoman la mayoría de los aportes o correcciones ya ensayadas en la Cámara de Diputados y que fueran desoídas en la de Senadores. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/etiqueta/anteproyecto-codigo-penal>

Mediante Decreto 103/17 del Poder Ejecutivo, se constituyó la Comisión de reforma del Código Penal en su conjunto, con el fin de alcanzar una adecuada sistematización y ordenamiento de la normativa penal, en aras de proporcionar herramientas eficaces para combatir todas las modalidades delictivas que afectan a la sociedad. La Comisión presidida por el Juez Federal de casación Mariano Borinsky, compuesta por jueces, fiscales y otros especialistas, tuvo diversos encuentros y reuniones en varios puntos del país, también se reunió y recibió opiniones de Organizaciones no gubernamentales (ONG) y de Asociaciones que nuclean a familiares de víctimas de hechos delictivos. Entre los importantes temas que se trataron para incorporar o para reformar, se encuentran los delitos informáticos entre ellos el Grooming con el objetivo de lograr una mejora del tipo penal, se amplía a cualquier medio para la comisión del delito (en la actualidad se reduce a los medios tecnológicos), se propone un agravamiento en la escala penal, esto en consonancia con el aumento también de la escala penal para los abusos simples.

En el artículo 122 del anteproyecto del nuevo Código Penal se intenta plasmar las mejoras del tipo penal del Grooming que se venían reclamando desde diversos sectores de la sociedad, y corregir las falencias que se le endilgan al actual artículo 131 del Código Penal. La nueva propuesta que redactó la Comisión es la siguiente, “Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que: 1°) Tomare contacto con una persona menor de TRECE (13) años mediante conversaciones o relatos de contenido sexual. 2°) Le requiera, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. 3°) Le proponga, por cualquier medio y de cualquier modo, a una persona menor de TRECE (13) años concertar un encuentro para llevar a cabo actividades sexuales con ella, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento. 4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISÉIS (16) años, aprovechándose de su inmadurez sexual o si mediante engaño, violencia, amenaza,

abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción. 5º) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1º, 2º y 3º con una persona mayor de DIECISÉIS (16) años y menor de DIECIOCHO (18) años si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción”.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46694-anteproyecto-codigo-penal-argentino>

Denota este nuevo texto, claras diferencias con el vigente artículo 131 en cuestiones criticadas casi hasta el hartazgo, una de ellas es la edad del sujeto pasivo y del sujeto activo, ahora claramente establecidas, sujeto activo es cualquier persona mayor de edad que incurra en las causales que establece la figura, alejando de esta manera una presunción que la Asociación de Pensamiento Penal (APP) consideraba una “desnaturalización en el modo que se desarrollan las relaciones juveniles, ya que al no estar establecida la edad del sujeto activo, bien podría caer en sospecha un menor de 18 años, si se interpretara algún contacto con la finalidad de atentar contra la integridad sexual de algún menor que bien podría tener su misma edad”, (Schnidrig D. 2016).

Es visible también las diferencias en la comisión del delito dependiendo si la víctima es menor de trece (13) años, mayor de trece (13) y menor de dieciséis (16), mayor de dieciséis (16) y menor de dieciocho (18), en estos dos últimos casos se tendrá en cuenta si hubo aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o si existió violencia, engaño, amenazas, abuso de autoridad, intimidación o coerción. Amplia visiblemente los medios utilizables para la comisión del delito borrando las barreras de la órbita virtual o tecnológica que establece el actual artículo 131, haciéndolo extensible a “cualquier medio y de cualquier modo” como lo expresa el inciso 2º del artículo 122 del anteproyecto, asimismo se puede apreciar que posiblemente se haya tomado como referencia el artículo 183 bis del código penal español, la propuesta “se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento”.

5.7 – Conclusión parcial

Como adelantamos en la fase introductoria, el tratamiento de la Ley de Grooming fue controversial, no por su conveniencia y necesidad, sino porque quedo demostrado el nivel de desacuerdo en el Congreso de la Nación. El Senado que casi sin debate se inclinó por un proyecto que no resistía mucho análisis, puesto que a la luz de su texto se apreciaban visibles falencias. La Cámara de Diputados trabajo conjuntamente con Organizaciones Sociales comprometidas con la protección de los menores, con el propósito de lograr una propuesta mejorada de la versión inicial, apuntando sobre los aspectos que sugerían las criticas; bajar la escala penal, diferenciar las edades del sujeto pasivo en concordancia con otros artículos del Título III, extender los medios comisivos para salir del ceñimiento a los medios tecnológicos, evitar los términos imprecisos, determinar al sujeto activo persona mayor de edad. Sin

embargo al volver al Senado la propuesta que se había votado en Diputados, se terminó aprobando el proyecto original, incorporando de esta manera el artículo 131 al Código Penal.

