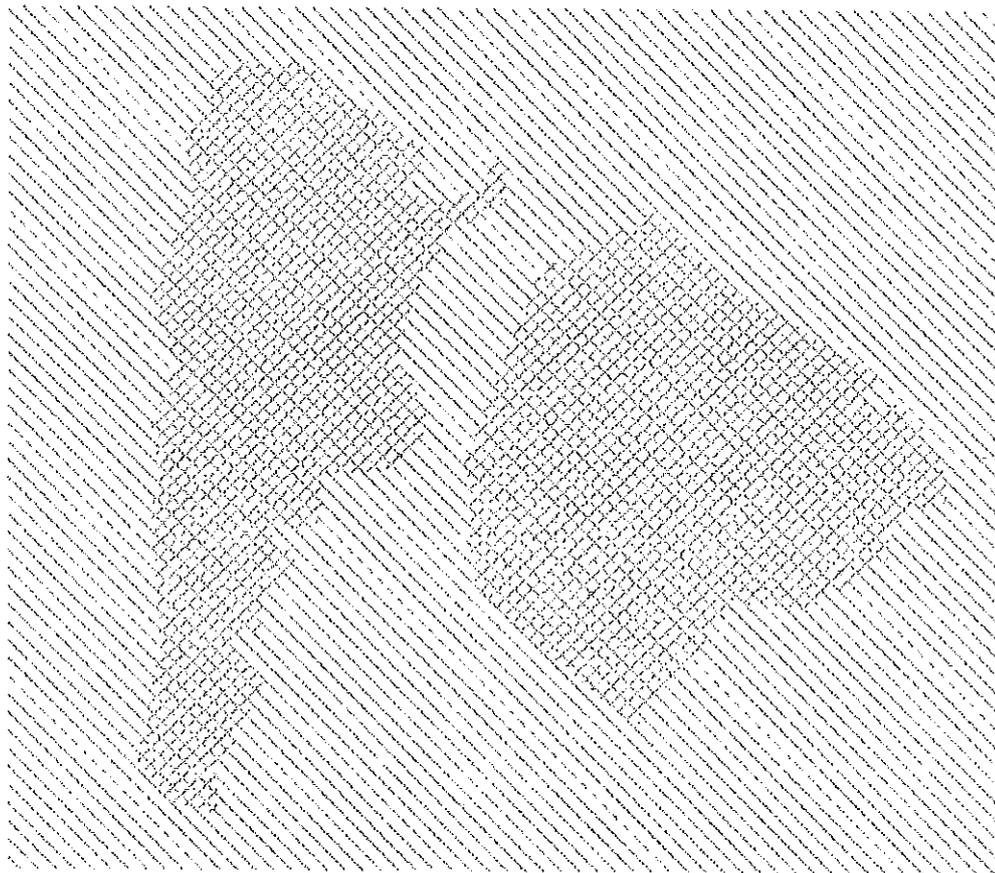


TRANSFERENCIA DE LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA EN EL PROCESO DE AUTONOMÍA DE LA CABA II



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura





www.editorial.jusbaire.gov.ar
editorial@jusbaire.gov.ar
fb: /editorialjusbaire
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320



Sello
Buen
Diseño
argentino

Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA II / José María Orgeira. [et al.]; pal. prel. De Silvina Manes; presentación de Darío Reynoso. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaire, 2018.

520 p. ; 22 x 16 cm. - (Colección Doctrina 2018)

ISBN 978-987-768-015-7

I. Derecho. 2. Jurisdicción Judicial. I. Orgeira, José María II. Manes, Silvina, pal. prel.. III. Reynoso, Darío, presentación.

GDD 347.02

© Editorial Jusbaire, 2018

Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Consejo Editorial

Presidenta:

Vanesa Ferrazzuolo

Miembros:

Marcela I. Basterra

Alejandro Fernández

Lidia Ester Lago

Silvina Manes

Carlos F. Balbín

Alejandra García

Departamento de Coordinación de Contenidos

Editorial Jusbaire

Edición: Fabiana S. Cosentino; Daniela Donni

Corrección: Mariana Palomino; Florencia Parodi

Coordinación de Arte y Diseño: Mariana Pittaluga

Maquetación: Carla Famá; Pablo O. Iglesias

Comisión de Transferencia del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público de la Nación a la CABA

Secretario de Comisión: Darío Ruíz

Unidad Asesora y de Seguimiento de Políticas de Transferencia

Flavia Lorenzo Piñón; María Cecilia Guglielmi; Ricardo De Giovanni

La presente publicación ha sido compuesta con las tipografías *Geogrotesque* del tipógrafo argentino Eduardo Manso y *Alegreya* de la fundidora argentina Huerta Tipográfica.

EL DELITO DE CAPTACIÓN SEXUAL INFANTIL POR MEDIOS ELECTRÓNICOS [*GROOMING*]

[ART. 131 DEL CÓDIGO PENAL]

Por Mary Beloff, Diego Freedman, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni*

PRESENTACIÓN DEL TEMA

El delito de captación sexual infantil por medios electrónicos, denominado grooming, ha sido incluido en el artículo 131¹ del Código Penal en 2013 mediante la Ley N° 26904.² Esta figura tiene como objetivo la criminalización del contacto con un niño,³ a través del uso de las nuevas

* **Mary Beloff:** Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Profesora Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de dicha Institución e Investigadora del Departamento de Derecho Penal de la misma Facultad. Autora de numerosas obras sobre justicia penal y justicia penal juvenil publicadas en el país y en el extranjero.

