

**LEY PENAL Y PEDOFILIA EN LA RED:
PORNOGRAFÍA INFANTIL Y CHILD GROOMING EN ARGENTINA**

Facundo Emmanuel Hertler¹

Resumen:

El presente artículo aborda la pedofilia y la pederastia en el contexto de las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), y la respuesta estatal mediante la ley penal. Se expone, a modo introductorio, sobre el nacimiento y desarrollo de Internet, explicitando las consecuencias de dicha evolución. Se establecen conceptos vinculados, como los de efebofilia y hebefilia, con cita de renombrados psiquiatras especializados en la temática. Se prosigue con un análisis jurídico-penal pormenorizado de las normas penales que sancionan con pena la actividad de pederastas en la red, concretamente los delitos de ciberacoso sexual infantil y pornografía infantil, con mención de juristas especialistas en los tipos legales mencionados. Finalmente, se exponen las estadísticas referidas a los casos denunciados, como así también sobre la competencia de estos delitos y los medios de denuncia.

Palabras claves: Pedofilia, Penal, Grooming, Pornografía, TIC.

Abstract:

The present article addresses pedophilia and pederasty in the context of new Information and Communication Technology (ICT), and the State response through criminal law. An introduction to the origin and development of Internet is presented, explaining the consequences of such evolution. Associated concepts, such as ephobophilia and hebephilia, are discussed, including references to renowned psychiatrists specialized in the subject. Then, a detailed legal-criminal analysis of the criminal rules that punish activity of pederasts on the Internet is presented, specifically the crimes of sexual child cyberstalking and child pornography, with citations of legal experts specialized in these types of offenses. Finally, statistics about the reported cases, as well as jurisdiction of those cases and the means for reporting the offense are provided.

Key Words: Pedophilia, Criminal, Grooming, Pornography, ICT.

Sumario: I.- Lo bueno y lo malo de la revolución de Internet. ¿Una caja de pandora virtual creada por el hombre? II.- Aproximaciones: ¿Qué es la pedofilia? III.- La proximidad de edad entre los intervinientes y la pedofilia. Su importancia a los ojos de la ley penal. IV.- La ley penal y la lucha contra la pedofilia en Internet: las figuras legales de pornografía infantil y ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”. Análisis dogmático de las normas penales en trato. IV.I.- El delito de pornografía infantil. IV.II.- El delito de ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”. V.- Sobre la concursabilidad de los tipos legales analizados. ¿Existen puntos de encuentro? VI.- Estadísticas “conocidas” de pedofilia y pederastia virtual en la República Argentina. VII.- Sobre la competencia de estos delitos. Medios de denuncia frente a la pederastia. VIII.- Conclusiones. IX.- Bibliografía.

¹ Facundo Emmanuel Hertler, Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Profesor Asistente. Derecho Penal I (parte I y II). Carrera de Abogacía. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Sede regional Sáenz Peña, Chaco. facundohertler@gmail.com

I.- Lo bueno y lo malo de la revolución de Internet. ¿Una caja de pandora virtual creada por el hombre?

Internet sin dudas es uno de los inventos más importantes de la humanidad. Este imperio de la comunicación se traduce en un sistema descentralizado de redes interconectadas que, mediante protocolos específicos, permiten una comunicación de alcance global.

Este “sistema” tiene sus antecedentes en 1969, donde mediante una primera interconexión llamada ARPANET se logró transmitir los primeros datos entre varias universidades (California en LA, Stanford, California en SB y Utah), siendo la primera vez que una computadora se conectaba a otra a cientos de kilómetros de distancia². Luego de estos primeros intentos, Internet no dejó de crecer. Hoy en día es una mega red que abarca todos los rincones del planeta y que, tras una vertiginosa evolución tecnológica a lo largo de los años, mantiene conectado al mundo entero.

A partir de esta piedra filosofal de la comunicación y la tecnología, la humanidad se vio favorecida en inmensurable medida. Gracias a este gigante se han creado vías de información y comunicación instantánea, desde un punto del planeta a otro. Se han establecido nuevas e incontables redes de contactos entre amigos y familiares, educación a distancia, columnas de noticias y opinión, comercio y servicios, transmisión fugaz de información como ser documentación y multimedia, entre otras muchas otras formas de interacciones humanas. Podemos contactar desde Argentina a un colega de Rusia, para responder una pregunta en segundos. Desde nuestro país es posible ver videos e imágenes de Japón en tiempo real, sin tener que esperar que venga alguien de un viaje en avión o barco para transmitírnoslo con medios físicos (casetes, VHS o CD). Sin dudas esto permite un desarrollo comunicacional sin precedentes.

Sin embargo, no todo el producto de Internet es positivo ya que, al provenir de la creación del hombre, no está exento de poseer aspectos negativos. Es así que Internet, como ámbito de la libre circulación de información y la comunicación, no permite límite en cuanto al material que recorre su entorno o quienes lo administran, pudiendo ser esta información de carácter lícito o ilícito. Hablando de este último término, Internet ha sido la cueva de delincuentes de todo tipo, gracias al anonimato que ofrece. En este sentido, existen usuarios malintencionados que ingresan a sistemas informáticos ajenos mediante programas especiales llamados “virus”³, u otras artimañas informáticas para atrapar incautos (*phishing*⁴, *troyanos*⁵ y otras especies de malware), con la finalidad de invadir nuestra intimidad y/o robarnos información obrante en dispositivos de nuestra propiedad o en un servidor en la nube (iCloud, OneDrive, Google Drive, Dropbox, etc.), o en nuestras cuentas bancarias o billeteras virtuales, etc.

De esta manera, para la obtención de beneficios económicos (o a veces, por simple diversión), se usurpan cuentas, se efectúan transferencias bancarias sin el consentimiento del titular, se coacciona a usuarios bajo promesa de destrucción de software y/o hardware, se amenaza con publicar y/o vender información íntima de la víctima al mejor postor, entre muchos otros hechos que pueden darse en el océano sin horizonte del

² Facultat d'Informàtica de Barcelona. La historia de Internet. Disponible online en: <https://www.fib.upc.edu/retroinformatica/historia/Internet.html>. Último Ingreso: 05/04/2020 a las 19:44 hs.

³ Concepto de Virus: “un programa introducido subrepticamente en la memoria de una computadora que, al activarse, afecta a su funcionamiento destruyendo total o parcialmente la información almacenada”. Disponible online en: <https://dle.rae.es/virus>. Último ingreso: 05/04/2020 a las 19:39 hs.

⁴ Concepto de Phishing: “...se refiere al envío de correos electrónicos que tienen la apariencia de proceder de fuentes de confianza (como bancos, compañías de energía etc.) pero que en realidad pretenden manipular al receptor para robar información confidencial. Por eso siempre es recomendable acceder a las páginas web escribiendo la dirección directamente en el navegador...”. Disponible online en: <https://www.pandasecurity.com/es/security-info/phishing/>. Último ingreso: 05/04/2020 a las 19:47 hs.

⁵ Concepto de Troyanos: “...El principal objetivo de este tipo de malware es introducir e instalar otras aplicaciones en el equipo infectado, para permitir su control remoto desde otros equipos...”. Extraído de Manual Unidad Informática (UF0864). Resolución de averías lógicas en equipos informáticos. Editorial CEP. Madrid. 2017. P. 101.

mundo virtual de Internet. Sin perjuicio de lo dicho, no solo los *hackers*⁶ cometen delitos en la red, y no siempre son perpetrados por razones de índole patrimonial.

También podemos encontrar organizaciones virtuales creadas en redes especiales (como la red Tor⁷) cuyo objeto social consiste en la ejecución de actividad sumamente ilegal, como el tráfico de drogas, sicariato, trata de personas, contrabando, etc.

Es también cierto, que en contexto de Internet existe una gran cantidad de organizaciones y/o usuarios particulares que buscan interactuar e involucrarse con menores de edad, con el afán de corromperlos, de obtener material audiovisual pornográfico de éstos para su uso y distribución, y hasta inclusive, de poder abusar sexualmente de ellos.

La presente publicación trabajará los aspectos jurídico-penales de esta última manifestación del fenómeno de Internet, concretamente la actividad de los pedófilos en la web. Un mal más que ha sido liberado de la caja de Pandora, y que ha generado gran preocupación a nivel global, en razón de las víctimas que sufren sus terribles consecuencias: las niñas, niños y adolescentes.

II.- Aproximaciones: ¿Qué es la pedofilia?

Sin perjuicio del peligroso catálogo de criminalidad existente en Internet (que constituye la llamada ciberdelincuencia), en este artículo nos referiremos únicamente a los delitos que afectan los derechos de los menores, concretamente en cuanto a su libertad, intimidad y desarrollo sexual. En esta dirección, quienes aparecen como los principales interesados (tanto para encuentros sexuales con menores como para producir, distribuir y consumir pornografía infantil), son pedófilos.

Por ello, es importante definir en este punto, ¿qué es la pedofilia?

De acuerdo con la Real Academia Española, la pedofilia proviene del griego “*paidós*” que quiere decir niño y “*filia*” que quiere decir atracción o amor. Se define como la atracción erótica o sexual que una persona adulta siente hacia niños o adolescentes.⁸

La psicología clínica distingue al pedófilo del pederasta. Entienden que la pedofilia es una tendencia, desvío o inclinación sexual, mientras que la pederastia es la práctica abusiva a menores. Esta diferenciación inicial de conceptos implicaría consecuencias importantes en cuanto a lo delictivo. Consecuentemente, se afirma que: “...*El contacto sexual de un adulto con un menor es un delito en la mayoría de los casos, y una falta moral grave. La pedofilia, por el contrario, es un trastorno mental, que no siempre implica una conducta consecuenta. La pedofilia y la agresión sexual infantil son por tanto dos cosas diferentes, y confundirlas no es una buena idea...*”⁹.

