



Objeciones constitucionales en la
regulación del delito de “grooming”
en el artículo 131 del Código Penal
Argentino

Micaela Dariomerlo Asquini
Abogada
2019

Resumen

Este trabajo pretende analizar el artículo 131 del Código Penal Argentino que tipifica la conducta conocida como “grooming” y sacar a la luz los conflictos jurídicos y las distintas objeciones constitucionales que se han planteado con respecto al mismo. Se efectúa un acabado análisis del fenómeno del “grooming” y se define su naturaleza jurídica junto con aquellos componentes que lo caracterizan y que le dan forma en nuestro ordenamiento, al igual que se describen las distintas fases que lo conforman. A través del estudio de la legislación argentina que tipifica el “grooming” se exponen diferentes críticas que han surgido con respecto a la contradicción que existe entre la tipificación de dicha conducta delictiva y los principios constitucionales del derecho tales como el de legalidad, lesividad y proporcionalidad de las penas. En base al marco mencionado se pretende concluir si efectivamente existen dichas contradicciones y cuál es su alcance.

Palabras clave: grooming, delito contra la integridad sexual, inconstitucionalidad

Abstract

This paper seeks to analyze article 131 of the Argentine Penal Code that typifies the behavior known as "grooming" and bring to light the legal conflicts and the different constitutional objections that have been raised against the mentioned article.

A thorough analysis of the phenomenon of "grooming" is carried out and its legal nature is defined along with those components that characterize it and that give it shape in our order, as well as describing the different phases that comprise it. Through the study of the Argentine legislation that typifies the "grooming" different criticisms are exposed that have arisen with respect to the contradicción that exists between the typification of this delinquent behavior and the constitutional principles of the law such as the one of legality, lesividad and proportionality of the penalties. Based on the aforementioned framework, it is intended to conclude whether there are indeed such contradictions and what their scope is.

Keywords: grooming, sexual based crimes, unconstitutional

Índice

Introducción

Capítulo 1: Nociones generales.

- 1.1 Introducción
- 1.2 Delitos informaticos
- 1.3 Ley 26.388
- 1.4 Definición y fases de la conducta de grooming
- 1.5 Conclusiones parciales

Capítulo 2: Grooming en la legislación argentina

- 2. 1 Introducción
- 2. 2 Reseña de antecedentes
- 2.3 Ley 26.904 de grooming
- 2.4 El sujeto activo y pasivo en el delito de grooming
- 2. 5 El bien jurídico protegido
- 2.6 Acción típica y medio empleado
- 2.7 Aspectos subjetivos del delito de grooming
- 2. 8 Pena en el delito de grooming
- 2.9 Conclusiones parciales

Capítulo 3: Los principios constitucionales del derecho penal

- 3.1 Introducción
- 3.2 Aspectos generales de los principios constitucionales del derecho penal

3.3 Conflicto entre los principios constitucionales del derecho penal y el artículo 131 del Código Penal.

3.4 El principio de proporcionalidad de las penas

3.5 El principio de lesividad

3.6 El principio de legalidad.

3.7 Conclusiones parciales

Capítulo 4: la inconstitucionalidad del artículo 131 CP

4.1 Introducción

4.2 La inconstitucionalidad del artículo 131 del Código Penal.

4.3 Comparativa de la figura del grooming en Argentina y en el derecho comparado.

4.4 Conclusiones parciales

Conclusiones generales

Bibliografía

Introducción

La sociedad actual se encuentra embebida por las nuevas tecnologías y se han vuelto una herramienta de la vida cotidiana, habiéndose transformado los entornos virtuales en un espacio en el que los usuarios interactúan constantemente entre ellos ya sea a través de identidades verdaderas o ficticias. La posibilidad de que personas adultas puedan vincularse con menores de edad a través de la red utilizando identidades falsas con el objetivo de acosarlas sexualmente ha generado nuevos riesgos para un sector vulnerable como el de los niños, niñas y adolescentes y ha marcado en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo la necesidad de elaborar un marco jurídico que los proteja de dicha posibilidad.

Las redes sociales y los distintos medios de comunicación digitales de los cuales la sociedad dispone hoy en día ofrecen un sinnúmero de beneficios, no obstante las características que le son inherentes a estos sistemas de comunicación las convierten en instrumentos que pueden resultar idóneos para la captación de personas (especialmente jóvenes) para la perpetuación de diferentes delitos de índole sexual.

Existen dos cuestiones que influyen para que se den las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior. En primer lugar debemos tener en cuenta que las comunicaciones digitales no requieren de un contacto cara a cara lo que hace que se genere una atenuación en los frenos inhibitorios que existen con mayor profundidad en las comunicaciones presenciales, facilitando que se produzca el ambiente propicio para tratar tópicos sexuales. Por otro lado otra característica esencial de la comunicación online radica en la posibilidad de elaborar “identidades digitales” que pueden ser idénticas a la real o resultar ficticias, lo que provoca que muchas veces los vínculos virtuales funcionen en lo que se conoce como “asimetría de la información”.

Las particularidades mencionadas muchas veces funcionan a favor de la manipulación por parte de un adulto sobre un niño, niña o adolescente que por la inexperiencia de la

edad termina cayendo y muchas veces siendo víctima de una conducta que atenta contra su indemnidad.

Las nuevas tecnologías de la comunicación se encuentran sumamente arraigadas en la sociedad actual a nivel global volviéndose incuestionable el papel que las mismas desempeñan en el marco de las relaciones humanas de cualquier índole. El derecho debe adaptarse a dichos avances tecnológicos y tutelar las nuevas situaciones potencialmente peligrosas para los integrantes de la sociedad que surgen a raíz de estas novedosas formas de comunicación. Entre estas distintas conductas lesivas y vinculadas a la integridad sexual de los menores de edad en el marco de la virtualidad nos encontramos frente a la figura del “grooming”, recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, y que se define según Fernandez Teruelo (2011) como “*el conjunto de estrategias que una persona adulta desarrolla para ganarse la confianza de un menor a través de internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual voluntarias o forzadas*” (p.12).

En el año 2013 a través de la ley 26.904 la Argentina incorporó finalmente la figura del “grooming” al Código Penal en su artículo 131 quedando redactado de la siguiente manera: “*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.*”¹. Este artículo ha despertado una gran cantidad de críticas por parte de la doctrina. Entre ellas y a simple vista observamos que la figura no requiere que el sujeto activo del delito, quien perpetúa el grooming, sea mayor de edad lo que implicará que incluso un simple intercambio de mensajes eróticos o el pedido de un adolescente a otro de imágenes de contenido sexual por sistemas de mensajería instantánea caiga dentro de la norma. Por otro lado tampoco se tipificaron agravantes a la figura básica ni se tuvo en cuenta la edad de madurez sexual de la víctima como sí se puede observar en otros delitos contra la integridad sexual contemplados en el Código Penal. En cuanto a la congruencia del artículo 131 del Código

¹ Art 1, Ley 26.904 de Grooming o Ciberacoso. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Penal y los principios constitucionales se observan dos cuestiones: en primer lugar la vaguedad e imprecisión del tipo penal violan el principio de legalidad; mientras que el hecho de que el delito de “grooming” tenga la misma escala penal que otros delitos contra la integridad sexual como el abuso sexual del artículo 119 CP o la pornografía infantil lo hacen contradictorio al principio de proporcionalidad de las penas (castigar de igual manera a quien produce un taque físico sobre un menor que a quien se contacta con el objetivo de hacerlo no es proporcional).

El artículo 131 del Código Penal que contempla a la conducta punible conocida como “grooming” castiga a todo aquel que por medio de comunicaciones virtuales o tecnologías de transmisión de datos contactare a un menor de edad con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. Si bien la tipificación de esta conducta significa un avance importante en la contemplación de la coerción sexual en internet el artículo presenta incorrecciones y conflictos con principios constitucionales del derecho penal que dificultan su aplicación e interpretación.

En el presente trabajo se pretende analizar el artículo 131 del Código Penal Argentino que tipifica la conducta conocida como “grooming” y sacar a la luz los conflictos jurídicos presentes en dicha disposición y las distintas objeciones constitucionales que se han planteado con respecto al mismo.

Capítulo 1: Nociones generales

Introducción

A través del presente e inicial capítulo de este trabajo final de grado se buscará brindar contexto al lector acerca de la temática elegida previo a adentrarse en la problemática central, siendo esta el conflicto de la tipificación del grooming en Argentina con los principios constitucionales del derecho penal. A grandes rasgos se buscará dar una base conceptual acerca del delito de “grooming”, sus fases, características y los elementos que lo constituyen como figura delictiva.

Delitos informáticos

A raíz de la aparición de internet la manera de relacionarse de los individuos mutó: junto con estos cambios de paradigma llenos de beneficios pero también de riesgos para las personas, las normas de convivencia de las sociedades también debieron transformarse para adaptarse a estas nuevas maneras de vincularse que han surgido a raíz de las nuevas plataformas y de las redes sociales. “Internet es una red informática, tecnológica, pero también de subjetividades, un espacio en donde las emociones se encuentran, se entretienen, se expresan, se contienen y se liberan” (Ennis y Maya, 2015)

Para abordar adecuadamente el tema principal del presente trabajo se debe comenzar por brindar un acercamiento al concepto de “delito informático”, con el objetivo de lograr una aproximación conceptual al tópico que será troncal en el desarrollo de este documento y brindar además al lector un apropiado punto de partida. Es importante aclarar que, como bien lo expresa Marcelo Temperini (2018), no existe aún acuerdo en la doctrina

internacional a la hora de conceptualizar con exactitud el significado y el alcance del delito informático, sin embargo en el presente trabajo se tomará la postura de la doctrina argentina para definir dichos términos.

