

GROOMING EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Una revisión crítica del artículo 131 del Código Penal

POR MARINA L. FLAMMINI

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la figura legal conocida como “grooming”, una nueva modalidad delictiva asociada al desarrollo y evolución reciente de las TICs. Se realiza una revisión crítica de sus implicancias y la adecuación de la normativa vigente sobre dicha figura en la Argentina. A partir de la misma se proponen lineamientos sobre posibles reformas o mejoras en la legislación.

Abstract

The present work aims to analyze the legal figure usually known as grooming, a new criminal modality associated with the development and recent evolution of digital TICs. A critical review of its implications and the adequacy of current legislation on this figure in Argentina is carried out. From this, guidelines on possible reforms or improvements in legislation are proposed.

Palabras clave

Contacto, TICs, Internet, consentimiento sexual, protección de los menores, redes sociales, Acercamiento a menores con fines sexuales, niños

Key words

Contact, ICTs, Internet, sexual consent, protection of children, social networks, material acts aimed at the approach, children

Hipótesis

La legislación vigente en Argentina, más precisamente el art. 131 del Código Penal (CP), por causa de su imprecisión no cumple acabadamente con el objetivo de proteger la integridad sexual de los menores de edad.

1. Introducción

El constante desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante TICs) ha producido un impacto significativo en la sociedad durante las últimas décadas, brindando innumerables ventajas; pero a su vez, dando lugar a nuevas conductas ilícitas y a las herramientas necesarias para su configuración

Por tal motivo este trabajo parte de destacar la presencia de las TICs en la vida de los menores de edad, quienes conviven con el fenómeno llamado “cultura de habitación”, lo cual trae aparejado nuevas formas de violencia y conductas delictuales, tales como “ciberacoso o acoso cibernético” y el “grooming”.

Como consecuencia, los legisladores se han visto impulsados a afrontar la necesidad de proteger a un sector de la población altamente vulnerable, dotando al ordenamiento jurídico de una ley que incorpore esta nueva modalidad para la comisión de delitos preexistentes.

2. Grooming y otras denominaciones

Existen diversos términos para referirnos al “grooming”, la doctrina se encuentra dividida respecto a la correcta terminología para esta figura. Se hacen presentes términos tales como “ciberacoso sexual a menores” o “acoso sexual tecnológico”, “acceso a niños con fines sexuales a través de la TIC” y otros simplemente optan por el vocablo anglosajón “Grooming”¹.

Cabe destacar, que desde el enfoque considerado advierto como inconveniente la utilización de vocablos en idioma extranjero, con la finalidad de individualizar un delito ya tipificado en la legislación local, que si bien no está presente en texto de la ley, es comúnmente utilizado para referirse a la figura delictual en tratamiento, por lo que procederé a la utilización del mismo por cuestiones de practicidad en este trabajo.

Independientemente de ello, hubiera sido conveniente que los operadores jurídicos al momento de legislar la ley 26.904 idearan un término en castellano para referirse a esta figura.

¹ En inglés se define al grooming como: “preying sexually on a child” (cazando sexualmente a un niño), de donde resultaría su traducción como: “Aprovecharse sexualmente de un niño”.

3. ¿Qué es el Grooming? Su interpretación por distintos autores

Entre los abordajes en cuestión, **Rovira del Canto**, admite la posibilidad de esquematizar el acoso sexual infantil en una serie de fases sucesivas: a) fase de amistad; b) toma de contacto, gustos, preferencias, confianza; c) fase de relación; d) confesiones personales e íntimas, consolidación; e) componente sexual; f) participación de actos de naturaleza sexual, fotografías, webcam; g) extorsión; h) escalada de peticiones; i) ¿agresión?

Por su parte, **Riquert** sostiene que 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”.

Tanto **Llera** como **Vaninetti**, definen la perspectiva del grooming como acciones deliberadamente emprendidas por un adulto a través de las TICs, consideradas como un acto preparatorio de otro de carácter sexual más grave.

4. Análisis del Art. 131 del Código Penal y los problemas que presenta

“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.”

4.1. Bien jurídico

Al momento de distinguir el bien jurídico protegido, doctrina se encuentra dividida en diversas opiniones, a saber:

- 1) Se afecta tanto un *bien jurídico individual* que es la indemnidad sexual del sujeto pasivo, como también un *bien jurídico colectivo* que es la seguridad de la infancia en la utilización de las TICs, por lo que para esta opinión se estaría tratando de un delito pluriofensivo.