Juan Antonio Becerra-García, del Departamento de Psicología de la Universidad de Jaén, España, entendió que cuando un pedófilo se manifiesta sexualmente contra los menores (convirtiéndose en un pederasta,

⁶ Concepto de Hacker: “...*Un hacker es alguien que descubre las debilidades de una computadora o un sistema de comunicación e información, aunque el término puede aplicarse también a alguien con un conocimiento avanzado de computadoras y de redes informáticas. Los hackers pueden estar motivados por una multitud de razones, incluyendo fines de lucro, protesta o por el desafío...*”. Disponible online en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Hacker_\(seguridad_informática\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Hacker_(seguridad_informática)). Último ingreso: 07/05/2020 a las 18:03 hs.

⁷ Concepto de Tor: “...*es la sigla de The Onion Router (en español: El Rúter Cebolla). Es un proyecto cuyo objetivo principal es el desarrollo de una red de comunicaciones distribuida de baja latencia y superpuesta sobre Internet, en la que el encaminamiento de los mensajes intercambiados entre los usuarios no revela su identidad, es decir, su dirección IP (anonimato a nivel de red) y que, además, mantiene la integridad y el secreto de la información que viaja por ella...*”. Disponible online en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Tor_\(red_de_anonimato\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Tor_(red_de_anonimato)). Último ingreso: 05/04/2020 a las 20:03 hs.

⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible online en: <https://dle.rae.es/pedofilia>. Último ingreso: 05/04/2020 a las 16:36 hs.

⁹ Pedofilia no es Pederastia: más allá del trastorno psicológico. Publicación obtenida de Psicopedia.org. Disponible online en: <https://psicopedia.org/7830/pedofilia-no-es-pederastia>. Último ingreso 05/04/2020 a las 17:13 hs.

conforme el concepto del párrafo anterior), puede hacerlo de varias maneras, no solamente por medios violentos. Siguiendo esta idea, observó: “...Hay que tener en cuenta que no todas las personas con pedofilia son iguales en sus preferencias, edad de inicio, ni actúan con las mismas estrategias. Mientras que unos son violentos, otros son seductores de niños...”.

En virtud de lo expresado, es importante distinguir la pedofilia como inclinación sexual y como hecho. A la ley penal le interesa “el hecho”, debiendo esta parafilia ser exteriorizada en el mundo (seduciendo o violentando menores). En otras palabras, el pedófilo solo puede ser penado por la realización de conductas tipificadas en la ley penal (acción abusiva contra menores) y no por su condición personal (ser pedófilo). Esta limitación surge de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna (art. 18 y 19 C.N.).

En este orden de ideas, y regresando al mundo de Internet, el código penal argentino procura dar respuesta a estos hechos, estableciendo penas severas a quienes buscan contactarse con menores mediante sistemas informáticos con la finalidad de agredirlos sexualmente (ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”), y a quienes tengan y/o trafiquen contenido audiovisual de carácter sexual donde los menores son el producto (pornografía infantil).

III.- La proximidad de edad entre los intervinientes y la pedofilia. Su importancia a los ojos de la ley penal.

Siguiendo con el análisis de la pedofilia inserta en el contexto de Internet, consideramos hartamente necesario determinar en este punto quienes pueden ser considerados “*pedófilos*”. Entendemos como aproximación inicial, que debe existir una diferencia importante en la edad de los sujetos, siendo el pedófilo un adulto mayor de edad y su víctima un menor de edad. Pero que tan mayor o que tan menor hay que ser para ser considerado un pedófilo.

Según el Dr. George R. Brown¹⁰, la pedofilia es un trastorno que se caracteriza por fantasías, impulsos o conductas sexualmente excitantes, intensas y recurrentes, que involucra a adolescentes prepúberes o jóvenes con una edad igual o menor a 13 años, y se diagnostica sólo cuando las personas tienen una edad igual o superior a 16 años, siendo como mínimo 5 años mayor que el niño, objeto de las fantasías o conductas. No obstante, entiende el Profesor de la East Tennessee State University que los criterios legales pueden ser diferentes de los psiquiátricos. En este sentido, la actividad sexual entre un joven de 19 años y un joven de 16 años, puede ser un delito y no un trastorno pedófilo. Aclara además que los estándares etarios se aplican a culturas occidentales y no a otras culturas que aceptan la actividad sexual, matrimonio y maternidad a edades más tempranas con adultos.

Por otro lado, el Prof. Becerra García¹¹, entiende que el pedófilo es una persona mayor o adulta que presenta interés sexual respecto de menores de 12 años (menores impúberes), mientras que el hebéfilo de mayores

¹⁰ BROWN, George. Trastorno pedófilo. Disponible Online en: <https://www.msmanuals.com/es/professional/trastornospsiquiátricos/sexualidad-disforia-de-género-y-parafilias/trastorno-pedófilo>. Último ingreso: 11/04/2020 a las 20:01 hs.

¹¹ BECERRA GARCÍA, Juan Antonio. Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales. Revista de Psiquiatría y Salud Mental. Vol. 2 Núm. 4. Universidad de Jaén España. P. 190-196. 2009. Disponible Online en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-psiquiatria-salud-mental-286-articulo-etilogia-pedofilia-desde-el-neurodesarrolloS1888989109732379>. Último ingreso: 21/04/2020 a las 11:30 hs.

de 12 años (menores púberes). El Prof. Ray Blanchard¹², por su lado, entendió que el hebéfilo se interesa por menores púberes que rondan entre los 11 o 12 a 14 años de edad).

Respecto de las franjas etarias más próximas a la edad adulta (15 a 18 años de edad), el deseo sexual de un adulto en relación a jóvenes de la adolescencia media y tardía se llama efebofilia. Es importante resaltar en este punto, la discusión existente en el ámbito de la psiquiatría respecto de esta parafilia. Concretamente se discute si esta preferencia sexual debería ser incluida como un trastorno sexual en el DSM (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales) de la Asociación Americana de Psiquiatría. En otras palabras, si se dan las condiciones para considerar a la efebofilia como una enfermedad mental.

Entre los que entienden que no debería ser agregada esta parafilia en el DSM, se encuentra la Dra. Karen Franklin. Según su criterio, no se explica al presente como la atracción hacia ese sector etario implicaría una enfermedad mental. La profesora posdoctoral de la Universidad de Washington entiende que es una preferencia sexual natural y que una gran mayoría de hombres adultos sienten atracción por mujeres adolescentes. Esta explicación surge en respuesta al pensamiento de Blanchard, quien entendió que esta atracción sexual hacia la mediana y tardía adolescencia es una psicopatología.¹³

Vinculando estos datos con la ley penal argentina, surge de la figura legal del abuso sexual simple (art. 119 C.P.), que el consentimiento de la víctima no es vinculante cuando es menor de 13 años. Ello se debe a la falta de discernimiento en la víctima por su inmadurez, encontrándose imposibilitada de decidir libremente sobre su sexualidad. Resulta también conveniente mencionar, que la ley civil considera adolescente a la persona menor de edad que haya cumplido trece (13) años (art. 25 C.C.y C.), estableciendo distinciones etarias que se condicen con la ley penal.

A este respecto, compartimos la cita de Donna¹⁴ a Tenca, afirmando que: *“...se presume que por debajo de una edad determinada el consentimiento no es válido, pues la persona no se encuentra desarrollada desde el punto de vista psíquico, intelectual y afectivo...”*. Luego desde un enfoque personal, Donna entendió que: *“...La criminalidad reside en la falta de madurez mental del menor para entender el significado fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el propio sujeto activo se aprovecha y abusa para lograrlo...”*.

Luego de lo expuesto, surge el interrogante vinculado al tratamiento de la ley penal con las personas mayores de 13 años que consientan tener relaciones sexuales con adultos ¿Es delictiva esta conducta para el último? De acuerdo con el art. 120 del C.P. (el cual establece la figura del “*estupro*” como otrora lo denominara la doctrina penal), es necesario que exista por lo menos abuso sexual gravemente ultrajante (con mayor duración que la figura simple y de carácter humillante) o acceso carnal (introducción de pene, partes del cuerpo u objetos sexuales en vagina, boca o ano), a un menor de 16 años, como consecuencia de un aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia u otra circunstancia equivalente.

Pero en este caso, ¿qué se entiende por aprovechamiento de la inmadurez sexual de la víctima? Según Donna¹⁵: *“...El aprovechamiento debe manifestarse a través de conductas tendientes a lograr el consentimiento de la víctima... exige que el juez, para verificar si existió aprovechamiento o no, investigue*

¹² BLANCHARD, Ray. Pedophilia, hebephilia, and the DSM-V. Law and Mental Health Program, Centre for Addiction and Mental Health, 250 College Street, Toronto, Ontario, Canada. Disponible online en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18931899>. Último ingreso: 22/04/2020 a las 11:02 hs.

¹³ FRANKLIN, Karen. The Public Policy Implications of “Hebephilia”: A Response to Blanchard et al. (2008). Disponible online en:

https://www.researchgate.net/publication/23387762_The_Public_Policy_Implications_of_Hebephilia_A_Response_to_Blanchard_et_al_2008. Último ingreso: 23/04/2020 a las 13:20 hs.

¹⁴ DONNA, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 538.

¹⁵ DONNA, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 629/630.

los medios de que se valió el autor en la realización de la conducta típica (por ej. promesa de matrimonio, regalos, engaños, etc.). Como contrapartida, recobra validez el consentimiento de la víctima, aunque sea ‘inmadura sexualmente’, si el autor no se aprovecha de ella...”. En otras palabras, si no existió engaño, trampa u otra circunstancia que vicie la voluntad del menor de 16 años por parte del autor adulto, que implique un “*aprovechamiento de su inmadurez sexual*”, estos hechos no constituirán delito.