En el marco de la doctrina internacional podemos mencionar la definición de Curi, Delaux y Walker (2005) de delitos informáticos como “aquellas conductas disvaliosas socialmente y reprochables desde el punto de vista penal, que concretadas mediante instrumentos y sistemas informáticos y virtuales, pueden tener como objeto la violación de cualquiera de los bienes jurídicos tuteladas por la ley, en un momento dado (p. 134)”.

En el caso de la doctrina argentina se define al delito informático como toda acción u omisión culpable tipificada por la ley que se lleva a cabo en el entorno informático y que está sancionada por el ordenamiento jurídico con una pena (Anzit Guerrero, Tato y Profumo, 2010).

En relación a la línea anterior es importante mencionar que autores como Migliorisi (2014) creen oportuno clasificar a este tipo de delitos en dos grupos. Por un lado encontraremos ciberdelitos que se manifiestan como delitos tradicionales contemplados en el Código Penal pero que se configuran a través de internet o con el uso de elementos informáticos; por el otro, estarán los ciberdelitos propiamente informáticos que son aquellos que surgen originariamente con la tecnología que, si bien se trata de delitos que igualmente están típicamente contemplados en el ordenamiento, han mutado en virtud de la aparición del ciberespacio como es el caso del daño informático o del fraude.

En cuanto a las características que particularizan a los delitos informáticos en general debemos destacar que el modo en el que son cometidos este tipo de ilícitos hacen que su investigación resulte más complicada que en otro tipo de delitos. Roibón (2017) menciona algunas cuestiones especiales en cuanto a aspectos característicos de los delitos informáticos que vale la pena tener en cuenta:

En su mayoría, se trata de delitos transnacionales, cuyos efectos pueden esparcirse por toda la red (como en el caso del ciberacoso) o de ilícitos que pueden configurarse en un país y generar efectos en otros (como la estafa informática, el daño informático, el lavado de activos, la pornografía infantil, etc.). La transnacionalidad supone que las pruebas del ilícito puedan estar tanto en el dispositivo desde donde se cometió el hecho o en los distintos sistemas vulnerados, sean redes, sitios web o computadoras. En general, los delitos informáticos son anónimos, ya que Internet permite la creación de identidades ficticias (amenazar a través de un perfil falso en una red social) o el autor del delito conoce la forma de ocultar su identidad (Roibón, 2017, p.6).

Ley 26.388

A raíz del nuevo panorama que surgió a raíz de las nuevas tecnologías y de la trascendencia de internet y las comunicaciones digitales el 4 de Junio de 2008 se sanciona en la República Argentina la ley numero 26.388 a través de la cual se introdujeron al Código Penal Argentino una serie de delitos informáticos y además se reformaron otros tipos delictivos preexistentes incorporando nuevas modalidades de ejecución a través de elementos electrónicos².

Esta ley basó su contenido en lo dispuesto por el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest del año 2001. En cuanto a las reformas y a los nuevos contenidos que introdujo la ley 26.388 a nuestro ordenamiento jurídico valen destacar los siguientes:

² Ley 26.388 de delitos informáticos. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

- Se tipifica la pornografía infantil por Internet u otros medios electrónicos (art. 128, C. Penal)
- Se tipifica el acceso no autorizado a un dato o sistema informático de acceso restringido (art. 153, bis, C. Penal)
- Se tipifica la violación de las comunicaciones electrónicas sin contar con la debida autorización, y también su revelación indebida o la inserción de datos falsos (arts. 155 y 157 bis, C. Penal)
- Se contempla el fraude informático (art. 173, C. Penal)
- Se tipifica el daño o el sabotaje informático (arts. 183 y 184, C. Penal)
- Se tipifican los delitos contra las comunicaciones (art. 197, C. Penal)

Esta ley significó un punto de partida para el proceso de adaptación del derecho penal a nuevas formas de comisión de delitos e incluso a nuevas figuras delictivas completamente autónomas relacionadas a los medios digitales y al uso de nuevas tecnologías. Si bien en dicha normativa no se reguló la conducta de “grooming” sobre la que se desarrolla el presente trabajo, sin duda fue el puntapié para acercar al derecho al mundo tecnológico.

Definición y fases de la conducta de grooming

Como ya se ha mencionado anteriormente, son innegables las ventajas que las nuevas tecnologías y el acceso a internet tienen para ofrecer a la sociedad: además de abrir un gigantesco abanico a nuevos canales de acceso a la información, tanto los dispositivos

como la hiperconectividad que se vive en la actualidad han hecho posible que aparezcan nuevas maneras de relacionarse y de generar vínculos con los demás. El acceso ilimitado a sistemas de mensajería instantánea y a redes sociales le da lugar al usuario para que se exponga al mundo, encontrando del otro lado a pares que buscan lo mismo que el pero también exponiéndose a la posibilidad de enfrentarse con individuos que no tienen buenas intenciones y que tienen como motivación el deseo de llevar a cabo una conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

Quienes se encuentran más vulnerables frente al escenario que la virtualidad nos ofrece son, sin duda, los niños, niñas y adolescentes que en virtud de su edad y su falta de madurez pueden llegar a caer, como consecuencia de la ingenuidad típica de la etapa que transitan, en manos de adultos con intenciones oscuras. Teniendo en cuenta que en nuestro país hay más de 34 millones de usuarios de internet activo y que aproximadamente el 21% de esa cifra está conformada por menores de entre 15 y 18 años, resulta lógico que los Estados hayan buscado una forma de prevenir posibles conductas que vulneren la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes en el plano virtual.

El “grooming”, como conducta que ha sido tipificada a raíz de la necesidad de contemplar escenarios potencialmente peligrosos para los menores de edad, se define según Vaninetti de la siguiente manera:

... todas las prácticas desplegadas en línea por ciertos adultos, pederastas y pedófilos, conocidos en la red como ‘groomer’, para ganarse la confianza de un menor fingiendo empatía, cariño, etc. normalmente bajo una falsa identidad de otro menor, con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales (Vaninetti, 2013, p.1)

A modo de ampliar esta primera definición y obtener otra perspectiva en el marco de la doctrina argentina es importante citar también a Riquert que define a la conducta típica en cuestión como:

Grooming es toda acción que tenga por objetivo minar o socavar moral o psicológicamente a un niño, con el fin de conseguir su control a nivel emocional para un posterior abuso sexual, por lo que se trata entonces de un supuesto de acoso sexual infantil (Riquert, 2014, p. 4).

La jurisprudencia nacional también ha brindado una definición que permite caracterizar este fenómeno de la siguiente manera:

*Proceso sexual abusivo facilitado por el uso de las nuevas tecnologías que consiste en la interacción comunicacional de un adulto con un menor con fines sexuales y abusivos, a través del despliegue de una conducta deliberada para captar su atención, confianza, para obtener imágenes sexuales y aún lograr un encuentro sexual abusivo*³

De lo mencionado se desprende que el “groomer”, como el adulto que lleva a cabo esta conducta, establece contacto con la víctima en la mayoría de los casos adoptando una identidad diferente a la real que suele ser la de otro menor de edad (pudiendo ser del mismo o de diferente sexo) con el objetivo de generar confianza y de empatizar con la víctima, interiorizándose en sus intereses e identificando sus vulnerabilidades para lograr un control emocional que le permita eventualmente manipularlo. Esta estrategia desplegada por el perpetrador puede requerir de un lapso prolongado de tiempo, y se manifiesta a través de distintas etapas o fases a través de las cuales el groomer va tejiendo la confianza del niño y persiguiendo su objetivo final de satisfacer sus apetencias sexuales.

³ 2 Trib.Crim., N°1, Necochea, "Fragosa, Leandro Nicolás s/ corrupción de menores agravada" (2013) Expte. T.C. N° 4924-0244

En relación a las fases o a las distintas etapas que suelen manifestarse ante la conducta de “grooming”, Villacampa Estiarte (2014) distingue las siguientes:

Establecimiento de amistad: durante esta fase el groomer realiza el primer contacto con el niño a través de los distintos sistemas de comunicación digital disponibles, pudiendo ser redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter, salas de chats o aplicaciones de mensajería instantánea como Whatsapp.

Formación de la relación: en este segundo momento ya existe una base comunicacional entre el menor y el ofensor, lo que le permite a este último indagar en distintas conversaciones acerca de la rutina y la forma de vida del niño, buscando de esta manera entablar con este último un vínculo de amistad y de mayor confianza.

Valoración del riesgo: En esta tercera etapa el adulto comienza a indagar acerca de la potencial detección de su conducta ofensiva por parte de quienes cuidan al menor, por lo que dirige sus conversaciones a averiguar cosas como en qué sitio del hogar tiene la computadora el niño o si existen otros adultos o personas que utilicen el mismo equipo y que pudieran llegar a encontrarse con las conversaciones.

Exclusividad: En este punto se ha logrado un nivel de confianza entre el groomer y el niño que le permite al ofensor indagar en las conversaciones acerca de asuntos más privados, incitando al menor a revelar secretos o inconvenientes personales.

