

DE CÓMO EL GROOMING SE HIZO DELITO

INFORME ESPECIAL DEL TRAMITE EN EL CONGRESO

Luego de dos años de trámite parlamentario finalmente el Congreso de la Nación convirtió en ley el proyecto que incorpora como nueva figura del Código Penal al grooming. En la Ciudad de Buenos Aires, el fuero Penal, Contravencional y de Faltas será competente, para su investigación y juzgamiento.

Por Jorge Benavidez

Colaboraron: Luciana Czyrka¹ y Bernardo de Speluzzi²

1. ANTECEDENTES.

Si bien en el año 2001, el Consejo de Europa dio a luz el Convenio sobre *Cibercriminalidad*, que significó buena parte de la inspiración de la ley 26.388 sobre *delitos informáticos*, no se mencionaba aún la figura del *grooming*, sino solamente la *producción, ofrecimiento, difusión o posesión de la pornografía infantil por medio de un Sistema Informático*³.

Así, debe decirse que el principal antecedente normativo que animó la elaboración de los proyectos de ley, que formaron parte del trámite parlamentario cuya conclusión fue la sanción de la nueva figura contenida en el artículo 131 del Código Penal, fue sin dudas el *Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual*⁴, del año 2007.

La mencionada norma supranacional, prohíbe en su artículo 23 las “*Proposiciones a niños con fines sexuales*”, el que reza: (...) “*Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la*

¹ Abogada, Docente.

² Abogado, Asesor Técnico Parlamentario.

³ Artículo 9, Convenio sobre la Cibercriminalidad, Budapest, 23.XI.2001

⁴ Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual. Lanzarote, 25 de octubre de 2007.

información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.”

Siendo que el mencionado artículo 18, cuyo *nomen juris* es “Abuso sexual”, dispone que “(...)1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales:

a) Realizar actividades sexuales con un niño que, de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades (...)

2. A efectos de la aplicación del apartado 1, cada Parte determinará la edad por debajo de la cual no está permitido realizar actividades sexuales con un niño.”

Y, en su artículo 20, denominado “Delitos relativos a la pornografía infantil”, establece: “(...) 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales, cuando se cometan de forma ilícita: (...) a) La producción de pornografía infantil (...).”

No obstante ello, también es justo mencionar el caso Fadelli, ocurrido en Cipolletti, provincia de Rio Negro, los días 21 y 25 de julio de 2009. Dicho hecho consistió en que un comerciante cipoleño, Pedro Fadelli, de 35 años de edad, se hizo pasar por un joven de 14 años y mediante engaños mantuvo conversaciones de contenido sexual con una menor de 13 años y se exhibió por la cámara web mientras se masturbaba.

Probado el hecho, en agosto de 2012, Fadelli fue condenado a un año de prisión en suspenso por el delito de exhibiciones obscenas, única figura penal que existía hasta ese momento, que comprendía parte de la conducta desarrollada por el condenado. La sentencia, fue confirmada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Rio Negro en el año 2013.

Pero desde tiempo antes, la madre de la víctima, Rosa Castro, venía desplegando una intensa campaña para tipificar la conducta del *grooming*, apoyada por el intendente de Cipolletti, Abel Baratti y, legisladores

nacionales entre los que se encontraba la senadora María José Bongiorno, autora de uno de los proyectos de ley.

“(…) En su momento, cuando me tocó denunciar a este pedófilo me encontré con que para la Justicia no era un delincuente”, expresó Castro y agregó que “(…) finalmente se logró una condena por exhibicionismo, la única figura penal que existe hasta el momento para este tipo de delitos.”⁵

2. EL INICIO. TRATAMIENTO EN EL SENADO.

La iniciativa parlamentaria comenzó a tratarse en el Senado en el año 2011, con la puesta en discusión de dos proyectos de ley: el S-3267/10, de la senadora María José Bongiorno (PJ-FpV-Río Negro) y el S- 2174/11, de María de los Angeles Higonet (PJ-FpV-La Pampa) y Carlos Verna (PJ-La Pampa)⁶; y si bien ambas intenciones eligieron diferentes numerus clausus y construcciones típicas, las razones fundantes son coincidentes.

Así, la rionegrina expuso que según una investigación de la *Asociación Civil Chicos. Net*, en colaboración con *Save The Children Suecia* y *Ecpat Internacional*, el 40% de los niños, niñas y adolescentes se conecta a internet todos los días de la semana y, dentro de ese porcentaje el grupo de 15-18 años es considerablemente mayor, mientras que en el hogar la actividad más intensa es la de comunicarse a través de la mensajería instantánea (47%).

Debido a ello, argumentó la legisladora patagónica y, a *“(…) la facilidad para el anonimato e incluso para la creación de identidades alternativas que permite la participación en las redes sociales cibernéticas, contribuye a que perversos cometan conductas delictivas contra menores que no están adecuadamente contempladas en nuestra normativa, y que por lo tanto, requieren de una tipificación clara que no deje márgenes de impunidad interpretativa ante unja conducta típica, antijurídica que le sea reprochable al autor”*.