Desde la sanción de la Ley 26.094 en noviembre de 2013, ha habido intenciones de reforma, se elaboró en 2014 un anteproyecto de reforma, actualización e integración del Código Penal. Se propuso incorporar la figura del acoso sexual infantil como inciso 4º del artículo 133, que decía “será penado con prisión de uno (1) a cinco (5) años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece (13) años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este título”. Para Marcelo Riquert, se retomaron la mayoría de los aportes o correcciones ensayadas en Cámara de Diputados en su momento.

En 2017 por Decreto 103/17 se constituye una comisión para la reforma del Código Penal en su conjunto, con el fin de lograr una adecuada sistematización y ordenamiento Penal. Entre los delitos informáticos tratados, se propone una mejora del tipo penal del delito de Grooming. La propuesta como artículo 122 del anteproyecto, intenta plasmar las mejoras que reclaman diversos sectores de la sociedad.

Es evidente la conveniencia de una reforma de la Norma, que en su momento fue importante que se haya dictado pese a sus defectos, pero a seis años de su nacimiento, se puede considerar necesario, conveniente y oportuno concretar la mejora que se reclama de la Norma vigente.

6 – CONCLUSIÓN FINAL

Recordando el problema planteado, ¿El tipo penal Grooming tal como está redactado en el artículo 131 del Código Penal de la Nación podría afectar garantías constitucionales en su aplicación?

Y en orden a lo expuesto hasta ahora, coincidiendo con posturas doctrinarias y críticas apuntadas, considero que los términos utilizados en la redacción del artículo 131 del código Penal argentino, por su vaguedad e imprecisión en el texto, ejemplo de ello, el término “contactare...” y el requisito subjetivo con el “propósito de...”, afecta el Principio de Legalidad en el sentido de que la Norma debe ser estricta y precisa en la descripción de la conducta penalmente reprochable, a fin de dotar de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica, puesto que así es como lo expresa el artículo 19 segunda parte, “...ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La escala penal establecida para un acto preparatorio no puede ser igual que la establecida para un hecho consumado afectando esto el Principio de Razonabilidad, complementario del

Principio de Legalidad, por ende se vulnera el Principio de proporcionalidad de las penas, recordemos que la escala penal prevista para el delito de Grooming es la misma que prevé el art. 119 para un hecho consumado, el abuso sexual simple.

Asimismo al no modificarse el artículo 72 del Código Penal que enumera las acciones dependientes de instancia privada, las que nacen de los siguientes delitos, inciso 1º) los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de la mencionadas en el artículo 91. Es por ello que debemos categorizar el delito de Grooming como de acción pública por ende perseguible de oficio, que podría llevar o llevará al Estado a entrometerse en la esfera privada de las personas afectando el Derecho a la privacidad e intimidad fundado en el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto establece que "...el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación..." dentro de esta enunciación quedan comprendidas las comunicaciones de cualquier tipo, sean correo electrónico, mensajes de texto, chats, etc., y el artículo 19 primera parte, que afirma "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados..."

También por vía del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, hay sostén en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12; La Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 17.1 y 2; La Convención sobre los Derechos del Niño que prevé en el artículo 16 párrafo primero, "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación".

Por lo dicho, considero se confirma la hipótesis de que el actual texto del artículo 131 del Código Penal de la Nación, afecta Principios de raíz constitucional, y entiendo necesaria una pronta reforma. De hecho ya existe un anteproyecto de reforma integral del Código, con una reformulación del tipo penal que describe la conducta reprochable, mucho mas abarcativa respecto a los medios comisivos, establece diferenciación en las edades de los sujetos pasivos, se deja establecido que el sujeto activo es una persona mayor de edad. La escala penal que prevé a mí entender sigue siendo elevada, pero sin duda que este nuevo texto propuesto resulta de una mejoría sustancial respecto al actual, sobre el cual se generaron no pocas críticas.

