



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

“La figura de Grooming en el Código Penal Argentino - Afectación de
Principios y Garantías Constitucionales”

Matilica Camila Soledad

DNI: 38269636

N° de legajo: VABG57049

2020

A mi familia, por apoyarme y creer en mí más que nadie

A mi abuela Matilde, por ser mi motivación más grande

A mis padres Martha y Jorge, por toda esta vida de sacrificios para darme lo mejor

A mi compañero de vida Pablo, por alentarme a seguir y estar a mi lado en cada paso

A mis estrellas, que guían y cuidan mi camino

Resumen

En el presente Trabajo Final de Graduación se realizó un análisis acerca de la ley de Grooming vigente en la República Argentina regulado en el artículo 131 del Código Penal con el fin de proteger la integridad sexual de los menores.

Se abordó el estudio de los proyectos de ley que fueron de vital importancia para que luego se diera sanción a la citada norma. Se expuso también en detalle sus características para así cotejar las diferencias y similitudes de la misma frente a las legislaciones internacionales como son las de España, Chile y Perú. Se enseñó el concepto de Grooming y las etapas por las que atraviesa un pederasta en pos de cometer el ilícito, como así también las consecuencias penales a las que se enfrentaría cometiendo el hecho.

Se examinó finalmente, los principios y garantías constitucionales que se ven afectados por la ley de Grooming como son el principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, describiéndolos y detallando la problemática en profundidad.

Palabras Claves: Grooming, Integridad Sexual, Principio de Legalidad, Principio de Proporcionalidad de las Penas.

Abstract

In the present Final Graduation Work, an analysis was performed of the Grooming law in force in the Argentine Republic, declared in article 131 of the Penal Code in order to protect the sexual integrity of minors.

Allow for the study of the bills that were of vital importance so that the aforementioned rule was later sanctioned. Its characteristics were also explained in detail, in order to compare the differences and similarities of the same law against international legislation, such as those of Spain, Chile and Peru. Exposing the concept of Grooming and the stages that a pedophile goes through in pursuit of committing the crime, as well as the criminal consequences that he would face committing the act.

Finally, the constitutional principles and guarantees that are affected by the Grooming law were examined, such as the principle of legality and proportionality of penalties, describing them and detailing the problem in depth.

Key Words: Grooming, Sexual Integrity, Principle of Legality, Principle of Proportionality of Penalties.

Índice

Introducción	1
Capítulo I: Análisis de Legalidad	3
1. Proyectos de Ley	4
1.1. Primer Proyecto de Ley de Grooming 2356/09.	4
1.2. Proyecto de ley de Grooming S-3374/09.	5
1.3. Proyecto de ley Grooming S-3267/10	6
1.4. Proyecto de ley de Grooming S-2174/11.	7
1.5. Ley 26.904 de Grooming	9
2. Regulación internacional.	10
2.1. España.....	10
2.2. Chile.....	11
2.3. Perú.....	12
Conclusiones parciales.	14
Capítulo II: Grooming	16
1. Concepto.....	16
1.1. Características.....	16
2. Artículo 131 del Código Penal Argentino.....	17
2.1 Bien Jurídico Tutelado.....	18
2.2 Determinación de sujetos: activo/pasivo	18
2.3 Escala Penal.....	20
2.4. Anteproyecto de reforma del Código Penal	21
Conclusiones parciales.	23
Capítulo III: Principios y garantías constitucionales afectadas	25
1. Principio de legalidad.....	25

2. Principio de proporcionalidad de las penas	27
Conclusiones parciales.	29
Conclusiones finales.....	31
Listado de Bibliografía.....	34
1. Doctrina.....	34
2. Legislativos.....	36
3. Jurisprudencia.	36

Introducción

En el año 2013 se sancionó la Ley 26.904 de Grooming como delito penal descrito en el artículo 131 del Código Penal Argentino. Finalmente en Argentina se promulgaba una ley que protegería a los menores de edad de los engaños pederastas. Debido al rápido avance de la tecnología fue un gran paso el darle un marco legal a la figura de Grooming.

Sin embargo a partir de su sanción, surgieron diferentes puntos problemáticos respecto de la norma, según la doctrina consultada debido a la vaguedad en su redacción, a la imprecisión de la misma respecto a la determinación de los sujetos activo/pasivo en cuestión, y por contar con una escala penal idéntica a la del delito sexual simple siendo éste un acto preparatorio, es por ello que se critica la norma, porque la misma vulneraría de esa forma principios y garantías constitucionales.

La finalidad de éste Trabajo Final de Grado, es analizar la Ley de Grooming desde diferentes puntos, por un lado respecto a su redacción ya que por la vaguedad de la misma se vería afectado el principio de legalidad, y por otra parte respecto a la escala penal de la norma, que entre otros aspectos vulneraría el principio de proporcionalidad penal.

El método de investigación que se utilizará es el tipo Descriptivo, “el cual apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio mediante la caracterización de sus rasgos generales”. (Yuni y Urbano, 2006). Se investigará con dicho método para analizar en profundidad la ley de Grooming y corroborar la hipótesis de que la misma vulnera principios y garantías constitucionales.

La estrategia metodológica que se empleará será la cualitativa, la cual es utilizada con frecuencia para recolectar datos como las descripciones y observaciones, convenientes para abordar nuestro Trabajo y comprender claramente el delito de grooming y sus características. (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista, 2006).

La técnica con la que se abordó el Trabajo, fue la del análisis documental. Analizando fuentes primarias, secundarias y/o terciarias que dan cuenta del instituto jurídico bajo estudio. (Sampieri, 2006).

El desarrollo del Trabajo Final de Graduación se estructurará en tres partes, la primera que comprende el capítulo I, donde se realizará un exhaustivo análisis de legalidad, presentando los proyectos de ley que fueron la base para la posterior sanción de la Ley de Grooming y así poder comprender los fundamentos para su creación. La segunda parte comprendida por el capítulo II, donde se expone el concepto de Grooming y las etapas que atraviesa un pedófilo hasta llegar a cometer el ilícito, como así también las consecuencias que le corresponderían analizando la escala penal.