También en su fundamentación, la senadora rionegrina definió al fenómeno *grooming* como *“(…) acciones deliberadas por parte de uno/a adulto/a de cara a establecer lazos de amistad con un niño o niña en internet, con el objetivo de obtener una satisfacción sexual mediante imágenes eróticas*

⁵ Diario “La mañana” de Cipolletti, edición digital del 4 de mayo de 2013.

⁶ Textos disponibles en el anexo del presente.

o pornográficas del menor o incluso como preparación para un potencial encuentro posterior, con fines netamente sexuales (...)”, agregando que el objeto de la inteligencia parlamentaria intentada es “(...) *dar un freno a los resultados de alarmantes estadísticas y poner en un primer plano el resguardo de la integridad sexual del menor*”.

A su turno, los legisladores pampeanos coincidieron con la fundamentación de la senadora Bongiorno, haciendo hincapié en la legislación comparada. Así, citan el nuevo artículo 183 bis del Código Penal Español: “(...) *el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometido. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”.

Finalmente, es muy interesante la descripción del fenómeno del *grooming* que hacen, al que dividen en cuatro etapas:

“(...) 1. Generar un lazo de amistad con un menor fingiendo ser un niño o niña (...) 2. Obtener información clave del menor víctima del grooming (...) 3. Mediante seducción, conseguir que el menor frente a la webcam del computador se desvista, se masturben o realice otro tipo otro tipo de expresiones de connotación sexual (...) 4. Inicio del ciberacoso, dando inicio a la frase de extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien el contacto físico con el menor para concretar el abuso sexual”.

No obstante estas coincidencias, la construcción típica propuesta por ambos proyectos fue diferente y, disímil incluso de la redacción del tipo penal que finalmente se terminó incorporando al Código Penal.

Así, la rionegrina María José Bongiorno, propuso para el nuevo delito el *numerus clausus* 125 ter con la siguiente redacción: “(...) *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”.

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

La pena será de dos (2) años a seis (6) años cuando el material pornográfico obtenido a través de la conducta anterior sea utilizado para obligar al menor a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad.”

A) EL ESTUDIO TECNICO EN COMISION DE LAS FIGURAS PROPUESTAS.

Planteado el interés legislativo sobre el tema, a mediados del año 2011, los proyectos de ley pasaron a ser analizados dentro del ámbito de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.

La primera apreciación que se hizo fue que la figura propuesta no estaba contenida en el catálogo de delitos del *Convenio Europeo Sobre la Ciberdelincuencia del año 2001*⁷ cuya referencia más cercana a la conducta que se pretendía tipificar, se encontraba en la modificación introducida en el primer párrafo del art. 128 del Código Penal por la ley 26.338⁸ de delitos informáticos, promulgada el 25 de junio 2008. Allí se introdujo el elemento normativo “*por cualquier medio*” para penalizar al que *produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.*

Por tal razón, los senadores por La Pampa, buscaron insertar la nueva figura como art. 128 bis, pero la pornografía infantil no es grooming, por

⁷ Texto cit. supra.

⁸ Ley 26.388, B.O 25/06/08.

lo cual debió ser descartado la inserción de la figura propuesta dentro de las cercanías de ese tipo penal.

En tanto que sobre el otro *numerus clausus* propuesto, el 125 *ter*, seguía la línea del entonces art. 125 y 125 bis versión ley 25.087⁹, que tipificaban la corrupción y prostitución de menores, pero partiendo de una escala penal alta (tres años de prisión).

Pero un análisis más profundo de la normativa comparada, arrojó que el *grooming* aparecía como delito a tipificar según la recomendación del Consejo de Europa, a través del “*Convenio para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual*”¹⁰, del año 2007.

Se coincidió entonces que había que buscarle a la figura una ubicación nueva e independiente de los delitos que hasta ese momento se enlistaban en el Capítulo III, del Título III (Delitos Contra la Integridad Sexual), pero dentro de éste último. Así se observó que seguido al raptó (art. 130), en el capítulo IV, el art. 131 estaba libre luego de ser derogado en 1999 por la ley 25087¹¹, por lo que se decidió que ese debería ser el numeral de la nueva figura.

Luego de eso, se pasó al análisis del verbo que describiría la conducta prohibida. Así, el proyecto de la rionegrina Bongiorno utilizaba “*perturbare*”, *moral y/o psicológicamente a menores de dieciocho años*, requiriendo como fin “*someterlo sexualmente*” y, utilizando como medio comisivo “*la transferencia de datos en cualquiera de sus formatos digitales*”. En tanto, Higonet y Verna, postularon “*cometiere*” *acciones destinadas a ejercer influencia sobre un menor*, con la finalidad de que éste “*realice, a través del mismo medio, actividades sexuales explícitas o actos con connotación sexual*”, anclando todo ello en el medio comisivo “*por intermedio de identidad falsa, mediante la utilización de cualquier medio electrónico*”.