Diego Freedman: Abogado (UBA). Docente integrante de la cátedra de la Dra. Beloff (Facultad de Derecho, UBA). Prosecretario Letrado en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Mariano Kierszenbaum: Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Director Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal.

Martiniano Terragni: Abogado. Docente e investigador del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Cátedra de la Profesora Mary Beloff, autor y coautor de numerosos trabajos sobre justicia penal y justicia penal juvenil.

1. Código Penal, 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".

2. Ley N° 26904, sancionada el 13 de noviembre de 2013, promulgada el 4 de diciembre de 2013 y publicada en el BO del 11/12/2013.

3. Nos referimos a los niños en el sentido de niños, niñas y adolescentes. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que: "El término niño abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes", Corte Interamericana de Derechos

tecnologías de comunicación, cuando se constituye en un acto necesario para la futura y prevista comisión de un delito contra la integridad sexual (como pueden ser el abuso sexual infantil,⁴ la corrupción de menores,⁵

Humanos (IDH), Opinión Consultiva No. 17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Serie A No. 17, del 28 de agosto de 2002, nota 45.

4. Código Penal, artículo 119: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) 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. La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho (8) a veinte (20) años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho (18) años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres (3) a diez (10) años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f) (Texto conforme a la ley 27.352, sancionada el 26 de abril de 2017 y publicada en el B.O. del 17 de mayo de 2017)". Código Penal, artículo 120: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado...".

5. Código Penal, artículo 125: "El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años...".

la promoción de la prostitución infantil,⁶ la producción de pornografía infantil,⁷ las exhibiciones obscenas⁸ o el rapto).⁹

La necesidad de la criminalización de estos comportamientos viene impuesta por el Derecho internacional a partir del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁰

6. Código Penal, artículo 125 bis: "El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima". Código Penal, artículo 126: "...Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión".

7. Código Penal, artículo 128: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar 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 dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización...".

8. Código Penal, artículo 129: "Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años".

9. Código Penal, artículo 130: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin".

10. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Asamblea General, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Entrada en vigor: 18 de enero de 2002.

En su Observación general N° 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), el Comité de Derechos del Niño –reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "...intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención" (Fallos 331:2047, del considerando 4° del voto de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni)-, entendió que: "... Las tecnologías de la información y de las comunicaciones se están convirtiendo en una dimensión central de la realidad diaria de los niños. Hoy día, los niños se desplazan sin problemas entre el mundo real y el mundo virtual. Estas plataformas ofrecen enormes beneficios

Además, el amplio *corpus iuris* de derecho internacional¹¹ contiene diversas normas referidas a la protección del niño frente a los ataques sexuales. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 19 establece que

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

A continuación, realizaremos un estudio sintético de la figura de *grooming* teniendo en cuenta los antecedentes parlamentarios, el tipo penal diseñado por el legislador nacional y la sanción prevista.

-educativos, sociales y culturales-, y se alienta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para velar por que todos los niños tengan las mismas oportunidades de obtener esos beneficios. El acceso a Internet y a los medios sociales es fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en el artículo 31 en el mundo globalizado. Sin embargo, el Comité está preocupado por el creciente *corpus* de pruebas que indican que esos entornos, y el tiempo que los niños dedican a interactuar con ellos, pueden representar también un riesgo y un daño considerables para los niños. Por ejemplo: El acceso a Internet y a los medios sociales expone a los niños al ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica (...)", párrafos 45 y 46.

11. Tal expresión será utilizada con los alcances dados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: "Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana (...)", Corte IDH, Caso "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala" (caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párrafo 194, entre otros.

ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS

El trámite parlamentario de la Ley N° 26904 se inició en el Senado de la Nación durante el año 2011, sobre la base de dos proyectos legislativos cuya redacción era bastante diferente al texto de la media sanción.¹²

El Senado, en la sesión del 2 de noviembre de 2011, aprobó la sanción de la ley con un texto idéntico al que tendría posteriormente la Ley N° 26904 por medio de una votación unánime.

En la Cámara de Diputados de la Nación, el proyecto recibió tratamiento parlamentario en la sesión del 11 de septiembre de 2013 junto con otros proyectos de ley en ese ámbito.¹³ En dicha oportunidad se aprobó unánimemente¹⁴ con un texto diferente al aprobado por la Cámara de Senadores. Se propuso la incorporación de la figura de *grooming* con el siguiente texto:

Será reprimida con prisión de tres (3) meses a dos (2) años la persona mayor de edad, que por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, le requiera de cualquier modo a una persona menor de trece (13) años que realice actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual o le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual. La misma pena se aplicará a la persona mayor de edad que realizare las acciones previstas en el párrafo anterior con una persona mayor de trece (13) y menor de dieciséis (16) años, cuando mediere engaño, abuso de autoridad o intimidación.

12. El proyecto de Ley de la Senadora Bongiorno (S-3267/10), cuyo texto establecía que: "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".

Por su parte, el proyecto de los Senadores Higonet y Verna establecía que: "Art. 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.

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 a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad".

13. Proyecto de Diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liberman (nro. 9-D-2012), González, Nancy (nro. 2604-D-2013) y De Narváez, Ferrari y Gambaro (nro. 3064-D-2013).

