

Colección **PA SATEXTOS**

UniRío
editora

Distribución de material de abuso o explotación sexual en perjuicio de niños. Contacto telemático con menores de edad y fines sexuales (*grooming*)

Carlos Ochoa

Jael Arias Shocrón y Joaquín Gómez Miralles (Colaboradores)

ISBN 978-987-688-415-0

e-book

Ochoa, Carlos

Distribución de material de abuso o explotación sexual en perjuicio de niños : contacto telemático con menores de edad y fines sexuales : grooming / Carlos Ochoa.

- 1a ed. - Río Cuarto : UniRío Editora, 2020.

Libro digital, PDF - (Pasatextos)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-688-415-0

1. Código Penal. 2. Abuso de Menores. I. Título.

CDD 345.081

2020 © Carlos Ochoa

2020 © *UniRío editora*. Universidad Nacional de Río Cuarto
Ruta Nacional 36 km 601 – (X5804) Río Cuarto – Argentina
Tel.: 54 (358) 467 6309
editorial@rec.unrc.edu.ar
www.unirioeditora.com.ar

Primera edición: octubre de 2020

ISBN 978-987-688-415-0



Este obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 2.5 Argentina.
http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/ar/deed.es_AR



Uni. Tres primeras letras de “Universidad”.

Uso popular muy nuestro; la Uni. Universidad del latín “universitas” (personas dedicadas al ocio del saber), se contextualiza para nosotros en nuestro anclaje territorial y en la concepción de conocimientos y saberes construidos y compartidos socialmente.

El río. Celeste y Naranja. El agua y la arena de nuestro Río Cuarto en constante confluencia y devenir.

La gota. El acento y el impacto visual: agua en un movimiento de vuelo libre de un “nosotros”. Conocimiento que circula y calma la sed.

Consejo Editorial

Facultad de Agronomía y Veterinaria

*Prof. Mercedes Ibañez
y Prof. Mercedes Carranza*

Facultad de Ingeniería

Prof. Marcelo Alcoba

Facultad de Ciencias Económicas

Prof. Ana Vianco

Biblioteca Central Juan Filloy

*Bibl. Claudia Rodríguez
y Bibl. Mónica Torreta*

Facultad de Ciencias Exactas,

Físico-Químicas y Naturales

Prof. Sandra Miskoski

Secretaría Académica

*Prof. Ana Vogliotti
y Prof. José Di Marco*

Facultad de Ciencias Humanas

Prof. Gabriel Carini

Equipo Editorial

Secretaría Académica

Ana Vogliotti

Director

José Di Marco

Equipo

José Luis Ammann

Maximiliano Brito

Ana Carolina Savino

Lara Oviedo

Roberto Guardia

Marcela Rapetti

Daniel Ferniot

Introducción	6
I. Distribución de material de abuso o explotación sexual en los que se haya involucrado los niños, niñas y adolescentes	7
I). 1. Generalidades.....	7
I). 2. Aclaración preliminar. Terminología	10
I). 3. Evolución legislativa para su adecuación a la revolución tecnológica	13
I). 4. Naturaleza	18
I). 5. Bien jurídico protegido	21
I). 6. El tipo objetivo	28
I). 6. 1. Principales características	28
I). 6. 2. Objeto del delito	31
I) 6. 3. Pornografía.....	34
I). 7. El tipo subjetivo	37
I). 8. Sujeto activo	38
I). 8. Sujeto pasivo	44
I). 9. Consumación	44
I). 10. Confluencia de figuras y penalidad	44
II. Tenencia de representaciones pornográficas y tenencia de representaciones pornográficas destinadas a la distribución y comercialización	46
II). 1. Consideraciones sobre el tipo penal	46
II). 2. Análisis de la figura	49
III. Facilitación del acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material pornográfico a menores de catorce años	53
III). 1. Análisis de la figura	53
IV. Agravantes	55
V. Contacto telemático con fines sexuales con menores de edad: «grooming»	57
V). 1. Introducción	58
V). 2. Concepto y generalidades.....	60

V). 3. Aplicación de la ley	63
V). 4. Acción típica.....	64
V). 5. Sujetos del delito	66
V). 6. Tipo subjetivo	66
V). 7. Consumación.....	66
V). 8. Confluencia de figuras	68
Reflexiones finales	70
Referencias bibliográficas	72

Introducción

Sin perjuicio de la existencia de un importante sistema jurídico, nacional y convencional tendientes a la protección del menor de edad, en épocas de crisis de valores debe señalarse con firmeza la obligación de resguardar al menor de edad no solo porque la minoría de edad lo expone a cierta vulnerabilidad, sino porque se trata ni más ni menos de un ser humano, quien es el presente y el futuro de una sociedad sana.

El presente trabajo analiza las figuras contenidas en el actual Código Penal y en el Proyecto 2018¹ de reforma al mismo, tendientes a reprochar las conductas que perjudican al menor en la esfera de su sexualidad, en particular las relacionadas con aquellas que lo reconocen como un objeto del cual se sirve la pornografía para su posterior tráfico y consumo. Junto con el acoso sexual digital, el abuso o explotación sexual y demás delitos que tienden a proteger la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes, se han encontrado en los avances tecnológicos medios facilitadores, nuevas modalidades delictivas y, sobre todo, amparo en la inmediatez y el anonimato, circunstancias que profundizaron su complejidad.

El desarrollo del trabajo gira alrededor de las figuras típicas vinculadas con materiales de abuso sexual infantil, esto es su distribución, tenencia y, también, la facilitación del acceso a espectáculos en los que se exhibe pornografía, para finalizar en lo concerniente al *grooming*. Todos tipos penales, como se verá, que constituyen una puerta de acceso a conductas de mayor gravedad en perjuicio del menor.

1 A través del Decreto 103/2017, se creó la Comisión para la Reforma del Código Penal. El 25 de marzo de 2019, el Poder Ejecutivo envió el proyecto de nuevo Código Penal al Congreso, el cual se encuentra en tratamiento legislativo.

I. Distribución de material de abuso o explotación sexual en los que se haya involucrado los niños, niñas y adolescentes

Art. 128, 1.º párr. del Código Penal. Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el 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.

Art. 123, 1.º párr. del Anteproyecto del C.P. Se impondrá prisión de tres (3) a seis (6) años, al que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de una persona menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.

La misma pena se impondrá al que organizare espectáculos en vivo representaciones sexuales explícitas en que participaren personas menores de dieciocho (18) años.

Si el autor actuare con fines de lucro, el mínimo de la pena de prisión se elevará a cuatro (4) años.

I). 1. Generalidades

En la última década, nuestro país se caracterizó por la existencia de delitos con resultados por demás graves y muchos de ellos cometidos con modos de delinquir crueles. Es decir, no solo se comete el delito, sino que en su realización la víctima sufre daños crueles o perversos que dejan secuelas irreparables o le privan de la vida².

² Cfr. Último informe de Estadísticas Criminales presentado por el PEN en el mes de agosto de 2019 en el marco del Sistema Nacional de Informa-

Concurren delincuencias de suma peligrosidad sin interesar que el resultado puede también dañar a eventuales terceros, ajenos al delito que se comete.

La gama es extensa: homicidios, algunos de ellos cometidos por venganza; asesinatos a través de sicarios; lesiones y femicidios; trata de personas; abusos sexuales ultrajantes, violaciones, incluso algunas seguidas de muerte; robos calificados por el resultado o el uso de armas, entre otros. Pero lo más grave es que la víctima, además de verse privada de algún otro bien, padece la acción del victimario, lo cual le apareja consecuencias graves, incluso pierde la vida, pero no ya de un modo instantáneo, sino a través de graves padecimientos. Es como si el sujeto activo del delito gozara del sufrimiento ajeno, en otras palabras, le da placer el espectáculo de la víctima sufriente.

También hay otra gama de delitos: los sexuales, como los abusos o la difusión de pornografía que usa menores y que los condena a verse afectados de por vida. Este tipo de delitos atenta contra el derecho a la vida y a la integridad corporal, cuyos fundamentos se encuentran en la dignidad excelsa del hombre, inviolable como tal, de modo que existe especial interés en su protección.

La más de las veces, el ciudadano común además de reprochar a quien comete el delito y sorprenderse por la gravedad de lo sucedido, expresa como corolario de su análisis «están todos locos, cómo van a cometer semejante hecho», y en cierto modo algo de razón tiene.

Quienes cometen delitos como los descriptos y otros más — todos de extrema gravedad— comprenden la criminalidad de sus actos y tienen libertad de decisión acerca de hacerlo, sin embargo, siguen adelante y lo cometen. Esta presencia del elemento imputabilidad no impide adentrarnos aún más en la psiquis del delincuente y entender que los más padecen de alguna patología mental tipificada y definida en los manuales y códigos de psiquiatría y psicología³, cuya concurrencia no le impide comprender

ción Criminal (SNIC).

3 Véase Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM5).

lo que hace, pero que tiene un factor o componente que en la conducta del delincuente influye de modo serio y condicionante. Las patologías mentales son diversas, no todas son aquellas que suprimen la capacidad de la persona —por ejemplo, esquizofrénico, oligofrénico, etc.—; hay otra categoría de enfermedades que, sin determinar un cuadro de inimputabilidad, afectan al individuo.

Más allá de la repulsa que producen las delincuencias más graves como la violencia de género, violaciones, etc., lo cierto es que si nos adentramos a estudiar al delincuente veremos que concurren en su vida hechos que lo marcaron y que lo convirtieron de víctima a victimario⁴.

Preservar la salud mental de la población es un deber del Estado y desarrollar políticas vinculadas con su preservación es una de las herramientas indispensables para erradicar la delincuencia, en particular aquella que por sus características nos hace visualizar que han sido cometidas por personas que, si bien son imputables, alguna alteración de su salud mental padece.