Aclaremos, que en este último proyecto, los autores desdoblan la acción del *grooming*, reprimiendo la actividad extorsiva del sujeto activo mediante un segundo párrafo, donde “*el material pornográfico obtenido a través*

⁹ Ley 25.087, B.O 14/05/99.

¹⁰ Texto cit. supra.

¹¹ Texto cit. supra.

de la conducta anterior sea utilizado para obligar al menor a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad”.

A causa de esta distinta lógica observada en ambos proyectos para la construcción del nuevo tipo penal, es que los legisladores eligieron diferente ubicación en la sistemática del Código y, reprochado la conducta del infractor con penas tan disímiles.

Por ello, se trató de armonizar las dos figuras propuestas, simplificando el contenido de términos normativos y abarcando la mayor cantidad de posibilidades disvaliosas. El verbo elegido fue “*contactare*”, principio de la acción del grooming, “*a una persona menor de edad*”, siendo la finalidad “*cualquier delito contra la integridad sexual*” y, el medio comisivo, “*comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos*”.

Luego, al momento de discutir la penalidad, el punto de partida fue que la nueva conducta disvaliosa era anterior a todas las formas de abuso tipificadas hasta ese momento, abuso que es la intención última del infractor tal como se desprende de los proyectos de ley y de la redacción que a la postre fue la finalmente sancionada. Ergo: el nuevo delito no podía contener un reproche penal mayor a la escala de seis meses a cuatro años de prisión dispuesta en el primer párrafo artículo 119 del Código para el abuso simple del menor de trece años o, del mayor de esa edad pero menor de dieciocho años a través de los medios comisivos descriptos allí.

El esfuerzo de los técnicos legislativos y asesores del Senado se vio premiado en la reunión de Comisión del día 27 de setiembre de 2011, oportunidad en que se invitaron a expertos en la materia. Allí, el doctor Ricardo Sáenz, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal especialista en delincuencia informática y miembro de la Comisión redactora de la ley 26.388¹², de Delitos Informáticos, manifestó que “*(...) Concuero con la idea de la última versión, por ejemplo, en cuanto a que se incorpore como artículo 131 del Código Penal. Uno de los proyectos proponía, aunque todas las propuestas eran atinadas, todas están dentro del capítulo de delitos contra la integridad sexual sin dudas uno iba como 125 ter y el otro como 128 bis y el número 131 estaba libre, por decirlo de*

¹² Texto cit. supra.

alguna manera. Además, si uno arranca desde el 119 con todas las tipificaciones que viene llevando de delitos contra la identidad sexual y aprovechando que ahora se suprimieron todos los títulos de los capítulos o sea todos los artículos vienen seguidos, este vendría a ser el último que quedaría como lista de tipos penales y después viene el 132 que habla del ejercicio de la acción, de la acción con las ONG y el 133 que es una agravante genérica de todo el capítulo. Esa sería una buena ubicación.

También me parece apropiado cómo se remata el artículo, cuando dice: con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual. La referencia a todos los delitos del capítulo favorece, simplifica y evita tener mucho verbo y descripción de conductas. Cuando uno dice con cualquier conducta de delitos de este capítulo uno soluciona bastante bien el tema. Aparte está el abuso, la violación, la corrupción, la prostitución, todos están comprendidos. O sea cualquier finalidad que el autor persiga estaría comprendida (...).¹³

B) EL TRATAMIENTO EN EL RECINTO.

El 2 de noviembre de 2011, en el orden 38 del plan de labor, fue tratado el orden del día 712/11¹⁴, conteniendo el dictamen que aconsejaba la sanción del nuevo artículo del código Penal, el cual llegó al recinto con el siguiente texto: *“Artículo 131: Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.*

En aquella jornada fue miembro informante la entonces presidente de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, la laboriosa e incansable senadora salteña Sonia Escudero, quien abrió el debate con las siguientes palabras: *“(...) Señor presidente: este es un proyecto muy importante porque plantea que se alcance con una sanción penal la conducta de aquellas personas que utilizan los medios electrónicos para contactar a*

¹³ Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, del 27 de setiembre de 2013. Texto disponible en el anexo al presente.

¹⁴ Texto disponible en el anexo al presente.

menores de edad con el propósito de cometer posteriormente un delito contra la integridad sexual.