Sexual: Esta última etapa de la conducta del grooming comienza cuando las conversaciones entre el ofensor y el menor toman tintes sexuales. En un primer momento se manifestará de manera implícita y sutil, para luego evolucionar a charlas sexuales explícitas haciendo hincapié en el deseo de concretar encuentros sexuales o en la petición por parte del ofensor de material erótico por parte del niño.

Vale aclarar, y a decir de Grenni y Fernández Ríos (2018), que una de las características de esta conducta y de toda la estrategia desplegada por el groomer es que se realiza de manera paulatina. Esto a los fines de evitar que la víctima se asuste, buscando que a través

de esta modalidad de operación el niño se sienta cada vez más cómodo y en confianza con los temas íntimos abordados por el ofensor.

Conclusiones parciales

No existen dudas con respecto a los enormes avances tecnológicos que ha experimentado la sociedad en las últimas décadas. Si bien esto representa un sinnúmero de ventajas para todos los individuos de la sociedad tanto de manera colectiva como particular, el hecho de que hayan surgido nuevas maneras de comunicarse y de interrelacionarse también ha dado el pie para la aparición de nuevas conductas delictivas, o incluso conductas típicas previas pero que hoy en día gracias a la tecnología se configuran de otro modo, que han podido prosperar gracias a dichos avances.

Los delitos informáticos, en virtud de sus características particulares y a la forma en las que se lleva a cabo el ilícito y se concreta, son complejo de investigar y presentan incluso mayores dificultades que en otro tipo de delitos. En nuestro país, en el año 2008, se promulgó la ley 26.388 que respondió en su momento a la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico de la nación a las nuevas situaciones que se fueron originando en virtud de la incorporación de la tecnología a la vida cotidiana.

A partir de lo expuesto en puntos anteriores se establece en el presente trabajo al “grooming” como conducta perpetrada por un mayor de edad con el objetivo de socavar moral o psicológicamente a un niño a través del uso de medios tecnológicos. Una vez incluidos los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico argentino, surgió la necesidad por parte de la sociedad y de los legisladores de regular determinadas conductas como la mencionada, siendo el “grooming” además un fenómeno complejo con etapas y momentos específicos de desarrollo y configuración. En secciones posteriores se profundizará acerca de la figura mencionada y de qué manera se la abordó en la norma penal local.

Capítulo 2: Grooming en la legislación argentina

Introducción

En el presente capítulo se analizará la figura del “grooming” contemplada específicamente en el ordenamiento jurídico argentino, con el objetivo de acercar al lector al artículo 131 del Código Penal y a los distintos elementos que componen al delito en cuestión. Habiendo iniciado con una base conceptual a modo introductorio, en este apartado se buscará brindar las bases normativas para comprender al “grooming” como figura típica en el ordenamiento local.

Reseña de antecedentes

El principal antecedente normativo internacional que impulsó a que posteriormente se realizaran proyectos de ley sobre la conducta de “grooming” y que se buscara contemplar dicho comportamiento digital en nuestro ordenamiento jurídico fue sin duda el que surgió a partir del “Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual” en el año 2007⁴. Este convenio supranacional rechaza en su artículo 23 las “proposiciones a niños con fines sexuales” de la siguiente manera:

⁴ Convenio Del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, firmado en Lanzarote, España el 25 de Octubre de 2007 por los 47 estados miembros del Consejo de Europa.

...Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.

A raíz de dicha Convención y del reconocimiento que la misma hace de la necesidad de cooperación internacional para afrontar este tipo de delitos sexuales contra niños facilitados por las nuevas tecnologías los diversos Estados han ido elaborando legislaciones de índole penal para perseguir y castigar a quienes ejecuten conductas con estas características.

En el marco local durante el mes de Noviembre del año 2013 se promulga en la República Argentina la ley 26.904 conocidas popularmente como “ley de Grooming” dando lugar así a la incorporación de una nueva figura delictiva contra la integridad sexual a nuestro ordenamiento jurídico. Se presentaron en el Congreso diversos proyectos a partir del año 2010 con el objetivo de añadir esta conducta al Código Penal Argentino.

El primer proyecto sobre “grooming” en el país fue presentado por la Senadora Bongiorno (proyecto S-3267/10) quién proponía que se añadiera un nuevo artículo al Código Penal Argentino que rezara de la siguiente manera:

Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales. ⁵

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

La senadora Bongiorno justificó su proyecto manifestando que los jóvenes pasan mucho tiempo en internet y son, además de los más vulnerables frente a cualquier sujeto malicioso, quienes consumen en mayor cantidad las distintas tecnologías de comunicación instantánea que hoy en día ofrecen las nuevas tecnologías. Para fundamentar dichas manifestaciones utilizó estadísticas elaboradas por la Asociación Civil “Chicos.Net”

Según la Asociación Civil Chicos.Net, en colaboración con Save the Children Suecia y Ecpat International, el 40% de los niños, niñas y adolescentes se conecta a internet todos los días de la semana. Dentro de ese porcentaje el grupo de 15-18 años es considerablemente mayor. En el hogar, la actividad que más realizan tanto varones como mujeres frente a la pantalla es comunicarse a través de la mensajería instantánea MSN (47%). Otras actividades frecuentes son bajar música (44%), jugar (40%), investigar para la escuela (31,7%) y leer o escribir mails (27%). Casi el 47% de los chicos y chicas de 9 a 11 años y cerca del 83% de los de 15 a 18 años aprendieron solos a encontrar y acceder a páginas web. Tiene página personal y/o Fotolog casi el 53% de los chicos y chicas de 15 a 18 años, el 39% de los chicos de 12 a 14 años y cerca del 25% de los que tienen entre 9 y 11 años; siendo de sexo femenino los usuarios más frecuentes de los fotologs o páginas personales. La toma de conocimiento de esta realidad y la facilidad para el anonimato e incluso para la creación de identidades alternativas que permite la participación en redes sociales cibernéticas contribuye a que perversos cometan conductas delictivas contra menores que no están adecuadamente contempladas en nuestra normativa.

En cuanto a este primer proyecto presentado, se advierte que la pena que propone la Senadora Bongiorno es extremadamente excesiva además del verbo típico resultar vago e impreciso.

Posteriormente en el año 2011 los senadores Higonet y Verna presentaron otro proyecto sobre la misma temática (S-2174/11) a través del cual proponían añadir la figura de “grooming” en el Código Penal como delito en el artículo 128 bis de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual. La pena será de dos (2) años a seis (6) años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar al menor a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad.

En cuanto a las fundamentaciones que ambos senadores manifestaron para su propuesta se remarcó la preocupación de la Sociedad Argentina de Pediatría respecto del libre acceso de los niños y adolescentes a internet y el poco control parental existente sobre dicho fenómeno. También se mencionó en el proyecto a la comunidad internacional y a cómo la misma les sirvió de base para inspirar su propuesta.

La irrupción de las nuevas tecnologías y el acceso masivo a la red Internet han permitido la proliferación de conductas tendientes a contactar a menores de edad para involucrarlos en situaciones que atentan contra su indemnidad sexual. Como era de esperar, se ha reaccionado frente a este nuevo peligro con demandas de mayor control y regulación para prevenir su proliferación. La intervención del Derecho Penal en este ámbito ha sido una de las principales herramientas que ha echado mano la comunidad internacional, tipificando las conductas que encierran esta práctica. En nuestro país no se ha estado ajeno a esta nueva forma de abuso sexual virtual, contándose con numerosos casos que presentan estas características.

En la Cámara de Diputados se presentaron tres proyectos distintos con el objetivo de contemplar la conducta de “grooming”. En el año 2012 los diputados Bertol, Pinedo y

Schmidt Liermann (9-D-2012) propusieron que se añada el artículo 125 ter al Código Penal de la siguiente forma:

Será reprimida con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años 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 el que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona menor de dieciséis años, cuando mediere engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

En el 2013 la diputada Gonzalez presentó en su proyecto (2.604-D-2013) la propuesta de incorporación del artículo 131 al Código Penal Argentino con la siguiente redacción:

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 otro delito contra la integridad sexual de la misma.

Por último se presentó por parte de los diputados De Narváez, Ferrari y Gambaro otro proyecto para incorporar la conducta a nuestro derecho interno en el artículo 125 ter con la siguiente redacción:

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 la comunicación se contactare con un menor de edad y de cualquier modo le requiriera imágenes de contenido sexual del mismo o le proponga concretar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos contra la integridad sexual.

Finalmente se incorpora la figura de “grooming” en el artículo 131 del Código Penal a través de la sanción de la ley 26.904 el 13 de Noviembre de 2013 quedando tipificada la misma de la siguiente manera:

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.

La sanción de la ley contó con objeciones y disidencias parciales por parte de los diputados Amadeo, Gambaro, Aguad, Martínez, Álvarez, Garrido, Gil Lavedra, Comi y Storani fundamentándose la mayoría en la falta de precisión de la conducta prohibida siendo manifiestamente imprecisa y sumamente vaga. La diputada Gambaro, por ejemplo, fundó su disidencia expresando la importancia de precisar aún más el tipo penal de “grooming” solicitando que en el contacto mantenido entre el menor y el adulto este último haga una un pedido de encuentro físico con el niño, niña o adolescente.