14. Se registraron 207 votos afirmativos y 3 abstenciones sobre 211 diputados presentes.

Asimismo, se establecía que la acción penal en este delito requería instancia privada. En el debate parlamentario, el diputado Albrieu justificó este texto diferente de la figura de *grooming* alegando que, en primer lugar, la escala penal para el contacto previo no debe ser la misma que la del delito contra la integridad sexual. A la vez, alegó que la conducta incriminada sólo se refiere a un contacto que no lesiona al bien jurídico, sino que sólo lo pone en peligro.¹⁵

El texto retornó a la Cámara de Senadores y fue tratado en la sesión del 13 de noviembre de 2013, en la cual se insistió en la redacción originaria con unanimidad.

BIEN JURÍDICO

El delito de *grooming* fue incorporado en nuestro Código Penal dentro del Título III del Libro Segundo, referido a los delitos contra la integridad sexual.¹⁶ La doctrina considera, sin embargo, que el bien jurídico protegido es, en realidad, la *libertad sexual*.

15. "Estamos –y este es nuestro problema, señor presidente– frente a dos cuestiones discutibles de esta norma. En primer lugar, la escala penal elegida nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal. Por otro lado, no estamos frente a un delito que provoque una lesión al bien jurídico protegido sino solamente ante un acto que pone en peligro ese bien jurídico, y desde una perspectiva constitucional, de los derechos fundamentales y de los tratados internacionales que la Argentina ha suscripto, es siempre discutible el tener un delito de peligro en lugar de un delito de lesión, más discutible y más observable es cuando esa lesión está cada vez más lejana de la acción típica que queremos penar. Obsérvese que en este caso se está penando solamente el tomar contacto con un menor a través de Internet. En un caso similar pero en la vida real, tener contacto en la calle con un menor, como lo hace un pederasta, para cometer un delito no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar. Estaríamos sancionando un delito de peligro con una actividad muy lejana a una verdadera lesión del bien jurídico protegido. Quizás puede servir de explicación, parcial pero insuficiente, el hecho de tener en claro que frente a los contactos por Internet los padres y los cuidadores de los menores están siempre en una actitud de menor cuidado".

16. En el Código Penal de España también se ha considerado que afecta este bien jurídico: "Así, en el delito de *child grooming* se protege el bien jurídico indemnidad sexual, entendido como el normal desarrollo y formación de la vida sexual, o incluso en términos más amplios, como el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual", en Villacampa

Anteriormente el bien jurídico protegido era la honestidad,¹⁷ título que fue reformado en 1999 por su incompatibilidad manifiesta con, centralmente, los derechos de las mujeres y niñas, así como con las ideas modernas acerca de la sexualidad.¹⁸

LA NATURALEZA ANTICIPATORIA DEL GROOMING

El legislador ha reprimido una conducta previa y necesaria para cometer un delito contra la integridad sexual, que manifiesta en sí misma no sólo la intencionalidad del autor, sino que también pone en peligro concreto la libertad sexual del niño. En función de ello, este nuevo delito podría ser clasificado, desde el punto de vista material,¹⁹ como un acto preparatorio de un delito de abuso sexual.²⁰ El legislador considera que

Estiarte, Carolina, *Propuesta sexual telemática a menores u online child grooming: configuración presente del delito y perspectivas de modificación*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 677.

17. Explicaba Rodolfo Moreno (h) (*El código penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, Tommasi, 1922, T. IV, p. 209): “La palabra *honestidad* tiene un sentido amplio y se aproxima al que tiene el término *corrección*. (...) Ideas de carácter religioso y social que gravitan en el mundo civilizado hacen que se considere, por lo menos exteriormente, que las relaciones sexuales no son lícitas sino dentro del matrimonio. Fuera del mismo constituyen un pecado o un delito, según los casos. La familia se encuentra organizada bajo la base del matrimonio, siendo, por consiguiente, lógico y justo que se exija la fidelidad conyugal y se impida el libertinaje”.

18. Reforma introducida por la Ley N° 25087 –sancionada el 14/04/1999, promulgada el 07/05/1999 y publicada el 14/05/1999–.

19. Sobre la noción material de tentativa y preparación, en contraposición del concepto formal, ver: Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 181 y ss., 205.

20. La naturaleza preparatoria del grooming se hace explícita en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, Decreto PEN 678/12), en cuya exposición de motivos se explica que: “Se trata del mayor de edad que simulando o no ser menor, toma contacto o diálogo con un menor de trece años y mantiene con este diálogos o le hace relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un encuentro para cometer otro delito, que no necesariamente es de los previstos en este título, aunque por lo general lo sea. Se trata de 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.” (cfr. Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, p. 214).

en materia de niños, los actos de captación ya constituyen comportamientos socialmente perturbadores con relación a la integridad sexual, razón por la cual ha decidido su criminalización como delito autónomo.

Este recurso legislativo, que consiste en anticipar la punibilidad de un comportamiento mediante la creación de un delito autónomo anterior al acto de lesión concreta al objeto de bien jurídico, no es nuevo. En materia de integridad sexual ya existían los supuestos de raptó y trata de personas (este último la contempla, entre otros fines sexuales, pero se ubica entre los delitos contra la libertad). Esto no constituye un quebrantamiento a los principios de exteriorización y lesividad, en la medida que ellos sean apreciados también, ya de manera autónoma, como comportamientos socialmente perturbadores con relación al bien que se protege. Ello quedará más claro al analizar el verbo típico y la *ultrafinalidad*.