- 2) Se lesiona un *único bien jurídico*, el cual puede ser el derecho a la dignidad o a la integridad moral del menor; el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, es el normal desarrollo psico-biológico sexual de los menores de dieciocho años; la libertad sexual del menor.
- 3) *No hay bien jurídico comprometido*, y su inclusión en el código penal fue innecesaria.

4.2. Tipo de delito

Algunos autores, como Buompadre sostienen que se trata de un delito de peligro abstracto en relación al bien jurídico protegido, exigiendo solamente que el autor “contacte” al menor de edad, conducta que será punible aunque no hubiera puesto en peligro de lesión la intangibilidad del bien jurídico protegido, dando lugar a una posible contradicción con el principio de ofensividad.

Para que ello sea posible se produce un adelantamiento de las barreras de protección, contrariando al principio de lesividad al castigar meras intenciones.

Otros autores plantean que se trata de un acto preparatorio de una conducta de abuso sexual físico, por lo que se pretende criminalizar actos anteriores a la ejecución de alguno de los delitos del Título III, ya que la acción que prevé es contactar a un menor mediante alguna TIC, considerándola como “*una etapa virtual previa al abuso sexual en el mundo real*” y que, aún sin que medie contacto sexual, el acoso telemático es un comportamiento facilitador, porque el autor debe perseguir el propósito de un ulterior contacto de aquella naturaleza, tal como plantea Aboso.

4.3. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, no se requiere del autor cualidades o condiciones especiales.

Generalmente la doctrina entiende que el sujeto activo, es una persona mayor de edad. Pero cabe preguntarse, si ante la imprecisión de la norma se podría incluir a los menores imputables como eventuales sujetos activos, pero se estaría ante casos

que no deberían ser penados siempre que el sujeto pasivo supere los 13 años, presentando 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”, tal como lo afirma la APP.

4.4. Sujeto pasivo

El art. 131 tampoco hace distinción en este punto, se entiende que será sujeto pasivo cualquier persona menor a dieciocho años (límite adoptado por nuestro país, en concordancia con el art. 2, Convención Internacional de los Derechos del Niño y los arts. 25 y 26 del del CCyCN, Ley N° 26.579).

El texto no hace distinción entre las edades de esos menores, presentando ausencia de sistematicidad respecto de los artículos que lo preceden dentro del capítulo de “Delitos contra la integridad sexual”, ya que no se guardó coherencia y proporcionalidad, por ejemplo, al no hacer diferenciación en cuando a las edades: 1) menores de 13 años, 2) 13 a 16 años y c) 16 a 18 años.

4.5. Medio comisivo

El artículo analizado utiliza una fórmula abierta, hace referencia a “los medios electrónicos, de telecomunicaciones y/o cualquier otra tecnología de transmisión de datos”, por lo que la criminalización se dará exclusivamente por la utilización de medios tecnológicos para cometer el delito, dejando fuera otros medios o formas de comunicación que también pueden ser empleados por el agresor, como por ejemplo, el contacto personal o el envío de cartas con el objetivo de cometer un delito contra su integridad sexual no encuadraría en este tipo penal.

4.6. Verbo típico “contactare”

La acción de “contactar” refiere a relacionarse, comunicarse, vincularse con un menor de edad con la finalidad de cometer alguno de los delitos previstos en el Título III del CP, aplicando para su interpretación el principio de taxatividad.

4.7. Tentativa

Autores como Tazza piensan que podría existir la posibilidad de tentativa, aunque sea tipificado como un delito de peligro, en el caso en que el agresor haya intentado contactarse con el menor, y que dicho mensaje se vea interceptado e impedido por un control parental previo a su recepción por parte del menor de edad.

Para Buompadre, al tratarse de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, la tentativa no parece admisible porque se estaría puniendo la “la preparación de la preparación”, significando un excesivo adelantamiento de las barreras punitivas y provocando una indebida limitación del derecho de los menores, mayores de 13 años, a mantener relaciones libremente.

4.8. Escala penal

Tal como ha señalado la APP, la escala penal establecida por el artículo analizado vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, el cual veda el ejercicio del poder punitivo realizado de modo irracional. Esto es así, porque el acto preparatorio incriminado autónomamente presenta igual sanción que la de los delitos ya consumados (por ejemplo, el art 119, párrafo primero, referente al abuso sexual consumado, 128 y 130 del CP).

Por lo que, se considera inadmisibles que un acto preparatorio, el cual se perfecciona con independencia de la consumación del delito sexual perseguido por el autor, tenga la misma pena conminada en abstracto que aquel delito efectivamente consumado.