Ley 26.904 de grooming

La necesidad de elaborar un marco normativo que castigara las nuevas maneras de acoso por parte de personas adultas a menores en virtud de los avances de las nuevas tecnologías y las novedosas formas de comunicación llevó a que el 4 de diciembre del año 2013 finalmente se promulgara la ley 26.904 también conocida como “ley de grooming” o “ley de Ciberacoso”. A través de esta nueva legislación se incorpora en el marco del título sobre “delitos contra la integridad sexual” el artículo 131 del Código Penal Argentino rezando de la siguiente manera:

“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”.

Del artículo mencionado se desprende entonces que serán castigados, a decir de Tazza (2014), conductas que sean ejecutadas con el objetivo de establecer una relación sentimental o emocional con un menor de edad y que le permitan al perpetrador posteriormente abusar sexualmente de la víctima.

En el marco del debate del proyecto de ley mencionado que finalmente tipificó la conducta del “grooming” en el Código Penal, la senadora Sonia Escudero representando a la provincia de Salta expresó lo siguiente a modo de justificar lo fundamental de este cuerpo normativo:

...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 hoy pasa 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 las tecnologías de la comunicación, con el acceso a Internet y con la brecha generacional que hace que hoy los hijos manejen y entiendan las computadoras mucho 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*⁶

Este fragmento de lo manifestado por la senadora Sonia Escudero, además de brindar un excelente panorama de la importancia de contemplar este tipo de situaciones en las que los menores se encuentran altamente vulnerables, funciona como una excelente síntesis de la figura contemplada.

A decir de Buompadre (2014), postura con la que se coincide en el presente trabajo, “todo lo que vaya en una dirección criminalizadora de los abusos sexuales, por el mayor contenido de injusto que poseen y los graves daños que pueden causar en niños y adolescentes, debe ser mirado positivamente.” (Buompadre, 2014, p. 4).

El sujeto activo y pasivo en el delito de grooming

En relación a los sujetos en la figura típica del “grooming” se infiere del propio articulado que se trata de un tipo penal común y que además presenta titularidad indiferenciada por lo que podrá ser configurado por cualquier persona sin que se necesite que el autor contenga condiciones o cualidades especiales (Buompadre, 2014).

Como se puede rescatar de la redacción de la norma a la que se hace referencia en el presente trabajo, para ser sujeto activo del delito de “grooming” no se requiere de ninguna exigencia típica específica bastando como condición la de ser una persona punible. De esto se desprende la posibilidad de que incluso un menor de edad pueda configurarse en

⁶ Conf. versión taquigráfica de la sesión del Senado del 2/11/2011.

sujeto activo de la conducta descrita, cuestión que ha generado diversos conflictos sobre los cuales se profundizará más adelante.

En relación al sujeto pasivo se observa en el texto legal que bastará con que se trate de un menor de 18 años no haciendo ningún tipo de distinción en relación al sexo ni tipificándose ninguna circunstancia que agrave la figura básica en cuestión. En virtud de esto último se han observado innumerables objeciones en la doctrina con respecto a la falta de distinciones en relación a los rangos etarios y al desconocimiento de la libertad sexual de jóvenes y adolescentes:

Con la incorporación de este delito se ha producido una gran incongruencia en las acciones prohibidas y una importante contradicción en lo que se refiere a la libertad sexual de las personas menores de edad...Hubiera sido correcto que la edad del sujeto pasivo reconociera el límite de los trece años, tal como fuera propuesto en la redacción alternativa al tipo penal por parte de los legisladores disidentes a la redacción sancionada, y evitar así un paternalismo excesivo que desconoce la sexualidad adolescente y la progresividad de la tutela penal otorgada a las personas menores de dieciocho años. (Álvarez, 2018, p. 105).

En relación a la redacción alternativa de la norma que se menciona previamente resulta conveniente citarla para una mejor comprensión. Como se observará, la redacción alternativa propuesta por un sector de diputados disidentes a la norma original cuenta con una contemplación considerablemente más precisa y un planteamiento mucho más específico en lo que refiere a la edad del sujeto pasivo. Se mantiene además una coherencia con el resto del articulado contenido en el Título III del Código Penal en donde se distingue la situación de menores de trece años y de menores entre trece y dieciséis años.

Será reprimida 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 13 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 13 de años y menor de 16 años, cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación.

En síntesis, se observa que la norma contiene en su redacción una serie de dificultades técnicas sobre las cuales se continuará profundizando más adelante.

El bien jurídico protegido

El delito de grooming, según como ha quedado contemplado en el artículo 131 del Código Penal en el marco del título III, será en principio un delito contra la integridad sexual.

Concretamente en el caso del “grooming”, se trata de velar por la integridad sexual de los menores en tanto no se vean expuestos a sufrir ataques lesivos a su sexualidad, la que puede verse comprometida por estas maniobras que procuran afectar su normal y adecuado desarrollo en ese aspecto. Basta observar que en cierto modo, se trata de la misma tutela que aquella que se refiere a cualquiera de los delitos previstos en este Título según sea la finalidad perseguida por el autor (Tazza, 2014).

Ahora bien, cuando los sujetos pasivos o las víctimas de este tipo de conductas enmarcadas en los delitos contra la integridad sexual son personas menores de edad el alcance del bien jurídico protegido resulta más amplio. A decir de Álvarez (2018) también deberá contemplarse la tutela de la libertad de desarrollar su ámbito de autonomía para ejercer su sexualidad sin interferencias que la condicionen. A partir de esto se desprenderá que el delito analizado en el presente trabajo intenta tutelar el

desarrollo de la sexualidad de aquellas personas menores de dieciocho años que se afectaría al ser expuestas a solicitudes o contactos sexuales por parte del sujeto activo.

Acción típica y medio empleado

Por la manera en la que se ha redactado esta conducta ilícita se desprende que la acción típica en el delito de “grooming” está dada por el verbo “contactar”. A decir de Tazza (2014) esto refiere a hacer contacto, entablar una conexión personal a través de cualquier medio de comunicación, que descarta el contacto personal.

Con respecto a la conducta que configurará la acción típica en el delito de “grooming” en nuestro ordenamiento jurídico Buompadre describe lo siguiente:

Con arreglo a la interpretación literal de la acción típica, se torna necesario que el autor establezca un contacto con el menor, esto es, que el menor recepte la comunicación, tome conocimiento de ella, pudiendo –inclusive- responder al contacto, pero que -comportamiento este último- no resulta exigible típicamente. Ni siquiera es relevante a los fines consumativos que se produzca un encuentro personal ulterior entre el agresor y su víctima, ni que se lleve a cabo entre ambos una relación de naturaleza sexual, menos aún que la víctima acepte algún tipo de propuesta sugerida por el agresor; de acuerdo a los términos previstos en el art. 131, es suficiente para la perfección típica la mera realización de la acción de contactarse con el menor, con una finalidad sexual, pero sin ulteriores resultados (Buompadre, 2014, p. 28).

En cuanto a los medios empleados para la configuración de la conducta típica la norma establece que deberá tratarse de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. Para comprender de qué se habla cuando se hace referencia a estos sistemas de comunicación virtual vale la pena citar lo siguiente:

Las «comunicaciones electrónicas» son conversaciones o tratos del agente con el ofendido, de palabra o por escrito, empleándose a tal efecto una «vía electrónica», esto es, un sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas sobre la base del comportamiento de los electrones (partículas elementales más ligeras que forma parte de los átomos y que contiene la mínima carga posible de electricidad negativa).

Las «telecomunicaciones» son las comunicaciones que se llevan a cabo mediante un sistema de comunicación telegráfica, telefónica o radiotelegráfica y demás análogos. Sin embargo, aquí, más precisamente, tratase de un elemento normativo jurídico: nuestro ordenamiento jurídico establece que, por «telecomunicación» debe entenderse toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos (art.2 de la Ley nacional de Telecomunicaciones, Ley 19.798).⁷

Por último, la expresión «cualquier tecnología de transmisión de datos» designa al conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico relativo a la conducción a través de las cuales pasan las vibraciones, como intermediarias, para hacer llegar a otro cualquier tipo de información. (Arocena y Balcarce, 2014, p.25)

Por otro lado el delito de “grooming” es un delito de peligro abstracto, por lo que no necesita que se produzca un resultado material para su configuración. Dicho de otra manera, y parafraseando al doctor Álvarez (2018) para estar ante una conducta de “grooming” no hará falta que el adulto cometa el delito que ha motivado el contacto virtual con el menor ni tampoco se necesita que el mismo haya puesto en peligro la integridad sexual del sujeto pasivo, bastando con el simple contacto para la configuración de la figura típica. Por supuesto que esta cuestión también ha generado controversia ya

⁷ Art 2 Ley 19.798. Ley Nacional de Telecomunicaciones. Honorable Congreso de la Nación Argentina

que resulta complejo determinar a partir de cuándo se ha producido dicho contacto: ¿basta con una mera solicitud por parte del adulto con intención de cometer delitos sexuales o se requiere la respuesta del menor y la generación de un vínculo virtual entre ambos? Roibón con respecto a esto dice lo siguiente:

Hubiera sido quizás más apropiado y conveniente que, recurriendo a esa experiencia, la ley hubiese enunciado como exteriorización, en principio suficientemente indicativa del propósito abusador, las que así son reconocidas: el requerimiento de material sensible por sus componentes sexuales o eróticos o la simulación de una identidad empática más la propuesta de encuentro redondeando de ese modo una figura de peligro abstracto entendida como presunción juris tantum del mismo, lo que allanaría el camino de su interpretación y prueba. (Roibón, 2017, p. 11).