Sin duda, las delincuencias en perjuicio de menores de edad a través de su uso en la pornografía están dentro de ese elenco de delincuencias de enormes consecuencias, pues afecta a la víctima, a la sociedad, incluso al victimario, pues más allá de la aplicación de una pena a través de una condena, la sanción un día se cumple, y el victimario en estado de libertad puede volver a reincidir si además no se aplicó un tratamiento medidas curativa, con el consiguiente seguimiento.

4 Desde la criminología, la conducta delictiva desplegada por quien en su niñez ha tenido que vivir conductas semejantes, puede ser explicada desde la teoría de la «asociación diferencial» expuesta por Sutherland, quien afirma que el comportamiento criminal es un comportamiento aprendido, en un proceso de aprendizaje que no presenta diferencias apreciables con ningún otro proceso de aprendizaje orientado a la conformidad. Se trata de un proceso que se desarrolla a través del contacto con otras personas en el que se aprenden técnicas necesarias para la comisión de los delitos y la orientación específica a cometerlos, lo que incluye los motivos. Es la prevalencia de las interpretaciones contrarias al respeto a la ley sobre sus opuestas lo que transforma a un individuo en delincuente, por cuanto éste se asocia a esas definiciones, y ello ocurre en función de la frecuencia, la duración, la prioridad y la intensidad del contacto con definiciones orientadas a la criminalidad. Cfr. Sutherland, E. (2011) «Una exposición de la teoría» en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 1, n.º 31.

Precisamente, ingresaremos a analizar desde la perspectiva del derecho penal el actual y futuro código penal, sin dejar de soslayar que es una delincuencia que tiene una raíz importante en la salud mental de la población.

I). 2. Aclaración preliminar. Terminología

El término pornografía —conforme un diccionario usual— es presentar o mostrar actos sexuales en forma explícita con la finalidad de excitar sexualmente a quien lo percibe, pudiendo estar contenido para su difusión en obras de diversa naturaleza: artística, cinematográfica, etc., difundiéndose como producto audiovisual, libro o espectáculo. La actividad puede consistir en mantener relaciones sexuales a cambio de bienes, expectativas económicas o sin ese contenido, en favor de quienes intervienen en su realización y expendio para así presentar el material despertando el interés del receptor, quien ya sea por curiosidad o por su excitación, lo consume.

La pornografía se mantuvo en el tiempo, sin embargo, adquirió una mayor difusión y por ende un crecimiento a través de su circulación en internet. Es precisamente en la red donde encuentra cabida una proliferación de sitios pagos y gratuitos por los que transita el material pornográfico. Se convierte así en un problema de dimensión nacional e internacional de muy compleja solución.

En la actualidad, la terminología pornografía infantil es empleada cuando se habla de material de abuso sexual o explotación sexual en los que se vean involucrados niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, debe señalarse que el concepto de pornografía está relacionado con una industria comercial que gira alrededor de la visibilidad y reproducción de actos sexuales explícitos entre adultos, del cual los niños deberían quedar excluidos. Sin embargo, cuando ello sucede, es decir, cuando los menores de 18 años son «usados» a fin de ser introducidos en el ámbito de la pornografía y en consecuencia al tráfico comercial, aludir al término «pornografía infantil» —para denominar a la delincuencia que, en perjuicio del menor, lo propicia y pro-

duce— no es adecuado.

Si aceptáramos esta denominación se estaría reduciendo al menor a un mero objeto destinado a satisfacer los deseos sexuales ajenos, apartándolos de su calidad de sujeto de derecho. En otras palabras, cosificarlos sin tener en cuenta que su realidad es otra, la de una víctima que sufrió un abuso y para cuya actividad no dio consentimiento al carecer de la madurez o capacidad para hacerlo.

La misma observación es aplicable para el supuesto en que el menor es víctima de personas adultas («pederastas digitales») que abusan de niños a través de las distintas plataformas digitales dando lugar a la configuración a la figura típica de *grooming*.

Corresponde, por lo tanto, extremar la protección y sensibilidad hacia el menor, debiendo dimensionar la enorme repercusión dañosa de estos delitos, toda vez que podrían verse vulneradas la libertad, la dignidad, la integridad sexual, la imagen y el honor de las víctimas, con consecuencias irreversibles o difíciles de tratar.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) señala el deber que pesa sobre los Estados parte de proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales⁵. Con este fin, en su artículo 34, el Tratado indica que los Estados comprometidos deberán tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir «a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos».

De esto se desprende la idea sustancial de protección integral de derechos del niño en todas sus edades, lo que obliga —incluso— al uso de una terminología que evite la estigmatización de la víctima en resguardo de sus derechos.

5 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. Asamblea General de Naciones Unidas del 25/5/2000, incorporado como ley 25763. BO 25/8/2003.

Este paradigma integral de protección de la minoría de edad obliga a replantearse el uso y aplicación de una terminología más apropiada; incluso debiendo adoptar todas aquellas medidas de resguardo de su identidad, evitando cualquier señalamiento que pudiera sufrir⁶.

En ese sentido, la llamada «Guía de Luxemburgo»⁷, resultado de debates del Grupo de Trabajo Interinstitucional (GTI) — formado por organizaciones internacionales dirigidas a la protección de niños y adolescentes—, refiere sobre una tendencia entre los organismos encargados de velar por el cumplimiento de las leyes y agencias de protección de la infancia a «cuestionar la idoneidad de una terminología que asocia la pornografía con la niñez, y a sugerir términos alternativos». Así, Europol e Interpol, tienden a rechazar la denominación pornografía infantil y usan como término «materiales de abuso sexual contra niños» o «material relacionado con delitos sexuales contra menores». Esta denominación también es adoptada por la mencionada Guía de Luxemburgo, ya que se entiende que es lo apropiado⁸.

Finalmente, se remarca que sería un contrasentido emplear una denominación cuyo significado es contrario a los intereses de la víctima y al plexo legal, constitucional y convencional; es necesario que las palabras y el contenido de lo que abarcan guarden correspondencia.

En ese sentido es claro lo señalado por Larenz, al expresar

6 Es por ello que la «Guía de Buenas Prácticas para el Tratamiento y Difusión de la Información Judicial», confeccionada por quienes desarrollan tareas comunicacionales en el ámbito del Poder Judicial de la Nación establece que la garantía de acceso a la información judicial no es absoluta si choca con el derecho de protección de los menores de edad, debiendo en su caso, siempre, mantener bajo reserva los datos personales de estos y referirse al menor víctima o testigo a través de sus iniciales.

7 El documento original se denomina: «Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexual. Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes 2016», redactado y publicado en Luxemburgo durante el año 2016

8 A través de la Acordada 29.363 de fecha 13/10/2019 el máximo Tribunal de la provincia de Mendoza dispuso que no se utilice más el término «pornografía infantil» en escritos y actuaciones del Poder Judicial, estableciendo que se lo reemplace por el término recomendado por la guía de referencia.

que el evitar las contradicciones de valoración no es solo una obligación del legislador, sino también una exigencia para el intérprete. Dice el autor, «este [el intérprete] ha de interpretar las normas jurídicas en el marco de su posible sentido literal y de la conexión de significado, de modo que se eviten, en lo posible las contradicciones valoración» (Larenz, 2001, p. 333). Aclarada la cuestión terminológica, corresponde continuar con el análisis del tipo penal propiamente dicho.

I). 3. Evolución legislativa para su adecuación a la revolución tecnológica

Internet es bifronte, esto es, tiene un aspecto esencialmente positivo en su uso como medio de comunicación y otro altamente nocivo cuando es una vía empleada para la realización de actos reprochables desde el perfil ético como jurídico; más aún si conviven dos niveles de internet, el superficial accesible a la generalidad de usuarios a través de los buscadores comunes y otro, el profundo o internet invisible —*deep web*—, cuyos datos e información no pueden ser revisados por aquellos y por lo tanto incluido en sus resultados de búsqueda, ámbito propicio para el mundo de la ilegalidad.

Por lo tanto, la capacidad de beneficio es sumamente destacable, paralelamente la capacidad de dañar es tanto o más según en función del interés a proteger. La facilidad y disponibilidad que tienen en la actualidad los menores de acceder a los sistemas ha ampliado el horizonte de comunicación social, determinando cambios en conductas que merecen su protección. Con anterioridad a la era digital, la protección de niñas y niños se efectuaba de manera directa con el cuidado personal de los hijos, lo que antes se llamaba «tenencia», que es el conjunto de deberes y facultades que tienen los progenitores en la vida cotidiana de sus hijos. Era un deber de cuidado que se ejercía de manera directa, que —además de la educación— exigía mantener a los menores alejados de todo riesgo.

Sin embargo, hoy la protección del hogar no es suficiente para el resguardo de la indemnidad de los niños. Las conductas de los abusadores —ciberacosadores y grupos de pedófilos—

han evolucionado en consonancia con la tecnología, siendo capaces de permear la protección del hogar y, de manera furtiva, aprovechan la candidez de sus víctimas, creando un riesgo al normal desarrollo psicosexual de estos, sin necesidad de mantener un contacto físico y directo.

Esta aparición de nuevos paradigmas en materia de procesos de comunicación implicó en el derecho la necesidad de adecuar sus instituciones con la finalidad de poder describir, predecir y regular conductas, materializadas a través de éstos canales, que pudieran resultar penalmente reprochables. Sin embargo, apenas comenzada la tarea reflataron a la superficie dos inconvenientes.