Quiero señalar primero algunos datos que alguna consultora hace poco analizó en sus mediciones: un adulto hoy pasa el doble de tiempo que su hijo mirando televisión, pero su hijo adolescente pasa seis veces más que su padre conectado a la red. Este dato nos da la reflexión contextual de frente a qué estamos. Con esta masificación de las tecnologías de la comunicación, con el acceso a Internet y con la brecha generacional que hace que hoy los hijos manejen y entiendan las computadoras mucho mejor que los padres, hay un cambio completamente sustancial (...) Lo que estamos penalizando es la conducta anterior al delito contra la integridad sexual. ¿Qué estamos diciendo? Es el proceso de captación del menor. Basta, entonces, la captación de la persona menor de edad con el propósito de cometer un delito contra la integridad sexual para la generación de una tipicidad autónoma. Lo que estamos diciendo es que la conducta típica va a ser el contacto con los menores de edad; el elemento circunstancial de medios, la utilización de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos a los fines de contacto; como elemento del tipo subjetivo distinto al dolo, el propósito del victimario es utilizar ese contacto para cometer un delito contra la integridad sexual del menor. La escala penal prevé un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años de prisión (...)”¹⁵

Luego de la exposición que hicieron los autores de los proyectos, la cual giró a partir de la fundamentación que contenían sus respectivas inteligencias parlamentarias y, de la convalidación de la necesidad de la sanción del proyecto por parte de senadores de distintas bancadas, la senadora Escudero cerró el debate con estas palabras: “(...) Aquí estamos creando un tipo penal nuevo y adelantando la punición a este comportamiento anterior a la comisión del otro delito más grave. Y ello es así porque, si bien el adelantamiento de la punición siempre es excepcional, en este caso está justificado por la vulnerabilidad de las víctimas, por la gravedad del delito posterior y, efectivamente, por las secuelas que estos delitos tan graves dejan

¹⁵ Según versión taquigráfica de la sesión del 2 de noviembre de 2011 en Senado. Texto en el anexo al presente.

en nuestros niños, niñas y adolescentes, esto es, en las víctimas de estos delitos.

Si el otro delito llega a cometerse o tiene principio de ejecución habrá concurso de delitos. Son dos comportamientos distintos.

*Todas estas conductas nuevas que vamos tipificando y que tienen vinculación en el Derecho Comparado son muy importantes a la hora de los pedidos de extradición. Como muchas veces este tipo de delitos tiene que ver con redes internacionales, si la conducta no está tipificada en nuestro país seguramente no se podrá extraditar al autor de estos delitos tan graves”.*¹⁶

Con la aprobación por unanimidad de los cuarenta y ocho senadores presentes en el recinto, el proyecto se aprobó y partió rumbo a la Cámara de Diputados.

3. PRIMERA REVISION EN DIPUTADOS.

A) LA DISCUSION EN COMISIONES. LOS PROYECTOS DE LA CÁMARA BAJA.

En la Cámara de Diputados, el tratamiento del *grooming* fue más extenso en razón que del mismo participaron dos comisiones parlamentarias: la de Legislación Penal, en primer lugar y, la de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, en segundo.

Abierto el debate, las inteligencias legislativas en discusión fueron cuatro: la sanción de la Cámara alta (S-149/11); el proyecto de ley D-9/12 de los diputados Bertol, Pinedo y Schmidt Liermann (PRO-Caba); el D-2604/13 de la diputada González (FpV-Chubut); y, el proyecto D-3064/13 de los diputados De Narváez, Ferrari y Gambado (Frente Peronista-Buenos Aires)¹⁷, los cuales, en cuanto a la necesidad y oportunidad de tipificar el nuevo delito coincidieron en su fundamentación con el proyecto en revisión.

El primero de los proyectos de diputados, D-9/12, proponía la inserción de un art. 125 ter: “(...) *Será reprimida con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años la persona mayor de edad que utilizando cualquier tecnología de la información y la comunicación procurare obtener de una*

¹⁶ Según versión taquigráfica Cit.

¹⁷ Textos disponibles en el anexo al presente.

persona menor de trece años, de uno u otro sexo, concesiones de índole sexual (...)

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

Esta intención legislativa, recomendó la expresión típica *"procurare obtener (...) concesiones de índole sexual"*, fundamentando que el término *"concesiones"* entendido como *"acción y efecto de ceder en una posición ideológica o en una actitud adoptada"* parece adecuado, porque es lo suficientemente amplio como para abarcar un considerable espectro de conductas de naturaleza sexual por parte de la víctima, pero siempre bajo la idea de manipular su consentimiento. Se reprime el sólo ejercicio de acciones destinadas a ese fin. En consecuencia, no sería necesario que la víctima efectivamente realice tales acciones para que se consuma el delito. Luego, copia la expresión *"tecnología de la información y la comunicación"*, del Código Penal español.

Por otro lado, contrariamente al proyecto venido en revisión del Senado, estos diputados del PRO, decidieron hacer una distinción etaria con la víctima. Así para el supuesto del primer párrafo, ubica una persona menor de trece años en la que el consentimiento no existe y, para el segundo, con una pena máxima más atenuada, en la franja que va de los trece años a los quince años, que entienden que existe un consentimiento el cual por razones de madurez no puede ser pleno, por lo que exigen además que exista un aprovechamiento de la inmadurez, una relación de preeminencia del autor sobre la víctima, como en el estupro. Finalmente, fundamentan el reproche penal en el quantum del abuso simple.