Aspecto subjetivo del delito de grooming

En relación al aspecto subjetivo del delito de “grooming” el mismo solo admite dolo directo especificando además la necesidad de que exista un elemento subjetivo específico que es el de la finalidad concreta del autor (cometer cualquier delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo). Con respecto a esto y comenzando a plantear la situación de la hipotética inconstitucionalidad del artículo 131 del Código Penal Álvarez menciona lo siguiente:

La exigencia de este plus subjetivo genera, como consecuencia, una amplitud del tipo penal en desmedro de principios constitucionales básicos que deben guiar la elaboración de las normas jurídicas, ya que el abanico de posibilidades de conductas que lesionen la integridad sexual de una persona menor de dieciocho años es de gran dimensión (Álvarez, 2018, p. 109).

Penal en el delito de grooming

La pena prevista para el delito de grooming en nuestro ordenamiento jurídico es de prisión pudiendo el perpetrador de la conducta ser condenado a una escala de seis meses a cuatro años. Si bien en principio esto no presenta complicaciones y a simple vista puede parecer una escala adecuada, este es uno de los puntos que mayor conflicto ha desatado en la doctrina de nuestro país y sobre los cuales se profundizará más adelante.

Se observa claramente una desproporción en la pena adjudicada a la conducta en cuestión, “teniendo en cuenta la comparación con la pena prevista para el delito de abuso sexual consumado del primer párrafo del art. 119 CP, que es de idéntica cuantía” (Buompadre, 2014, p. 37).

La figura tampoco contiene ningún tipo de agravantes por lo que se castiga de igual manera al sujeto activo independientemente de la edad que tenga la víctima. Esta posición legislativa en la que no se hace ningún tipo de distinción en relación a los menores de 13 años, menores entre 13 y 16 y menores de 18, y a decir de Álvarez (2018), manifiesta una posición política criminal de tipo punitivista que niega todo ámbito de autodeterminación sexual de los adolescentes.

Conclusiones parciales

La conducta conocida como “grooming” fue finalmente contemplada en el ordenamiento jurídico argentino a través de la ley 26.904 luego de que se presentaran diversos proyectos con distintos abordajes con respecto a la conducta típica, las escalas penales, la existencia de agravantes o no, entre otros. El artículo final presenta diversos conflictos e incorrecciones en su redacción, siendo la conducta típica en el mismo la de “contactar” presentándose como extremadamente imprecisa, vaga y sumamente difícil de probar.

Teniendo en cuenta que quienes pueden ser víctimas del delito de “grooming” son personas menores de edad y que las consecuencias psicofísicas de dicha circunstancia pueden marcar a los individuos de manera permanente, resulta poco satisfactorio observar con la liviandad con la que se ha legislado al respecto llegando incluso el articulado a generar confusión con respecto a qué es el grooming y qué es lo que se está castigando. En posteriores secciones se desarrollará acerca de los conflictos innegables de la figura con ciertos principios constitucionales del derecho penal que deben respetarse siempre como una garantía para todos los ciudadanos.

Capítulo 3: Los principios constitucionales del derecho penal

Introducción

En el presente capítulo se analizará los distintos principios constitucionales del derecho penal y de qué manera el artículo 131 del Código Penal entra en conflicto con los mismos, profundizando de manera detenida en cada uno de ellos y analizando lo que la doctrina ha manifestado al respecto.

Aspectos generales de los principios constitucionales del derecho penal

Previo a profundizar acerca del tema puntual del presente trabajo acerca del conflicto entre algunos principios del derecho penal con el artículo 131 referido al delito de “grooming” es importante introducir al menos resumidamente el concepto de supremacía constitucional, que es lo que fundamenta el hecho de que existan algunos principios a los cuales las distintas ramas específicas del derecho deben ajustarse.

Parafraseando a Bidart Campos (2008) la supremacía constitucional tiene dos sentidos: por un lado tenemos un sentido fáctico vinculado a la constitución material que significa que dicha constitución es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un estado; por otro lado tenemos el sentido formal, que es el sentido en el que el constitucionalismo utiliza la noción de supremacía constitucional, y que refiere a la noción de que la constitución formal (revestida de suprallegalidad) obliga a que las normas y los actos privados y estatales se ajusten a ella. En consecuencia a esto último, todo el orden jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución formal.

La supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución. Cuando esa relación de coherencia se rompe, hay un vicio o defecto, que llamamos “inconstitucionalidad (Bidart Campos, 2008, p.366)

...el derecho constitucional se ocupa de la organización fundamental del estado y eso obliga a definir su estructura y fines. Aparentemente el enunciado de los derechos de los habitantes, sería un tema accesorio y hasta ajeno a aquellos objetos. Algunas constituciones incluso han omitido las descripciones de tales derechos. Sin embargo el constitucionalismo y el derecho constitucional nacen, entre otras metas esenciales, para reconocer ciertos derechos personales básicos y para poner topes al estado. Por tal motivo la organización de ese estado comprende tanto enunciar sus órganos y atribuciones como proclamar los derechos de los particulares frente a él. Desde un punto de vista técnico, el subprincipio constitucional de distribución exige que se delimiten las competencias de las autoridades públicas y los derechos de los habitantes; desde una perspectiva axiológica, la declaración de los derechos de las personas y grupos en la Constitución se presenta hoy como condición de legitimación del estado de derecho: si no hay un adecuado régimen constitucional en materia de derechos y garantías el estado del caso no tiene justificación, ni es un auténtico estado constitucional (Sagües, 1996, p. 95)

Tomando lo previo como base se dice entonces que la Constitución es la ley suprema, la que se encuentra en la cúspide de nuestra pirámide o bloque de constitucionalidad, encontrándose las demás leyes por debajo de esta debiendo respetarla y resultar coherente con lo que establece la misma.

A decir de Lascano (2005), “*el derecho penal es una forma de control social significativa que ha sido monopolizada por el Estado pero, al mismo tiempo, la potestad punitiva de éste debe ser delimitada con la mayor claridad posible como garantía del ciudadano*”. La Constitución Nacional como ley suprema de nuestra república y contando con mayor

jerarquía que el Código Penal establece una serie de principios y garantías inviolables que deben servir para delimitar esta capacidad punitiva del Estado y proteger a todos los integrantes de la sociedad frente a cualquier actitud que pretenda lesionar estos derechos amparados por nuestro orden constitucional. Estos principios con condición indispensable tanto para definir la responsabilidad penal de los sujetos sindicados como responsables con respecto a determinadas conductas típicas como para la correcta aplicación de las penas.

Conflicto entre los principios constitucionales del derecho penal y el artículo 131 del Código Penal

No existen dudas acerca de lo necesario que resultó la incorporación de la figura del grooming al ordenamiento jurídico argentino, que definitivamente llegó para zanzar un importante vacío legal generado a raíz de la misma tecnología y de lo cotidiano que se volvió su uso para la sociedad. Finalmente, y a modo de refrescar el artículo antes de adentrarnos en las distintas problemáticas que el mismo presenta frente a los principios constitucionales, en el año 2013 se aprobó la incorporación de esta figura en el artículo 131 del Código Penal rezando de la siguiente manera:

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.

Lo cierto es que la doctrina tardó poco tiempo en comenzar a observar las incorrecciones de dicho artículo y quedó en el aire la duda acerca de por qué los legisladores optaron por esta redacción y no tuvieron en cuenta ninguna de las modificaciones planteadas en las distintas cámaras. Sin ir más lejos, pocos días después de su promulgación la consagrada

“Asociación Pensamiento Penal” manifestó a través de un comunicado oficial su descontento con respecto a dicho artículo haciendo referencia a que “...la redacción de la norma tiene gravísimos problemas de técnica legislativa, poniendo en duda su constitucionalidad” y concluyendo:

Una mala legislación genera múltiples problemas judiciales, puede provocar la persecución penal y el encarcelamiento de personas inocentes o autores de hechos no reprochables, y está destinada a no causar los efectos de política criminal a los que se supone que se dirige. (Asociación Pensamiento Penal, 2013)

El proyecto de Ley de Grooming que incorpora este delito como artículo 131 de Código Penal está secundado por muy buenas intenciones, compartidas sin lugar a dudas por todos en nuestro país. Sin embargo, la rapidez injustificada y la falta de debate no son fundamento para una legislación que es redundante con otros tipos ya existentes (la tentativa y el abuso de menores están debidamente tipificados así como “el que produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores” artículo 128⁸). Se puede discutir si existe o no un vacío legal para esta figura, pero nada justifica incorporar figuras penales vagas que pueden convertirse en un peligro para las

⁸ CP. Art. 128. - Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, pubblicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

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

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

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

garantías constitucionales en nuestro país. Otros proyectos descartados sobre la misma temática contenían recaudos en relación a la edad y la forma de tipificar el delito, incorporando, tal como se hizo en la Unión Europea, la necesidad de que hubiera efectivamente un acto que pudiera configurar tentativa. (Beatriz Busaniche, 2013)

El principio de proporcionalidad de las penas

Una de las mayores objeciones que se han observado en la doctrina con respecto a la figura de “grooming” receptada en el artículo 131 del Código penal tiene que ver con la escala punitiva prevista para este hecho delictivo en cuestión. Esto implica, por motivos que se revisarán en breve, una clara violación al principio de proporcionalidad de las penas que surge del Artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina que reza de la siguiente manera:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. 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. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

A decir de Yacobucci (2014), y a modo de introducir un concepto o un acercamiento a este principio, podemos decir que la proporcionalidad refiere a un ejercicio razonable del poder político en tanto resulte eficaz para la realización de lo que exige el bien común, siempre integrando y respetando los derechos fundamentales del ciudadano. “La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho” (Mir Puig, 1998, p. 99).