Sin perjuicio de estas conclusiones, la ley penal persigue ciertas relaciones concretas con menores. Podemos advertir del catálogo punitivo, que se sanciona la corrupción de menores de edad (aunque mediare consentimiento), agravándose la pena cuando sean menores de 13 años (art. 125 C.P.). En este sentido, también quien facilite o promueva la prostitución a menores de 18 años de edad, sin importar la franja etaria (arts. 126 C.P.), como así también quien explote económicamente la prostitución de menores (art. 127 C.P.). A estos delitos se suma el art. 128 del C.P., que regula la producción, financiamiento, ofrecimiento, comercialización, publicación, facilitación, divulgación y distribución, de material pornográfico (grabado o en vivo) de menores de 18 años, y el ofrecimiento de material pornográfico (grabado o en vivo) a menores de 14 años. Además, el art. 129 C.P. reprime las exhibiciones obscenas expuestas a menores de 18 años (sin consentimiento de estos últimos) y en los casos de menores de 13 años, aunque medie consentimiento.

En el art. 130 C.P. se reprime el rapto. Esta figura legal sanciona el secuestro de menores de 16 años para el menoscabo de su integridad sexual, aunque medie consentimiento de la víctima. Se establece una pena más grave en caso de menores de 13 años.

Por último, el artículo 131 C.P. reprime el contacto con menores de edad por medios electrónicos, con el fin de cometer respecto de estos últimos uno o varios de los delitos mencionados *supra*.

Entendemos que el catálogo punitivo expuesto ofrece una protección integral del menor frente a la pedofilia y el uso de Internet, siendo los artículos 128 y 131 C.P. sus más claras manifestaciones. Por ello, en un primer momento analizaremos el art. 128 C.P., que sanciona la Pornografía Infantil. La norma señalada establece una serie de conductas relacionadas a la producción, transmisión o divulgación de material audiovisual donde hay menores involucrados. Estas conductas tienen lugar en el infinito entorno de las redes virtuales, afectando gravemente la integridad sexual de las niñas, niños y jóvenes.

En un segundo momento, analizaremos el art. 131 C.P., el cual reprime el llamado Ciberacoso Sexual Infantil, o mejor conocido como “*Child Grooming*” (en español, “*acicalamiento a menores*”). Este término es utilizado por la doctrina penal para referir una actividad progresiva y fina, consistente en ir “suavizando” a la víctima mediante engaños y seducciones, utilizando la herramienta de Internet para el contacto. En este sentido, el autor busca ganarse la amistad de la víctima menor de edad para, luego de generar en él emociones de confianza y disminuir sus preocupaciones, proseguir a menoscabar su integridad sexual, cometiendo alguno de los delitos comprendidos en el Título III del C.P.

IV.- La ley penal y la lucha contra la pedofilia en Internet: las figuras legales de pornografía infantil y ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”. Análisis dogmático de las normas penales en trato.

En efecto, la ley penal argentina reprime formas de afectación a la integridad sexual mediante el uso de un sistema informático. Ello se advierte del Título III, capítulos III y IV del Código Penal. Estos tipos legales ofrecen interesantes matices, permitiendo sancionar conductas que podrían implicar, inclusive, actos preparatorios.

Por una cuestión de orden, conforme su numeración, comenzaremos con el análisis de la figura del art. 128 C.P., el cual regula el delito de pornografía infantil. Luego proseguiremos con el examen del delito de ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”, previsto en el 131 C.P.

IV.I.- El delito de pornografía infantil.

Exposición del texto legal.

Del artículo 128 del C.P., surge la tipificación de conductas criminales vinculadas a los menores y su exposición sexual mediante contenidos audiovisuales transmitidos por Internet. El mencionado artículo establece:

“...ARTICULO 128 — Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgar e o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior.

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

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

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

Antecedentes y evolución.

Respecto de los antecedentes normativos de la figura, es de mencionar que el primigenio tipo legal de publicaciones obscenas contemplaba en un único párrafo la producción, fabricación y publicación escrita o visual (imágenes), como también de objetos, que fueran “*obscenos*”, aclarando al final que también sufrirán la pena establecida (quince días a un año de prisión), quienes expusieran, distribuyeran o hicieran circular el referido material. Dicha norma buscaba proteger el pudor general de la sociedad, sancionando la propagación de material que pueda afectar la susceptibilidad general, dada su marcada grosería en el terreno sexual. En este sentido, no había ninguna mención concreta hacia los menores.

A partir de las reformas legislativas venideras, nuestro país transformó el viejo artículo 128 C.P. de “*publicaciones obscenas*” por el de “*pornografía infantil*”, cambiando consecuentemente el bien de protección jurídico-penal. Esta evolución fue producto del creciente interés de la comunidad internacional en perseguir y reprimir los ataques a los derechos fundamentales de los niños en todos los ámbitos, incluyendo el de Internet. Ahora no se protegería pudor general, sino más bien el libre desarrollo sexual de los menores, amparando su intimidad frente a actos que los menoscaben.

Este viraje hacia la protección del menor fue progresivo. El mismo comenzó con la ley 25.087 del año 1999, la cual eliminaba la vieja protección general de publicaciones obscenas, para concretizarla y reformularla por una protección especial a menores de 18 años frente al mundo de la pornografía. Cabe mencionar que

se modifica la expresión “*obscenos*” por “*pornográficas*”, implicando una clara intencionalidad de reprimir todo contenido explícito de carácter sexual.

Sin embargo, si bien fue un gran salto en pos de la protección del menor frente a la pedofilia y la pederastia, era una protección “*acotada*”, pues no incluía expresamente la posibilidad de utilización de medios informáticos. Recién a partir del 2008, mediante la ley 26.388, se incluyen en el enunciado legal expresiones vinculadas a los nuevos medios de comisión del delito, indicando palabras más genéricas como “*representaciones*” (lo que permitiría incluir datos informáticos) o la frase “*por cualquier medio*” (para hacer alusión a todo soporte posible, incluyendo el electrónico). Se modifica el término “*pornográficas*” por “*actividades sexuales explícitas*” y “*partes genitales con fines predominantemente sexuales*”, aclarando y acotando aún más el contenido de la prohibición. Además, se ha amplificado el número de acciones típicas, abarcando en forma secuencial toda la cadena de producción, preparación y propagación del material prohibido.

Actualmente, el enunciado legal vigente tiene su origen en la ley 27.436 del 2018, y establece una punición más severa en relación a la anterior redacción, incorporando un agravante de la pena cuando estos hechos afecten a franjas etarias más reducidas (menores de 13 años). Se profundiza la represión en materia de los llamados delitos “*de tenencia*”. Surge del nuevo texto, la tipicidad penal de la tenencia sin finalidad alguna. En otras palabras, se sanciona la “*tenencia simple*”.

Esta activa protección de la ley penal, que procura no dejar margen de impunidad frente al menoscabo de los bienes en juego, son consecuencia de los convenios suscriptos por la Argentina en los últimos años, en aras de la protección de las niñas, niños y adolescentes frente al abuso de pederastas y pedófilos que, con el avance tecnológico y comunicacional, se sirven de nuevos medios que son asequibles a todos. Entre estos tratados podemos mencionar el *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*, de la Organización de Naciones Unidas, aprobada en nuestro país por ley 25.763 y promulgada el 22 de agosto de 2003, el cual regula aspectos conceptuales y de protección de derechos a favor de los menores en este ámbito (arts. 1, 2, 3, 10 y ccs.). De manera más genérica, pero no menos importante, podemos mencionar además el *Convenio de Budapest sobre cibercrimen*, del Consejo de Europa, aprobada en nuestro país por ley 27.411 y promulgada el 15 de diciembre de 2017. Este tratado busca promover la cooperación de los Estados en la implementación de medidas necesarias, con el fin de proteger a la comunidad internacional frente a la delincuencia informática. Sobre pornografía infantil, el convenio establece medidas protección en el mismo sentido que nuestra última reforma legal, concretamente en su Título III (art. 9).

Bien jurídico.

En cuanto al bien jurídico que esta norma busca proteger, se identifica el normal desarrollo de la sexualidad de los menores, como así también su intimidad y dignidad en este ámbito. En este sentido, compartimos el pensamiento de Riquert: “...*Por eso, tanto GAVIER como REINALDI, apuntan que el bien jurídico que se ha querido tutelar es el normal desarrollo psíquico y sexual de quienes no han cumplido la edad de dieciocho años y que, por lo tanto, no han alcanzado suficiente madurez, e impedir que se recurra a ellos para protagonizar esas exhibiciones sin medir los daños que a causa de ello puedan sufrir. Nosotros hemos agregado...la dignidad del menor que es ciertamente un bien jurídico comprendido y al que se atiende cuando se penalizan conductas como las de producción, publicación o distribución de imágenes*

*pornográficas en que se exhiben menores...*¹⁶. Adherimos consecuentemente, en el carácter pluriofensivo que presenta la norma en análisis.

Entendemos que, al ser la sexualidad una característica humana progresiva existente en la vida del menor, la misma le es disponible solo en forma limitada, manifestándose gradualmente en razón de su madurez. Esta manifestación progresiva es manipulada, alterada y degenerada con las conductas mencionadas en el tipo legal. Según Donna, también se busca proteger la “*libertad*” sexual del infante. En este sentido, expresó: “...entendemos que lo que se protege...es la libertad sexual del menor, ya que, debido a su inmadurez, no puede todavía decidir por sí mismo, y, de ese modo, se interrumpe su desarrollo de acuerdo a las pautas sociales y valorativas que rigen, aunque siempre relativas...”¹⁷.