La tercera parte del Trabajo Final de Graduación que comprende al último y tercer capítulo, se estudiarán finalmente los principios y garantías constitucionales para poder responder la hipótesis acerca de si la normativa vigente de Grooming es violatoria de éstos principios para poder elaborar las conclusiones finales, que buscará aclarar los interrogantes de la problemática.

Capítulo I: Análisis de Legalidad

En los últimos años, ha sido considerable la evolución que hubo en relación a la Red Internet, desde su creación hasta la actualidad, muchos fueron los cambios que atravesó. Su crecimiento y expansión por todo el mundo, con la llegada de los dispositivos inteligentes, *Smartphones*, *tablets*, *notebook*, y con ellos el arribo de las Redes Sociales, *Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, entre otras, la posibilidad de acceder a ellas siendo de fácil acceso y desde cualquier lugar. Pero con estos acontecimientos, surgieron nuevos delitos, los llamados delitos informáticos, provistos de nuevas modalidades, que lograron profusa trascendencia en el ámbito judicial debido a la gran importancia de ocuparse de éstas problemáticas surgidas por lo que correspondía que fueran reguladas legalmente.

En el presente capítulo, analizaremos la regulación nacional e internacional que alcanzó la figura del Grooming. Respecto a la regulación Argentina, se profundizará en el camino que transitó la ley de Grooming en diferentes proyectos hasta llegar a la sanción de la Ley 26.904 de Grooming¹ en Argentina, y su incorporación al Código Penal Argentino en su art. 131.²

¹ Ley 26.904 de Grooming, 2013.

² Artículo 131 del Código Penal Argentino.

1. Proyectos de Ley

1.1. Primer Proyecto de Ley de Grooming 2356/09.

En el año 2009 el Senador Roberto Basualdo, en el proyecto 2356-/09³ se presentó con el objeto de crear un Programa Nacional de Prevención del Grooming. Expresaba en su art.5:

ARTICULO 5º: Los objetivos del presente programa son:

- a) Contribuir con la prevención y erradicación del grooming.
- b) Confeccionar y promover medidas de índole jurídica, legislativa, política, administrativa y cultural que fomenten la protección de los derechos del niño/a y adolescentes frente a este tipo de modalidad de abuso sexual.
- c) Concientizar a la población, instituciones gubernamentales y no gubernamentales sobre el grooming, a los efectos de que se promuevan entre los distintos sectores de la sociedad políticas de prevención para hacer frente a estas situaciones.
- d) Efectuar campañas de difusión a través de los medios de comunicación masiva, destinadas a niños, adolescentes y padres, con el objetivo de prevenir grooming, concientizando sobre el uso responsable de las tecnologías.
- f) Promover el abordaje del tema en el desarrollo de las políticas públicas nacionales y provinciales.
- g) Favorecer el desarrollo de mecanismos institucionales destinados a capacitar en la prevención del grooming a organismos gubernamentales, funcionarios con responsabilidad en la materia, organizaciones no gubernamentales y aquellos a quienes la autoridad de aplicación considere pertinente.

³ Proyecto de ley 2356/09 Art.5 Grooming, 2009.

- h) Impulsar y fortalecer el desarrollo de estudios e investigaciones en la temática.
- i) Generar formas de participación de la población, dentro del proceso de articulación del programa, mediante jornadas y talleres que permitan prevenir y detectar el grooming.
- j) Implementar un centro de documentación y base de datos sobre la temática del grooming, al que podrán acceder e incorporar información todos los organismos involucrados.

El senador expresaba en sus fundamentos la importancia de la creación del Programa Preventivo de Grooming, donde proponía la creación de políticas públicas que abarquen la problemática desde un punto de vista legal pero también educativo, incorporándolo incluso a la currícula escolar.

El proyecto no se sancionó, pero constituyó en nuestro país el primer proyecto donde se mencionaba y proponía políticas contra el Grooming, lo cual es algo de mucha importancia ya que con su presentación se comenzó a debatir la problemática.

1.2. Proyecto de ley de Grooming S-3374/09.⁴

Presentado el 17 de diciembre de 2009, por la abogada y en su momento Senadora Liliana Negre de Alonso, el mencionado proyecto, disponía en su art. 1, la incorporación al Código Penal Argentino del art. 125 que quedara redactado de la siguiente manera:

“Artículo 125 ter.- “El que por medios electrónicos vulnere la indemnidad sexual de un menor mediante algunas de las acciones descriptas en el presente capítulo, exhibiendo, transfiriendo, enviando o intercambiando fotos, videos y cualquier

⁴ Proyecto de ley S-3374/09 Grooming, 2009.

representación visual o sonora de contenido pornográfico, será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años.”

La senadora expresaba en los fundamentos del proyecto, que mediante dicha iniciativa lo que buscaba proteger era la indemnidad sexual de los menores que con su inocencia eran víctimas de engaños y potenciales víctimas de abuso sexual, ya que al ser internet un campo muy vulnerable se veía impedido incluso el control de los padres sobre los menores en ése ámbito.

El proyecto finalmente no fue sancionado, pero fue de trascendente importancia al solicitar en sus fundamentos la creación del tipo penal dentro de Capítulo III de Delitos Contra la Integridad Sexual. Siendo esto un puntapié para comenzar los debates hacia un nuevo proyecto que encuadre en un marco legal al Grooming.

1.3. Proyecto de ley Grooming S-3267/10.⁵

Presentado el 23 de septiembre de 2010 por la Senadora María José Bongiorno el proyecto de Grooming S-3267/10, retomando con lineamientos del proyecto S-3374/09 antes detallado, dispone en su art. 1: se incorpore como artículo 125 del Título III, Capítulo III de “Delitos contra la Integridad Sexual” del Código Penal el siguiente texto:

Artículo 125 ter: Será reprimido con la pena de reclusión o prisión de tres a diez años el que, utilizando medios electrónicos, perturbare moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años con fines de someterlo sexualmente mediante la utilización de transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales.