Al respecto del principio de proporcionalidad de las penas, Terragni (2015) comenta que:

Entendida en sentido amplio la proporcionalidad constituye una exigencia ineludible de cualquier tipo de intervención estatal restrictiva de derechos con la que se pretende tutelar los derechos fundamentales. Pena proporcionada es lo mismo que pena adecuada al fin perseguido por la misma en un Estado democrático y liberal de Derecho. Sanción idónea que respete el principio de mínima intervención. Al legislador le está vedado implantar penas desproporcionadas, pues si bien tiene potestad para limitar los derechos individuales conforme lo indica el art. 14 C.N. no lo debe hacer con medidas desvinculadas de una finalidad que lo justifique. (Terragni, 2015)

Centrándonos especialmente en el artículo 131 del Código Penal observamos que el delito reconoce una escala penal idéntica a la de otras figuras del mismo capítulo como lo son el abuso sexual del primer párrafo del artículo 119 o del propio delito de pornografía infantil contemplado en el artículo 128 del CP⁹. En consecuencia, y parafraseando a

⁹ CP. Art. 128. - Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

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

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

Todas las escalas penales previstas en este artículo se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

Alvarez (2018, p. 111), observamos que se sanciona con la misma respuesta punitiva a quienes cometen un efectivo ataque físico como lo es el abuso sexual que a quienes realizan el acto preparatorio de contactarse por medios digitales con menores de edad con la intención de concretar el abuso.

El proyecto fija la misma pena para quien contacta al menor que para quien efectivamente concreta el abuso, perdiendo toda escala y coherencia. Una vez que el menor ha sido contactado, da lo mismo seguir adelante y abusarlo, pues la pena es la misma. El proyecto peca de una técnica legislativa penal tan pobre que ni siquiera incorpora la repetida salvedad de fijar que esa pena se aplicará “siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado (Busaniche, 2013).

Al respecto de esto Tazza comenta lo siguiente:

Tratándose de un acto preparatorio de otro delito su pena no debería ser igual o superior a la prevista por el ilícito que finalmente se intenta consumir. Mucho más aún, cuando incluso uno de ellos, como podría ser la tenencia de material sexual de menores con fines de distribución o comercialización (art. 128 2º párrafo C.P.), contiene una sanción punitiva considerablemente menor al contacto previo virtual con tales intenciones, que es característico del grooming. Estas dificultades a la hora de establecer el castigo punitivo tal vez podrían haberse evitado con una penalidad menor de acuerdo con la de un acto preparatorio (como en el caso español), o con una graduación punitiva proporcionalmente inferior al delito que se intentaba perpetrar. De este modo se podrían haber soslayado aquellos cuestionamientos que seguramente se formularán en torno a la escala penal, frente a la presunta colisión con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva y el de razonabilidad de los actos de gobierno, previstos por los arts. 18 y 28 de la Constitución Nacional. (Tazza, 2014)

Como podemos observar se reitera en la doctrina lo problemático que resulta el hecho de castigar con la misma escala penal un delito de tipo preparatorio como el de “grooming” con otros en donde se requiere de un resultado y de un actuar específico por parte del

perpetrador como lo pueden ser el delito de abuso sexual o de pornografía infantil. Existe un claro desequilibrio en la pena contemplada en el artículo 131 del CP, existiendo una manifiesta violación al principio de proporcionalidad de las penas y habiendo el legislador fallado profundamente en su tarea de castigar adecuadamente una conducta respetando las garantías constitucionales de todos los ciudadanos.

El principio de lesividad

El art. 19 de la C.N. consagra que las acciones que no lesionan a nadie quedan excluidas de la órbita de control por parte del Estado. Al reglamentar el Derecho Penal este principio constitucional lo que hace es justamente garantizar el espacio de libertad del cual gozan las personas. Mientras no haya lesión a terceros o a la moral u orden público, no hay conflicto, por ende, el poder punitivo del Estado no puede aplicarse. El poder punitivo no puede ejercerse en tanto y en cuanto no exista una lesión a un bien jurídico, sea por lesión propiamente dicha o por peligro cierto. El principio de lesividad exige que en todo delito exista un bien jurídico lesionado, y al cumplirse dicha exigencia es que se habilita el ejercicio posterior del poder punitivo. (Milicic, 2016, p.1)

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

Lo que sucede en el caso de la figura del “grooming” en el Código Penal Argentino es que la norma se limita a prohibir el mero contacto entre los sujetos con objetivos delictivos posteriores, utilizando específicamente el verbo “contactar” en su configuración, e interpretándose el mismo como un acto preparatorio para la configuración de un delito de mayor gravedad o lesión. En razón de esto, Alvarez (2018) manifiesta lo siguiente:

El adelantamiento punitivo a la preparación de actos preparatorios es una clara violación al principio de lesividad, toda vez que no se requiere ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico del sujeto pasivo para que se configure la comisión del delito (Alvarez, 2018, p. 111)

Dicho de otra manera y tal como lo ha expresado Buompadre (2014) que coincide con lo anteriormente expuesto, el adelantamiento de las barreras de protección que resultan en puniciones a meros actos preparatorios, implica la aparición de un delito de peligro abstracto o que puede incluso ser considerado de sospecha, suponiendo esto la quiebra o la lesión al principio de lesividad, con el que se castigan las meras intenciones, marco en el cual difícilmente se pueda argumentar adecuadamente la puesta en peligro o la lesión a bienes jurídicos de menores.

Vale decir, que el ilícito en cuestión se satisface con una conducta que no significa otra cosa que “conectarse”, “relacionarse”, “vincularse”, “comunicarse”, “establecer contacto”, etc., con un menor de 18 años, a través de alguno de los medios tecnológicos existentes (Internet, teléfono, etc.), con la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual en perjuicio del mismo, sin que el tipo requiera de actos materiales algunos (ni previos ni ulteriores a la acción básica) que pudieren poner en riesgo real de lesión al bien jurídico protegido, circunstancia que implicará, de seguro, cuestionamientos y dificultades no sólo en la faz probatoria (en particular, del dolo del delito y de su elemento subjetivo finalístico), sino en cuanto a cuestiones de justicia material, ya que sólo se estaría castigando la tentativa de la tentativa de un delito sexual. (Buompadre, 2014, p. 18)

El principio de legalidad

El principio de legalidad, siendo probablemente uno de los más importantes en lo que refiere a garantías en el ámbito penal, deriva de la parte primera del art. 18 de la Constitución Nacional, cuando dice que nadie "puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso". Por otro lado se complementa con lo que establece el Pacto de San José de Costa Rica que cuenta con jerarquía constitucional que dice en su artículo 9 que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito".

...el principio de legalidad fija cuatro requisitos para considerar válida una ley penal, requisitos que, a su vez, implican una respectiva prohibición: que sea previa, escrita, formal y estricta... Como debe ser estricta, los tipos penales deben ser claros y precisos y se prohíbe la indeterminación (Piqué, 2012, p. 2)

Siguiendo esta línea y profundizando con respecto a la importancia del principio de legalidad como el basamento sobre el que descansa el ordenamiento jurídico penal la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado lo siguiente:

En aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son

*los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.*¹⁰

Como consecuencia de la manera en la que se ha redactado el artículo que contempla la conducta conocida como “grooming”, cualquier contacto con una persona menor de edad a través de los medios mencionados en la norma podrían resultar en una investigación penal. A decir de Alvarez (2018) *“la técnica legislativa utilizada vulnera el principio de legalidad en lo que refiere al mandado de certeza por la vaga e imprecisa redacción del tipo penal”*.

Nuevamente es importante mencionar el comunicado manifestado a pocos días de la promulgación de la ley de la mano de la “Asociación Pensamiento Penal” y la evidente alarma con respecto al conflicto entre la tipificación de la conducta y el principio de legalidad:

La redacción es vaga e imprecisa, pues alude a quien “contactare” a una persona menor de edad, a la vez que agrega un requisito subjetivo igual de impreciso y de prácticamente imposible demostración, como es el “propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”. Una redacción de estas características carece de una descripción precisa de las acciones típicas, dificultando reconocer los límites de lo punible y lo impune. Cualquier mensaje enviado a un menor a través de cualquier medio electrónico de transferencia de datos podría configurar el contacto que habilite una investigación penal en aras de determinar la existencia de esa finalidad y, con ello, derrumbar durante la sustanciación del proceso cualquier barrera que garantice la intimidad o la libertad de los ciudadanos denunciados. (Asociación Pensamiento Penal, 2013)

El término “contactare” es vago e impreciso, al igual que el requisito subjetivo de un “propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”, que resulta difícil de demostrar. En este caso, cualquier contacto con un menor de edad a través de los

¹⁰ Corte IDH, Caso “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, sentencia de 2/02/2001, n° 72.

medios especificados por la norma podría ser objeto de investigación penal a efectos de determinar el cumplimiento del requisito subjetivo mencionado. (Schnidrig, 2016, p. 5).

Otra cuestión muy resonante en la doctrina con respecto al artículo 131 y su extrema vaguedad refiere a la no determinación de los rangos etarios tanto del sujeto activo como del pasivo, dando lugar a que se pueda llegar incluso a dar una situación de “grooming” entre personas de la misma edad o similares rangos etarios.