Entendemos además, que la intimidad del menor se ve perjudicada, en razón de que la sexualidad implica un aspecto interior que solo le corresponde a la niña, niño y adolescente y debe encontrarse libre de injerencias externas. Las conductas descriptas exteriorizan ambitos internos del menor, y buscan exponer su pudor frente a un número indeterminado de personas.

Tipicidad objetiva.

En relación a la tipicidad objetiva de la norma en trato, comenzaremos con el análisis del primer párrafo, el cual reprime tanto la faz inicial en la creación del material pornográfico infantil (*producción, financiamiento*), hasta su puesta en circulación (*ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución*). Se muestra así la intención del legislador de punir toda una cadena de logística y de suministro, de inicio a fin. Además, se sanciona la *organización* de espectáculos en vivo con contenido explícito donde intervengan los menores. Este último proceder típico se complementa con las primeras conductas mencionadas en la normativa, pues en los términos de la protección penal pretendida, se busca reprimir todas las formas posibles de pornografía infantil, incluyendo la elaboración y propagación de contenido obtenido históricamente (material audiovisual almacenado para ser transmitido) como en tiempo real (material audiovisual transmitido al mismo tiempo que se produce).

Estas conductas versan sobre “*representaciones*”, es decir, contenido audiovisual perceptible por los sentidos. Las mismas se incorporan al tráfico “*por cualquier medio*”, pudiendo utilizarse fotografías impresas, CD, DVD, discos rígidos o extraíbles, cuentas en la nube, etc. Respecto del segundo apartado, las representaciones “*en vivo*” se pueden efectuar tanto en forma presencial como también mediante “*streaming*”¹⁷. Este último es un recurso tecnológico que permite a los usuarios cargar y descargar contenido multimedia y reproducirlo al mismo tiempo, mediante el uso de espacios de memoria que almacenan temporalmente los datos (*buffer*). De esta manera, podemos evitar esperar a que el contenido se descargue para verlo. Es importante resaltar que, al concluir el espectáculo en vivo, este puede guardarse en algún soporte de almacenamiento, convirtiéndose así en una representación propia de la primera parte del párrafo. En otras palabras, “*el que organizar*”, puede convertirse en “*productor*” del contenido obtenido de la sesión en vivo (ya convertida en información histórica almacenada en un soporte), para luego comercializarlo, distribuirlo, facilitarlo, divulgarlo, etc.

Estas representaciones deben estar relacionadas a “*actividades sexuales explícitas*” o a “*partes genitales con fines predominantemente sexuales*” donde participen menores. Esta frase fue producto de la reforma

¹⁶ RIQUERT, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 825. ¹⁷ DONNA, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 702/703.

¹⁷ ¿Qué es el Streaming? Disponible online en: <https://www.avg.com/es/signal/what-is-streaming>. Último ingreso: 25/04/2020 a las 16:04 hs.

del 2008, conforme lo mencionáramos *supra*, y proviene del Protocolo *Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta, la prostitución y la pornografía infantil*, ofreciendo este instrumento internacional un concepto de pornografía infantil casi idéntico a la descripción típica del 128 C.P. Asimismo, se advierte en el protocolo la aclaración de que las representaciones pueden revestir carácter “*real o simulado*”, abarcando ambos supuestos como constitutivos de pornografía infantil. Si bien esta indicación no es tomada por nuestra ley penal, entendemos que estas formas se infieren de la interpretación de la norma. La indicación plasmada en texto legal aclara en parte la imprecisión que presentaban los términos “*obsceno*” o “*pornográfico*”, abarcando así a todo contenido que constituya una exposición de la sexualidad de menores involucrados. Este contenido debe ser “*explícito*”, por lo que debe exhibirse en forma clara y determinante (posiciones de coito, masturbación, felaciones, etc.). Con respecto a las representaciones de las partes genitales de los menores, las mismas deben exponerse “*con fines predominantemente sexuales*”, descartando la tipicidad cuando existan otras finalidades sobresalientes (educativas, artísticas, etc.). En este sentido, Fellini entiende que el contenido prohibido implica: “*...la representación visual o auditiva de un niño para el placer sexual del usuario...*”¹⁸.

En cuanto al sujeto activo de este primer párrafo, puede ser cualquier persona, toda vez que el tipo legal no establece una especial condición de autor. El sujeto pasivo debe ser una persona menor de dieciocho (18) años. Esta distinción coincide con la franja etaria establecida para ser niño conforme la *Convención de los Derechos del Niño* (art. 1 C.D.N.), y nuestra ley civil (art. 25 C.C.y C.).

El segundo y tercer párrafo de la norma sanciona tanto la simple tenencia de material pornográfico, como la tenencia de este contenido con finalidad comercial o de distribución.

La incorporación de la tenencia simple en el segundo párrafo de la norma vino a ampliar la protección del menor frente a la actividad de pederastas. Ello es así, pues gracias a esta incorporación existe una sanción residual, en caso de no poder comprobarse inequívocamente las finalidades establecidas en el tercer párrafo de la norma. En otras palabras, a partir de las recomendaciones del *Convenio de Budapest* (pues este lo prevé en su art. 9 inc. e), y por una cuestión práctica desde lo procesal (situaciones de imposibilidad probatoria respecto de las finalidades), el legislador decidió establecer una tenencia sin finalidad para abarcar todos los casos posibles de pedofilia y pederastia en la red, incluyendo al pedófilo consumidor del contenido pornográfico infantil.

Existe un sector doctrinario que cuestiona la legitimidad de estos delitos de tenencia desde el punto de vista constitucional, por involucrarse en ámbitos privados cuya moralidad no implicaría trascendencia a terceros (art. 19 CN). En este sentido, Riquert entiende que: “*...se trata de un tipo que merece un debate amplio que, por un lado, conlleva el problema de la polémica acerca de su posible incursión en ámbitos de reserva de moral sexual en equiparación con otras conductas mucho más graves y de directa lesividad y, por otro, no difiere demasiado del genérico alrededor de las figuras de tenencia punibles y los delitos de peligro abstracto...*”¹⁹. En este orden de ideas, teniendo en cuenta los bienes jurídicos comprometidos (normal desarrollo sexual, dignidad e intimidad del menor), el tipo legal permite la injerencia del poder punitivo en la moral privada de las personas con trastornos pedófilos, discutiéndose si el conflicto ya no se resuelve con la punición al proveedor. Más allá de estos planteos, se concluye que el art. 128 C.P. abarca en su punición a todo el círculo de involucrados en el tráfico del contenido pornográfico infantil, desde proveedor del contenido hasta el consumidor final.

¹⁸ Fellini, Zulita. Comentarios a la ley 25.087 sobre delitos contra la integridad sexual, modificaciones al Código Penal. Suplemento de actualidad. La ley. Diario el 25/11/1999. P. 2/3.

¹⁹ Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 829.

La expresión “*tuviere en su poder*” da a entender que solo será típico el hecho si el autor poseyera para sí el contenido, pudiendo disponer de él cuando quisiera (material impreso o descargado de internet). Ello nos llevaría a considerar que, si este material audiovisual se encontrare disponible en la web y el autor solo observara el material sin necesidad de descargarlo, el solo hecho de ver el material sin poder “*tenerlo*” no sería típica del 128 C.P.

En cuanto a las representaciones subidas a la nube, entendemos que el autor es un usuario poseedor de una cuenta de almacenamiento, pudiendo manejar todo el contenido que en él se alberga a voluntad. Al ser un servicio a disposición de los usuarios, el proveedor del mismo debe respetar la intimidad del cliente y su información, por lo que no está obligado a estar al tanto de todo el contenido obrante en sus servidores. Ello permitiría espacios de duda a favor de este último, en relación a la participación en la tenencia del contenido prohibido, salvo que se compruebe lo contrario.

En este sentido, la publicidad del contenido podría generar responsabilidad en los proveedores, siendo un caso posible que el usuario suba y publique material prohibido a redes sociales o espacios de divulgación multimedia como YouTube, Dailymotion, Vimeo, etc., y no sea eliminado o bloqueado tal contenido por los prestadores del servicio. Sin embargo, este último supuesto no configuraría tenencia, sino una acción típica propia del primer párrafo del art. 128 C.P.

Respecto del tercer párrafo, se requiere una “*inequívoca*” intencionalidad, vinculada a distribuir y comercializar, remitiendo toda otra intencionalidad a la figura “*random*” o “*genérica*” del segundo párrafo.

Hasta la última reforma del art. 128 C.P. que incorporó la tenencia simple, parecía que la expresión finalista de este párrafo, sumada a la exigencia de “*inequívocidad*” (que no deja margen de duda), iba a implicar una consagración excepcional, de *ultima ratio*, de estos “*tipos de tenencia*”. Actualmente, luego de la reforma, se establece la tenencia del nuevo tercer párrafo como un tipo agravado (seis meses a dos años de prisión), en relación a la tenencia básica o genérica del nuevo segundo párrafo (cuatro meses a un año de prisión). Para Donna, aunque este nuevo tercer párrafo del art. 128 C.P. tiene una finalidad definida que la distingue del segundo párrafo, entiende que también presenta problemas constitucionales conforme el art. 19 C.N., por ser un delito de tenencia y de peligro abstracto, siendo consecuentemente de dudosa lesividad: “*...Esta parte de la norma es un serio problema con la tipicidad y entra en conflicto con el artículo 19 de la Constitución Nacional si no se la interpreta debidamente. Se trata de un delito de tenencia y por ende de peligro abstracto...*”²⁰. Sin perjuicio de sus planteos, el autor reflexiona sobre las formas de probar esta finalidad “*inequívoca*”: “*...será cuando el sujeto se dedique a ello y se tengan pruebas de los envíos o de las ventas...*”²¹.