⁵ Proyecto de ley S-3267/10 Grooming, 2010.

La senadora en sus fundamentos expone que el objetivo del proyecto era darle un freno a ésta problemática del Grooming y poner en resguardo la integridad sexual de los menores, tipificando la figura del Grooming para terminar en el país con la falta de normativa en ésta cuestión.

Éste proyecto que seguía con los lineamientos del proyecto S3374/09⁶ de la Senadora Liliana Negre de Alonso afortunadamente a diferencia de proyectos anteriores si obtuvo tratamiento por la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Estado del Congreso de la Nación y se trató en la misma en conjunto con el Proyecto de Ley de Grooming S2174/11 que analizaremos en breve.

1.4. Proyecto de ley de Grooming S-2174/11.

Los Senadores María de los Ángeles Higonet y Verna Carlos Alberto fueron los autores de éste proyecto de Grooming S-2174/11⁷, que fue presentado el 01 de septiembre del año 2011 y en su art. 1 solicitaban:

Agréguese como artículo 128 bis del CP el siguiente:

“Artículo 128 bis: Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico, cometiere acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor para que este realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual.

Éste proyecto, fue aprobado el día 02 de noviembre de 2011 por Senadores, y remitido a Diputados quienes consultando diferentes actores y especialistas modificaron el texto original, por un nuevo texto que establecía:

⁶ Proyecto de ley S3374/09 Grooming, 2009.

⁷ Proyecto de ley S-2174/11 Grooming, 2011.

“Será penada con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad, que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece años, que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual.

En la misma pena incurrirá la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, cuando mediere engaño, abuso de autoridad o intimidación.”

A pesar de que el texto de Diputados daba solución a muchos de los puntos problemáticos del texto de Senadores, dado a que según Schnidrig (2016) aportaba soluciones a las críticas que se le realizaban, ya que establecía la mayoría de edad del sujeto activo, establecía distintos requisitos según la edad de la víctima, contemplaba penas menores y establecía la conducta típica de forma más precisa.

Pero pese a ello el día 13 de noviembre de 2013, Senadores aprobó el texto original, ignorando lo expuesto por Diputados durante su tratamiento, según Riquert aún cuando los errores técnicos habían sido detectados en forma previa a la aprobación del texto final, se avanzó en su sanción.

La senadora Sonia Escudero⁸ señaló que llegaron a la conclusión de aprobar el texto original, porque el de la otra Cámara, era otro delito completamente distinto ya que se había modificado la escala penal en abstracto reduciéndola, mientras que la iniciativa de Senadores fijaba una que tenía amplitud suficiente para que el juez del caso pueda aplicar pena.

Como se expuso anteriormente, Senadores finalmente aprobó el texto original, por lo que el día 13 de noviembre de 2013 se sancionó la Ley 26.904 de Grooming y su adhesión al art. 131 del Código Penal Argentino, que analizaremos a continuación.

1.5 Ley 26.9049 de Grooming

La presente Ley, promulgada el 04 de diciembre de 2013 dicta en su art. 1:

Incorporase como artículo 131 del Código Penal¹⁰ lo siguiente:

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

La relevancia de dicha Ley de Grooming, se fundamenta en que con ella, Argentina logró un encuadre legal para el delito de Grooming que carecía de regulación legal, por lo que ahora son punibles aquellas conductas llevadas a cabo en medios virtuales que vulneren la integridad sexual de los menores.

⁸ Versión Taquigráfica, 12ª Reunión, 9ª Sesión Ordinaria, Cámara de Senadores de la Nación, 2/11/2011.

Recuperado de: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/busqueda>.

⁹ Ley 26.904 de Grooming, 2013.

¹⁰ Artículo 131 del Código Penal Argentino.

En el siguiente capítulo analizaremos en detalle la figura del Grooming para adentrarnos tendidamente en la trama central de éste trabajo.

2. Regulación internacional.

2.1. España

Mediante la Ley Orgánica 5/2010¹¹ en el año 2010 España reguló la figura del Grooming y adhirió la misma al Código Penal Español. Años más tarde tras las innumerables críticas hacia la edad que comprendía el sujeto pasivo, realizaron una reforma mediante Ley Orgánica 01/2015¹² en la que elevaron la edad de consentimiento sexual de 13 años de edad a 16 años de edad. Actualmente se encuentra regulado en el art. 183 ter¹³ que expresa lo siguiente:

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

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos

¹¹ Ley Orgánica 5/2010 recuperado de: <https://www.iberley.es/legislacion/ley-organica-5-2010-22-jun-modifica-10-1995-codigo-penal>

¹² Ley Orgánica 01/2015 recuperado de: <https://elderecho.com/ley-organica-12015-por-la-que-se-modifica-la-ley-organica-101995-del-codigo-penal>

¹³ Artículo 183 Código Penal Español recuperado de: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-183-ter/>

dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Respecto al sujeto activo, según el Código Penal Español podría ser cualquier persona ya que no especifica que debería ser un mayor de edad el que cometiera el delito de Grooming. Acerca del sujeto pasivo, pese a que en la reforma se elevó la edad de consentimiento sexual hacia los 16 años de edad, se omite a las personas que tengan más de 16 años pero que tengan discapacidad, los cuales podrían ser tan vulnerables como los niños que contempla ésta ley. También hace mención a que la pena se agravará en aquellos casos en que el contacto sea mediante engaños, coacción o intimidación.

2.2. Chile

El Código Penal de Chile, regula al Grooming en su art. 366 quáter¹⁴ en el que expone:

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

¹⁴ Artículo 366 Código Penal Chileno recuperado de: https://leyes-cl.com/codigo_penal/366%20QU%C3%81TER.htm

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 falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.

Respecto al sujeto activo, el Código Penal de Chile, al igual que en Argentina y España no está esclarecido por lo que podría ser cualquier persona el sujeto activo. Respecto al sujeto pasivo en Chile se considera capaz de dar consentimiento sexual a partir de los 14 años.