TIPIFICACIÓN

Tipo objetivo

Sujeto activo

El tipo penal no prevé ningún requisito respecto del sujeto activo que cometa la conducta tipificada, de modo que puede ser cualquier persona, incluso un niño o adolescente. En el caso que el adolescente sea mayor de 16 años de edad podrá eventualmente ser penalmente responsable de acuerdo con el régimen especial vigente.²¹

Conducta

El verbo típico del delito de *grooming* es "contactar". Este verbo, entendido sin relación con el contexto, difícilmente pueda remitirnos a una acción que pueda ser considerada ilícita. El verbo aparece solamente como ilícito cuando se tiene en miras la finalidad a la que se dirige ese contacto: cometer un delito contra la integridad sexual. Sin embargo, no

21. Ley N° 22278, artículo 1: "No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación...".

Ley N° 22278, artículo 2: "Es punible el menor de dieciséis (16) años a dieciocho (18) años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1°...".

puede interpretarse que cualquier contacto pueda quedar abarcado por el delito de *grooming* siempre que exista esa finalidad en la mente del autor, como puro estado psíquico. Si fuera así, la punibilidad tendría por base solamente un elemento interno, lo cual está vedado por el principio de exteriorización, como lo explica Jakobs: "La pregunta por lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores".²²

El tipo penal debe interpretarse en el sentido de que ese contacto *ya implique un contenido sexual* que ponga de manifiesto la *anormalidad social del comportamiento*.²³

Con ello se quiere poner de relieve que la regulación puede interpretarse, por un lado, como un delito que reprime al autor por lo que hará en el futuro, lo cual quebrantaría los principios de exteriorización y lesividad, y sólo podría admitirse como un supuesto de derecho penal del enemigo²⁴ (que ha sido considerado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Gramajo");²⁵ pero, por otro lado, como un delito que reprime al autor por lo que ya hizo.²⁶ Creemos que esta última interpretación es válida (siempre que se tenga en cuenta la proporcionalidad de las penas, lo cual veremos a continuación), razón

22. Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 198.

23. Esta opción es la que toma el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que además refiere que: "Si bien no son simpáticas las tipificaciones de actos preparatorios, por ser adelantamientos de punibilidad indeseables en general, que muchas veces pueden comprometer actos inofensivos, en este supuesto este riesgo se evita mediante la exigencia del elemento subjetivo ultraintencional del tipo. El mero hecho de tratar de llegar a un contacto directo con la víctima, está revelando un fuerte indicio de este elemento.", Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, p. 214

24. Sobre este punto, véase: Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

25. CSJN, Fallos: 329:3680: "Ni nuestra tradición legislativa, que remonta a Tejedor y su clara inspiración en Feuerbach, ni nuestra Constitución, que sólo en su art. 23 tolera en circunstancia excepcional y con las debidas garantías que una persona sea contenida por meras consideraciones de peligrosidad, admiten que en nuestro derecho penal se teorice la enemistad al derecho como exclusión de la dignidad de persona...", del considerando 27 del voto de la mayoría integrada por los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

26. Sobre la distinción entre normas de anticipación que reprimen por lo que el sujeto hará en el futuro y normas que reprimen por la lesión ya ocurrida: Jakobs, Günther, "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", *op. cit.*, pp. 48-49.

por la cual, tratándose la declaración de inconstitucionalidad como la *ultima ratio* del sistema, debe aplicarse la norma en este sentido.

En definitiva, la conducta que se reprime en el tipo penal estudiado es el contacto, o sea, el establecimiento de un trato o relación con otra persona.²⁷ Este contacto, por el medio utilizado, no es físico.²⁸ No se establece ninguna limitación respecto de la cantidad, ni la frecuencia de ese contacto, basta con uno solo. Tampoco se exige que se haya extendido determinada cantidad de tiempo, por lo tanto una comunicación breve puede dar lugar a que quede configurada la conducta prevista por la norma. No resulta abarcado por el tipo cualquier esfuerzo que realice el sujeto activo para contactar a niños, cuando no se produce la recepción.

Una cuestión que es menester resaltar es que la conducta criminalizada es el contacto por parte del autor con el menor de edad, sin importar quién lo haya iniciado. Por lo tanto, el tipo penal comprende tanto la situación en la cual el autor inicia un contacto con un menor de edad como el supuesto en que el niño realiza esa primera comunicación con el autor del hecho y este mantiene el contacto.

El tipo penal delimita el medio utilizado para el contacto con el niño. Precisamente, se dispone en la legislación en forma abierta, no taxativa, que el contacto debe ser realizado mediante “comunicaciones electrónicas”, “telecomunicaciones”²⁹ y “cualquier otra tecnología de transmisión de datos”. De modo que el legislador tuvo la intención de tipificar exclusivamente los contactos realizados por las nuevas tecnologías, por haber presumido que resultan los medios más efectivos para hacer posible la comisión de los delitos contra la integridad sexual contra los niños. Esto se explica porque el autor se oculta bajo el perfil de un usuario de Internet escondiendo muchas veces sus datos personales para realizar el contacto.

27. Según la Real Academia Española, una de las acepciones de “contacto” es: “Relación o trato que se establece entre dos o más personas o entidades”.

28. Esto fue detallado por el Senador Sanz en el debate parlamentario del 13 de noviembre de 2013: “Contactar al menor es parte del delito, parte de la conducta típica. Cuando se habla de contactar al menor, considero que deberíamos dejar sentado que esa es la conducta típica y que no solamente se requiere un contacto físico, ya que el contacto puede producirse a través de las herramientas informáticas”.

29. De acuerdo a la Real Academia Española, es un “Sistema de transmisión y recepción a distancia de señales de diversa naturaleza por medios electromagnéticos”.