El siguiente proyecto que animó la discusión en la Cámara baja, fue el D-2604/13, de la diputada González, que al igual que la inteligencia venida en revisión, eligió para el nuevo delito el “desocupado” artículo 131, estableciendo: *“ (...)Será penado con prisión de uno a seis años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad,*

con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

Esta legisladora utilizó la misma construcción típica que creara el Senado, incluso el verbo, pero con la distinción que le asigna mayor reproche penal, estableciendo la escala penal dentro de los un año de prisión y los seis años de prisión, cuestión que no aclara en particular.

Finalmente, el proyecto de los diputados De Narváez, Ferrari y Gambaro, propuso el siguiente texto, como art. 125 ter del Código Penal: *“(…)Será penado con pena de prisión de dos a seis años, siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado, el que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación se contacte con un menor de edad y de cualquier modo le requiera imágenes de contenido sexual del mismo o le proponga concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual”.*

El proyecto de los diputados por Buenos Aires, utilizaba también el numeral 125 ter para ubicar a la conducta disvaliosa. El verbo que describía la conducta en realidad eran tres: *contactar*, y *requerir* o *proponer*; la finalidad, *será cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual*.

Entonces, la diferencia con la sanción del Senado, radicaba en primer lugar en la pena, que era mucho más elevada; segundo, que además del contacto con el menor, ameritaba un requerimiento de imágenes de contenido sexual o una propuesta de concertar un encuentro a fin de cometer cualquiera de los delitos contra su integridad sexual; y, en tercer lugar, introducía un elemento normativo más: *siempre que no constituya un delito más grave*.

Finalmente, las dos comisiones decidieron dictaminar a favor de la aprobación del texto que venía en revisión del Senado y hacer ley el *grooming*, pero, con una disidencia parcial de la diputada Natalia Gambaro (Frente Peronista-Buenos Aires).

La legisladora fundamentó su disidencia en la necesidad de incorporar dentro de la redacción del tipo penal la frase *“siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado”*, de modo que se despejara cualquier duda en cuanto a su aplicación, de manera que termine *“(…)”*

quedando esta figura como un tipo penal de carácter residual y que venga a cumplir claramente la función de un delito específicamente creado con la finalidad de constituir un adelantamiento de la punibilidad de conductas previas a la lesión concreta de la integridad psicofísica de los menores de edad”.

En definitiva la redacción que propuso fue la siguiente:

“Artículo 131: Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, siempre que el hecho no constituyere un delito más severamente penado; por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad y de cualquier manera le requiera imágenes de contenido sexual del mismo o de cualquier modo le proponga mantener un encuentro de carácter sexual”.

A la discusión de los proyectos en la Cámara baja, concurren, la Sra. Rosa Castro, ciudadana de la provincia de Río Negro, impulsora social de la nueva norma y, la Dra. Daniela Dupuy, a cargo de la Fiscalía Especial de la Ciudad de Buenos Aires, para los delitos informáticos.

B) EL DEBATE EN EL RECINTO.

No obstante que se había acordado aprobar el proyecto tal cual había venido de la Cámara de senadores y, convertir en ley la conducta de Grooming, sorpresivamente los diputados en la sesión del día 11 de setiembre de 2013 pusieron en discusión una redacción nueva, producto de un acuerdo entre los diputados Oscar Albrieu, presidente de la Comisión de Legislación Penal (FpV-Río Negro), Paula Bertol (PRO-Ciudad de Buenos Aires), Natalia Gambaro, secretaria de la Comisión de Legislación Penal (Frente Peronista-Buenos Aires), Manuel Garrido (UCR-Ciudad de Buenos Aires) y, Herman Avoscán (FpV-Río Negro).

Así, el miembro informante, diputado Albrieu, luego de hacer una fundamentación genérica sobre cuáles eran las razones por las cuales era necesario tipificar la nueva conducta, en términos casi idénticos a lo expresado por la Cámara alta, advirtió que no se iba a aprobar la inteligencia venida en revisión debido a que existían *“(...) dos cuestiones discutibles de esta norma. En primer lugar, la escala penal elegida (de seis meses a cuatro años de prisión) nos lleva a la misma pena para este tipo de contacto previo para cometer un delito que la que podría corresponder si se cometiera el delito, lo*

cual es una incongruencia desde el punto de vista de la lógica penal (...) no es ni siquiera un acto preparatorio para cometer el delito. Entonces, penar esto cuando se comete a través de la red parece excesivo y contrario a los principios constitucionales que debemos respetar (...).¹⁸

Y agregó el rionegrino, que de sancionar la norma tal cual nos vino de la cámara alta *“(...) Estaríamos sancionando un delito de peligro con una actividad muy lejana a una verdadera lesión del bien jurídico protegido”.¹⁹*