2.3.Perú

El Código Penal Peruano, encuadró la figura del Grooming mediante la Ley N°30096 de Delitos Informáticos en su capítulo III llamado Delitos Informáticos contra la Indemnidad y Libertad Sexuales donde en su art. 5 donde exponía:

Artículo 5.- Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos:

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.

Sin embargo el 10 de marzo de 2014 dicho artículo fue modificado por la Ley 30.171 por lo cual el texto quedó de la siguiente manera:

“Artículo 5.- Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos:

El que a través de internet u otro medio análogo 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 una 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.”¹⁵

Respecto al sujeto activo el Código Penal Peruano al igual que en los otros países analizados no tiene definido al sujeto activo, puede ser cualquier persona, dejando ello sometido a interpretación. Respecto al sujeto pasivo, se tipifica el hecho comprendiendo a menores de 14

¹⁵ Artículo 5 del Código Penal Peruano recuperado de:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedetec/normas/Ley_Delitos_Informaticos_Ley_30096.pdf

años de edad que sean contactados con alguna intención prohibida, pero toma en cuenta a menores de entre 14 y 18 años de edad que sean contactados por dichos medios mediando engaños aunque en aquellos casos la pena es menor.

Conclusiones parciales.

Durante éste capítulo, se analizó el camino que transitó la Ley de Grooming en Argentina para alcanzar su sanción. Ello dando a conocer los diversos proyectos anteriores a la mencionada Ley que fueron de alguna manera dando forma e impulsando a ésta normativa que permitió que se debatiera y analizara cada punto de la misma pudiendo dar finalmente un encuadre legal al delito de Grooming.

Luego de analizar la regulación nacional, se investigó la legislación de España, Chile y Perú por lo que se pudo analizar y diferenciar cada punto de las leyes que contemplan en dichos países al delito de Grooming. En base a esto se pudo observar que en todas las legislaciones consultadas incluyendo a la normativa Argentina, en ellas el sujeto activo no está definido por lo tanto cualquier persona puede conformar al sujeto activo en éste delito. Respecto al sujeto pasivo en Chile y Perú la edad de consentimiento sexual es a los 14 años por lo tanto es la edad contemplada, en España la edad del sujeto pasivo era de 13 años pero luego fue modificada a la edad de 16 años. Contrario a ellos, Argentina define al sujeto pasivo como a todo menor de edad, pero es menester aclarar que en Chile y Perú se encuadra también a menores de edad, mayores a 14 años pero en aquellos casos en que el contacto se haya dado mediante engaños. También se pudo observar que en ninguno de los países estudiados se contempla en la legislación que encuadra al delito de Grooming a los mayores de edad con discapacidad, que pese a ser mayores de edad en muchos casos son igual de vulnerables que cualquier menor. Finalmente se pudo observar que en España, Chile y Perú, la escala penal respecto al delito de Grooming es menor a

la pena del delito de abuso sexual prevista en su país, ello diferencia a Argentina en el cual la escala penal prevista para el delito de Grooming es la misma que la comprendida en los casos donde el delito fue consumado, como es el caso de abuso sexual. Por lo tanto ello es lo que afectaría al principio de proporcionalidad de las penas, tema en el que nos adentraremos en profundidad en capítulos siguientes.

Capítulo II: Grooming

Con el avance de la tecnología y con ella los beneficios que la misma confiere, encontramos nuevas y diversas formas de relacionarnos en la sociedad, diariamente las personas están expuestas en la red, pero lo relevante y a lo que refiere importante atención en éste caso es al mundo en el que gracias a éste desarrollo tecnológico se ven expuestos diariamente los menores de edad, muchas veces sin tener conciencia de ello. Uno de éstos aspectos negativos frente a dicha exposición es el delito de Grooming, concepto que abordaremos a lo largo de éste capítulo, en el que se podrá conocer las diferentes características, y desarrollar minuciosamente el artículo 131 del Código Penal Argentino¹⁶ en el que se encuentra regulado éste delito, conociendo el bien jurídico que tutela, analizando la escala penal que posee, y la determinación de los sujetos activo-pasivo para poder finalmente analizar el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, y así observar si se ven modificados los inconvenientes de la norma.

1. Concepto

La palabra Grooming es un vocablo de habla inglesa vinculado al verbo “Groom” que significa acicalar en español. Es un tipo de acoso por parte de pedófilos o pederastas, según el INTECO (2013)¹⁷ el Grooming es un acoso ejercido por un adulto por medios virtuales y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para abusar sexualmente del menor.

1.1. Características

Dentro de los fundamentos del Proyecto de Ley (S-2174/11)¹⁸ analizado con anterioridad, los Senadores Verna y Higonet, establecieron las 4 etapas del Grooming por las que atraviesa un pedófilo o pederasta en pos de cometer el ilícito:

-Etapa 1: Generar un lazo de amistad con un menor fingiendo ser un niño o niña.

¹⁶ Artículo 131 del Código Penal Argentino.

¹⁷ Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación.

¹⁸ Proyecto de Ley S-2174/11, Grooming, 2011.

-Etapa 2: Obtener información clave del menor víctima de Grooming.

-Etapa 3: Mediante seducción, conseguir que el menor frente a la web cam del computador se desvista, se masturbe o realice otro tipo de expresiones de connotación sexual.

-Etapa 4: Inicio del ciber-acoso, dando inicio a la fase de extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien el contacto físico con el menor para concretar un abuso sexual.

2. Artículo 131 del Código Penal Argentino

Con el objetivo de analizar en detalle los diversos elementos del presente artículo de nuestro Código Penal, volvemos a traer a colación el mismo:

“Artículo 131: Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”¹⁹

Mediante el mencionado artículo, Argentina logró darle encuadre legal al delito de Grooming, ya que como analizamos en el Capítulo anterior de éste trabajo, carecíamos de regulación específica respecto a este delito. Por el mismo ahora son punibles las conductas ejercidas en medios virtuales que vulneren la integridad sexual de los menores.