Debe aclararse que, si bien las nuevas tecnologías facilitan la comisión de este tipo de delitos cuando el sujeto activo prefiere actuar en forma anónima y no pertenece al círculo cercano del niño, lamentablemente los delitos contra la integridad sexual cometidos contra los niños son frecuentemente cometidos por las personas más cercanas, incluso dentro del ámbito familiar. En este tipo penal es irrelevante el conocimiento previo o no que el adulto tuviera del niño.

Al admitir nuevas tecnologías de transmisión de datos, el legislador deja abierto el tipo penal, de forma tal que permite que la legislación no tenga que ser modificada cada vez que se produzca un nuevo avance técnico en los medios de comunicación. Ello no erosiona el principio de legalidad, ya que resulta sumamente descriptiva y clara la referencia a cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con lo que el juez podría aplicar la figura a nuevas realidades, de acuerdo con una interpretación literal del texto.³⁰

Se ha sostenido que el contacto con el niño debió haberse iniciado después de la vigencia de la ley de penal,³¹ de lo contrario, si el contacto con el niño comenzó antes de la incorporación del delito de *grooming* a

30. En relación con el principio de legalidad, explica Roxin que “el marco es delimitado por el sentido literal posible en el lenguaje corriente del texto de la ley, mientras que el juez efectúa dentro de ese marco la interpretación, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal, y según el fin de la ley (interpretación teleológica)”, Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

31. “Respecto de la aplicación de la figura de *grooming*, incorporada al Cód. Penal en su artículo 131 a partir del dictado de la ley 26.904 –que entró en vigencia el 19 de diciembre de 2013–, coincidimos con la defensa en cuanto a que importó inobservar el principio de irretroactividad de la ley penal, establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, dicho tipo penal pune a quien ‘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’ y, en autos, ese contacto se inició alrededor del mes de julio de 2013, cuando todavía la ley 26.904 no había sido dictada. No modifica ese análisis el hecho de que el último tramo de la conducta se desarrollara en oportunidad en que ya había sido sancionado el delito, dado que siendo una ley penal posterior sólo se habilita su aplicación en caso de ser más benigna que la vigente al tiempo de inicio de la acción, extremo que aquí no ocurre dado que en forma previa a la disposición legal mencionada la conducta no merecía reproche bajo esa figura. Recientemente la CSJN se ha expedido en este sentido –aunque respecto del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (238, inciso 2 del CP)– en el fallo ‘G. O.’, resuelto el 4 de febrero de 2014”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “R., L. J. s/Procesamiento”, del 26/03/2014.

nuestro Código Penal, resulta de aplicación el principio de irretroactividad de la ley penal. Por nuestra parte, discrepamos con tal tesis. Sí cabe aplicar el principio de irretroactividad penal para el contacto realizado antes de la vigencia de la ley penal; pero si ese contacto persiste, el autor incurre en la figura típica. Desde ya, sólo pueden valorarse para determinar la tipicidad y cuantificar el reproche los contactos establecidos después de la vigencia de la norma penal.

Sujeto pasivo

La figura exige que el sujeto pasivo sea un niño, o sea, una persona menor de 18 años de edad.³² El legislador no ha limitado el alcance a una edad máxima que comprenda a todas las personas menores de edad,³³ tampoco ha previsto agravantes cuando el contacto se realiza con un niño muy pequeño, como ocurre con otras figuras penales.

De acuerdo con la redacción del tipo penal, se exige que la conducta esté dirigida a un niño, de modo que no se configura la figura cuando el sujeto activo utiliza los medios de transmisión de datos para emitir un mensaje dirigido a un grupo indeterminado de niños.

Tipo subjetivo

Dolo

La figura es exclusivamente dolosa, no se prevé expresamente la posibilidad de que sea cometida mediante la infracción a algún deber de cuidado. De modo que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo antes descripto. En concreto, debe tener el conocimiento y la voluntad de realizar el contacto con una persona menor de edad mediante comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de

32. Sobre este punto, y respecto de las “habilitaciones legales cruzadas”, entre las normas de protección a la infancia y las normas penales juveniles, ver Beloff, Mary; Freedman, Diego; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary (dir.), *Nuevos problemas de la justicia juvenil*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, en particular el apartado II.2.b.

33. En el Derecho comparado, una de las opciones es relacionar la protección contra el *grooming* con la edad mínima a partir de la cual se reconoce capacidad para consentir una relación sexual (vgr. España, 16 años).

transmisión de datos. La presencia de los elementos cognitivo y volitivo da lugar al dolo directo.

Desde ya, debe evaluarse el error de tipo, por ejemplo, cuando el autor desconoce la edad del sujeto pasivo o no sabe que está realizando un contacto con otra persona (si cree que está *jugando* en un simulador virtual).

En relación con la voluntad del autor, se presenta una situación particular porque la comisión de este delito en realidad, de acuerdo a su plan, es meramente un medio para realizar otra conducta (un delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo). La conducta criminal del autor no se agota, de acuerdo a su ideación, en la realización del contacto, sino que sólo sería una consecuencia previa y necesaria para un delito contra la integridad sexual posterior. Por ende, lo que realmente quiere el autor del hecho es cometer el delito contra la integridad sexual y, en el *iter criminis*, se incluye la comisión de este otro delito como acto previo y necesario. Esta característica en la voluntad del autor no impide que el dolo pueda ser definido como directo.³⁴

Cuando se registra que el autor, pese a no estar seguro respecto a la presencia de los elementos del tipo objetivo, asume la decisión de realizar la conducta reprimida, consideramos que podría configurar un supuesto de dolo eventual.³⁵ Téngase en cuenta que el tipo penal no utiliza términos como “a sabiendas”, que excluyen el dolo eventual. A la vez, puede darse el supuesto en que el autor sospeche de la minoridad de la víctima y de todas maneras se decida a actuar asumiendo que puede in-

34. Explica Stratenwerth que “El dolo directo se extiende entonces a todos los resultados típicos cuya realización aparece a los ojos del autor como *presupuesto o estadio intermedio necesario* para alcanzar la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, pp. 190-191, destacado agregado.