En primer lugar, debemos decir que la relación entre el menor de edad e internet fue mutando a lo largo del tiempo: al principio era fácil mantener a los niños a distancia del contenido pornográfico difundido por esa vía, pues internet era limitado y solo era posible acceder a él utilizando como soporte una computadora; sin embargo, el posterior auge y «democratización» de la tecnología hizo que el contenido pornográfico que circula a través de las redes y plataformas digitales esté al alcance de la mano de cualquier niño, por ejemplo, al recibir imágenes o videos a través de la mensajería en aplicaciones. Incluso, existen productos tecnológicos destinados directamente a los niños, como pueden ser tablets, aplicativos de video, plataformas de dibujos animados y hasta canales dirigidos a ese segmento etéreo.

La otra dificultad es que el ámbito de comunicación tecnológico se caracteriza por el anonimato de quienes intervienen. La revolución tecnológica influyó en las comunicaciones inter-subjetivas, provocando que las mismas se desarrollen sin que se pueda individualizar a los emisores y receptores del mensaje, los cuales pueden encontrarse a miles de kilómetros de distancia y mantener un diálogo a través de una pantalla. Se habla, entonces, de una sociedad anónima o, al decir de Zygmunt Bauman, de una «modernidad líquida» (Bauman, 2003), que propicia la creación de perfiles o identidades falsas a fin de tornar difusa cualquier responsabilidad sea moral, civil o penal acerca del contenido del mensaje, abarcativo tanto del tenor como de su reproducción visual y auditiva.

En el contexto de esta llamada «Sociedad de Riesgo» (Beck, 1998), donde no se puede saber con quién contratamos o de dónde provienen las amenazas, se ha decidido ampliar la barrera de punición, intentando evitar conductas que son propicias para la consumación de atentados contra la indemnidad del menor.

Conforme a lo manifestado, la legislación debió ir adecuándose a la realidad de los procesos comunicacionales y avances tecnológicos. En este sentido, nuestro Código Penal mantuvo incólume —desde su sanción— en art. 128, el reproche penal a la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en perjuicio de menores de 18 años. Sin embargo, se vio obligado a introducir modificaciones para actualizar las figuras a los nuevos factores tecnológicos. Así, el artículo 128 del Código Penal fue sustituido por el artículo 2.º de la ley 26.388⁹, que abrió camino a la suscripción del Convenio sobre Ciberdelito de Budapest (2001, con vigencia desde el 1/7/2004), en particular al tipificar la tenencia de pornografía infantil con fines inequívocos de distribución o comercialización (párrafo segundo y tercero).

Precisamente, la convención internacional fue aprobada por ley 27.411¹⁰, formulándose reserva con relación a la «tenencia simple» (art. 9.1.e), pues nuestro país consideró que la convención solo regía en jurisdicción argentina en la medida que resultare concordante con la legislación penal vigente hasta la fecha, esto es cuando la posesión allí referida fuera cometida con inequívocos fines de distribución o comercialización (artículo 128 segundo párrafo del Código Penal).

Un tiempo después —tres meses—, el legislador decidió incorporar como nuevo segundo párrafo del Código Penal la misma conducta típica sobre la que se había formulado reserva. Lo dicho se materializó con el artículo 1.º de la ley 27.436¹¹, determinando en definitiva la letra del actual del artículo analizado. En otras palabras, la convención internacional encontró mejor cabida con la ley 27.436 que derogó la ley 26.388, estableciendo la redacción actual.

9 Publ. BO 25/6/2008.

10 Publ. BO 15/12/2017.

11 Publ. BO 23/4/2018.

La relevancia de la Convención Internacional celebrada en Budapest no es menor, pues es orientadora de los lineamientos y contenidos de la legislación. En su título 3, denominado «Delitos relacionados con el contenido» establece, precisamente en el artículo 9.º, una serie de actos cometidos en perjuicio de los infantes, que cada parte contratante se comprometen a tipificar como delito en sus legislaciones internas. Estos son la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático, y la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.

Por último, recientemente el Poder Ejecutivo Nacional giró al Congreso Nacional el nuevo proyecto de Código, que prevé con similar redacción y pena, los delitos relacionados a la pornografía infantil que actualmente están receptados en la figura del art. 128, 131 y c.c. del Código Penal, con la salvedad que, hasta el momento de la presentación, las figuras estaban prevista en los arts. 122, 123 y 124 del ya mencionado proyecto.

Tanto en la letra del código actual como la del anteproyecto en tratamiento, la estructura describe seis prohibiciones, a saber:

- Producir, financiar, ofrecer, comercializar, publicar, divulgar o distribuir, representaciones de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o a toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales.
- Organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en las que participen menores de 18 años.
- Tener a sabiendas tales representaciones.
- Tener dichas representaciones con fines inequívocos de distribución o comercialización.
- Facilitar el acceso a espectáculos pornográficos a menores de 14 años.

- Suministrar material pornográfico a menores de años.

A modo de colofón, no debe pasarse de alto la relevancia que tiene la persona menor de edad y la necesidad de estar atento a su resguardo y al respecto de sus derechos. La CDN¹² tiene actualmente jerarquía constitucional desde que en el año 1994 fue incorporada a nuestra Constitución Nacional (CN) a través del artículo 75 inciso 22. Este tratado es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Postula una nueva forma de ver al niño: un sujeto que necesita y que adquiere progresivamente un mayor grado de autonomía y, con ella, de derechos, es decir, como un ciudadano y no ya —como era tradicional— un individuo dependiente de los adultos e «incapaz» frente al derecho.

Luego de más de doscientos años y tomando como punto de partida el niño del Código napoleónico (1804), podemos afirmar que la infancia en general ha pasado de la dependencia absoluta de sus padres quienes decidían «por su propio bien» a una independencia progresiva sustentada en su mayor autonomía conforme a su edad, a su grado de madurez y que tiene en consideración sus propias elecciones de vida. No obstante, la mayor evolución en el territorio de los derechos de la infancia resulta de la especial consideración sobre «la persona», «el sujeto», «la persona del niño», y no aquella consideración válida en el Código napoleónico que tuvo que ver con los bienes del niño, la protección al patrimonio y, por ende, el «niño heredero».

Con la CDN, el niño, niña y adolescente se transforman en sujetos activos de sus derechos y pueden exigir, como garantía de aquellos, la política pública que los operativice. La CDN contiene «principios» entre los que se destacan el principio de interés superior (art. 3°), el de no discriminación (art. 2°), el de efectividad (art. 4°) y el de autonomía y participación (arts. 5° y 12). Estos principios son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión,

12 Ratificada por nuestro país mediante la ley 23.849, sancionada en ses-
tiembre 27 de 1990 y promulgada de hecho en octubre 16 de 1990.

etcétera, cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. Es así que, en esta Convención, se reconocen a los niños y a las niñas en especial: a) su condición de sujeto de derechos; b) el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad y grado de madurez; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de los niños/as y adolescentes, y f) las exigencias del bien común y su centro de vida, entre otros.

I). 4. Naturaleza

En delincuencias como las analizadas se demuestra que los adultos, indebidamente, sienten atracción sexual por los menores y en ese marco pueden abusar, violar, explotar, traficar y matar a los niños.

Como se dijo anteriormente, la denominación «pornografía infantil» no nos parece la apropiada, ya que es en esencia un hecho de abuso sexual realizado por adultos y dirigido a menores de edad como objeto del delito, que puede realizarse en forma personal o digital, con el concurso del menor, pero también reconoce su intervención engañosa u obligada. Veremos que, la más de las veces, la participación del menor en el circuito pornográfico obedece a la captación que hizo el victimario del menor, coaccionándolo o subrepticamente obligándolo.

Fue la irrupción de la tecnología la que allanó el camino a la delincuencia sexual, posibilitando que pedófilos y pedestres se contacten y abusen menores de edad. El *grooming* (del inglés: ‘acicalar’) es la nueva modalidad del abuso sexual infantil, es decir, un abuso digital sin contacto físico, consistente en conductas que realiza el adulto con dos finalidades: primero ganarse la confianza para después obtener el logro de beneficios sexuales.

Internet superficial e internet profundo pasan a ocupar un lugar trascendental en la comisión de estos delitos, pues ambos posibilitan la captación y el tráfico ilegal de imágenes pornográficas que afectan a los menores de edad. Esta duplicidad de accionar del menor que lo convierte en protagonista y víctima de la pornografía implica que el menor sea revictimizado una y otra vez, sin interrupción cuando los contenidos se comparten

o viralizan.

Sin embargo, también el avance tecnológico ha permitido que, por la difusión a través de la media comunicación, se conozcan casos antes ocultos, pues siempre existieron abusos sexuales cometidos contra menores de edad, ya sea en el ámbito intra o extra familiar. Si bien aún queda mucho camino por recorrer —sigue siendo un tema tabú, la víctima y su familia mantienen el secreto por miedo, vergüenza, repercusiones en contexto familiar y laboral o bien para evitar reiterar el dolor al acudir a fuerzas de seguridad o al aparato jurisdiccional—, podemos afirmar que se tiene mayor conciencia social de la problemática y la legislación, a través de las figuras analizadas¹³, intenta dar respuesta.

En orden al delincuente sexual, se confunden dos términos que son distintos: pedófilo y pederasta no son equivalentes, pues si analizamos la etimología, descubriremos las diferencias que hay entre ambos términos. Pedofilia, del griego «páís» que se refiere a los varones en comienzo de edad reproductiva y «filia», ‘amistad, amor o afecto’. En consecuencia, los pedófilos son aquellos que gustan y se sienten atraídos por menores de edad, pero no necesariamente llega a la consumación de sus deseos. La pedofilia se manifiesta en la adolescencia, de acuerdo al DCM-5, que fija como criterio que el sujeto tenga 16 años o más y debe ser —por lo menos— cinco años mayor que el niño víctima. Por su parte, el término pederasta, que del griego proviene de la conjunción entre «erao», ‘amar con pasión’ y «paídes» (plural de páis), hace referencia a los hombres que desean sexualmente a adolescentes masculinos. Al igual que los pedófilos, el pederasta siente la misma atracción por los menores de edad, pero, a diferencia de este, sí concluye en un abuso sexual. Ergo, se colige que todos los pederastas son pedófilos, pero no todos los pedófilos deben ser pederastas. Lo que está claro es que sea uno u otro, ambos ocasionan al menor, con su accionar, graves daños en el desarrollo psicológico, social y sexual.