¹⁹ Artículo 131 del Código Penal Argentino.

2.1 Bien Jurídico Tutelado.

Respecto al bien jurídico protegido, al incorporarse el artículo 131 a nuestro Código Penal en el título III que comprende los delitos contra la integridad sexual, de allí se desprende que es la integridad sexual del menor en éste caso lo que se quiere proteger.

Siguiendo a Buompadre (2014), podemos exponer que existen controversias suscitadas en el campo doctrinal por lo cual el autor permite distinguir tres grupos de opiniones: para algunos, el delito es pluriofensivo, pues afecta dos bienes jurídicos, la indemnidad sexual del menor que es víctima de la agresión sexual, (bien jurídico individual) y la seguridad de la infancia en la utilización de medios tecnológicos (bien jurídico colectivo); para otros el delito lesiona a un solo bien jurídico, la integridad moral del menor; por último refiere a un grupo de autores mayoritarios que conciben que éste delito protege la indemnidad sexual de los menores e infiere que es una doctrina que induce a considerar el delito como acto preparatorio.

2.2 Determinación de sujetos: activo/pasivo

Según lo dispuesto por el art 131 que tipifica éste delito, la práctica de Grooming distingue a dos sujetos intervinientes, al sujeto activo y al sujeto pasivo.

En el texto de la norma a través de la expresión “el que”, se manifiesta el sujeto activo pero no realiza distinción alguna, es decir que podría tratarse de cualquier persona, masculina o femenina que realice la acción tipificada en la misma, abarcando así tanto a una persona adulta como a aquellos menores de edad imputables según estipula nuestro ordenamiento jurídico. (Buompadre, 2014).

La Cámara de Diputados hizo un análisis en profundidad sobre éste punto durante el tratamiento al proyecto de Grooming S-2174/11 ya citado, que luego diera sanción a la ley 26.904. En el mismo, Diputados determinaba el criterio de mayoría de edad para el sujeto activo, pero como se ha comentado anteriormente, éstas consideraciones no fueron admitidas por Senadores que luego sancionaron la ley representando al sujeto activo como ellos habían propuesto.

Respecto al sujeto pasivo se desprende del texto de la norma que puede ser cualquier persona menor de edad, es decir menor de 18 años, siendo indiferente su sexo. Sería igual de ilegal establecer un contacto con fines sexuales con un menor de 11 años como con uno de 16.

Se puede apreciar que en la redacción no determina la edad de madurez sexual en el sujeto pasivo, y tampoco alcanza a las personas incapaces mayores de edad, como sostiene Buompadre (2014) que “la minoridad también es una forma de incapacidad, de manera que solo quedarían fuera de la tutela penal los incapaces mayores de edad, no así los incapaces menores de edad, pero más por menores que por incapaces”.

En relación a la edad de madurez sexual, en el proyecto ya citado de diputados, se contemplaba ésta situación debido a que establecía que la acción de contactar a un menor de edad con fines sexuales sea reprimida cuando la misma fuese cometida contra un menor de trece años, suponiendo la falta de discernimiento para expresar su consentimiento tal como lo establece el art. 119 del Código Penal Argentino. Además mantenía la pena en aquellos casos en donde se cometiera el tipo penal a través de medios coercitivos en víctimas de entre 13 y 16 años también menores de edad.

Lo expuesto, de igual forma a lo acontecido en el caso del sujeto activo, fue obviado por senadores quienes aprobaron su texto original como mencionamos con anterioridad donde no se determina con exactitud a los sujetos intervinientes en el delito de Grooming.

2.3 Escala Penal

Respecto a la escala penal, dicho artículo determina una sanción de 6 meses a 4 años, para las personas que consuman el delito de Grooming.

Garibaldi (2014), sostiene que una de las recomendaciones de la AIDP²⁰ no se ha tenido en cuenta al momento de sancionar dicha ley de Grooming, recomendación que exponía lo siguiente: cuando se castiguen actos preparatorios la pena debe ser menor. Por lo que reprocha que dicho delito prevé la misma escala penal del delito de abuso sexual simple (art.119CP)²¹, es decir cuando se abusa sexualmente de un menor de trece años, sin necesidad de violencia, intimidación o aprovechamiento. De modo que contactar por medio de cualquier tecnología a un menor que cuenta, por ejemplo, con 17 años, con el propósito de abusar sexualmente de él (art. 131CP)²², tiene la misma respuesta punitiva que si se abusase simplemente de un niño de 12 años (art. 119, primer párrafo, CP); por lo que de ésta forma violaría al principio de proporcionalidad de las penas (Garibaldi, 2014).

²⁰ Asociación Internacional de Derecho Penal, 1924.

²¹ Artículo 119 del Código Penal Argentino.

²² Artículo 131 del Código Penal Argentino.

2.4. Anteproyecto de reforma del Código Penal

El 13 de febrero de 2017, fue publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina el decreto 103/2017,²³ donde el Presidente de la Nación de dicho período, Mauricio Macri convocaba a formar la Comisión para la Reforma del Código Penal que fue presidida por el Doctor en Derecho y Juez federal Mariano Borinsky.²⁴

Lo expuesto se efectuó, considerando que el Código Penal de la Nación fue sancionado en el año 1921 y que desde entonces sufrió múltiples reformas afectando a lo largo del tiempo su coherencia interna original. En mayo de 2018 concluyó la redacción del proyecto donde incorporaron nuevos títulos y modificaciones al Código Penal vigente.