35. Señala Stratenwerth que: “La concepción actualmente dominante, denominada ‘teoría de la decisión’ o ‘teoría de la actitud’, permite que baste para el dolo eventual con que el autor se conforme con la posible realización del tipo. En la parte de que el dolo presupone más que el conocimiento del peligro de la realización del tipo (...) Sólo cuando él tome en serio aquel peligro, lo tenga en cuenta, tendrá que tomar una resolución acerca de si eso que él quiere alcanzar es valioso a sus ojos, en caso necesario, al precio de realizar el tipo: si, entonces, él actúa, existe allí la decisión contra la norma jurídica de conducta; y esto es completamente independiente de cuán desagradable puede ser para él la consecuencia negativa. En otras palabras, se habla de dolo eventual respecto de todas las circunstancias o de las consecuencias que el autor asume en pos de la verdadera meta de la acción”, Stratenwerth, Günther, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 195-196.

currir en la conducta reprimida (tégase en cuenta que si el autor es un desconocido que estableció el vínculo por Internet y si el niño no es muy pequeño, siempre puede quedar cierto margen de duda, a menos que obtenga información fidedigna sobre su fecha de nacimiento). Como ha explicado Roxin, existe una decisión de afectar el bien jurídico.³⁶ De lo contrario, denegar la posibilidad de la aplicación del dolo eventual daría lugar a que el sujeto imputado siempre plantee la falta de conocimiento certero y oportuno sobre la edad de la víctima.

Elemento subjetivo distinto del dolo

La normativa exige la intención del autor de cometer cualquier delito contra la integridad sexual del niño. De modo que no sólo se debe acreditar el contacto con el niño, sino también esta intención, que deberá surgir del intercambio de información (por ejemplo, la conversación, las fotos, las películas, etc.). Sin lugar a dudas, en los casos concretos este elemento subjetivo distinto del dolo debe ser inferido de las comunicaciones que ha entablado el sujeto activo con el niño.

Resulta necesario, de acuerdo a la redacción del tipo penal, que se pueda precisar el delito contra la integridad sexual que pretende cometer el autor de la conducta. En consecuencia, debe determinarse si el autor pretendía cometer el delito de abuso sexual o de corrupción de menores, por ejemplo.

Tégase en cuenta que el tipo penal se limita estrictamente a delitos contra la integridad sexual del niño, y queda afuera el supuesto de la comisión del delito de trata con fines de explotación sexual, que está previsto en el acápite de los delitos contra la libertad.

TENTATIVA

La mayoría de la doctrina coincide en que la figura, dado que criminaliza actos previos y necesarios para la comisión de otros delitos contra la integridad sexual en perjuicio de niños, no admite la tentativa.

36. Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 425. Agrega el citado autor: "...hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así -sea de buena o de mala gana- a la eventual realización de un delito, se conforma con ello" (*op. cit.*, p. 427).

No obstante ello, podrían existir supuestos de hecho en los cuales se encuentren acreditados actos que constituyan un principio de ejecución doloso previo a la consumación. Es decir, se puede producir una exteriorización y pueden estar presentes los elementos que configuran el tipo subjetivo³⁷ sin que se haya llegado a realizar el contacto con el niño con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual, por una causa ajena a la voluntad del autor.

Este supuesto podría darse cuando algunos de los padres u otro adulto responsable advierte que el niño está usando un medio de transmisión de datos para entablar una comunicación con una persona adulta, lo suplanta en el uso del dispositivo electrónico y recibe en ese momento un mensaje que evidencia la intención de cometer un delito contra la integridad sexual de la persona menor de edad. También puede darse un supuesto similar cuando el autor se contacta mediante un sistema electrónico de transmisión de datos con un funcionario de una fuerza de seguridad que simula ser un niño a fin de detectar este tipo de delitos. En consecuencia, el control parental preventivo o esta técnica de investigación por parte de las fuerzas de seguridad permiten detectar y castigar el delito de *grooming* aun cuando no se haya producido todavía el contacto con el niño con la intención exigida por la ley penal.

La escala penal aplicable, de acuerdo con la jurisprudencia mayoritaria,³⁸ sería de tres meses a dos años y ocho meses, con lo que resultaría en principio procedente la condena condicional y la suspensión del juicio a prueba. Sin embargo, debería explorarse la tensión que esta última alternativa plantea con los compromisos internacionales asumidos por el país referidos a la necesidad de que exista una respuesta estatal penal en casos que impliquen vulneraciones de derechos fundamentales.³⁹

37. Detalla Stratenwerth: "El tipo subjetivo de la tentativa no puede ser otro que el del delito consumado. Por ello, integra la decisión de cometer un hecho punible, la totalidad de los requisitos del tipo subjetivo: el dolo dirigido a la realización del tipo objetivo y los componentes subjetivos especiales que exija la ley", Stratenwerth, Günther, *Derecho penal...*, op. cit., p. 334.

38. Cámara Nacional de Casación Penal, Acuerdo Plenario n° 2, "Villarino, Martín Patricio y otro s/recurso de casación", del 21/04/95.