La mayoría de los delincuentes sexuales especializados en

13 También podemos mencionar la Ley 27.455 (BO, 25/10/2018), que modifica el art. 72 del CP convirtiendo en pública, de oficio, la acción penal que emerge de delitos cometidos contra la integridad sexual de menores de 18 años.

menores, reconocen al hombre como sujeto activo, con conocimiento medio/alto de informática¹⁴. Sin embargo, debemos decir que, en la actualidad, la masividad y democratización del acceso a internet ha hecho que cualquier persona con un dispositivo que tenga a mano pueda tomar contacto con tutoriales y herramientas que le permiten aprender a falsificar un correo electrónico, a ingresar a sistemas protegidos, a ocultar y/o modificar los registros de conexión, etcétera. Esto nos demuestra —y en este sentido lo hizo el Convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest al definir los delitos informáticos— que el énfasis debe ser puesto en el comportamiento del autor y no en los conocimientos requeridos para lograr la punición de la conducta.

Respecto a las razones de su existencia, entendemos que nadie nace pederasta, sin embargo, visionar esta clase de contenidos determina una tendencia en el agente. En ese sentido, la pornografía infantil hace más insensible este tipo de comportamientos, pues naturalizan una situación anormal, reduciendo las consecuencias y la gravedad del acto. En otras palabras, su uso conduce a más probabilidades de que puedan llevarlo a cabo.

Es así que en esta problemática actúan distintos factores: la predisposición genética por sí sola no desarrolla la desviación sexual, pero puede crear una cierta base; por su parte, influye el ámbito sociocultural en donde se desarrolla el sujeto —por ejemplo, que los varones abusen de su poder como ideal de virilidad—; y el desarrollo psicológico del sujeto, es que sucede que las personas que sufrieron en la infancia maltrato, abusos sexuales, crianza descuidada, repiten en la adultez los mismos patrones, llevándolo al abuso de drogas y baja estima.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la

14 Desde la aparición de los llamados «delitos informáticos» el conocimiento tecnológico que debía poseer el autor del delito determinó que estos fueran clasificados dentro de la categoría de los llamados delitos de «cuello blanco». Inicialmente, los delitos informáticos fueron definidos por el Departamento de Justicia de Estados Unidos como «cualquier acto ilegal donde el conocimiento de la tecnología computacional es esencial para el éxito de su prosecución» (Cf. Grenni, L. y Fernández Ríos, R., 2018, «La previsión normativa del tipo penal de grooming en la Argentina» en *Cibercrimen y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet*, pp. 101-120, Erreius). Se ponía énfasis —como puede advertirse— en el conocimiento especial del autor y no en la conducta desplegada.

pedofilia como un trastorno de la inclinación sexual, dentro de los trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto. Al respecto, la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)¹⁵, en su undécima edición (CIE-11)¹⁶, al referirse a los trastornos mentales del comportamiento y del neurodesarrollo (punto 6), remite a la condiciones relacionadas con la salud sexual (punto 17), ubicando a la pedofilia entre los «trastornos parafilicos» que se caracterizan por «patrones persistentes e intensos de excitación sexual atípica» y que se manifiestan a través de «pensamientos, fantasías, deseos intensos o conductas sexuales centrados en terceros cuya edad o situación los hace reacios o incapaces de consentir, y con respecto a los cuales la persona ha actuado o siente un marcado malestar». O sea, son personas con un trastorno mental y que requieren tratamiento psicológico en los que es necesario reconocer las razones o condiciones que le llevan a estar en riesgo de reincidir y planear, desarrollar y practicar una serie de repuestas para evitar situaciones identificadas como riesgosas.

I). 5. Bien jurídico protegido

El concepto de bien jurídico es indispensable en todo desarrollo del derecho penal, pues una conducta solo podrá ser incriminada en la medida que se dirija contra un bien jurídico penal. Esto significa que la norma penal sí y solo sí tiene sentido en la medida que esté destinada a proteger bienes jurídicos, ya sea que los proteja de una lesión o, al menos, de una puesta en peligro.

En este derrotero, el legislador en su observación de lo que

15 La Clasificación Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud (CIE) elaborado por la Organización Mundial de la Salud tiene como propósito determinar la clasificación y codificación de las enfermedades y una amplia variedad de signos, síntomas, circunstancias sociales y causas externas de enfermedades, como así también permitir el registro sistemático, análisis, interpretación, y comparación de los datos de mortalidad y morbilidad recolectados en diferentes países o áreas, y en diferentes épocas.

16 Presentado por la Organización Mundial de la Salud el 18/06/2018, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud el 25/05/2019, que entrará en vigor para los Estados parte a partir del día 01/01/2022.

acontece en la sociedad percibe cuáles son aquellos intereses sobre los que la sociedad demanda su protección, es decir, determinará qué realidades son merecedoras de la protección penal en orden a la dañosidad social que generan¹⁷.

Su correcta delimitación permitirá no solo establecer el contenido de los delitos, sino también los alcances o límites de la punibilidad. De este modo, el bien jurídico cumple una importante función limitadora o de garantía frente al poder punitivo.

La parte especial de nuestro Código Penal expone en un catálogo todas las conductas que fueron seleccionadas por el legislador y elevadas a la categoría de delitos. Del primero al último, los tipos penales se encuentran organizados de acuerdo con el bien jurídico que la conducta tipificada lesione¹⁸, lo que demuestra la valoración que el legislador hace de cada uno de ellos, apareciendo primero aquellos a los que les asigna mayor importancia. Los delitos que prevén como delincuencia la tenencia de material pornográfico se encuentra ubicada en el Título 3 del Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal de la Nación (art. 128 y cc.); mientras que en el anteproyecto de Código Penal se encuentra en el art. 123 y cc. De allí, se puede inferir que luego de los delitos «contra las personas» —que comprenden ataques contra la vida y la integridad física— y los delitos «contra el honor» —calumnias e injurias—, los delitos que aquí se analizan son los que siguen en el orden de prelación que el legislador consideró de acuerdo a una escala valorativa¹⁹.

17 En este sentido Gimbernat Ordeig explica en la presentación al libro de *La teoría del bien jurídico* de Hefendehl: “Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este requiere, además, que por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo sea valorada positivamente por el ordenamiento jurídico” (Hefendehl, 2016, p. 15).

18 Esta forma de ordenar los delitos dentro del segundo libro del Código Penal, corresponde originariamente a Giovanni Carmignani, a él se le debe la clasificación de los delitos de acuerdo al derecho violado. Cfr. Núñez, R. C. (1999), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Marcos Lerner, pp. 12-13.

19 En este sentido, Núñez explica que la determinación legislativa de los títulos de los delitos es una tarea esencialmente política, pero que, para no proceder con arbitrariedad, el legislador deberá siempre responder a las exigencias de las valoraciones sociales, de la ciencia y la técnica y de los principios políticos superiores. Cfr. Núñez, R. C. (1999), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Marcos Lerner, pp. 12-13.

Bajo dicho título, tanto la redacción actual del Código Penal como el proyecto de reforma, reconocen como interés jurídicamente tutelado a la integridad sexual, esto es la cualidad de íntegro, aquello en lo que no falta ninguna de sus partes.

Dentro de este título encuentran cabida distintos tipos penales que contienen conductas que lesionan aquella integridad, sean las víctimas personas mayores o menores de edad, en particular los analizados aquí como la facilitación de material de abuso sexual o explotación sexual en los que se haya involucrado los niños, niñas y adolescentes y tenencia de representaciones de este material destinado a la distribución y comercialización; la facilitación del acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material pornográfico a menores de catorce años; y la figura de *grooming*. También otras figuras de suma sensibilidad en atención a los aspectos del ser humano que tutela, como lo son las diferentes clases de abuso sexual; la sustracción o retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual; la promoción y facilitación de la corrupción y de la prostitución; la trata de personas, la rufianería, las exhibiciones obscenas, entre otros.

Respecto al contenido de la integridad sexual²⁰, es dable destacar que comprende ante todo el derecho que tienen las personas a la dignidad sexual, lo que hace a la valoración total de las personas, sean estos capaces o incapaces. Es un contenido moral que hace a su respeto como ser humano, este derecho básico es esencial y sobre él gira no solo el contenido del término integridad, sino también las distintas disquisiciones que se formulan sobre lo que se interpreta como íntegro y, en consecuencia, aspectos afectados por la delincuencia en los seres humanos. Si la dignidad sexual es dañada, no hay libertad de elección válida, tampoco el normal desarrollo sexual de las personas menores.

Cabe señalar que las figuras penales concernientes a este título

20 Muestra el camino el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 al hablar de la «dignidad intrínseca [...] de todos los miembros de la familia humana» y luego afirmar en su artículo 1.º que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». De ello se colige que la dignidad humana y en la especificidad la dignidad sexual, es innata al ser humano y hace a la construcción de una personalidad propia y sana.

lo se dividen en dos elencos, esto es: distinguiendo si la víctima sea o no una persona con capacidad de expresar su voluntad y prestar su consentimiento. Se trata pues de dos aspectos diferentes que no por ello dejan de estar comprendidos en el término integridad sexual.

Así, para quienes tienen capacidad, la integridad sexual estará dirigida a circunscribirse como el derecho a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad, en otras palabras, que tenga libertad a una «autodeterminación sexual».