Entre dichas modificaciones, encontramos el delito de grooming en el artículo 122 que continúa dentro del título III de delitos contra la integridad sexual pero que sufrió diversos cambios:

ARTÍCULO 122.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que:

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

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

²³ Decreto 103/2017 Boletín Oficial de la República Argentina, recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/158995/20170214>

²⁴ Art 122 Anteproyecto de Reforma del Código Penal, Comisión Borinsky, 2018. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46694-anteproyecto-codigo-penal-argentino-comision-borinsky>

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

4°) Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1°, 2° y 3° con una persona mayor de TRECE (13) años y menor de DIECISÉIS (16) años, aprovechándose de su inmadurez sexual o si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

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

Lo destacable de la nueva redacción es la precisión con la que determina a los sujetos intervinientes, activo y pasivo, puesto que era criticable su falta de distinción en el artículo 131 del Código Penal en vigor. Pese a ello, aunque sufrió importantes modificaciones, se puede inferir que continúa afectando el principio de proporcionalidad de las penas como señalaba Garibaldi en lo expuesto en el punto anterior, ya que no fue disminuida la escala penal sino que fue aumentada al igual que el delito de abuso sexual simple, por lo que no se logró subsanar la cuestión.

Conclusiones parciales.

Durante éste capítulo, analizamos el concepto de Grooming describiéndolo como un acoso ejercido por un adulto refiriéndose a las acciones realizadas en medios virtuales para establecer un control emocional sobre un niño o niña con la finalidad de abusar sexualmente del menor. También describimos las características y etapas por las que atraviesa un pederasta o pedófilo con el fin de cometer el ilícito, desde generar una amistad con el menor virtualmente, obteniendo información clave y mediante seducción y/o engaños iniciar la fase de extorsión del menor para poder de diferentes maneras concretar el abuso sexual del niño o niña. Durante el análisis detallado al artículo 131 del Código Penal que comprende y regula el delito, se investigó acerca del bien jurídico que tutela el mismo, que concluimos, se busca proteger la indemnidad sexual del menor, y nos adentramos en el análisis de los sujetos intervinientes en el delito de grooming, sujeto activo y pasivo, donde nos encontramos con que la redacción del mismo no detalla claramente al sujeto activo, es decir no realiza distinción alguna por lo que podría abarcar a cualquier persona masculina o femenina, tanto a una persona adulta como a aquellos menores de edad imputables que realicen la acción tipificada en la norma. Y respecto al sujeto pasivo ocurre lo semejante, debido a que solo contempla la minoría de edad y no hace referencia a la madurez sexual de los menores por lo que algunos podrían prestar su consentimiento, ni así tampoco a las personas incapaces mayores de edad que de ésta manera quedan fuera de ésta tutela penal. Acerca de la escala penal que contempla dicha norma, concluimos en base al análisis realizado, que no se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal durante su sanción, por lo que la misma es violatoria del principio de proporcionalidad de las penas, castigando actos preparatorios con penas mayores, previendo la misma escala penal que la del delito de abuso sexual simple. Por último se investigó acerca del Anteproyecto de

Reforma al Código Penal que se originó por un decreto presidencial en el año 2017, aunque el mismo parece subsanar varios inconvenientes que tiene la normativa vigente, como la indeterminación de los sujetos intervinientes, respecto a la escala penal no se modificó lo criticable hacia ella por lo que no subsana ésta reforma dicha problemática en la que nos adentraremos en profundidad en el siguiente capítulo.

Capítulo III: Principios y garantías constitucionales afectadas

Ferrajoli (como se citó en Lascano, 2005) afirma que los principios de derecho penal, “se constituyen en límites de la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de la responsabilidad penal como para la imposición de la pena”.

A lo largo de éste capítulo se abordan los principios constitucionales que se ven afectados por la normativa vigente de la ley de grooming, detallando sus características y exponiendo en qué puntos se ven vulnerados. Para un correcto y claro análisis se determinan las posturas doctrinarias referentes a la problemática y también la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a problemáticas similares donde se ve perjudicado un principio constitucional.

1. Principio de legalidad

Éste principio consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina,²⁵ actúa como garantía individual de la ley penal frente al Estado y se expresa en su aspecto formal con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. De él surgen diferentes garantías, la garantía criminal que exige que el delito se halle determinado por la ley, la garantía penal que requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho, la garantía judicial que exige que la pena se determine mediante sentencia judicial acorde a los procedimientos legales y la garantía de ejecución que exige que el cumplimiento de la pena se sujete a una ley que lo reglamente.

²⁵ Artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina: 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 (...)

También exige que la ley deba ser previa consagrando el principio de irretroactividad de la ley penal más severa, escrita que emane del Poder Legislativo y estricta, donde impone la precisión de la ley penal excluyendo la analogía en perjuicio del imputado. (Lascano, 2005). Por lo que una conducta no podría ser sancionada sino está previamente escrita, fundamentada y penada por una ley anterior al hecho.

En línea con lo argumentado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en que:

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. Éstos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.²⁶

La APP (2013),²⁷ sostiene que la norma que regula a la figura de grooming en Argentina, vulnera claramente el principio de legalidad, debido a la vaguedad e imprecisión en la redacción utilizando la expresión “contactare” como acción típica de la norma. También reprocha el que requiera de un requisito subjetivo impreciso y difícil de demostrar, que se distingue en la oración *“con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual”*.²⁸ Por ello expone que dicha redacción imprecisa de las acciones típicas dificultaría reconocer los límites entre lo punible y lo impune. En ese caso un simple “contacto” con un menor de edad por diversos medios virtuales daría lugar a una investigación y sustanciación de un proceso para determinar la

²⁶ Corte IDH, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", sentencia de 2-02- 2001, Serie C, nro. 72.

²⁷ Asociación de Pensamiento Penal, (2013)

²⁸ Artículo 131 del Código Penal Argentino.

finalidad del mismo, donde podría verse vulnerada la intimidad o libertad de los ciudadanos denunciados.

Siguiendo a Regueira, (2013) en relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁹ expone que la misma ha destacado la necesidad de utilizar términos estrictos y unívocos que denoten claramente las conductas punibles para que exista una precisa definición de la conducta reprochable. Debido a la ambigüedad de los tipos penales, genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, algo indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos.

En el análisis a la legislación española del grooming³⁰ ya citado, pudimos observar que se resolvería de esa manera éste problema, debido a que establece como requisito que la propuesta sea acompañada por actos materiales que demuestren estar encaminados al acercamiento, a fin de especificar la conducta típica (Schnidrig, 2016).