En cuanto al sujeto activo del segundo y tercer párrafo, puede ser cualquier persona, toda vez que el tipo legal no establece cualidad alguna en el autor. El sujeto pasivo debe ser una persona menor de dieciocho (18) años.

Respecto del cuarto párrafo, se establece la facilitación para el acceso a espectáculos pornográficos, como también el suministro de material pornográfico a menores de catorce (14) años.

La conducta típica “*facilitare*” no consiste en que el autor alcance para el menor el efectivo acceso al espectáculo pornográfico, sino en efectuar solamente un aporte al acto, en otras palabras, una ayuda o colaboración. Sin embargo, es necesario que el menor efectivamente acceda al espectáculo pornográfico para tornar punible el hecho. Sigue esta reflexión Donna, al afirmar que: “*...no se requiere que el menor*

²⁰ Donna, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 705.

²¹ Donna, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 706.

vea el espectáculo, sino que basta con que ingrese, con la ayuda del autor, a un lugar donde este se lleve a cabo... ”²². En cuanto al “suministro”, es necesaria la entrega del material pornográfico al menor (tanto en forma personal mediante medios físicos, como en forma remota por medios virtuales), sin interesar que sea a título oneroso o gratuito. La no modificación del término “pornográfico” en este párrafo (a diferencia los párrafos anteriores), no altera la intencionalidad del legislador, respecto de la referencia al material prohibido y su cualidad, el cual se replica en todos los párrafos del art. 128 C.P. Sin embargo, cabe aclarar que no es necesario que los involucrados en el material con contenido sexual explícito (pornográfico) sean menores, pudiendo ser mayores ya que la norma no lo indica expresamente.

En cuanto al sujeto activo de este cuarto párrafo, puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es quien accede al contenido pornográfico o al que se le suministra el material pornográfico, debiendo ser una persona menor de catorce (14) años. Aquí se establece una franja etaria inferior para el sujeto pasivo en relación a las establecidas para los demás párrafos del art. 128 C.P.

Es imperioso mencionar, que el quinto párrafo de la norma en trato establece un agravante genérico. Este consiste en un incremento de la escala penal en cualquiera de los supuestos expresados en párrafos anteriores, en un tercio del mínimo y del máximo, cuando el sujeto pasivo sea un menor de trece (13) años.

Tipicidad subjetiva.

En cuanto al análisis del tipo subjetivo, son delitos dolosos compatibles con dolo directo, rechazando la posibilidad de dolo eventual. No se concibe que la norma establezca una estructura de acciones típicas escalonadas o eslabonadas, conforme la disposición progresiva en que se exponen, y que las mismas se desplieguen sin una clara intencionalidad y conocimiento de los elementos del tipo legal.

Si se tiene en miras la represión de organizaciones de pederastas, o que explotan la actividad con clientes pederastas, carece de lógica que ello se efectúe con dolo eventual. En este sentido Figari, citando a Palazzi, entendió que: “...de acuerdo a la redacción dada al tipo penal, no deja dudas de que se tratan de hechos dolosos, más precisamente de dolo directo y reafirma que de acuerdo a la naturaleza de las acciones descriptas en el art. 128, aplicadas a las tecnologías de la información e intermediarios de Internet impide que se les aplique el dolo eventual”²³.

Mas aún, en el caso del segundo párrafo de la norma, se requiere un elemento subjetivo que opera como un reaseguro del dolo: “a sabiendas”. Esta mención exige una determinada intención y conocimiento de los elementos del tipo legal, el cual es solo compatible con el dolo directo.

Respecto del tercer párrafo, el dato de la finalidad de la tenencia deja en claro la exigencia legal de ultraintención, como un elemento subjetivo distinto del dolo de tenencia. Riquert afirma que es posible el error de tipo, cuando el mismo versare sobre la edad del menor en las conductas analizadas (el autor cree que el sujeto pasivo es mayor de edad), excluyendo la tipicidad independientemente de la vencibilidad del error, toda vez que no se encuentra legislada la figura culposa²⁵. El error puede tener consecuencias incluso, respecto del agravante del último párrafo del 128 C.P.

Consumación y tentativa.

²² Donna, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011. P. 706.

²³ Figari, Rubén E. Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil. Disponible online en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf>. Último ingreso: 25/04/2020 a las 19:13 hs. ²⁵ Riquert, Marcelo A.; Riquert, Fabian L. “análisis del art. 128 del CP”. Disponible online en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37753.pdf>. Último ingreso 25/04/2020 a las 19:17 hs.

En relación las conductas del primer párrafo, es necesario indicar que, por su estructura típica, son delitos de resultado cortado, pues se consuma el delito en la realización de cualquiera de las conductas de la cadena típica. Además, hay consenso en la doctrina respecto a la posibilidad de tentativa. Compartimos las consideraciones de Riquert: “...todas las conductas descriptas por la norma admiten en el iter criminis la tentativa, sin perjuicio de tratarse en la mayoría de los verbos típicos de un delito de mera actividad...”. Respecto de las conductas del segundo y tercer párrafo del art. 128 C.P., al ser actos preparatorios punibles, es difícil pensar en una tentativa. Sin embargo, puede ocurrir que un vendedor de material pornográfico infantil (o inclusive un pedófilo), solicite a otro (proveedor) la entrega del contenido, pero no lo recibe por circunstancias ajenas a su voluntad (no se descargó el material en su totalidad, porque el autor es atrapado por la policía antes de que termine de hacerlo, o deja de funcionar la conexión de Internet).

En el caso del cuarto párrafo, podría darse la circunstancia de que un adulto otorgue a un menor de catorce (14) años un link para ingresar a páginas pornográficas, sin embargo, por un problema de conexión no puede ingresar al sitio, o este último se encuentra en mantenimiento.

IV.II.- El delito de ciberacoso sexual infantil o “child grooming”.

Exposición del texto legal.

Habiendo terminado el análisis del delito de pornografía infantil, pro seguiremos con el estudio del tipo legal del “child grooming”, previsto en el art. 131 C.P. El referido artículo reza:

“...ARTICULO 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...”.

Antecedentes y evolución.

La citada normativa surge, al igual que el nuevo delito de pornografía infantil, como consecuencia de los compromisos internacionales que la Argentina se ha impuesto, conforme los tratados ratificados en materia de cibercriminalidad y de los derechos del niño, concretamente la *Convención de los Derechos del Niño* de la ONU (con sus protocolos facultativos vinculados a la materia), y el *Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia* del Consejo de Europa. Estos instrumentos procuran proteger a los menores frente a injerencias que impliquen un menoscabo a su libertad, integridad, dignidad y desarrollo sexual en todos los ámbitos, incluyendo el mundo de Internet.

Es importante resaltar que si bien el *Convenio de Budapest* no consagra el delito de *grooming*, los organismos internacionales se han pronunciado sobre esta forma de ciberataque a la minoridad, basados en el espíritu del mencionado tratado y en la preocupación de los Estados frente a la lucha contra la pederastia. En dicho sentido, UNICEF²⁴ publicó un trabajo en mayo de 2017, con el objeto de informar a la sociedad

²⁴ UNICEF. Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Fondo de Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). 2017. Disponible online en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/proteccion-AbusoSexual_contra_NNy_A-2016.pdf. Último ingreso: 01/05/2020 a las 12:49 hs.

argentina sobre el abuso de menores, entendiendo que este se da cuando: “...un niño es utilizado para la estimulación sexual de su agresor (un adulto conocido o desconocido, un pariente u otro NNyA) o la gratificación de un observador...”. Luego, el organismo agrega una enumeración de todas las formas y medios de interacción abusiva hacia las niñas, niños y adolescentes (N.N.yA.), incluyendo también las de origen informático: “...La exhibición de pornografía. En ocasiones, disfrazada como ‘educación sexual’. Instar a que los NNyA tengan sexo entre sí o fotografiarlos en poses sexuales...” y por último, “...Contactar a un NNyA vía Internet con propósitos sexuales (grooming)...”.

Siguiendo esta línea de ideas, es importante señalar la importancia del *Convenio de Lanzarote para la Protección de los Niños Contra la Explotación y el Abuso Sexual del Consejo de Europa*, como un precedente del delito en análisis. Si bien dicho tratado no se encuentra suscripto por la Argentina, fue un antecedente que impulsó a la legislación interna de los países que comparten el mismo interés en la lucha contra la pederastia en la red, siendo nuestro país parte de este grupo, conforme las últimas reformas legales en la materia. En este sentido, el tratado internacional reza: “...Artículo 23 – *Proposiciones a niños con fines sexuales. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro...*”.

En virtud de estas previsiones se establece el delito de “grooming”, consistente en el contacto con menores de edad mediante sistemas informáticos, con el fin de menoscabar su integridad sexual (en forma física o inclusive virtual).

Es importante mencionar que, previo a ser consagrado este delito por la ley 26.904 en el año 2013, su debate parlamentario fue llamativo y cuestionable en varios puntos. Es así que, a pesar de los intentos de la Cámara Baja de ajustar lo más posible la nueva norma en trato a las previsiones del art. 23 del *Convenio de Lanzarote* ya mencionado, no pudieron con el empeñamiento de los legisladores de la Cámara Alta de sancionar un tipo penal sumamente represivo, cuestionable desde la óptica de los derechos fundamentales. En este sentido, la escala penal del delito incorporado en el art. 131 C.P., es de seis (06) meses a cuatro (04) años, la cual es incoherente en términos de proporcionalidad y lesividad del bien jurídico, teniendo en cuenta que el delito de grooming es un acto preparatorio punible y en consecuencia, no debería tener una escala penal idéntica a la del delito de lesión, como por ejemplo el abuso sexual simple (art. 119 C.P.).