39. Cfr. Beloff, Mary y Kierszenbaum, Mariano, "El derecho penal como protector de derechos fundamentales I: formas alternativas al proceso penal y violencia de género", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2017, en prensa.

PARTICIPACIÓN

La modalidad comisiva hace posible que existan partícipes primarios y secundarios en el hecho, de acuerdo a la relevancia del aporte. Un partícipe primario podría facilitar los medios tecnológicos para que el autor realice el contacto con un niño, teniendo conocimientos de sus planes. Por su parte, un cómplice secundario podría haberse comprometido previamente a eliminar todo rastro de la comunicación electrónica realizada con el niño. En este caso, la escala penal del delito consumado se ve reducida de tres meses a dos años y ocho meses.

Una cuestión particular que podría presentarse, dada la modalidad de la conducta, es una coautoría sucesiva.⁴⁰ Esto podría acontecer cuando un grupo de personas utiliza sucesivamente una misma identidad a fin de contactar a uno o varios niños con el fin de cometer delitos contra la integridad sexual. El uso de las nuevas tecnologías de la comunicación hace posible esta modalidad, al permitir que distintas personas utilicen un mismo usuario y se vayan turnando en la comunicación con el niño, y en ese caso tienen dominio del hecho todos los autores.

SANCIÓN PENAL PREVISTA

La figura prevé una escala penal de seis meses a cuatro años de prisión. Esta escala penal hace factible la condena condicional del autor del delito cuando se le aplique una pena inferior a los tres años de prisión y resulte ser su primera sentencia condenatoria.⁴¹ Asimismo, de

40. Stratenwerth explica la coautoría sucesiva como el caso en el que "uno de los coautores se incorpora retroactivamente a la empresa, después de la realización parcial del delito ya lograda por otro (...) el que se incorpora responde por aquel ilícito que es cometido recién *después* de su aparición", en Stratenwerth, Günther, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 401-402.

41. Código Penal, artículo 26: "En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto...".

acuerdo a la tesis amplia reconocida por el Máximo Tribunal,⁴² resulta procedente la concesión de la suspensión del juicio a prueba⁴³ si se considera que corresponde una condena condicional.

Esta figura ha de ser analizada desde el punto de vista constitucional con relación al principio de proporcionalidad, en cuanto a que, si constituye una figura de anticipación, no podría prever penas más graves que los propios delitos consumados o tentados.⁴⁴

El delito en cuestión es sancionado con una pena que va de los seis meses a los cuatro años de prisión. La pena aparece como proporcional para la mayoría de los delitos del Título III (en particular, con relación a los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, y corrupción de menores), con excepción del abuso sexual simple y la pornografía infantil, en la medida en que la pena es igual para el delito consumado y sería más grave con relación con la de la tentativa; y al estupro, en función de que el *grooming* tendría una pena mayor que la de su tentativa. Una observación similar cabe con relación al delito de raptó, que tiene una pena similar (de uno a cuatro años de prisión), pero que implica ya una privación de la libertad.

Para salvar estos problemas de proporcionalidad podrían transitarse dos caminos: (a) por un lado, considerar que el legislador ha decidido dejar por fuera estos supuestos y entender que el *grooming* se refiere sólo a los supuestos más graves. Sin embargo, la referencia del tipo penal al "propósito de cometer cualquier delito contra la integridad" parece desecharse esta interpretación; (b) por otro lado, puede interpretarse que dentro de la escala de seis meses a cuatro años debería interpretarse que si lo que se quería realizar era un abuso sexual simple, un estupro o actos de pornografía infantil, la escala penal aplicable debería construirse de manera proporcional por vía jurisprudencial de tal modo que nunca pueda superar la escala correspondiente a la de la tentativa del delito-fin.

42. CSJN, Fallos: 331:858.

43. Código Penal, artículo 76 bis: "Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio...".

44. Cfr. Tazza, Alejandro, "El delito de *grooming*", en *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 7 de marzo de 2014.

CONCURSOS

Si bien la figura no prevé expresamente que no será aplicable cuando el autor haya incurrido en un delito más severamente penado, creemos que se da un supuesto de concurso aparente o impropio cuando el delito contra la integridad sexual que motivó el contacto se realiza. Por ejemplo, si ya se ha producido un contacto frecuente con intercambio de mensajes y videos pornográficos que han consumado la figura de promoción de corrupción de menores (art. 125 del Código Penal). Esta modalidad de concurso es denominada consunción, ya que se supone que el reproche por la realización del delito comprende a la conducta previa desplegada de contacto con el niño.

Otro problema se presenta cuando se consuma la figura de *grooming* y también el delito que tiene en miras el autor, pero este último tiene una escala penal igual (abuso sexual simple o producción de pornografía infantil) o inferior (por ejemplo, la tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización, cuya escala penal es de cuatro meses a dos años). En ese caso, la realización del delito penal que motivó el contacto no perjudica o hasta beneficia al autor, al implicar la aplicación de la misma escala penal o una más reducida.

Creemos que, en aras de resguardar el principio de proporcionalidad penal,⁴⁵ la solución en este tipo de casos, más allá de una reforma legal,⁴⁶ es aplicar una escala penal reducida, cuando el autor realizó el contacto con el niño con la finalidad de realizar un delito cuya escala penal es menor o igual que a la escala de la figura de *grooming*. A fin de acotar la discrecionalidad judicial, un criterio que puede adoptarse en estos casos

45. "El hecho de que entre pena y delito no exista ninguna relación natural no excluye que la primera deba ser adecuada al segundo en alguna medida. Al contrario, precisamente el carácter convencional y legal del nexo retributivo que liga la sanción al ilícito penal exige que la elección de la calidad y de la cantidad de una se realice por el legislador y por el juez en relación con la naturaleza y la gravedad del otro. El principio de proporcionalidad expresado en la antigua máxima *poena debet commensurari delicto* es en suma un corolario de los principios de legalidad y de retributividad, que tiene en éstos su fundamento lógico y axiológico" (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Valladolid, Ed. Trotta, 1995, p. 397).