La indeterminación de rangos etarios –tanto para el sujeto pasivo como para el activo– como presupuesto de la figura del art. 131 igualmente presenta inconsistencias con el resto del articulado. La falta de distinción de las edades iguala los supuestos en que la víctima sea un menor de dieciocho años y mayor de trece años, cuando la ley criminal presupone jure et de jure que la edad de consentimiento en términos sexuales es de trece años, reportando entonces el artículo 131 una inconsistencia injustificada con lo preceptuado por el resto del articulado del digesto de fondo. (Moyano, 2014, p. 5)

Con respecto a esto, la “Asociación Pensamiento Penal” manifestó lo siguiente:

La norma resulta sobrecomprensiva al abarcar supuestos de contacto entre jóvenes (por ejemplo uno de 17 años con otro de 16) que tendría como consecuencia una desnaturalización del modo en que se desarrollan las interacciones juveniles frente a la sospecha de que ese contacto pudiera ser interpretado como revelador de una finalidad de atentar contra la integridad sexual del sujeto pasivo. (Asociación Pensamiento Penal, 2013)

Como se puede observar, el articulado presenta diversos conflictos en su redacción y resulta sumamente complicado entender por qué desde el ámbito legislativo se optó por contemplar dicha conducta de esta manera. Como consecuencia de la falta de precisión y la no diferenciación entre rangos etarios de ambos sujetos intervinientes se corre el riesgo de caer en un paternalismo excesivo que claramente desconoce la sexualidad adolescente y la progresividad de la tutela penal otorgada a las personas menores de dieciocho años.

Conclusiones parciales

Habiendo profundizado sobre aquellos principios constitucionales del derecho penal que se encuentran en conflicto con el artículo 131 del Código Penal Argentino, y partiendo de la base de que este país cuenta con un sistema de supremacía constitucional en donde la Carta Magna funciona siempre como ley suprema sobre la cual debe descansar el resto del articulado legal, se concluye parcialmente de que existe conflicto entre la figura tipificada del “grooming” y algunos preceptos constitucionales.

Con la simple lectura del artículo 131 del CP se observa que existe una escala penal exagerada que incluso llega a ser igual que la escala contemplada en otros delitos de mayor gravedad como el abuso sexual del primer párrafo del artículo 119. Existe una clara contradicción con el principio de proporcionalidad de las penas, que requiere que el ordenamiento interponga una sanción idónea en relación al hecho cometido.

Por otro lado el hecho de que la norma se limite a castigar solo el contacto entre los sujetos activo y pasivo configura la prohibición de un acto preparatorio, lo que a decir de un sector mayoritario de la doctrina resulta en un adelantamiento punitivo y viola claramente el principio de lesividad.

Finalmente se analizó en el presente capítulo el conflicto que existe en el artículo 131 del CP con el principio de legalidad (que establece que la ley penal debe ser previa, escrita, formal y por sobre todas las cosas estricta y precisa) como consecuencia de la vaguedad con la que se ha descrito la conducta típica requerida para configurar el delito.

Resulta ineludible lo problemático de la redacción del articulado referido al grooming en Argentina, aún cuando hayan existido buenas intenciones por parte del cuerpo legislativo como consecuencia de lo importante de responder ante la necesidad social de contemplar una conducta tan peligrosa y nociva para un sector vulnerable de la población.

Capítulo 4: Inconstitucionalidad del artículo 131 CP

Introducción

En el presente y último capítulo de este trabajo final de grado se abordarán las conclusiones finales de la investigación y se realizará una resumida comparativa entre la tipificación de grooming que se ha hecho en la República Argentina y la manera en la que se la ha contemplado en el derecho comparado más cercano y representativo a modo de revisar cuáles hubieran sido las mejores maneras de abordar dicha conducta.

La inconstitucionalidad del artículo 131 del Código Penal

En virtud de todo lo expuesto se advierte en el presente trabajo que la redacción actual de la figura de “grooming” contemplada en el artículo 131 del Código Penal tiene una serie de puntos problemáticos que afectan a principios y garantías constitucionales que funcionan como base para el funcionamiento del ordenamiento jurídico penal argentino.

Se han observado claros conflictos de la figura delictiva mencionada con el principio de legalidad en virtud de la enorme vaguedad e imprecisión que existe en la determinación del tipo penal y los rangos etarios de los sujetos activos y pasivos, mientras que también existe una gran falta de sistematicidad y coherencia con el resto de disposiciones del Código Penal y una clara falta de proporción con respecto a la pena del delito de grooming que se encuentra equiparado a otros delitos de mayor gravedad como lo son el abuso sexual o la pornografía infantil. En virtud de la clara incompatibilidad de la norma mencionada con principios sustanciales como el de legalidad, el de lesividad y el principio de proporcionalidad de las penas en el presente trabajo se considera que el

artículo 131 del Código Penal es claramente inconstitucional y pueden llegar a generarse de cara al futuro diversos planteamientos con respecto a esto en la práctica judicial.

Comparativa de la figura del grooming en Argentina y en el derecho comparado

Ya se ha mencionado en repetidas ocasiones la manera en la que se ha redactado el artículo que castiga la conducta de “grooming” en el ordenamiento jurídico local. Resulta oportuno comparar dicha tipificación con la que se ha realizado en otros países a modo de complementar el análisis pudiendo observar cómo los legisladores de las distintas regiones han logrado sortear las dificultades que se presentan al tener que trabajar sobre estas temáticas y rubros relativamente recientes.

En Brasil se modificó el “Estatuto da Criança e Adolescente” en lo referente a los aspectos penales con la intención de incluir cuestiones relacionadas con la pedofilia. Si bien resulta considerablemente amplio, en este caso solo compete el apartado del artículo 241D de la ley 8069/90 en donde se incorpora el “grooming” como conducta punible y se lo articula de la siguiente forma:

Aliciar, acosar, instigar o obligar, por cualquier medio de comunicación, con el fin de con ella practicar acto. Pena: reclusión, de 1 (uno) a 3 (tres) años, y multa. En las mismas penas incurre quien:

I - Facilita o induce el acceso al niño de material que contenga una escena de sexo explícito o pornográfico con el fin de con ella practicar acto libidinoso.

II - Practica las conductas descritas en el caput de este artículo con el fin de inducir a niño a presentarse de forma pornográfica o sexualmente explícita.

Se puede observar una clara diferencia en cuanto a la precisión en la tipificación de la conducta típica. En este caso se hace uso de cuatro verbos diferentes dentro de la figura básica más las dos conductas vinculadas en el párrafo único.

A diferencia de nuestro art. 131, las conductas prohibidas exceden el mero contacto telemático, ya que se requiere el empleo del medio coactivo (“asediar” o “constranger”) o bien cierto abuso de superioridad o preeminencia sobre el menor (“aliciar” o “asediar”). Si el término “aliciar” se identifica con la conducta de seducir a otro, se aproxima más a la naturaleza de este delito sexual. En este aspecto, la ley brasileña presenta una amplia ventaja sobre su homónima argentina ya que la barrera de punición de la primera coincide, al menos, con el ejercicio de violencia psíquica sobre el menor de edad, o el abuso de una relación de preeminencia sobre el menor en función de la mayoría de edad. (Aboso, 2013, p. 17)

En Chile se sancionó una denominada “Ley de grooming”, la N° 20526 (publicada el 20 de agosto de 2011), que modificó entre otros el art. 366 quáter quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 366 quáter.- 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 1° 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 falseara su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado

En este caso también se observa una mayor precisión con respecto a la conducta que se castiga además de observar que la edad del sujeto pasivo se fija en los 14 años, un punto fundamental en lo que refiere al respeto al desarrollo adolescente y a la progresividad de la madurez sexual que lamentablemente se ha obviado en la tipificación local.

Se establece la edad de 14 años para diferenciar la mayor o menor gravedad de las conductas prohibidas, exigiéndose la realización de amenazas en los casos de mayores de esa edad. Se especifica que las conductas prohibidas consisten en la propia realización de acciones de significado sexual ante el menor, la exhibición gráfica o auditiva de pornografía y la determinación para que el menor realice tales acciones. Se agrava la pena si se simula cierta edad o identidad. (Garibaldi, 2014, p. 29)

Perú también incorporó a través de la “Ley de Delitos Informáticos” número 30096 publicada el 22 de Octubre del 2013 la conducta de grooming a través del artículo 5 referido a “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos” rezando de la siguiente manera:

El que, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal.

Son dos los puntos que la diferencian del artículo 131 del Código Penal Argentino: por un lado se advierte que el articulado peruano distingue los rangos de minoridad a la hora de establecer al sujeto pasivo según las distintas situaciones típicas que se verifican. Por otro lado también se observa que se contemplan más rigurosamente las penas conminadas en abstracto.

Por último queda mencionar el caso del derecho español que tipifica la conducta del grooming en su artículo 183 bis del Código Penal Español de la siguiente forma:

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión y 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.

Si bien la estructura resulta similar en un principio con la tipificación realizada en Argentina en relación a los medios de comisión, se advierte que el articulado español es mucho más complejo a la hora de darle forma y especificar la conducta típica siendo mucho más preciso.