Por su parte, respecto a quienes por ser menores de edad o incapaces no pueden manifestar válidamente su consentimiento, la integridad estará dirigida al derecho a un desarrollo de la sexualidad progresivo y libre de injerencias indebidas. Es un derecho a su «inmunidad sexual», estado puro, intocable y exento de padecer la injerencia indebida de terceros. Se advierte aquí que no se trata de un dilema moral en cuanto a qué puede entenderse por normalidad del trato sexual, sino de un espectro de libertad, para que la persona que está en plena etapa de crecimiento pueda construir su identidad sexual libre de toda injerencia.

La distinción es sensible porque en la mayoría de los delitos sexuales en los que la víctima es mayor de edad y capaz —por ejemplo, abusos sexuales, prostitución de mayores de 18 años, trata de personas, entre otros— se lesiona la libertad de determinación del ser humano en materia sexual (libertad sexual), aspecto que no sucede cuando la delincuencia recae sobre menores e incapaces, quienes carecen de la autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual.

Esto último es precisamente lo que acontece con delitos en los que se aprovecha la inmadurez sexual de la víctima: prostitución de menores, la tenencia simple de pornografía infantil y figuras conexas, etc., en los que la víctima es un ser humano que por no haber alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual carece de capacidad para elaborar su propio plan de vida sexual y, en consecuencia, no puede prestar consentimiento válido alguno.

En este sentido, Gustavo Arocena sostiene que el bien jurídico «integridad sexual» puede caracterizarse como el derecho de

las personas que tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual o a no tenerlo contra su voluntad —libertad, reserva o autodeterminación sexual, o autonomía para la elaboración del propio plan de vida sexual— y el derecho a la intangibilidad o indemnidad sexual de quienes, por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento (Arocena, 2001).

Específicamente, el art. 128 busca proteger el ataque al normal desarrollo psíquico y sexual de menores de 18 años, quienes no han alcanzado la suficiente madurez para comprender los daños que puede implicar su participación en representaciones pornográficas²¹.

El objeto de protección de la figura surge por demás claro en la exposición de motivos del debate parlamentario dados por el miembro informante de la Cámara de Diputados de la Nación, José Ignacio Cafferata Nores, quien dijo: «el objetivo primario de la incriminación reside en reprimir la explotación de niños en la producción de imágenes pornográfica»²², se busca así proteger la integridad sexual de los menores.

La producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas en las que se exhiben los menores —incluso sean estas representaciones reales o trucadas— dañan la dignidad del menor no solo porque el hecho acontezca, sino que la representación puede quedar latente, dispuesto para el uso permanente de quienes lo demanden contribuyendo al mantenimiento y expansión de actividades corruptas contra los menores.

Ello es así, más si se tiene en cuenta que el acceso a este material puede quedar expuesto en soporte de cualquier naturaleza, en especial el tecnológico, el cual es complejo como fenómeno expansivo en su circulación, de difícil control y, por lo tanto,

21 Cfme. Núñez, R. C., 1999, *Manual de Derecho Pena Parte Especial* [2d. ed. Actualizada por F. Reinaldi], p. 123; Laja Anaya, G., 2000, *Notas al Código Penal Argentino Actualización a la Primera Edición*, Marcos Lerner Editora, p. 392.

22 “Antecedentes Parlamentarios” en *La Ley*, junio 1999, n.º 5, año VI, p. 1616.

propicio para el delincuente sexual demandante²³.

Tanto en la redacción del actual art. 128 como también la del Proyecto de Reforma al Código Penal, se reconoce como sujeto pasivo o víctima del delito al menor de 18 años. Se trata, pues, de una norma individual y no colectiva toda vez que singulariza el sujeto pasivo del delito al fijar únicamente como víctima al menor de edad.

De modo que la previsión solo alcanza a los menores, no distinguiendo si estos tienen o no salud mental o privación de sentido. Basta con que la víctima sea un menor de la franja etaria fijada. A diferencia de otros tipos o figuras penales, la norma citada fija como tope la edad de 18 años. La distinción pasa, entonces, por la víctima y su capacidad de decisión, por lo tanto, la norma por sí sola no alcanza a las personas que sean privados de razón o de sentido, a excepción claro está que la persona menor de 18 años, además de ser menor sea incapaz o privado de razón, pero en ese caso lo alcanza por razones etarias y no por afecciones mentales o alteraciones en la razón.

Esta solución no significa marginar víctimas de la protección de la norma, sino que, por razones de sistematización, la figura del art. 128 está solo dirigida a los menores de 18 años y dentro de esa alocución no ingresa distinguir si ese menor tiene salud mental o contrariamente tiene una afección mental o alteraciones en la razón, pues, aunque padezca alguna de estas situaciones, ninguna desplaza la calidad de menor de edad. Sin embargo, se trata de una disquisición menor, porque cuando el bien jurídico alude a la integridad sexual de la persona está dando cuenta de un término con cierta amplitud que comprende el derecho a la dignidad del menor y a su salud, esto es que no se vea alterada o dañada o que al menos exigiera una cercanía profesional de especialistas prestos a observar la evolución de la víctima.

A ello agregamos que, en esencia, tenga o no la persona derecho y posibilidad a autodeterminarse, cuando es víctima de un delito sexual, es relevante su especial situación de vulnerabilidad

23 Cfme. 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, Asamblea General de Naciones Unidas del 25/5/2000, incorporado como ley 25763, BO 25/8/2003.

pues está impedida de consentir libremente la acción. El sujeto pasivo tiene una indefensión o dificultad para protegerse contra la acción sexual, ya sea porque es objeto de violencias, tiene una inferioridad física, madurativa o psíquica que sin dudas le impide evitar el fin del delincuente sexual.

Al respecto, es clara la opinión de Buompadre, quien, al interpretar el significado de integridad sexual, refiere que es un criterio orientador y no definitivo en lo referente al bien jurídico pretendidamente protegido y que el valor de la libertad sexual —sea de mayor de edad o del menor— implica uno más trascendente, como es la libertad personal entendida como el derecho de todo individuo a ejercer libremente su sexualidad o no verse involucrado sin su consentimiento en una relación sexual. El autor refiere en este sentido que el bien jurídico aquí protegido es propio de mayores y menores sin distinción, pues ambos «tienen derecho a no ser molestados ni tocados sexualmente por terceros, pues después de la reforma de los delitos sexuales [en nuestro caso la ley 25.087 del año 1999] el legislador ha permitido que los menores e incapaces tengan relaciones sexuales siempre que no se abuse de ellos» (Buompadre, 2017, p. 12).

Lo que se protege aquí no es solo su integridad sexual, ya que el menor de edad, mayor de 13 años puede consentir un acto sexual²⁴, lo que aquí se preserva es un bien jurídico más amplio: la indemnidad sexual de los menores de edad, derivada de su libertad sexual, su identidad sexual. El legislador estima que, si bien un menor de 18 años puede consentir un acto sexual, no puede divulgarlo o publicarlo. Sumado a ello, como se sostendrá más adelante, el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo psicobiológico sexual de los menores de 18 años de edad, por lo que con estas figuras se intenta prevenir conductas de riesgo que propenden a la explotación sexual o abuso sexual de menores.

El límite de edad dispuesto por el legislador en el art. 128 del

24 Ello en relación con las disposiciones previstas en el art. 119 del CP —a contrario sensu— que les permite a los menores, a partir de cumplidos los 13 años, consentir relaciones sexuales. Sin embargo, generada en ese contexto alguna imagen o video, si las distribuye o divulga, el menor queda atrapado por las disposiciones del art. 128 del CP.

CP encuentra correlato en las normas convencionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), pues la CDN establece en su art. 1° que será considerado menor toda persona menor a los 18 años. Por lo tanto, esta valla no puede ser superada en el derecho interno. Es una presunción *iuris et de iure* que quita de toda validez al consentimiento prestado y lo torna irrelevante.

I). 6. El tipo objetivo

I). 6. 1. Principales características

La redacción de la figura bajo tratamiento es idéntica tanto en el Código Penal actual como en el Proyecto de reforma.

Se trata de un delito de acción con pluralidad de hipótesis que no multiplica la delincuencia por la realización de dos o más de las conductas típicas. Es un delito de peligro que no requiere que los menores hayan sufrido un daño efectivo en su salud o desarrollo psíquico o sexual, basta la probabilidad de que el daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el comportamiento del autor. Es también un delito instantáneo, esto es, su consumación se produce y agota en un momento, esto es teniendo en cuenta lo sensible del bien protegido, es decir la integridad sexual del menor.

Como se verá, el artículo prevé un conjunto de acciones típicas que resumen la cadena de elaboración y comercialización del material pornográfico. Esta secuencia comprende las siguientes acciones:

- **Producir:** se relaciona con aquel que fabrica, hace o crea, por medios mecánicos o electrónicos, una imagen pornográfica en la que se exhibe la figura de una persona menor de 18 años. Abarca el proceso de reproducción o de reimpresión y otras actividades tales como editar, filmar, retratar, dibujar, escanear, video clip, envío de correos electrónicos adjuntando imágenes y videos, etcétera.

La accesibilidad a la tecnología posibilita la producción doméstica y amateur de pornografía, la que, incluso, no

es onerosa, toda vez que el fin es otro; por ejemplo, en el caso de los pedófilos, la captación de víctimas.

Para la producción, tiene relevancia el modo de obtención de las imágenes, la que la más de las veces se hace utilizando internet, anónimamente o a través de una identidad falsa, posibilitando que el despliegue de la actividad pueda practicarse desde otros países o también desde el nuestro hacia otros. Esto visualiza el carácter transnacional del delito, lo que dificulta su investigación.

La filmación de imágenes o escenas pornográficas en las que se involucre el menor puede ser con su conocimiento y participación, pero también pueden ser obtenidas de manera clandestina. Así, el ocultamiento subrepticio de la identidad del adulto es otra de las notas comunes de la delincuencia. Esta maniobra es facilitada por la tecnología que le permite «disfrazar» su imagen y ganar la confianza del menor, quien cree que está ante un par. La maniobra es dúctil, ya sea para mostrarle el adulto pornografía al menor, hacerlo participe u obtener de modo fraudulento imágenes que luego son empleadas.