46. A la fecha de elaboración de este trabajo, contaba con estado parlamentario un proyecto de la Senadora Negre de Alonso que propone reducir la escala penal de tres meses a dos años de prisión (Proyecto nro. 2556/16).

es tomar la escala penal del delito que motivó el contacto y reducir de la misma forma que la tentativa (la mitad del mínimo y un tercio del máximo) cuando sólo se consuma la figura de *grooming*. Por ejemplo, el *grooming* con la intención de cometer un abuso sexual simple tendría una escala penal de tres meses a dos años y ocho meses (si hubiera tentativa de *grooming*, sufriría otra reducción); en el caso *-grooming* con la intención de tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización— la escala penal sería de dos meses a un año y cuatro meses.

Esta interpretación, que concilia la escala penal con el principio de proporcionalidad, también permite superar el inconveniente que se presenta cuando la figura del *grooming* determina la aplicación de una escala penal mayor que la tentativa del delito contra la integridad sexual que motivó el contacto con el niño. Por ejemplo, la tentativa de producción de pornografía infantil tiene una pena de tres meses a cuatro años, inferior a la pena de *grooming*. Ahora, si atenúa la pena para el delito de *grooming* de la misma forma que para la tentativa de producción de pornografía infantil, desaparece la tensión con el principio de proporcionalidad penal.

REGULACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

No se estableció en el Código Penal que se trate de un supuesto de acción pública dependiente de instancia privada, como ocurre con los otros delitos contra la integridad sexual, incluso cuando las víctimas son niños. De modo que la acción penal del *grooming* es siempre pública, y no depende de la instancia privada por parte de los representantes legales del niño o de la existencia de un supuesto de excepción previsto en el artículo 72 del Código Penal.⁴⁷

47. Código Penal, artículo 72: "Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91 (...).

"En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

COMPETENCIA

Se ha discutido si la competencia para la investigación y el juzgamiento de este delito corresponde a la justicia nacional o local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvió que la competencia debía corresponder al fuero local. Para así decidir sostuvo que

... De conformidad con el criterio del Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, la competencia para investigar y juzgar los nuevos delitos de competencia penal ordinaria aplicables en su ámbito territorial pertenece a esta ciudad, este conjunto de figuras incluye a las creadas con posterioridad a la ley 24.588 –BO 30/11/1995–. En esta última especie se inserta el delito previsto en el art. 131 CP (BO 11/12/2013), bajo pretexto del cual se pretende renunciar a las facultades jurisdiccionales de esta ciudad. Acerca de esta cuestión se ha señalado que el marco dentro cual debe analizarse la cuestión está dado por el art. 129 CN. Dicha norma es clara en el punto de asignar sin cortapisas tanto facultades jurisdiccionales cuanto legislativas, independientemente del carácter que pretenda reconocérsele al nuevo Estado Autónomo. En este punto, no puede existir discusión sobre su asimilación al resto de la Provincias: toda cuestión local pertenece a la esfera propia del nuevo Estado. El 27/8/2009 el Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad se expidió en el precedente ‘Ministerio Público –Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1– s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Incidente de incompetencia en autos ‘NN s/inf. art. 00 –presunta comisión de un delito–’ (Expte. n° 6397/09), acerca de la cuestión que aquí nos convoca. En dicho precedente, la mayoría del TSJBA se expidió en favor de la competencia de la Justicia de esta Ciudad para la investigación y juzgamiento de los delitos establecidos con posterioridad a la ley 24.588. Para fundamentar dicha decisión la opinión mayoritaria del TSJBA sostuvo que más allá de los esfuerzos que se han realizado para avanzar en el ordenado traspaso de las competencias jurisdiccionales que, constitucionalmente, deben estar a cargo de las autoridades locales, no se precisa acuerdo o

“Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de estos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquel”.

autorización para asumir o tomar lo que a esta Ciudad le corresponde por imperio del art. 129 de la CN.⁴⁸

A MODO DE CONCLUSIÓN

El tipo penal de captación sexual infantil por medios electrónicos (*grooming*) puede ser analizado desde diferentes perspectivas. Tiene una naturaleza anticipatoria, que complejiza el análisis dogmático sustantivo y presenta complejidades procesales.

El país ha cumplido con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos de la infancia al tipificar esta figura, pero habrá que esperar que la jurisprudencia aplique la norma para pronunciarse sobre su eventual eficacia político-criminal.

Cuando se analiza la relación entre los niños y la justicia penal, a pesar de la forma como se presenta la información a la opinión pública, son exponencialmente más los casos en los que ellos son víctimas que los casos en los que son victimarios.⁴⁹ Este tipo penal admite esa circunstancia y supone el reconocimiento de un alto índice de vulnerabilidad de los niños frente a la criminalidad cometida mediante el uso de nuevas tecnologías.

48. Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 1, causa n° 10145-00-CC/15 "P., F. s/art. 128 CP", del 21/09/2015, entre otras.

49. Beloff, Mary, *¿Qué hacer con la justicia juvenil?*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2016, p. 20, cit. 11.