2. Principio de proporcionalidad de las penas

El principio de proporcionalidad, “limita la especie y medida de la pena a aplicar en el caso concreto”, la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho. (Lascano, 2005).

La especie y envergadura de la pena conminada, debe tener cierta correspondencia con el hecho dañino previsto por el tipo básico, agravado o atenuado, con las características criminológicas del autor, con su estado anímico al momento de cometer el hecho, con los perjuicios

²⁹ Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, del 2-7-04, párr..63.

³⁰ Código Penal Español recuperado de: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-penal-articulo-183-ter/>

individuales y sociales causados, con la trascendencia pública de la afectación ilícita. (Lascano, 2005)

Como expusimos brevemente en el capítulo anterior, según Garibaldi (2014) la normativa vigente del delito de grooming es violatorio del principio de proporcionalidad penal, debido a que castiga actos preparatorios con penas mayores contrariando expresamente la recomendación de la AIDP³¹, en éste caso previendo la misma escala penal para el delito de abuso sexual simple. Se considera que la escala penal prevista (art.131CP)³² resulta ser desproporcionada en comparación con el delito de abuso sexual (art.119CP)³³ que tiene la misma escala penal y el cual no deja de ser el fin distante de la normativa en vigor del delito de grooming. (Quercia 2015)

Moyano (2014) sostiene también que es incongruente en términos de proporcionalidad, imponer idéntico castigo cuando la magnitud del daño difiere en el mero contacto con el menor y en el del abuso sexual probado. El grooming indudablemente se ubica en un estadio anterior y menos lesivo por lo que debería prever una pena de menor cuantía.

Ultimamos en que la doctrina sostiene que el artículo 131CP que regula el delito de grooming lesiona de manera notoria el principio de proporcionalidad penal por lo que es necesario explorar la actuación de los tribunales del país para poder aplicar la ley sin afectar garantías constitucionales.

³¹ Asociación Internacional de Derecho Penal, 1924.

³² Artículo 131 del Código Penal Argentino: 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.

³³ Artículo 119 del Código Penal Argentino: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Si se trata de una norma penal, que ha sido sancionada legítimamente por el Poder Legislativo y que es contraria a las disposiciones constitucionales, por su menor jerarquía debe ser tachada de inconstitucional. (Ces Costa, 2012)

Marcando precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró la inconstitucionalidad de un artículo que vulneraba un principio constitucional. Fue distinguido como el fallo “Arriola”³⁴ donde se declaró que el artículo 14 de la ley de tenencia de estupefacientes³⁵ fuese invalidado, puesto que vulnera el principio constitucional de reserva comprendido en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina³⁶ que protege las acciones privadas que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.

El legislador realiza una breve apreciación en la elaboración de las leyes, pero corresponde al órgano jurisdiccional controlar si la misma está en conformidad con el ordenamiento jurídico. (Cabanillas y Morabito, 2010).

Conclusiones parciales.

En el presente capítulo se presentaron los principios constitucionales que se ven afectados por la norma que regula el delito de grooming, donde se determinó que los vulnerados son los principios constitucionales de legalidad y de proporcionalidad de las penas. Del primero, concluimos en que debido a la vaguedad e imprecisión de la norma en la redacción se dificulta

³⁴ CSJN, Arriola, Sebastián y otros s/ sentencia 25-5-2009

³⁵ Artículo 14, Ley 23.737, 1989.

³⁶ Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

reconocer en ella los límites entre lo punible y lo impune, puesto que al contener términos vagos acerca de la acción típica y simplificarlo a un mero contacto con un menor, podría verse perjudicada durante el proceso la intimidad o libertad de los ciudadanos denunciados que no encuadren sus conductas en el hecho delictivo.

Respecto al principio de proporcionalidad penal, analizamos las posiciones de la doctrina que concuerdan en que el mismo se encuentra afectado también por la normativa vigente de grooming, puesto que castiga actos preparatorios con penas mayores, como en el caso del abuso sexual simple comprobado, que es el fin distante al que no se quiere llegar con la ley de grooming y que tiene la misma escala penal el delito de abuso ya comprobado al del mero acto preparatorio de contactar un menor.

Durante éste capítulo se analizó también las acciones jurisprudenciales referentes a la problemática, donde se expuso un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde la misma declaró en él, la inconstitucionalidad de un artículo de la ley de estupefacientes, debido a que vulneraba uno de los principios constitucionales, en ése caso el principio de reserva.

Conclusiones finales.

Con el avance de la tecnología e internet, se han visto revolucionados muchos aspectos de la vida cotidiana tanto así que se modificaron las formas de relacionarnos en sociedad. Diariamente las personas se exponen en la red, pero lo relevante y a lo que referimos en éste Trabajo, es al mundo en el que gracias al desarrollo tecnológico se ven expuestos diariamente los menores de edad, sin tener conciencia de los riesgos que ello presupone.

Con el fin de darle un marco legal a los delitos cibernéticos que fueron surgiendo en ésta evolución, es que se presentaron diversos proyectos de ley que luego de un amplio recorrido consiguieron la sanción de la Ley 26.904 que regula los delitos de Grooming.

El Grooming, es el acoso ejercido por medios virtuales, por parte de pedófilos o pederastas los que logran establecer una relación y controlar a los menores preparando el terreno para abusar sexualmente de ellos.

En el presente Trabajo Final de Graduación se realizó el análisis de la Ley de Grooming contemplada en el art.131 del Código Penal, para poder determinar los principios y garantías constitucionales que se ven afectados por la citada norma.

En primer lugar se analizó la evolución nacional e internacional de la normativa vigente de Grooming que nos permitió acercarnos al tema objeto de estudio. Detallando el caso nacional, los procesos por los que atravesó la ley para lograr su posterior sanción y sus propósitos. Luego internacionalmente se comparó las legislaciones de España, Chile y Perú donde pudimos notar las diferencias y similitudes con la legislación Argentina y donde pudimos comenzar a observar cómo se ven vulnerados los principios y garantías constitucionales con la citada ley.