La obtención de imágenes del menor constituye una grave introspección en el ámbito de intimidad o propia imagen del menor, quien incluso resulta ser engañado.

- Financiar: efectuar aportes económicos para solventar la actividad.
- Ofrecer: presentar o poner el material pornográfico a disposición de una persona para que la tome, la disfrute o la utilice. El ofrecimiento puede ser subrepticio e incluso ocultando la identidad, como así también a título gratuito u oneroso.
- Comerciar: ejercer una actividad lucrativa de venta o de compra de material pornográfico. El sujeto debe ser un comerciante toda vez que la acción no se halla castigada sobre el acto aislado de vender ni de ofrecer en venta.
- Publicar: difundir la imagen a través de algún medio, llevándola al conocimiento de un número indeterminado

de personas.

- **Facilitar:** colocar el material en condiciones tales que se encuentre a disposición del adquirente; elimina las dificultades para acceder a una representación en que se exhibe un menor de 18 años.
- **Divulgar o distribuir:** repartir material pornográfico por sí o con la intervención de terceros haciendo llegar al destinatario dicho material. La distribución no es la mera o simple entrega o envío, sino que hace a la existencia de un número indeterminado de receptores. Ambas son acciones que se han visto facilitadas por el avance tecnológico que permite en la actualidad mantener y transmitir paralela y simultáneamente en red. En otras palabras, lo torna masivo. Es en esta acción que de manera sistemática se incrementa el riesgo no permitido, poniendo a disposición el material no permitido de indeterminadas personas, con el potencial riesgo de que, asimismo, estas continúen distribuyéndolo.
- **Organizar:** establecer la planificación a realizar para que la actividad delictiva funcione y se mantenga. Organizar un espectáculo implica ocuparse del montaje escenográfico de la obra, coordinar las personas y medios necesarios para prepararlos, producirlos y presentarlos. El espectáculo debe ser en vivo, quedan fuera del alcance de la norma las escenas pornográficas que se exhiben a través de medios mecánicos, electrónicos, etcétera.

El tipo penal no distingue si las acciones deben ser cumplidas a título oneroso o gratuito, con lo cual, puede abarcar cualquiera de ambos supuestos; no obstante, el significado de cada uno evidencia una probabilidad importante acerca de que está ínsito el móvil económico.

Como se puede ver, el tipo en su descripción va de menos a más. Así, en las primeras hipótesis reprime a todos los modos que hacen a la circulación de la representación; en la última figura del primer párrafo se dirige a punir la organización de un espectáculo, esto es que la acción adquiere otra envergadura y, por lo tanto, sus posibilidades de conocerse son mayores, con la

consecuente posibilidad de daño al bien protegido.

1). 6. 2. Objeto del delito

Las acciones reprimidas de producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, distribuir, facilitar, divulgar u organizar configuran el tipo penal cuando una o más de ellas recaen como objeto sobre toda representación de menores de 18 años y están dedicadas a mostrar actividades sexuales explícitas o representar sus partes genitales con un fin sexual. También el tipo penal pune a la organización de espectáculo en vivo reproduciendo representaciones sexuales explícitas de dichos menores.

Si bien respecto a la representación la norma no introduce el término pornográfico, lo cierto es que su redacción de modo explícito lo hace, guardando concordancia con el concepto de pornografía infantil precisado por la ley 25.763²⁵, cuyo art. 1° aprueba 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 pornografía²⁶. El mencionado protocolo define a la pornografía infantil —sin desconocer lo antedicho respecto a la terminología que debe utilizarse— como «toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales» (art. 2 inc. “c”).

Sin dudas que la descripción del tipo penal es clara al conceptualizar que se está ante la figura de pornografía —abuso— infantil y cuyo contenido es sexualmente vicioso, dirigido a provocar el deseo, el deleite y la actividad sexual exacerbada.

Lo dicho no es menor, porque la pornografía infantil es el uso abusivo del niño y puede llevar a otras formas de explotación. Zulita Fellini la define como «la representación visual o auditiva de un niño para el placer sexual del usuario, y entraña la producción, la distribución o el uso de ese material»²⁷ (Fellini,

²⁵ Pub. BO 25/8/2003.

²⁶ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sesión plenaria del día 25/5/2000.

²⁷ Zulita Fellini alude al uso de niños en la pornografía, refiriendo que es «una representación permanente de un menor de 18 años en un acto sexual explícito,

1999). Se desprende de esto que la pornografía infantil es la llave o motivación que propicia la pedofilia, el tráfico de menores y la explotación, delincuencias por demás graves en lo que hace al género humano y a dañar la salud mental y física de quienes hoy son menores y mañana serán mayores de edad.

«Representar» es hacer presente algo a través de figuras o palabras —reales, simuladas o trucadas— que son percibidas con la vista. Pueden ser dibujos, pinturas, fotografías, retratos, películas cinematográficas, videos, etcétera. Basta con que tenga características externas que hagan manifiesto que en ellas se han grabado o fotografiado la exhibición de quienes son menores de edad al momento de la creación de la imagen.

Es dable señalar que el tipo penal no distingue si la representación debe ser real o simulada, por lo tanto, comprende ambos supuestos. Sucede que la tecnología y su constante adelanto hacen necesario prever una descripción típica que permita abarcar una diversidad de situaciones en las que no hay participación del menor como protagonista.

Por lo tanto, la delincuencia alcanza no solo la representación real en la que intervienen menores de edad con fines sexuales, sino también aquellos supuestos que son fruto de la creación tecnológica o virtual, esto es cuando hay montaje de imágenes de menores de edad reales sobre imágenes de personas mayores de edad o también sobre imágenes animadas, pues es una modalidad de uso del menor para los fines que prevé la figura bajo análisis.

También alcanza los casos del uso de dibujos que representan menores con prácticas sexuales o los que pueden ser actuados por mayores de edad que simulan o aparentan ser menores de edad practicando pornografía, los que se consiguen con procedimientos técnicos como puede ser el uso de aplicaciones que permiten retocar fotos o videos, yendo desde la alteración de facciones, órganos sexuales, cabello e incluso cualquier indumentaria.

En principio, estas actividades podrían considerarse como no

real o simulado, o la exhibición obscena de sus órganos genitales. Se incluye en el acto sexual explícito, sin quedar limitada a ellas, las siguientes operaciones: relación vaginal, relación anal, cunnilingus y analingus» (Fellini, 1999).

previstas en el tipo penal analizado toda vez que lo reprimido es el uso del menor y no alcanzaría supuestos en los que la imagen es de un mayor trucado o con apariencia de menor o es un dibujo. Sin embargo, debe señalarse en primer lugar que el tipo expresa literalmente que configura el delito «toda representación», por lo que no pueden quedar excluidas las representaciones que no sean imágenes reales, ya que, de ser así, el legislador hubiera exceptuado a ellas en la redacción del artículo.

En este sentido, Riquert refiere que lo tutelado como bien jurídico es la integridad sexual, comprensiva de la salud psico-sexual del menor y en especial de su dignidad, que ya sea por una representación real o simulada se vería afectado de igual manera, y la materialización del resultado del riesgo creado por la conducta de distribución de estas representaciones se ve configurado de igual manera sean imágenes reales o montadas (Riquert, 2018).

Además de las opiniones doctrinarias, debemos decir que el texto de la ley es claro. Comprende tanto las actividades sexuales explícitas, reales o simuladas y remata con el agregado de «toda representación», con lo cual alcanza aquellos supuestos en que, si bien el menor no intervino, sí interviene una persona mayor de edad, la que por arreglos técnicos o virtuales simula la minoría de edad y en consecuencia termina involucrando al menor de edad.

Cuando el artículo refiere a «actividades sexuales explícitas», quiere significar que pueda ser apreciada de modo evidente, sin dudas, el acto sexual o aquellas actividades previas o posteriores de la consumación de aquél; incluye juegos sexuales y cualquier otro acto que, siendo sexual, atrae e incluso excita al menor.

La «representación de la genitalidad», por su parte, tendrá un fin sexual, esto es la obtención del placer sexual en cualquier variante, incluso la realización del acto sexual propiamente dicho. Pero cabe aclarar que no toda representación genital de un niño tiene el carácter requerido por el tipo, en este caso, se requiere la configuración del elemento normativo del tipo «con fines predominantemente sexuales», por lo cual claro está que resultarán atípicas las representaciones con fines académicos

(libros de anatomía, libros de medicina, etc.), infografías de antropología donde se represente niños de pueblos originarios sin vestimenta, entre otras.

1) 6. 3. *Pornografía*

Tal como lo señalado, el tipo penal es por demás claro con respecto a la concurrencia de la pornografía en la descripción de las conductas reprochadas.

Si bien es cierto que el acceso ocasional o esporádico a la pornografía puede encontrarse dentro del margen de los actos privados de los hombres exentos de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN), los actos vinculados con el abuso sexual infantil a través de la pornografía responden a otra caracterización de quienes actúan en esta delincuencia sexual.

La doctrina es conteste señalar que la pornografía es señalada como lo impúdico, aquello dirigido a exaltar el placer sexual desordenado. Con un significado de naturaleza normativo-valorativo —es decir, de carácter cultural—, pues su interpretación exige una valoración social que depende del conocimiento, modo de vida, costumbres y grado de desarrollo cultural. Es susceptible de presentar cambios pues está vinculado a una sociedad y a un momento determinado, por esa razón se indica que es dinámico y variable (Núñez, 2009).