Además, es palmaria la vaguedad del precepto, ya que no establece como sujeto activo a una “persona mayor” (como surge del *Convenio de Lanzarote*), pudiendo ser cualquier persona (incluso menores). Asimismo, no se indican mayores precisiones respecto del sujeto pasivo, siendo indistinto si se trata de una “persona menor de trece años”, o un “mayor a trece años cuando hubieran medios engañosos” (a diferencia de otros delitos sexuales, que por su contenido típico son más graves). Esta ausencia de precisiones atenta el principio de legalidad (mandato de determinación del legislador) establecida en nuestra ley fundamental (art. 18 CN).

Este tratamiento indiferenciado y vago de la norma importa además problemas de proporcionalidad. Podemos advertir que los arts. 119 y 120 C.P. (que consagran delitos de lesión) establecen diferenciaciones de edad para considerar la validez de la anuencia de la víctima para el acto sexual, exigiendo el primero de estos que el sujeto pasivo sea menor de 13 años para que no sea vinculante el consentimiento. Y en cuanto a la segunda norma, se exige el aprovechamiento de la inmadurez sexual de un menor de 16 años para anular el consentimiento (mediante vicios de la voluntad, engaños, promesas, etc.). Aquí se advierte, que

los delitos de lesión valoran inclusive el consentimiento para encuadrar la tipicidad, a diferencia del delito de *grooming*, que siendo un acto preparatorio punible, establece una pena del mismo tenor sin exigir mayores requisitos.

Evidentemente, la no inclusión de caracteres específicamente etarios en los sujetos intervinientes, y la tremenda represión conminada por la norma, generan serios problemas que pueden llevar a situaciones absurdas, pero sumamente preocupantes. Como bien menciona Riquert: “...*No es la única inconsistencia por ‘sobre’ o ‘super’ inclusión: además de poder ser víctimas del acto preparatorio quienes no lo serían de un abuso simple consumado, en materia de sujeto activo al no aclarar (como se hacía en Diputados) que deber ser una persona mayor de edad, podría ser autor de ‘grooming’ un joven de 16 años que trata de contactar a alguien de su misma edad...*”²⁵.

Esta conclusión desvirtúa completamente la finalidad de la norma, pues habilita poder punitivo a casos que no son de “*grooming*”. En otras palabras, no se busca sancionar a pederastas solamente, sino a cualquier persona, incluyendo a los mismos menores. Por supuesto que esto produce consecuencias a nivel de prevención del delito, pues en vez de que las fuerzas de seguridad dirijan todos sus recursos tecnológicos a detener la proliferación de la pederastia en la red, estarán perdiendo el tiempo persiguiendo a adolescentes y niños como autores.

Bien jurídico.

Mas allá de la problemática redacción del texto legal, se aprecia que el bien jurídico que se busca proteger es el normal desarrollo de la sexualidad del menor, como así también su integridad y dignidad²⁸. Se busca preservar estos bienes toda vez que, al observar la finalidad del contacto expresada en la norma, este va dirigido a menoscabar la integridad sexual (mediante el encuentro físico) y/o el normal desarrollo de la sexualidad del menor (corrupción, pornografía infantil, etc.), utilizando medios informáticos.

Tipicidad objetiva.

Corresponde en primer lugar analizar la acción típica, es decir, el verbo “*contactar*”. Este término importa una actividad consistente en la comunicación con otro/s, generando una transmisión o correspondencia de señales o códigos comunes entre emisor y receptor. El contacto debe generarse por medios de carácter virtual, no mediante medios físicos. Si se da el contacto previo en forma presencial, o por carta, etc., la conducta es atípica del art. 131 C.P.

De acuerdo al enunciado legal, se mencionan tres posibles formas para contactar: “*comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos*”. Las comunicaciones electrónicas constituyen un sistema de emisión, recepción, transmisión y almacenamiento de señales comunicativas virtuales, a través de dispositivos y circuitos físicos interconectados (mediante cables, ondas de radio, etc.)²⁶. Las telecomunicaciones son formas de transmisión a distancia mediante señales eléctricas, y constituyen una especie de comunicación electrónica, abarcando gran cantidad de medios de comunicación virtuales más allá de Internet, como ser uso de radio, televisión, telefonía tanto por línea fija como móvil,

²⁵ Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 855. ²⁸

Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 857.

²⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Disponible online en: <https://dej.rae.es/lema/red-de-comunicaciones-electronicas>.
Ultimo ingreso: 14/04/2020 a las 16:30 hs.

GPS, etc.²⁷. La última referencia, vinculada al uso de cualquier otra tecnología de transmisión de datos, deja en evidencia que este delito es de carácter amplio en cuanto a medios, siempre que sean virtuales.

Entre las formas más conocidas de servicios pasibles de ser utilizadas por los autores de estos hechos, podemos mencionar: Correos electrónicos, foros, blogs, comunicaciones y videochats o videollamadas por WhatsApp, Hangouts, Facebook, Instagram, Telegram, Skype, SMS, llamadas telefónicas a móviles o líneas fijas, el manejo de redes sociales como Twitter, Pinterest, Tik Tok, etc.

El sujeto pasivo debe ser menor de edad, independientemente de la categoría etaria a la que pertenezca. Al ser un acto preparatorio punible en miras a la realización de las infracciones a la integridad sexual, se presume que el consentimiento de la víctima en el contacto es irrelevante.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, inclusive menores de edad, lo que merece serios reparos en cuanto al fin de protección de este tipo penal. Coincidimos con las reflexiones de Riquert y Lo Giúdice, insistiendo que: “...el “groomer” es un adulto que crea una falsa identidad, generalmente haciéndose pasar por menor, o que recurre a robos de identidad o hacen uso de virus que le darán la clave de acceso a los datos del menor para lograr apropiarse de la información de su mundo social, fundamental para extorsionarlo...”²⁸.

Tipicidad subjetiva.

La figura legal es dolosa de dolo directo, surgiendo esa conclusión de la conexión existente entre la acción de contactar y la ultrafinalidad exigida por el art. 131 C.P., al requerir que el contacto se efectúe “...con el propósito de cometer...” uno de los delitos del Título III (delito mutilado de dos actos).

En términos probatorios, resulta hartamente complejo determinar la autoría, pues habrá que probar la ultrafinalidad de agresión sexual. Sin embargo, ello podría inferirse del historial de conversaciones entre usuarios, material audiovisual que compartan los intervinientes, etc.

Consumación y tentativa.

Al ser este delito de peligro abstracto un acto preparatorio punible respecto de quien tiene un interés sexual hacia el interlocutor menor de edad, se entiende que este se consuma con el contacto en sí, sin necesidad de considerar la existencia de lesiones ulteriores a la integridad sexual para hacer operativo el tipo. Dichas consecuencias podrían no darse y de igual manera el delito se considera consumado al efectuarse la sola comunicación.

El delito admitiría la tentativa ya que, al ser un medio virtual de contacto, este puede fallar o interceptarse por las fuerzas de seguridad antes que el autor comience a insinuar al menor una propuesta sexual, o que la misma víctima advierta la falsedad de la cuenta del autor antes de la interacción prohibida.

Este tipo penal plantea serios reparos desde el punto de vista constitucional, pues para comprobar la consumación o tentativa de este acto preparatorio punible, el Estado tendría que verificar todos los

“contactos” donde podría intervenir un menor, convirtiéndose en un “gran hermano”, eliminando toda posibilidad de intimidad personal en su favor (art. 19 C.N.).

²⁷ Concepto de telecomunicación. Disponible online en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Telecomunicación>. Último ingreso: 14/04/2020 a las 17:40 hs.

²⁸ Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 857.

Esta persecución sería posible, toda vez que este delito es de acción pública. El art. 131 C.P. no ha sido incluido en el catálogo de delitos dependientes de instancia privada del art. 72 C.P., a diferencia de los delitos establecidos en los arts. 119, 120 y 130, que podrían ser consecuencia del *grooming*. En otras palabras, para investigar estos delitos de lesión se requiere de la denuncia del sujeto pasivo para activar la investigación penal, salvo en los casos excepcionales previstos por la ley. Pero esto no ocurre en su acto preparatorio, demostrando una vez más la incoherencia sistemática de la reforma.

V.- Sobre la concursabilidad de los tipos legales analizados. ¿Existen puntos de encuentro?

Del análisis jurídico-penal de estas normas, surge la inquietud respecto de si pueden aparecer estos hechos en forma simultánea o sucesiva entre sí, y en su caso, cuál sería el delito aplicable y su correspondiente pena.

Para ello, debemos diferenciar dos supuestos. Teniendo en cuenta el bien jurídico y su objeto de protección, el primer supuesto se daría en caso de identidad del sujeto pasivo tanto en el “*grooming*” como en las conductas del art. 128 C.P. de “pornografía infantil”. En este caso, siguiendo la expresión del tipo legal del art. 131 C.P., se exige que el contacto se efectúe con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual “...*de la misma...*”. Por ende, al ser el mismo sujeto pasivo en ambos delitos, la solución sería la de un concurso aparente de tipos, aplicándose el tipo legal de pornografía infantil (art. 128 C.P.) y su correspondiente pena (seis meses a cuatro años de prisión), desplazando de esta forma al delito de “*grooming*” por la regla de consunción. De este modo, en caso de no intentar el autor la finalidad propuesta, se aplicaría subsidiariamente el delito de ciberacoso sexual infantil²⁹.