7 – REFERENCIAS

7.1 – LEGISLACIÓN

Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales. Erreius

Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179. Induvio editora

Ley 27.411 Aprobación del Convenio sobre cibercriminos del Consejo de Europa, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires (2017)

Ley Nº 26.388 Modificación Código Penal de la Nación, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires (2008)

Ley Nº 26.904 Incorporación al Código Penal de la Nación, Honorable Congreso de la Nación Argentina, Buenos Aires (2013)

7.2 – DOCTRINA

Aboso, G. (2014) *El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales* recuperado el 23/09/2015 de <https://www.saij.gob.ar>

Aramburu, I. (2015) *Los enemigos de Jakobs*. La ley online AR/DOC/2565/2018

Arocena G. y Balcarce, F. (2014) *CHILD GROOMING – Contacto Tecnológico con Menor para Fines Sexuales*. Córdoba, Argentina. Lerner

Bidart Campos, G. J. (2008) *Compendio de Derecho Constitucional*, (1º reimpresión) Buenos Aires, Argentina. Ediar

Buompadre, J (2015) *Grooming*. Argentina. Contexto

De Souza de Almeida, D. (2015) *La teoría del Garantismo penal en cuestión: La perspectiva antiinquisitorial de la axiología de Luigi Ferrajoli*. La ley online AR/DOC/3934/2015

Farinella, F. (2000) *Privacidad en internet* Recuperado el 06/11/2018 de <https://www.saij.gob.ar>

Ferrajoli, L. (1989) *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal*. Madrid. Trotta 1995

Garibaldi, G. (2015) *Aspectos Dogmáticos del Grooming Legislad*, recuperado el 25/09/2018 de <https://www.saij.gob.ar>

Grissetti, R. (2016) *El Grooming, una nueva modalidad delictual*. La Ley Online AR/DOC/1809/2016

Hernández Sampieri R, Fernández C, Batista L. (2006) *Metodología de la Investigación*. México, Graw. Hill Interamericana.

Hernández Sampieri R. (2014) *Metodología de la Investigación* 6ºed. México, Mc Graw. Hill

Lazcano, C. J. (h) (2005) *Derecho Penal Parte General*, (1º reimpresión) Córdoba, Argentina. Advocatus

Lazcano, C. J. (2015) *Derecho penal y constitución*. La ley online AR/DOC/3484/2015

Rafecas, D. (2004) Una aproximación al concepto de Garantismo penal [*versión electrónica*] 159 – 176

Riquert, M. (2014) *ciberdelitos*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi

Riquert, M. (2017) *código penal comentado–pensamiento penal*. Recuperado el 18/09/2018 de <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpccomentado>

Roibon, M. (2017) *El delito de Grooming en la Legislación Argentina*. Recuperado el 04/08/2019 de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/07/doctrina45560.pdf>

Soriano Zothner, V. (2017) *El derecho informático y su vinculación con los delitos contra la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes*. Recuperado el 23/10/2018 de <https://www.saij.gob.ar>

Sueiro, C. (2018) *Hans Welzel. El finalismo y su legado*. La ley online AR/DOC/938/2018

Tomeo, F. (2013) *Redes sociales y tecnologías 2.0* Argentina, Astrea

Vaninotti, H. (2018) *El Delito de Grooming. La importancia de contar con un sólido plexo probatorio*. La ley online AR/DOC/253/2018

7.3 – JURISPRUDENCIA

Tribunal Casación Penal de Buenos Aires, Sala IV F., H. E. y O., T. M. S/ Recurso de queja (art. 433 CPP) -18/08/2016- Recuperado de La ley online AR/JUR/61984/2016

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I (c.f. AC. 1805 de la S.C.J.B.A) Causa N° 87583 “ Luna Jonatán o Luna Yonatan Omar, S/Recurso de Casación), <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos>

Juzgado en lo correccional N°1 de Bahía Blanca, (01/09/2015) Causa “Faraoni, José María / corrupción mediante Grooming” recuperado el 25/09/2018 de <https://caal.org.ar/fallo-sobre-grooming>

Tribunal Oral en lo Criminal de Necochea, (05/06/2013) Causa “Fragosa, Leandro / corrupción de menores agravada” Recuperado el 24/09/2018 de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/boletines/2016>

Tribunal de Impugnación Sala IV jurisdicción centro de Salta (17/08/2017) Causa N° JUI 125162/16 “Arias Dante Omar, delito de Grooming y abuso sexual simple” <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/075/543/000075543.pdf>