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

intimidación o engaño. De nuevo, las diferencias son evidentes. Contactar y proponer concertar un encuentro, acompañando la propuesta de actos dirigidos a lograr el acercamiento es bien distinto de contactar con cierta ultraintención. Luego, ni siquiera es ese el principio y fin de toda la regulación española: El menor no debe haber cumplido 13 años y el delito es más grave si media coacción, intimidación o engaño. (Garibaldi, 2014, p. 30)

Conclusiones parciales

En virtud de todo lo expuesto se advierte en el presente trabajo que la redacción actual de la figura de “grooming” contemplada en el artículo 131 del Código Penal tiene una serie de puntos problemáticos que afectan a principios y garantías constitucionales que funcionan como base para el funcionamiento del ordenamiento jurídico penal argentino.

Por otro lado también se ha analizado en el presente capítulo distintas legislaciones del derecho comparado de países que son referentes tanto a nivel regional como global y se han podido observar considerables diferencias con respecto a la manera en la que se ha incorporado el “grooming” en el ordenamiento local.

Si bien, como se ha mencionado antes, la intención del cuerpo legislativo argentino resulta ponderable es inevitable comparar con otros ordenamientos jurídicos y observar cómo en el derecho comparado se ha logrado precisar con mayor exactitud y de manera mucho más clara la conducta que se ha buscado prohibir y castigar.

Conclusiones generales

Para finalizar el presente trabajo, y a raíz del análisis que se ha realizado con respecto al artículo 131 del Código Penal Argentino y la forma en la que se ha tipificado dicha conducta, se realizan las siguientes conclusiones finales:

La redacción actual del artículo 131 del Código Penal, además de resultar inconstitucional a criterio de quien escribe y de gran sector de la doctrina local, presenta una redacción desafortunada y con extrema vaguedad. Se advirtieron una serie de inobservancias por parte de los legisladores con respecto a diversos principios y garantías constitucionales que resultan la base sobre las cuales debe funcionar el ordenamiento jurídico penal como lo son el de proporcionalidad de las penas, el de lesividad y el imprescindible principio de legalidad.

La acción típica del delito de grooming en el ordenamiento local resulta extremadamente vaga e indeterminada e incluso las posibilidades probatorias con respecto a determinar que el contacto del sujeto activo frente al menor ha perseguido fines sexuales son considerablemente improbables, lo que hace que la figura en cuestión sea contraria al principio de legalidad. Por otro lado, la escala penal siendo idéntica a la de otros delitos de mayor gravedad la vuelve contraria al principio de la proporcionalidad de las penas. Finalmente, volvemos a reiterar que el hecho de castigar un acto preparatorio que se realiza con la intención de cometer a posteriori otro delito diferente viola el principio de lesividad del ordenamiento constitucional penal.

Otras de las cuestiones primarias que se han observado en el desarrollo del presente trabajo refiere a la falta de diferencia con respecto al rango etario de los sujetos tanto activo como pasivo que forman parte de la tipificación actual. Poder distinguir dentro de los menores de edad distintos rangos etarios es fundamental para evitar el paternalismo excesivo por parte del Estado en ejercicio de su poder punitivo y prevenir que se desconozca la sexualidad adolescente. Por otro lado, la no especificación con respecto a

la necesidad de que el sujeto activo sea mayor de edad da lugar a posibilidades de persecución a otros menores de edad, cuestión claramente conflictiva del artículo y asunto sobre el cual el legislador ha fallado en advertir.

Hubiera sido correcto que la edad del sujeto pasivo reconociera el límite de los trece años, tal como se ha receptado incluso en las figuras contempladas en el derecho comparado mencionado anteriormente, y evitar así caer en conflicto con el respeto al desarrollo adolescente y la progresividad de la tutela penal que se otorga sobre los individuos que son menores de edad.

Resulta ponderable el hecho de que se haya incluido un tipo pena de esta naturaleza que abarca cuestiones relacionadas a las nuevas formas de comunicación y en consecuencia las nuevas maneras de agresión sexual que pueden llegar a sufrir personas que se encuentran en grupos vulnerables como lo son los menores de edad. Si bien es sumamente valorable la actitud del legislador de incorporar dicha conducta al ordenamiento jurídico argentino con la finalidad de brindar una mayor tutela a dicho sector, es inevitable concluir que ha existido un enorme déficit a la hora de legislar sobre esta conducta y que la tipificación resulta insuficiente pudiendo incluso provocar una persecución penal inadecuada.

Listado de bibliografía

Doctrina

Aboso, G. (2014). El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales. Recuperado de

<http://informaticayderecho.com.ar/send/10-tema-vi-delitos-informaticos-en-argentina/21-contacto-telematico-con-menores>

Alvarez, J. T. (2018). *Delitos Sexuales. Coerción sexual e internet*. (Ed. rev.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediciones DyD.

Anzit Guerrero, R.; Tato, N. y Profumo, S. 2010. *El derecho informático y sus aspectos fundamentales*. Primera edición. Buenos Aires, Cathedra Jurídica.

Aristimuño, J. (2013). Corrupción de menores a través de Internet. El delito de —Grooming. Revista digital Pensamiento Penal.

Arocena, G., & Balcarce, F. (2016, 26 septiembre). «Child grooming»: Contacto tecnológico con un menor para fines sexuales. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/10/04/child-grooming-contacto-tecnologico-con-un-menor-para-fines-sexuales/>

Bidart Campos, G. J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Buompadre, J. (2014). Grooming. *Revista Digital Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40272-grooming>.

Busaniche, B. (2013, 14 noviembre). "Grooming": Una mala legislación escondida en buenas intenciones. Recuperado de <https://www.lagaceta.com.ar/nota/568200/politica/grooming-mala-legislacion-escondida-buenas-intenciones.html>

Ennis, V., & Maya, M. (s.f.). Los Fantasmas del Facebook. Recuperado de <http://revistaanfibia.com/cronica/los-fantasmas-del-facebook/>

Fernández Teruelo, J. G. (2011). *Cibercrimen: los delitos cometidos a través de Internet*. Oviedo, España: Constitutio Criminalis Carolina.

Garibaldi, G. (2014). *Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina. Delitos informáticos*, año III Nro. 7. Infojus, Buenos Aires.

Grenni, L., & Fernandez Rios, R. (2018b). La previsión normativa del tipo penal del Grooming en la Argentina. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46963.pdf>

Lascano, C. J. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Advocatus.

Migliorisi, D. 2014. *Crímenes en la web. Los delitos del siglo XXI*. Primera edición. Buenos Aires, Editorial Del Nuevo Extremo.

Milicic, A. J. (2016). Principio de lesividad y peligrosidad en nuestro Código Penal. Recuperado de <https://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/milicic2.pdf>

Mir Puig, S (1998). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, España. Euros.

Moyano, H. (2014). Grooming: Comentario sobre la incorporación del reciente artículo 131 del Código Penal. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40135-grooming-comentarioincorporacion-del-articulo-131-al-codigo-penal>

Piqué, M. (2012). *La Convención de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Riquert, M.A. (2014). Ciberacoso sexual infantil (“grooming”). Revista de Derecho Penal y Criminología. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37955.pdf>

Roibón, M.M. (2017). El delito de grooming en la legislación argentina. *Revista digital Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45560-delito-grooming-legislacion-argentina>.

Sagües, N. P. (1996). *Manual de derecho constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: ASTREA.

Schnidrig, D. (2016). El delito de ‘grooming’ en la legislación penal actual y proyectada en argentina. Recuperado de <https://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/Informe-Anteproyecto-Codigo-Penal.pdf>

Tazza, A. (2014). El delito de grooming - Art. 131 Cod. Penal. Recuperado de <http://penaldosmdq.blogspot.com/2014/04/el-delito-de-grooming-art-131-cod-penal.html>

Temperini, M. (2018). Delitos informáticos y cibercrimen: alcances, conceptos y características. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/09/doctrina46963.pdf>

Terragni, M. A. (2015, 9 noviembre). El principio de proporcionalidad de la pena. Recuperado de <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/principio.htm>

VANINETTI, Hugo A. “Inclusión del grooming en el Código Penal”, publicado en La Ley, diario del 16/12/13, pág. 1 (Tomo 2013-F-1200) disponible on line AR/DOC/4628/2013.

Yacobucci, G. J. (2004). El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrinaprint/dacf040067-yacobucci-principio_proporcionalidad_como_regla.htm

Villacampa Estiarte, C. (2014). Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación. Recuperado de <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2094>

Wacker, H.; Rojo Delaux, D. y Curi, F. (2005). Los delitos informáticos y las medidas autosatisfactivas como posible solución. Rosario, Editorial Librería Juris.

Legislación

Convención de Budapest contra el Cibercrimen -The Convetion On Cybercrime

Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual

Código Penal de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina

Ley 26.904 de Grooming. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 19.798. Ley Nacional de Telecomunicaciones. Honorable Congreso de la Nación Argentina

Ley 8069/90 “Estatuto da Criança e Adolescente”. Brasil.

Ley 20.526. Acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Biblioteca Congreso Nacional de Chile. (2011).

Ley 30096 . “Ley de Delitos Informaticos”. El Congreso de la República de Peru (2013).

Jurisprudencia

T.Crim., "F. L. N. s/ Corrupción de menores agravada" Causa 4924-0244 del 5/VI/2013.
Facultad de Derecho UBA. Recuperado 20 de Enero de 2016 de
<http://www.niunomenos.org.ar/2014/attachments/article/117/27.FRAGOSA,%20LEANDRO%20NICOLAS%20s.CORRUPCION%20DE%20MENORES%20AGRAVADA.do>