De allí que es necesario establecer jerarquías de afectación y establecer mínima coherencia entre la magnitud de penas que se asocian a cada conflicto criminal.

4.9. Prueba

Se hacen presentes diversas dificultades al momento de probar la intención del sujeto activo, ya que se interpreta que el mero contacto con un menor-siempre que tenga intención o propósito de cometer cualquier delito que atente contra su integridad sexual-, configuraría el “grooming”.

En caso de que la intención no surgiera en forma inequívoca, el grado de complejidad para lograr la certeza acerca de la configuración de este delito, dependerá

no sólo del sano criterio interpretativo del juzgador, sino que además éste deberá requerir, la asistencia de auxiliares de justicia, como ser la intervención de un peritos especializados en áreas tales como la psicología, psiquiatría o las que sean convenientes en el caso concreto.

4.10. Autonomía de la figura y concursabilidad

Resultante de una primera lectura del artículo, tal como fue incorporado al CP, pareciera que se está ante una figura de tipo autónoma porque se está penando una conducta anterior al delito contra la integridad sexual, que se basta a sí misma ya que no depende de que se consume un delito contra la integridad sexual para su configuración. Siguiendo esta línea de pensamiento, en el caso que se configurara el delito sexual perseguido, se tendría que aplicar las reglas del concurso real, de esta manera incurriríamos en una doble o sobre incriminación, atentando contra las garantías constitucionales.

Posibles soluciones y aclaraciones respecto a la legislación actual

A) Acción típica “el que contactare”

Es necesario esclarecer como debe ser interpretado dicho verbo, bastará que el menor recepte o se anoticie de dicha comunicación, sin ser necesario que responda, acepte propuestas o siga indicaciones realizadas por el agresor, entendiéndose al “grooming” como un proceso, por lo que su configuración puede darse tanto por una o varias comunicaciones.

B) Exigencia de la presencia de actos materiales concretos

Se debería exigir la verificación de actos materiales concretos que demuestren la intención de cometer alguno de los delitos contra la integridad sexual de los menores

de edad. Configurando de este modo un delito de peligro concreto respecto del bien jurídico protegido, ya que presupone un riesgo actual y verdadero.

C) Sujeto pasivo

1) Sería deseable que se realice una distinción en cuanto a las edades para respetar la sistematicidad y coherencia respecto de los delitos contra la integridad sexual que lo preceden, entre:

I) Menores de 13 años: ante la presunción de ausencia de consentimiento para ninguna decisión de índole sexual, siempre que se contacte con un menor de 13 años con la finalidad de cometer cualquier delito que atente contra su integridad sexual será delito (si cumplen todos los requisitos para la configuración del tipo).

II) Mayores de 13 años: se tendrán que contemplar las diferentes situaciones de hecho posibles, esta figura debiera adaptarse y ser coherente con los delitos del título que le son preexistentes. Este ejercicio en abstracto es muy difícil, porque prevalecen diferencias entre los delitos y las edades que estos establecen para que tipifique la conducta, por ejemplo: en el art. 128 habla de menores de 18 años, el art. 119: diferencia entre menores a 13 años y mayores a 13 años (mediando consentimiento), el art. 120: refiere a los menores de entre 13 y 16 años.

Por lo tanto, se podría distinguir también entre los menores entre: a) menores a 13 años, b) 13 y 16 años, c) 16 y 18 años, d) 13 a 18 años.

Para lograr un sistema armónico de delitos entre sí, y evitar esta problemática será necesaria una modificación integral de este título.

En conclusión, se configurará el “grooming” en los casos en que el agresor se contacte con un menor de entre 13 y 18 años que: a) no ha prestado el consentimiento para dicho contacto (contacto sorpresivo), b) el contacto sea posible mediante engaño, abuso de autoridad, intimidación u otro medio fraudulento o coactivo, c) que las víctimas sean menores de entre 13 y 16 años cuando se den circunstancias tales como que se hubiera aprovechado de una situación familiar, de convivencia o de autoridad.

2) La conducta será atípica:

1) Ante comportamientos de naturaleza sexual, en los que un menor que supera los 13 años consienta cualquier actividad o acto de naturaleza sexual.

2) Cuando el sujeto pasivo sea mayor a 13 años y no se le cause perjuicio en el desarrollo de su personalidad o sexualidad.

No debe presumirse que cualquier relación sexual de un adulto con un menor de edad será delito por lo que se debe que analizar cada caso concreto.