Más allá de esta caracterización, que es conteste en doctrina penal, la pornografía refiere a un conjunto de materiales, imágenes o reproducciones que describen, presentan o muestran actos sexuales de forma explícita con la finalidad de excitar sexualmente.

El DSM-5 clasifica a la pornografía como un «trastorno del control de los impulsos no especificado», demuestra la incapacidad de la persona para controlar su necesidad de desarrollar un impulso, en este caso el de consumir pornografía²⁸. Se trata de

28 A continuación, se describen los síntomas más frecuentemente descritos en este trastorno, sin que sea necesario que se presenten todos para configurarlo como un consumo problemático: 1. Tener dificultades para estar en un día entero sin consumir pornografía. 2. En alguna ocasión ser sorprendido por su pareja, padres, amigos o conocidos visitando este tipo de páginas, provocando una situación incómoda. 3. Preferir abandonar

una habitualidad en el uso de la pornografía, que pertenece a lo que se conoce como adicciones sin sustancia.

La Real Academia Española utiliza el término pornografía para referirse a descripciones por cualquier medio (escrito, sonoro, visual, etc.) que sean explícitas —aunque la Academia ha preferido usar los adjetivos de “abierto y crudo”— en cuanto al sexo o los órganos sexuales, buscando por esta vía excitar. Precisamente, la pornografía es la filmación, fotografiado y exposición de manera explícita de relaciones sexuales con la finalidad señalada.

Históricamente, fue un tipo de actividad marginal por circunstancias culturales, morales y religiosas. Así, el mercado típico de la producción relacionada con la pornografía tenía una circulación por lo general disimulada.

La pornografía como fenómeno se hizo extensivo en el siglo XX, momento en el que se desarrollan las tecnologías relacionadas a la misma, principalmente con finalidad comercial. En la actualidad la proliferación de pornografía tiene su explicación en el fenómeno de internet. Existen múltiples y variadas formas de acceso a materiales de estas características, ya sea en sitios que requieren membresía o gratuitos.

Los investigadores coinciden en que este fenómeno social se complejiza por las características de internet: accesibilidad —el acceso a internet es universal—, asequibilidad —se consigue fácilmente— y anonimato —se puede acceder de forma anónima—. Y esto repercute también en los riesgos que genera el acceso a este tipo de contenido que puede incidir en la formación afectivo-sexual de jóvenes relacionados con una exposición a contenido sexual cada vez más explícito, a la recepción de mensajes engañosos o a la distorsión de la información. También propicia un ámbito riesgoso donde los jóvenes pueden interactuar con interlocutores potencialmente peligrosos, en su mayoría anónimos o desconocidos. Por último, estas prácticas, por lo general, van acompañadas de una invasión de la intim-

otras tareas sociales, de ocio o recreativas por pasar tiempo consultando pornografía. 4. Verse a menudo envuelto en la búsqueda de contenidos cada vez más exóticos porque el sexo tradicional le resulta monótono y aburrido (cf. DSM-5).

idad de la persona²⁹.

De la pornografía se han ido desprendiendo variadas y diferenciadas manifestaciones de la misma problemática, pero con sus especificidades, las mismas que convocan a pensar en variadas formas de intervención adaptadas a cada una de ellas. La vinculación se da con problemáticas sociales tales como trata, prostitución, tráfico de niños, *grooming*, pornografía infantil, entre otros.

La accesibilidad facilitada por los avances tecnológicos y los intereses económicos, enmarcadas en la realidad de la globalización, abre una puerta a una problemática social y de salud que crece exponencialmente, encontrando siempre nuevas expresiones de una problemática compleja que convoca aspectos culturales, sociales, legales y de políticas de salud y de educación regionales y, también, necesariamente internacionales.

¿Cómo influye la pornografía en el ser humano? El consumo elevado de pornografía altera la estructura y funcionamiento de nuestro cerebro, ocasionando un comportamiento adictivo³⁰. Practicar relaciones sexuales como visionarlas conduce a la liberación en el cerebro de una sustancia llamada dopamina —un neurotransmisor cerebral relacionado con las funciones motoras, las emociones y los sentimientos de placer—.

La diferencia con respecto a practicar sexo es que la pornografía produce en la persona afectada una liberación desmedida o explosión de neurotransmisores (noradrenalina, oxitócica, dopamina, betaendorfinas, etc.); es lo que ocurre con la contem-

29 Por ejemplo, el llamado *sexting*, que consiste en fotografiarse a sí mismos desnudos o semidesnudos y luego enviar estas imágenes a través de dispositivos móviles, por iniciativa propia o por petición de terceros.

30 Así, la mente de una persona con dependencia a la pornografía se presenta con una constante necesidad de sentir una fuerte estimulación. Es por ello que el cerebro de un alto consumidor de contenido sexual explícito sea comparado con el de una persona con dependencia al alcohol o una persona drogodependiente. Sin ir más lejos, un estudio publicado en la revista *PlusOne* y llevado a cabo por la Universidad de Cambridge (Inglaterra) reveló que el cuerpo estriado o núcleo estriado —que juega un papel importante en el centro de recompensa del cerebro— se iluminaba igualmente cuando se trataba tanto de personas con dependencia al alcohol como a la pornografía al mostrarles imágenes de su objeto de deseo (*Your brain pon porn, s/f*).

plación de las escenas, el consiguiente orgasmo y los sentimientos que ello apareja (poder, plenitud, realización de deseos, satisfacción de necesidades voyeristas, etc.). Además, como ocurre al tener sexo con una nueva pareja, el aumento de la actividad dopaminérgica en el centro de recompensa (núcleo *accumbens*) refuerza la conducta que impulsa a repetirla sin descanso³¹.

La descarga excesiva de esta hormona puede producir desórdenes cardiovasculares, renales, estomacales o endocrinos, entre otros. Pero, además, al producirse esta descarga, el organismo necesita volver a producirlas nuevamente, por lo que promueven la repetición de esta conducta y puede derivar en un círculo vicioso que lleve al individuo a perder la capacidad de gobernar su propio cuerpo

Lo hasta aquí afirmado nos permite concluir en el carácter nocivo de la pornografía, la cual no solo afecta a la víctima, sino que también permite explicar las razones de su consumo y de la delincuencia que la rodea. Ya no se trata solo de un elemento del tipo penal de corte valorativo, sino que estamos frente a un problema de salud pública al verse seriamente expuesta la salud mental.

1). 7. *El tipo subjetivo*

El delito es doloso, se consuma con la realización de algunas de las acciones descriptas, siempre que el accionar haga posible la publicidad, aunque esta no se concrete. Admite dolo eventual.

Requiere que el autor del delito tenga conocimiento o al menos la representación del carácter pornográfico de la representación sobre las que recaen las acciones de producir, financiar, ofrecer, comercializar, publicar, distribuir, facilitar, divulgar u organizar.

El error que recae sobre el carácter pornográfico de la representación o la edad del sujeto pasivo elimina la tipicidad subjeti-

31 Según lo publicado en el *Archives of General Psychiatry*, la pornografía hace que el cerebro requiera de más dopamina para sentir el mismo efecto. Por lo tanto, da una razón de peso para que la persona vuelva a ver pornografía. Los cerebros responden al cambio químico. Cuando se libera la dopamina y hay una sensación de placer, el cerebro envía el mensaje de repetir el comportamiento de la sensación deseada (Del Águila, s/f).

va. No se prevé una figura que admita responsabilidad culposa.

1). 8. Sujeto activo

Victimario puede ser cualquier persona, incluso las personas jurídicas, admitiendo la participación delictiva en cualquiera de sus formas (arts. 45 y 46 CP). No prevé agravantes dado el mayor deber de confianza y cuidado hacia la víctima que se exige en aquellos casos en los que el autor es padre, tutor, conviviente, educador o ministro de algún credo.

En el régimen actual del Código Penal, no hay una previsión específica con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas³². Sí lo hay en el anteproyecto de reforma, que contiene un espectro de responsabilidades al señalar que las personas jurídicas privadas de cualquier clase —sin distinciones— serán responsables por los delitos cometidos por los integrantes de sus órganos, que hayan intervenido en el hecho (art. 37)³³.

Es preciso expresar que serán responsables ya sea que estos hayan realizado el hecho, directa o indirectamente en nombre, interés o beneficio de la persona colectiva.

Innova al abarcar en el reproche de responsabilidad a la figura del mero gestor, esto es, aquel que siendo un tercero sin atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica actúa en su beneficio o interés, siempre que la persona jurídica hubiese

32 Solo la hay a partir de las disposiciones de la ley 27.401 (Pub. BO 08/11/2017), pero limitada a los delitos que la ley enumera: cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, enriquecimiento ilícito, concusión, balances e informes falsos y lavado de activos.

33 Art. 37 Anteproyecto Código Penal: «Si la formulación legal de un delito requiere para su ejecución condiciones, calidades o relaciones específicas y aquéllas fueran reunidas por una persona jurídica privada de cualquier clase, la figura delictiva también será aplicable a los integrantes de sus órganos que hubieren intervenido en el hecho. Lo mismo procederá respecto de cualquier clase de representante de otro, sea persona física o jurídica, si las condiciones, calidades o relaciones especiales recayesen sobre el representado. En ambos supuestos, el presente artículo regirá aun si el acto jurídico determinante de la designación fuese ineficaz o, careciéndose de aquél, si la persona ostentase facultades de organización y control dentro de la persona jurídica o de la empresa, o la representación de otro».

ratificado la gestión, de modo expreso o tácito (at. 38)³⁴.

Quedaría exenta de responsabilidad cuando la persona física que cometió el delito actuó en su exclusivo beneficio, sin generar provecho alguno para aquella (art. 38).