Por otro lado, el segundo supuesto se daría en el caso de que no exista esta identificación en el sujeto pasivo, pudiéndose dar el caso en que el autor le trasmite a un menor imágenes pornográficas o les facilita el acceso a espectáculos pornográficos en vivo, mientras tiene contacto con otro menor para convencerlo de tener relaciones sexuales. En estos casos, se puede afirmar el concurso real entre los tipos penales de pornografía infantil y ciberacoso sexual infantil, debiéndose establecer una nueva escala penal, considerando el mínimo mayor, y la suma aritmética de los máximos (art. 55 C.P.).

A todo esto, ¿es posible que el *grooming* sea considerado un acto de tentativa del delito de pornografía infantil? Entendemos que no, pues el “*contacto*” con el menor es uno de los primeros actos preparatorios para los hechos de pornografía infantil, existiendo una serie de actos posteriores a esta primera manifestación, los cuales aún no se han producido. En otras palabras, el art. 131 C.P., es un acto preparatorio de carácter punible, y no un “*comienzo de ejecución*” del art. 128 C.P. en los términos del art. 42 C.P.

VI.- Estadísticas “conocidas” de pedofilia y pederastia virtual en la República Argentina.

En cuanto a los casos reportados de pedofilia y pederastia virtual en Argentina, es una lamentable realidad el hecho de que no se conoce con certeza una cifra real de personas afectadas, existiendo en consecuencia una gran “cifra negra”, dada la naturaleza de estos delitos y las características de sus víctimas. Se advierte que, más allá de ser delitos de acción pública, la prevención y represión de estos hechos requiere que las

²⁹ Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018. P. 858/859.

fuerzas de seguridad y la justicia cuenten con recursos para captar los casos no denunciados. Debe tenerse en cuenta que, con el avance tecnológico, también aumenta la capacidad de evasión del sujeto activo. En este sentido, estos usuarios podrían utilizar programas para ocultar su IP real, o utilizar una identidad falsa, etc., por lo que se vuelven difíciles de rastrear. Es decir que, casi en su totalidad, las cifras que se tienen surgen de las denuncias de sus víctimas, sin perjuicio de que dichas denuncias logren o no una imputación o condena al pederasta.

En este sentido, los relevamientos son difíciles de obtener. Sin embargo, podemos citar algunos números obtenidos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y del Ministerio Público Fiscal de la Nación. En 2013, advertimos que del total de causas judiciales tramitadas por el fuero federal en todo el país (un total de 46.043 casos), el 0,48% se corresponde a delitos informáticos (221 casos) y, a su vez, solamente se registran tres denuncias por pornografía infantil. Surge además de dicho informe, que del total de denuncias tramitadas en el fuero criminal y correccional de la provincia de Buenos Aires (que indican un total de 694.246 denuncias), el 0,04% se corresponde a delitos informáticos (275 causas), registrando 106 denuncias por pornografía infantil. Surge al final que, de las denuncias recibidas por la fiscalía especializada en delitos informáticos de la CABA, que el 61% de la totalidad de las denuncias recibidas ese año por dicho organismo estatal, son por distribución o comercialización de imágenes de menores ³⁰.

En 2015, advertimos que del total de causas judiciales tramitadas por el fuero federal en todo el país (un total de 97115 casos), el 0,12% se corresponde a delitos informáticos (112 casos) y, nuevamente, se registran tres denuncias por pornografía infantil. Como novedad, se indica que dos de esas tres se encuentran en trámite, mientras que una fue remitida por incompetencia. En cuanto al fuero ordinario de la CABA, se registró sobre la totalidad de las denuncias recibidas por delitos informáticos (3274 casos), 3168 denuncias por infracciones al art. 128 C.P., donde 3171 personas fueron imputadas por estos hechos ese año, y solo 71 fueron identificadas, registrando además una condena en 2014.

Con respecto al fuero ordinario de la provincia de Buenos Aires (que indica un total de 719.728 denuncias), el 0,12% se corresponde a delitos informáticos (868 causas), registrando 694 denuncias por pornografía infantil. Se advierte una estadística no considerada en 2013, la cual corresponde a la justicia ordinaria de Santa Fe, registrando 56 denuncias por pornografía infantil, sobre un total de 279 en lo que respecta a delitos informáticos. También se menciona la justicia ordinaria de Córdoba, registrando 114 denuncias por infracciones al art. 128 C.P. Respecto del delito de *child grooming*, surge del total de denuncias registradas en las justicias ordinarias de C.A.B.A., Buenos Aires y Santa Fe, que fueron de 115 en ese año, sin existir reportes de denuncias en el fuero federal por estos hechos.³¹

Es notable considerar que el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Buenos Aires registró entre enero y septiembre de 2016 un total de 1360 casos vinculados a pornografía infantil, constituyendo el 85% de los delitos informáticos denunciados³². Desde las ONG, el presidente de “Argentina Cibersegura”, Sebastián Bortnik, informó que entre 2013 y 2015 recibieron 11.000 reportes de denuncias relacionadas al *grooming*. Sin dudas estas son cifras mucho mayores a las expresadas por el Ministerio de Justicia de la Nación en sus informes. Todo ello nos lleva a sostener que existe una amplia “cifra negra” en relación al conocimiento de estos delitos por la justicia, pudiéndose ello deber a que sus víctimas no realizan las denuncias correspondientes ante las autoridades, optando por el silencio (por pudor, miedo a represalias, etc.), y que

³⁰ Una aproximación a la estadística criminal sobre delitos informáticos- Primer muestreo de denuncias judiciales de la República Argentina - año 2013. Publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - septiembre 2016. Disponible online en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1637>. Último ingreso: 02/05/2020 a las 12:30 hs.

³¹ Una aproximación a la estadística criminal sobre delitos informáticos- Tercer muestreo de denuncias judiciales de la República Argentina - año 2015. Publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – abril 2018. Disponible online en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1755>. Último ingreso: 02/05/2020 a las 12:40 hs.

³² Grooming: una tendencia que va en aumento. Informe de Paola Fernández Mayorales. Disponible online en: <https://eterdigital.com.ar/grooming-una-tendencia-que-va-en-aumento/>. Último ingreso: 02/05/2020 a las 11:52 hs.

quienes están encargados de captar e investigar la cibercriminalidad, no cuentan con los recursos necesarios para lograr sus fines (al menos en la medida esperada), siendo sus autores difíciles de identificar gracias al anonimato que permite Internet.

VII.- Sobre la competencia de estos delitos. Medios de denuncia frente a la pederastia.

Entendemos que, frente a esta creciente y silenciosa invasión a la dignidad de los niños por los pederastas, mediante el uso de las T.I.C. (Tecnologías de la Información y de la Comunicación), es importante determinar con certeza cual ha de ser la competencia de los delitos abordados.

En términos territoriales, la justicia argentina tendrá competencia para entender en estos hechos, inclusive si el autor o la víctima son extranjeros, en virtud de la regla de ubicuidad sentada por la C.S.J.N. (Fallos 313:823 y 321:1226).

En otras palabras, siempre que las acciones del 128 y/o 131 C.P. se desplieguen desde un dispositivo en la Argentina (independientemente que recaiga sobre víctimas nacionales o extranjeras) o, asimismo, que los efectos del delito recaigan sobre un menor que se encuentra en nuestro país (independientemente que sea causado por un autor en este país o en otro), en cualquiera de los dos casos serán competentes nuestros tribunales. Por lo que si alguien es víctima de estos hechos en nuestro país, no interesa si su autor está en el país o no, es perfectamente denunciante ante los tribunales argentinos.

Es dable destacar que respecto de estos delitos rige el *principio de universalidad* en virtud de que estos actos afectan a la comunidad internacional, y ello se demuestra en los tratados suscriptos con las potencias extranjeras, los cuales ya han sido mencionados *supra*. Por ende, se refuerza la idea de que cualquier país afectado puede investigar estos hechos.

En razón de la materia, en principio son competentes los fueros federales, debiendo realizarse las denuncias ante la fiscalía federal (interviniendo conjuntamente la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia UFEC- en CABA) o en la policía federal (interviniendo conjuntamente la sección delitos de tecnología en CABA). Inclusive existen ONG que facilitan información acerca de cómo actuar frente a estos delitos, brindando las direcciones y teléfonos de los lugares donde hay que acudir en estos casos³³.

Es importante señalar, que existen fallos que otorgaron competencia ordinaria o provincial para estos delitos, en ciertos casos. En este sentido, es conocido el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, el cual entendió que: “...*Nadie pone en duda que las dos conductas aquí denunciadas deben ser investigadas de manera conjunta pues su conexidad subjetiva, la estrecha vinculación y la comunidad probatoria así lo determinan en pos de una mejor administración de justicia (Fallos 328:867, entre muchos otros) ...En esta senda interpretativa entonces, el delito previsto en el art. 128 CP prevé una pena de 6 meses a 4 años de prisión y resulta idéntica a la prevista en el art. 131 CP. Así, en el caso, ambas figuras en las que resultan subsumibles los hechos que se investigan, poseen igual escala penal, por lo que resulta aplicable el criterio según el cual debe intervenir el órgano jurisdiccional que previno, es decir, esta Justicia en lo Penal Contravencional y de Faltas (causas N° 5896-00- CC/2013 “Nieto, Víctor del Valle s/infr. art(s) 183 y 149 bis CP- Apelación”, rta. el 17/09/13; N° 12487-00-CC/13 “Nocera, Diego Carlos s/infr. art(s) 149 bis párr. 1 – CP” – Apelación, rta. el 2/12/13)...”³⁴.*

³³ ARGENTINA CIBERSEGURA (ONG) ¿Dónde denunciar los delitos informáticos en Argentina? Disponible online <https://www.argentinacibersegura.org/noalgrooming/pdf/denuncia-delito-informatico.pdf>. Último ingreso: 02/05/2020 a las 11:52 hs.