Con el objetivo de adentrarnos en el objeto de estudio del presente análisis, se realizó una exploración detallada del artículo 131 del Código Penal, lo que nos permitió divisar las falencias en la redacción de la norma, debido a la vaguedad e imprecisión de su texto. De esa manera dimos con que la misma vulnera el principio de legalidad. No es clara en la determinación del sujeto activo, utilizando vagamente la expresión “el que contactare”, resultando muy generalista dejando así lugar a interpretaciones. Lo mismo ocurre con el sujeto pasivo debido a que contempla a toda persona menor de edad, sin tener en cuenta aquellos menores que pueden prestar consentimiento, ni tampoco a las personas mayores de edad con discapacidad que son igual ó más vulnerables que un niño, por lo que se pone en riesgo la protección del bien jurídico que busca salvaguardar ésta norma, la indemnidad sexual de los menores.

Se analizó también la escala penal de la ley de Grooming donde observamos que se condena por éste delito con pena de prisión de 6 meses a 4 años, lo que nos llevó a determinar que la misma es violatoria del principio de proporcionalidad penal. Ésta ley castiga actos preparatorios con penas mayores, sucede en el caso del abuso sexual simple, para el que éste Código prevé la misma escala penal, por lo que advierten diversos autores con los que concordamos, que no puede prever idéntica pena para el delito de abuso ya comprobado al del mero acto preparatorio de contactar un menor donde difiere visiblemente la magnitud del daño.

Con motivo de observar la actuación judicial frente a ésta problemática, se examinó un fallo de la Corte Suprema donde observamos que frente al artículo de una ley que afectaba un principio constitucional, la Corte declaró la inconstitucionalidad del mismo, por lo que se reafirmó la vulnerabilidad de la norma al enfrentarse al control de constitucionalidad.

Con la expectativa de encontrar solución a la problemática, se examinó el Anteproyecto de Reforma del Código Penal donde nos encontramos con que la nueva redacción es precisa,

determinando claramente en ésta oportunidad a los sujetos intervinientes en el delito, pero a pesar de las modificaciones, inferimos en que continúa afectando el principio de proporcionalidad penal, la escala penal fue aumentada pero en semejanza con la escala penal del delito de abuso sexual por lo que determinamos que el Anteproyecto de Reforma del Código Penal no subsana la problemática dilucidada.

En base a lo señalado, concluimos en que la ley de Grooming debe ser actualizada, contemplando no sólo la vaguedad e imprecisión en la redacción respecto a los sujetos intervinientes como es el caso del Anteproyecto, sino también modificando la escala penal, para que sea proporcional al delito preparatorio como lo es el delito de Grooming.

Bibliografía

1. Doctrina.

- Asociación Pensamiento Penal, comunicado “APP frente a la figura del grooming en el Código Penal”, disponible en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/COMUNICADO-GROOMING-1.pdf>
- Buompadre, J. (2014). El Delito de Grooming. Revista digital Pensamiento Penal Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40272-grooming
- Cabanillas, A. y Rodrigo M. (2010). Incongruencias legislativas, principio de proporcionalidad y un fallo que despeja dudas. La inconstitucionalidad del art. 119, 4º párrafo en función del 2º, inc. b del Código Penal. [Versión electrónica] Thomson La Ley 2010-D, 742. Cita online: AR/DOC/4922/2010
- Ces Costa, J. (2012). Incoherencia dogmática y constitucional del art. 872 del Código Aduanero. [Versión electrónica] Thomson La Ley 2012-E, 396. Cita online: AR/DOC/49132012
- Garibaldi (2014). Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina. Delitos informáticos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.
- Hernández Sampieri R, Fernández C, Batista L. (2006) Metodología de la Investigación. Mc Graw. Hill Interamericana. México
- INTECO. (2013). Guía S.O.S. contra el grooming; padres educadores, Madrid: Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación.

- Lascano. (2005). Derecho penal – Parte General. (1Ed. 1reimp.). Córdoba. Argentina. Editorial Advocatus.
- Moyano, H. (2014). Grooming: Comentario sobre la incorporación del reciente artículo 131 del Código Penal. Revista Pensamiento Penal. Recuperado de:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40135-grooming-comentario-incorporacion-del-articulo-131-al-codigo-penal>
- Quercia, (2015). El delito de Grooming y su punibilidad anticipada. Libro XIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Infojus.
- Regueira, (2013). La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino. 1ª ed.-Buenos Aires; La Ley; Departamento de Publicación de la Facultad de Derecho.
- Riquert, Marcelo. “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)", Código Penal comentado de acceso libre, Asociación Pensamiento Penal. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37955-art-131-ciberacoso-sexual-infantil-grooming>.
- Schnidrig, D. (2016). El Delito de Grooming en la Legislación Penal Actual y Proyectada en Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Centro de Estudios en Libertad de Expresión, Recuperado de:
<https://www.palermo.edu/cele/pdf/investigaciones/Informe-Anteproyecto-Codigo-Penal.pdf>.
- Yuni, J. y Urbano C. (2006). Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación. (2da ed.). Córdoba: Brujas.

2. Legislativos.

- Anteproyecto del Código Penal Argentino.
- Código Penal Chileno.
- Código Penal de la Nación Argentina.
- Código Penal Español.
- Código Penal Peruano.
- Ley 23.737 de Estupefacientes, 1989.
- Ley 26.904 de Grooming.
- Proyecto de ley 2174/11 Grooming, 2011.
- Proyecto de ley 2356/09 Grooming, 2009.
- Proyecto de ley 3267/10 Grooming, 2010.
- Proyecto de ley 3374/09 Grooming, 2009.

3. Jurisprudencia.

- Corte IDH, Caso "Baena Ricardo y otros Vs. Panamá", sentencia de 2-02- 2001, Serie C, nro. 72.
- Corte IDH, Caso Kimel vs. Argentina, del 2-7-04, párr..63.
- CSJN, Arriola, Sebastián y otros s/ sentencia, 25-5-2009.