Luego de ello, el miembro informante arrojó en el recinto un nuevo texto para la norma a crear contenido en el numeral 125 ter: *“(...) será reprimido con prisión de tres meses a dos años la persona mayor de edad que por cualquier 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 artículo anterior con una persona mayor de trece y menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual o cuando mediare engaño, abuso de autoridad o intimidación”.²⁰*

Pero la sorpresa más grande aún no había llegado. Posteriormente el diputado Albrieu, explicó que la reforma también contenía la inclusión del novel delito, en la nómina de los delitos de acción pública de instancia privada, que recepta el artículo 72 del Código Penal, *“(...) porque nos parece que es más acorde con el sistema del Código Penal en cuanto a los delitos contra la integridad sexual.”²¹*

Finalmente, para que no quedaran dudas, Albrieu sostuvo que *“(...) el texto que viene del Senado requiere un contacto en el ámbito virtual con el propósito de cometer un abuso en el ámbito físico, de la vida real, mientras que en el texto que proponemos se agota el contenido que se tipifica en el ámbito virtual porque consideramos que con esa acción que se realiza en el*

¹⁸ Según versión taquigráfica de la sesión de diputados del 11 de setiembre de 2013. Texto disponible en el anexo al presente.

¹⁹ Según versión taquigráfica Cit.

²⁰ Según versión taquigráfica Cit.

²¹ Según versión taquigráfica Cit.

*ámbito virtual ya se produce un daño a la integridad sexual, psicológica de la víctima”.*²²

Posteriormente, hizo uso de la palabra la diputada Gambaro, quien afirmó que *“(…) con esta redacción eliminamos la discusión constitucional de si es un delito de peligro y la dificultad en probar la finalidad. Con el solo intercambio y solicitud de esas fotografías podemos atrapar a estos perpetradores.”*²³

No obstante, en el recinto se plantearon algunas dudas con esta redacción, sobre todo en lo que corresponde al autor del novel delito. En tal sentido, el diputado Ernesto Félix Martínez (Frente Cívico-Córdoba) manifestó que *“(…) no alcanzo a entender por qué el sujeto activo es una persona mayor de edad. No hay ningún artículo en la parte especial del Código donde el sujeto activo sea una persona mayor de edad; es imputable o no”.*²⁴

Le contestó el mismo Albrieu, señalando que *“(…) nosotros tomamos esta decisión de modificar las normas generales de la responsabilidad penal, que sería a partir de los 16 años y llevarla a los 18, habida cuenta de las circunstancias especiales de este tipo de delitos (...) Queríamos evitar que una relación entre un chico de 16 años y una chica de 14 pudiera caer dentro del ámbito penal, porque nos parecía que caíamos en un exceso represivo. Entre las relaciones de adolescentes queríamos respetar la naturalidad de la relación. Pensamos que no podía caer dentro del campo delictivo que un chico de 16 años se pusiera en contacto con una menor de la edad que prevé el artículo.”*²⁵

Finalmente, concedida la autorización para abstenerse de los señores diputados Graciela Susana Villata, Susana del Valle Mazzarella y Ernesto Martínez, los tres del Frente Cívico de Córdoba, se procedió a la votación que arrojó el siguiente resultado: 207 votos afirmativos, 3 abstenciones y, ninguno en contra; con lo cual el tema volvió a la Cámara de senadores.

²² Según versión taquigráfica Cit.

²³ Según versión taquigráfica Cit.

²⁴ Según versión taquigráfica Cit.

²⁵ Según versión taquigráfica Cit.

4. SEGUNDA REVISION EN SENADO. FIN DE LA CUESTION.

El 13 de setiembre de 2013 el texto aprobado en la Cámara de Diputados, ingresó al Senado y el 18 del mismo mes y año, fue girado a la Comisión de Justicia y Asuntos Penales.

Sin embargo, el tratamiento del presupuesto nacional en la sesión del 9 de octubre y la cercanía de los comicios legislativos del 27 de octubre, hacían difícil en términos de tiempos parlamentarios, el análisis en el seno de la comisión parlamentaria del proyecto en revisión y del proyecto original de la Cámara alta.

Y esto es así, en tanto que para la organización de una reunión de comisión, amerita una logística que incluye, el análisis técnico previo de los asesores, la disposición de un salón, de los taquígrafos, del Senado T.V y, y fundamentalmente de los legisladores; amén, de que reglamentariamente el tema no puede ser tratado en el pleno del Senado, recién a los siete días de haberse emitido dictamen.

Por ello, para los técnicos y asesores parlamentarios la intención de hacer ley la nueva figura propuesta en el presente período ordinario, parecía esfumarse; y a ello, habrá que sumarle que el producto venido de la Cámara baja adquiriría una mejor impresión a los ojos de los mas entendidos, tanto por la redacción, por el alcance de la tipificación, como por el tratamiento de las penas a aplicar.