³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, “P. F. s/ art. 128 CPen.”. Fallo del 21/09/2015.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la competencia ordinaria de estos hechos. En este sentido, entendió que solo habrá competencia provincial cuando se verifique que las comunicaciones se dieron dentro del marco provincial, y no más allá de sus límites. En este sentido la CSJN ha dicho que “...toda vez que la competencia penal en razón del territorio se establece atendiendo al lugar donde se ha consumado el delito (Fallos: 330:2954), entiendo que corresponde a la justicia provincial, en cuyo ámbito se habría realizado la conexión de Internet al momento de los hechos (fs. 33), conocer en esta investigación, sin perjuicio de lo que surja del trámite ulterior...”³⁵.

VIII.- Conclusiones.

Este trabajo ha intentado abordar los principales aspectos que rodean las manifestaciones delictivas de la pedofilia, definiendo sus contornos, para conocimiento cabal del lector. En este orden de ideas, se trabajó tanto con conceptos propios de las TIC, la psiquiatría, la psicología y el derecho.

Ello nos ha permitido comprender mejor el contexto en que se encuentran inmersos los delitos de pornografía infantil y el ciberacoso sexual infantil, dentro del universo de Internet.

Es tan vasto el alcance de Internet que, lógicamente, sus autores ni siquiera tienen que encontrarse en el país, siendo esta modalidad de abuso sumamente compleja y alarmante para los Estados del mundo y sus habitantes.

Imaginemos el caso en que, el pederasta utiliza una identidad falsa en pos de lograr la confianza del menor (ciberacoso sexual infantil), y este último, a consecuencia del engaño, le exhibe al autor filmaciones o fotografías desnudo. Luego, el autor del delito utiliza estas imágenes para su provecho personal y/o para el provecho de otros (pornografía infantil). En ningún momento fue necesario el contacto físico con el menor para afectar su integridad sexual. Ello claramente quiebra las estructuras clásicas de protección a la niñez frente a ataques contra su integridad, desarrollo y dignidad sexual, y genera la necesidad de nuevas soluciones que puedan hacerle frente a este abusador silencioso, virtual y remoto, que no reconoce frontera alguna.

Internet es un invento revolucionario, que alberga en sí una infinidad de soluciones, pero a la vez un gran número de problemas para la sociedad. De ninguna forma propugnamos la eliminación de este gigante, pues pretender algo así sería tan ilógico como absurdo. Por el contrario, tal como lo afirmáramos *supra*, la humanidad se vio (y se ve) favorecida en inmensurable medida con las bondades que ofrece. Internet vino para quedarse, y es nuestro deber como ciudadanos conocer su alcance y los delitos que pueden llevarse a cabo en este ciberespacio.

En este sentido, consideramos vinculante analizar la naturaleza del autor de estos hechos desde un punto de vista psiquiátrico y psicológico, abordando el pensamiento de varios especialistas en la materia, concluyendo que existen distintas parafilias relacionadas a los menores (pedofilia, hebefilia y efebofilia), que a su vez importan trastornos de la personalidad, variando cada parafilia en razón de determinados grupos etarios, discutiéndose, en el ámbito de la efebofilia, sobre su naturaleza como patología o mera preferencia

³⁵ “Competencia CSJ 5685/2014/CSI, Sequiera, Nicolas s/ publicaciones, reprod. y/o distrib. Obscenas”, rta. 30/06/2015, del dictamen del Procurador General de la Nación al que se remitió la CSJN.

sexual. Como dato crucial, se estableció la diferenciación entre estas patologías y la acción exteriorizada, constitutiva de abuso contra los niños (pederastia). Se determinó que, por más que existan personas con estos trastornos o inclinaciones sexuales, no serían pasibles de injerencia estatal cuando no se exterioricen estos deseos contra los menores (art. 19 C.N.).

En cuanto al marco legal, se ha efectuado un análisis exhaustivo de los delitos tipificados en los arts. 128 C.P. (pornografía infantil) y 131 C.P. (ciberacoso sexual infantil o “*child grooming*”), abordando el bien jurídico de ambas figuras, analizando desde la dogmática penal sus textos legales, sobre su consumación y tentativa, el concurso de estos delitos, etc.

Creemos que la conclusión más importante en este apartado, se encuentra en lo atinente al bien jurídico, y su real afectación en las conductas de tenencia consagradas por el art. 128 C.P., pues si el pedófilo no debe ser perseguido por no exteriorizar su acción conforme el texto constitucional (art. 19 C.N.), es discutible que aun así sea perseguido cuando tenga material pornográfico infantil. Hemos contestado en el apartado correspondiente que ello se debe a la protección del “*normal desarrollo, dignidad e intimidad del menor*” frente al uso de su imagen con fines particulares. Consideramos, que hay mucho que debatir sobre este punto, como también respecto de la perseguibilidad pública de estos hechos, permitiéndosele al Estado ingresar a nuestra intimidad en forma permanente, con la excusa de la investigación penal.

Otro punto para la discusión se encuentra en la deficiente redacción del delito de *grooming*, que incluso podría abarcar en la punición a menores de la misma edad que la víctima, contrariando la normativa internacional que fue su fuente de inspiración, en la lucha contra la cibercriminalidad infantil (*Convenios de Budapest y Lanzarote del Consejo de Europa*).

De las estadísticas recolectadas, surgen evidencias de que hay un gran número de casos que no llegan a la justicia, constituyendo una “amplia cifra negra”. No se concibe que una provincia (como el caso de CABA, o la provincia de Buenos Aires), tenga un mayor índice de denuncias que el fuero federal, abarcando este último a todo un país. Es alarmante, además, el ejemplo de CABA, que registró solo en 2015 un total 3168 denuncias por pornografía infantil, pero solo 71 personas fueron identificadas. No conocemos siquiera si los identificados fueron condenadas porque el último informe conocido se hizo en 2018 (y analiza lo ocurrido 2015), registrando solo una condena del año 2014. Luego, las ONG nos informan un número de denuncias que dista de las estadísticas oficiales (en el caso de “Argentina Cibersegura”, un total de 11.000 reportes entre 2013 y 2015). Esta realidad revela que, tanto nuestras fuerzas de seguridad como la justicia de los diferentes fueros del país, están lejos de obtener las metas esperadas por la sociedad.

Entendemos que las soluciones no proliferan a la misma velocidad que la problemática analizada, pues sus modalidades de afectación se ajustan al crecimiento constante y sin pausa de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Es necesario en consecuencia, un mayor compromiso del sector público para con los organismos de pesquisa, mediante la provisión de mayores recursos tecnológicos y humanos, obligando a nuestras fuerzas de seguridad, legisladores, jueces, fiscales, defensores, ministros y ciudadanos en general, a una capacitación constante en materia de ciberdelitos, pues al ser nueva una modalidad delictiva, implica un gran desafío para el cual debemos estar preparados.

Sin duda alguna Internet es una inmensa caja de Pandora que esconde un mar de males. Sin embargo, luego de las calamidades, lo último que se pierde es la esperanza. Esa universal ilusión de un uso responsable, medido, ético y sano de esta maravilla de la comunicación y la información.

Bibliografía:

Becerra García, Juan A. Etiología de la pedofilia desde el neurodesarrollo: marcadores y alteraciones cerebrales. Revista de Psiquiatría y Salud Mental. Vol. 2 Núm. 4. Universidad de Jaén España. P. 190-196. 2009. Disponible Online en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-psiquiatria-salud-mental-286articulo-etilogia-pedofilia-desde-el-neurodesarrollo-S1888989109732379>. Último ingreso: 21/04/2020 a las 11:30 hs.

Blanchard, Ray. Pedophilia, hebephilia, and the DSM-V. Law and Mental Health Program, Centre for Addiction and Mental Health, 250 College Street, Toronto, Ontario, Canada. Disponible online en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18931899>. Último ingreso: 22/04/2020 a las 11:02 hs.

Brown, George. Trastorno pedófilo. Disponible Online en: <https://www.msmanuals.com/es/professional/trastornos-psiquiatricos/sexualidad-disforia-de-genero-y-parafilias/trastorno-pedofilo>. Último ingreso: 11/04/2020 a las 20:01 hs.

Donna, Edgardo A. Derecho penal, Parte Especial. Tomo I -cuarta edición actualizada y reestructurada-. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.

Fellini, Zulita. Comentarios a la ley 25.087 sobre delitos contra la integridad sexual, modificaciones al Código Penal. Suplemento de actualidad. La ley. Diario el 25/11/1999.

Figari, Rubén E. Comentario al art. 128 del C.P. (ley 27.436) sobre pornografía infantil. Disponible online en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/10/doctrina47068.pdf>. Último ingreso: 25/04/2020 a las 19:13 hs.

Franklin, Karen. The Public Policy Implications of “Hebephilia”: A Response to Blanchard et al. (2008). Disponible online en: https://www.researchgate.net/publication/23387762_The_Public_Policy_Implications_of_Hebephilia_A_Response_to_Blanchard_et_al_2008. Último ingreso: 23/04/2020 a las 13:20 hs.

Palomares, Francisco C. Manual Unidad Informática (UF0864). Resolución de averías lógicas en equipos informáticos. Editorial CEP. Madrid. 2017.

Riquert, Marcelo A. Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado. Tomo II. Erreius. Buenos Aires. 2018.

UNICEF. Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Fondo de Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). 2017. Disponible online en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/proteccionAbusoSexual_contra_NNyA-2016.pdf. Último ingreso: 01/05/2020 a las 12:49 hs.