D) Medio comisivo

Existen dos alternativas:

a) Tal como propuso Diputados, se refiere a “medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos”.

b) Siguiendo el Anteproyecto presentado por la comisión para la Elaboración del Proyecto de la Ley de reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, se eliminaría el requisito de que el contacto sea por medios tecnológicos, argumentando que no tiene fundamento legal, ya que esta figura ha crecido con el desarrollo de las TICs, pero no es necesariamente un delito tecnológico.

F) Escala penal

Al tratarse de un acto preparatorio, y para poder respetar el principio de proporcionalidad, la pena deberá ser inferior a las de los delitos consumados del título III del CP. Pudiéndose reducir, del modo en que se planteó en Diputados y en consonancia con legislaciones extranjeras como las de Chile y España, a una pena de prisión de 3 meses a 2 años.

G) La ultrafinalidad

La ultrafinalidad será la de cometer alguno de los delitos del Título en análisis. Según propone Anteproyecto, el sujeto activo deberá contactar con “el fin de preparar un delito de este Título”, cabe aclarar, que dicha preparación dependerá del delito que el agresor pretende cometer.

H) Subsidiaridad

El grooming presenta características de una figura subsidiaria, siendo pasible de concursabilidad aparente, subsumiendo el delito de grooming dentro del delito consumado. Ello es reafirmado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, que sugiere que *“la tipificación de un acto preparatorio que si alcanza el nivel de comienzo de ejecución del otro delito desaparece en función de las reglas del concurso aparente”*.

CONCLUSIÓN:

La problemática considerada resulta sumamente compleja, en tanto se advierte una figura que en la actualidad genera más dudas que certezas, debido a la imprecisa redacción del artículo analizado. Se ha justificado la incorporación del “grooming” para castigar un hecho disvalioso, posibilitado la punibilidad de actos preparatorios que pueden comprometer conductas que de consumarse, en algunos casos, no configuran delito alguno. Sumado a ello, como resultado de las falencias que presenta en su redacción la figura en análisis, se han visto vulnerados principios y garantías constitucionales.

El análisis hasta aquí realizado, lleva concluir con una posible redacción modificatoria respecto de la figura analizada, funcionando como un agravante genérico, evitando planteos de inconstitucionalidad, así como la criminalización de actos preparatorios:

Art. 131 bis: *“En el caso de configurarse alguno de los delitos contra la integridad sexual de los menores de edad, y que ello se hubiera sido posible por la utilización de un medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, la escala penal de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo”*.

Con esta posible redacción, el medio de comisión se acota al uso de las TICs, evitando posibles críticas al respecto, y la escala penal se agrava en abstracto,

tampoco incurre en el problema de la falta de sistematicidad respecto de las edades, ya que estaría respetando las ya propuestas en cada uno de los delitos tipificados.

No obstante, en mi parecer, se debiera avanzar en una modificación integral del Título III del Código Penal en búsqueda de un ordenamiento jurídico armónico, que presente normas precisas, que respeten la constitucionalidad y que logren la debida protección del bien jurídico tutelado. Si todo ello se cumple, será posible llegar a un único criterio para su interpretación al momento de resolver casos concretos, y que no quede librada a la posible arbitrariedad de los jueces.

Por estos motivos, confirmo la hipótesis antes consignada sustentada por los fundamentos y análisis desarrollados.

BIBLIOGRAFIA

“APP frente a la figura en el Código Penal”, Revista Pensamiento Penal, 20 de noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2013/11/COMUNICADO-GROOMING-1.pdf>

BUOMPADRE, Jorge E., “GROOMING”. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40272.pdf>

PESCLEVI, Sandra María, “GROOMING”, una figura a modificar en el Código Penal. Disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina41019.pdf>

RIQUERT, Marcelo A., “El “cibergrooming”: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el “Anteproyecto” argentino de 2014” Disponible en:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140408_03.pdf

RIQUERT, Marcelo A., “Ciberacoso sexual infantil (“cibergrooming”)” Disponible en

<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37955-art-131-ciberacoso-sexual-infantil-grooming>

ROVIRA DEL CANTO, Enrique: “Ciberdelincuencia intrusiva: hacking y grooming”, conferencia brindada en Barcelona, noviembre de 2010. Disponible en: http://www.iaitg.eu/mediapool/67/671026/data/Ciberdelincuencia_intrusiva_hacking_y_grooming_Enrique_Rovira.pdf

VANINETTI, Hugo A. “*Inclusión del grooming en el Código Penal*”, pub.en LL, diario del 16/12/13, pág. 1 (tomo 2013-F-1200), disponible online: AR/DOC/4628/2013