Y no obstante todo ello, prevaleciendo la voluntad política de los legisladores, se acordó que para la novena sesión ordinaria del Senado nacional, en el orden número 39, se pondría en tratamiento sobre tablas la propuesta del nuevo tipo penal de *grooming*.

Y acá cabe aclarar algunas cuestiones de técnica legislativa. Desde el punto de vista del trámite parlamentario, es importante destacar que el Senado, analizando el proyecto de ley como Cámara de origen, pero en segunda instancia revisora, estaba obligado a adoptar alguna de las conductas que establece el artículo 81 de la Constitución Nacional.

En lo pertinente, la norma aludida señala: “(...) *La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las*

adiciones o correcciones introducidas (por la Cámara revisora, en el caso, la de Diputados)²⁶ o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes.”

De esta manera, la Ley Fundamental le otorga cierta ventaja a la Cámara de origen, ya que a igualdad de mayorías, habrá de prevalecer el criterio de ésta. Si la Cámara de origen modifica el proyecto -con adiciones o correcciones- por dos tercios, la de origen, con idéntica mayoría de votos, puede insistir con la redacción por ella aprobada, debiendo remitirse ese texto al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Cabe consignar que existe una interpretación del artículo 81 de la Constitución, aprobada mediante acta del 26 de octubre de 1995 suscripta por los presidentes de las dos Cámaras y que resulta aplicable al procedimiento de sanción legislativa. En dicha acta se acordó que *cuando un proyecto de ley vuelve a la Cámara de origen con adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora, podrá aquélla aprobar o desechar la totalidad de dichas adiciones o correcciones, o aprobar algunas y desechar otras, no pudiendo en ningún caso introducir otras modificaciones que las realizadas por la Cámara revisora.*

En definitiva, con el *grooming* en tratamiento el Senado con las mayorías del caso, tenía tres opciones: a) insistir en su redacción originaria, desechando en su totalidad las adiciones o correcciones introducidas por la Cámara revisora; b) aceptar algunas adiciones o correcciones, desechando otras; c) aceptar en su totalidad las adiciones o correcciones introducidas por la revisora.

En el caso del proyecto de ley sobre *grooming*, adoptó la primera de las posibilidades, insistiendo con la redacción del proyecto que había aprobado como Cámara de origen, texto que se remitió al Poder Ejecutivo.

²⁶ Nota del redactor.

Así las cosas, cayendo la tarde del 13 de noviembre de 2013 el Dr. Juan Estrada, secretario parlamentario del H. Senado, anunciaba que quedaba abierto *“(...) el tratamiento de los expedientes S.-3.267/10 y S.-2.174/11, que incorpora al Código Penal el delito de la práctica denominada “grooming”, respecto de la utilización de medios electrónicos para perturbar moral y/o psicológicamente a menores para someterlos sexualmente.”*²⁷

Tomó la palabra en primer término la senadora salteña Sonia Escudero, quien manifestó que *“(...) el Senado aprobó en sesión del 28 de septiembre de 2011 este proyecto y ahora vuelve con una modificación de la Cámara de Diputados, modificación que desfigura completamente la sanción del Senado (...) Nosotros habíamos intentado alcanzar con la sanción penal conductas que hoy no están tipificadas, la captación de menores a través de la red con la intención, justamente, de cometer contra ellos un delito contra la integridad sexual...”,* advirtiendo al plenario que *“(...) La Cámara de Diputados tipificó otro delito completamente distinto, y, además, modificó las penas.”*²⁸

Posteriormente, la senadora Escudero hizo hincapié en que *“(...) La Cámara de Diputados convierte la pena mínima en dos meses y la máxima en dos años, es decir, disminuye a menos de la mitad las penas previstas en la sanción del Senado. Además, convierte a este delito en un delito de acción privada, es decir, si no hay una denuncia de parte del damnificado o de los tutores de los menores damnificados, los fiscales y los jueces no podrían avanzar. Por lo tanto, es un delito absolutamente diferente. Además, la Cámara de Diputados hace una distinción según que la víctima tenga más o menos de 13 años. Y si las víctimas tienen entre 13 y 16 años, además de probar que a través de Internet se han mandado imágenes explícitas o actos de connotación sexual, también tienen que probar que medió engaño, abuso de autoridad o intimidación. Es decir, prácticamente, es de muy difícil prueba. Es un delito absolutamente distinto.”*²⁹

²⁷ Según versión taquigráfica de la sesión 13 de noviembre de 2013 en el Senado. Texto disponible en el anexo al presente.

²⁸ Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo del presente.

²⁹ Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo al presente.

Y luego ello, dejó en claro que las sanción del Senado buscaba *“(...) proteger a todos los menores porque es justamente entre la edad de 13 y 16 años cuando los chicos están más conectados en la red y donde son más vulnerables. Porque a través del anonimato que brindan las redes sociales, lo que vemos es que hay muchos pederastas y redes de trata que captan a estos menores haciendo que el menor genere una relación de confianza con este delincuente y así, después vayan propiciando un encuentro donde seguramente abusaran de estos menores (...) Ese es el sentido, lo que quisimos tipificar (...) Por lo tanto, mi sugerencia es que el Senado insista, con la mayoría correspondiente, en la sanción original del Senado”*.³⁰

A su turno, la Senadora María José Bongiorno (FpV-RioNegro), concluyó que (...) *“En el 2010 –y como dice el senador Fernández, perdón por la autorreferencia–, presenté un proyecto inicial sobre el delito de grooming. Luego, la senadora Higonet y el senador Verna, en 2011, aportaron un nuevo proyecto. Se hizo una unión entre los dos proyectos y trabajamos en la comisión con legislación comparada –comparación de la tipificación de delitos, las penas y sus sanciones–, adecuándola a este nuevo delito que estábamos legislando (...) Después de un largo tiempo de trabajar en la comisión, con asesoramiento de muchísimas personas que tenían que ver con los delitos informáticos, llegamos a la conclusión de que el proyecto que aprobamos por primera vez en el Senado, es el proyecto que en esta sesión vamos a reiterar y vamos a volver a proponer, más allá de la modificación de la Cámara de Diputados que, como decía la senadora Escudero, desvirtúa el delito, cercena las penas y además, no corresponde a la protección integral del menor, que es una de las principales aristas de este proyecto, en forma conjunta con la sanción para el autor del delito”*.³¹

Posteriormente, otra autora de los primigenios proyectos de ley, la senadora María de los Ángeles Higonet, manifestó *“(...) que tenemos que volver a nuestra propuesta, que establece una pena mayor. Y tenemos que tener la suficiente responsabilidad y el compromiso necesarios, porque*

³⁰ Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo al presente.

³¹ Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo al presente.

estamos protegiendo un bien jurídico tan importante como son los menores, respecto de los cuales no tenemos ninguna duda del grado de vulnerabilidad y de exposición que tienen hoy ante los medios (...) En ese sentido, hay datos estadísticos muy fuertes. Por ejemplo, sabemos que hay 750 mil pedófilos que están conectados a la red. UNICEF ha marcado que el 30 por ciento de los menores de entre cuatro y dieciséis años ha sufrido al menos una vez algún tipo de acoso; y que solamente el 7 por ciento se anima a contárselo a sus padres, porque no quiere que lo vuelvan a sacar de Internet. Por miedo. Además, el daño psicológico que esto ocasiona a los menores es gravísimo, justamente por la vulnerabilidad que ellos tienen. Porque estos contactos buscan que ese niño, que ese menor, realice algún tipo de acción o de actividad sexual que no es de su normalidad. Y con eso, puede comenzar la otra etapa, que es el ciberacoso.”³²

Y para que quedase claro que en esa tarde-noche, lo que iba a sancionar el Senado tenía un apoyo político unánime, el senador radical José Manuel Cano (Alianza Cívico y Social-Tucumán), manifestó que *hay un informe del 9 de octubre de 2013 que tiene que ver con el acceso, el consumo y el comportamiento de los adolescentes frente a Internet, y la verdad es que es lapidario y avala absolutamente la sanción del Senado, porque el 47 por ciento de los menores abre su primera cuenta después de los 13 años, y porque hay informes que señalan que el 65 por ciento de esos menores bloquean a personas, con tres mujeres por cada varón, mientras que el 20 por ciento de las chicas y el 7 por ciento de los varones afirma que una persona que conocieron por Internet no personalmente les pidió que le envíe fotos con poca ropa. Es decir que la sanción que se aprobó en el Senado contempla, claramente, los resultados de esta encuesta de UNICEF, cuya inserción solicitamos (...) Por eso, desde nuestro bloque también vamos a avalar el proyecto propuesto”.*³³

Así, siendo las 20 hs del 13 de noviembre de 2013, por ley 26.904, el *grooming* pasó a incorporarse como artículo 131 del Código Penal, siendo competente en la Ciudad de Buenos Aires, para investigarlo y juzgarlo,

³² Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo al presente.

³³ Según versión taquigráfica Cit. Texto disponible en el anexo al presente.

el fuero Penal, Contravencional y de Faltas local, en virtud de lo que prescribe el artículo 2º de la ley 26.702³⁴.

ANEXO

1. Versión taquigráfica de la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, del Senado de la Nación, del 27-9- 2011.
2. Orden del Día 712-11 del Senado, conteniendo el dictamen y proyectos de ley.
3. Versión taquigráfica de la sesión del Senado del día 2-11-2011.
4. Orden del Día 2164-13 de la Cámara de Diputados, conteniendo dictámenes y proyectos de ley.
5. Versión taquigráfica de la sesión de la Cámara de Diputados del 11-9-2013.
6. Versión taquigráfica de la sesión del Senado del día 13-11-2013.

³⁴ B.O 6/10/2011.