Encontrándonos en un momento de transición, más allá de la redacción definitiva del nuevo código penal y de la existencia del actual, lo cierto es que además de las personas físicas, en figuras como la distribución de material pornográfico, resulta probable la concurrencia de personas jurídicas, a quienes también puede caberles un reproche a través de aquellas personas que integran su órgano de gobierno. La hipótesis más precisa se da en el reproche a todos aquellos que posibilitan la difusión y distribución de la representación, que, en el caso de las difundidas a través de internet, está dirigida a los proveedores de servicio y encargados de la estructura de la red.

La persona jurídica carece de una voluntad propia, distinta a la de sus órganos. Es una ficción y no puede representarse por sí misma las consecuencias de sus actos, no tiene conciencia moral ni se representa las consecuencias ilícitas de su obrar, como, por ejemplo, la aplicación de una sanción. Esta imposibilidad de responsabilizar a la persona jurídica determina que el reproche se dirija a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados. Se ha plasmado así la regla del actuar por otro cuando se trate de una persona jurídica³⁵.

34 Art. 38 Anteproyecto Código Penal: «Las personas jurídicas privadas de cualquier clase, serán responsables den los casos expresamente previstos en este Código, por los delitos cometidos por los sujetos indicados en el artículo 37 que hubieren sido realizados, directa o indirectamente en su nombre, interés o beneficio. También serán responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuera de un tercero que careciera de atribuciones para obrar en representación de ella siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuese de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona física que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella...».

35 En su momento, el derecho penal alemán inició una vía de solución a través del paraf. 14 del Código Penal, destinado al actuar por otro, según el cual en representación de una persona jurídica o física será responsable por los delitos especiales que le haga cometerse. España, en el año 2010, modificó el Código Penal, introduciendo la responsabilidad de las personas

En esencia, es una modalidad de autoría toda vez que quien actúa no es la persona jurídica —el obligado—, sino un tercero vinculado a este por el cargo o función que reviste y cuya intervención debe ser dolosa; ello es así porque nuestro sistema penal consagra la responsabilidad subjetiva.

Lo señalado es también sostenido en el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa³⁶, quien precisa caminos para establecer roles de responsabilidad penal. Así, el artículo 12 sostiene dos fuentes de fijación de responsabilidad para la persona jurídica: a) la actuación de una persona física que ejerce un poder de dirección en el seno de la persona jurídica, ya sea que lo haga a título individual o como miembro de uno de sus órganos, siendo que se le hubiere dado poder de representación o autorización para la toma de decisiones o ejercicio de control del ente ideal y b) la ausencia de vigilancia o control de esa persona física que actúa bajo autorización de la persona jurídica.

Se trata de dos niveles de responsabilidad: el primero, dirigido a señalar la responsabilidad de las personas jurídicas por las conductas dolosas previstas en el tipo penal bajo análisis y el segundo, que se ocupa de conductas violatorias al deber de cuidado, plasmadas en el incumplimiento del deber de vigilancia o control; esto es una responsabilidad de índole culposa que no encuentra adecuación típica en el Código Penal actual ni el anteproyecto de reforma. Sin embargo, la legislación norteamericana cubre este vacío imponiendo deberes a las empresas prestatarias del servicio de internet y plataformas informativas que operen en ese país. En efecto, la llamada «Ley de Protección de la Infancia en Internet» (*Children's Internet Protection Act*, CIPA por sus siglas en inglés) fue promulgada por el Congreso, de ese país, el año 2000, para dar respuesta a inquietudes sobre el acceso de los niños a contenido obsceno o pernicioso en internet. La ley CIPA establece ciertas exigencias para los colegios y bibliotecas que reciben descuentos, mediante el programa «E-rate», en su acceso a internet o en sus conexiones internas, mediante un deber de políticas de protección tecnológicas, como bloquear o filtrar el acceso por internet a material audiovisual que sea

jurídicas (LO, 5/2010).

36 Adherido por República Argentina a ley 27411, BO, 15/12/2017.

obsceno, pornográfico o pernicioso para los menores de edad.

El comportamiento delictivo, cualquiera sea la redacción del Código Penal, debe estar siempre subordinado a la condición que «hubiese intervenido en el hecho punible», pues nuestro sistema penal está enmarcado en el derecho penal liberal y tiene entre sus principales postulados el principio «*nulla poena sine culpa*»³⁷, a través del cual se admite la culpabilidad como presupuesto de la pena. No obstante, es útil no soslayarlo, ya que es necesario establecer de modo indubitado a quién corresponde la responsabilidad penal, con lo cual cumple una función de carácter político, esto es, definir quién puede ser autor de un delito en que interviene una persona jurídica.

La expresión dado su carácter genérico, abarca la acción de ejecutar un hecho, como el tomar parte en él, o bien con la de auxiliar o cooperar de otro modo a su ejecución o prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa anterior o, incluso con la determinar directamente a otro a cometerlo, esto es, con la noción del autor, cómplice o instigador (arts. 45 y 46 CP).

La intervención del sujeto consiste en ejecutar alguno de los hechos previstos en la ley, en relación con una persona colectiva, bajo alguna de estas siguientes modalidades: «en nombre», «con la ayuda» o «en beneficio». El primero alude a quien invoca la representación de la persona jurídica para la obtención de un provecho o interés ilícito; el caso del segundo se refiere al comportamiento de una persona de existencia física que integra un ente ideal, pues claro que éstos no pueden ayudar; por último, el tercero comprende el supuesto en que la conducta delictiva prevista en la ley sea ejecutada por una persona de existencia física, pero a favor de una persona colectiva.

En el anteproyecto de Código Penal, las penas a imponer a las personas jurídicas (art. 39)³⁸ son importantes, van desde la

³⁷ La responsabilidad penal es personal y, por ende, subjetiva, pues es necesario que quien intervenga goce del libre albedrío y de la conciencia que le permite elegir valorativamente. Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: «la pena no puede trascender de la persona del delincuente» (art. 5.º, inc. 3).

³⁸ Art. 39 Anteproyecto Código Penal: «Las penas que podrán imponerse a las personas jurídicas, en forma alternativa o conjunta, serán las siguientes: 1) Multa de 2 a 5 veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese

aplicación de multa, pasando por la suspensión y finalizando en las de mayor gravedad, como la disolución, liquidación y pérdida o suspensión de beneficios estatales que tuviese.

Por otra parte, tiene relevancia la responsabilidad civil patrimonial y la exigencia de programas de ética empresarial —programa de cumplimiento normativo o de integridad («compliance»)—, que le permitiría a la persona jurídica una exención de pena³⁹. Esta previsión relacionada con la ética empresarial, el control y seguimiento o supervisión de los actos de sus integrantes juega con la necesidad de que la ley 27.401 (de personas jurídicas) extienda su ámbito de aplicación más allá de los delitos por los cuales pueden ser responsabilizadas las personas colectivas, no encontrándose comprendida la delincuencia sexual bajo análisis.

La implementación por parte de la persona jurídica de previsiones vinculadas al «compliance» permite limitar su esfera de responsabilidad, evitando asumir reproches innecesarios, demostrando que, al haber adoptado las precauciones del caso, oportunamente, el agente de la persona jurídica que realizó la conducta típica lo hizo a título personal y no a beneficio de aquella. Es así que las principales redes sociales —Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp— poseen espacios donde reportar, de manera simple y accesible, un contenido no permitido.

En este sentido, el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados Sexualmente (NCMEC)⁴⁰ logró —en Estados

podido obtener. 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de 10 años. 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de 10 años. 4) Disolución y liquidación de la personería, si hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviese. 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica».

39 El Anteproyecto establece en el inc. 2 del art. 41 que los entes ideaes les podrán quedar eximidos de pena si éstos «hubiesen implementado un sistema de control y supervisión adecuados, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiese exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito».

40 Organización sin fines de lucro, con sede en Estados Unidos, que viene trabajando desde el año 1984 para combatir el flagelo de la explotación

Unidos— que el Congreso sancionara, en el año 2000, la ley 18 USC 2258A, por la cual se obliga a todos los prestadores de servicios de comunicación electrónica con sede en el territorio de dicho país a generar un reporte cuando adviertan que algunos de sus usuarios comparten o publican aparentes imágenes o videos de pornografía infantil. En dicho reporte, las empresas deben brindar la mayor cantidad de datos posibles para la identificación de la persona que realizó la conducta punible.

Nuestro país, en el año 2014, suscribió un protocolo de intervención en casos de pornografía infantil en internet⁴¹. En virtud del mismo, se creó una red nacional que funciona las 24 horas, los siete días de la semana, permitiendo la acción inmediata y coordinada de la Justicia en los casos de pornografía infantil reportados por el NCMEC.

El esquema planteado consiste en que NCMEC envíe el reporte al CIJ, informando la IP utilizada para distribuir el material, el contenido y los datos personales del usuario del servicio de internet involucrado. Con estos datos, el CIJ solicita la titularidad del servicio de internet a las empresas proveedoras para así determinar el origen de la conexión desde donde se compartió el material y de este modo determinar la competencia investigativa.

Fue en el marco de dicho protocolo que, en el mes de mayo de 2019, se detectó el accionar de un destacado pediatra, que cumplía funciones en el reconocido Hospital Garrahan, a quien se le secuestraron 999 archivos de abuso y explotación sexual. Este caso —que conmocionó a toda la población por la defraudación

sexual infantil.

41 Incluso la jurisprudencia avaló la actuación del instituto al manifestar: «el reporte que da origen a las actuaciones, no vulnera ninguna norma constitucional. No sólo el usuario que utiliza su cuenta [...] debe aceptar los términos y condiciones del servicio -entre los que se incluyen las políticas de privacidad que permiten compartir el contenido de su actividad cuando ello sea susceptible de configurar un ilícito-, sino que el Ministerio Público Fiscal -en virtud del acuerdo anteriormente celebrado con el NCMEC- tiene acceso a dicha información, a los efectos de radicar la denuncia penal pertinente.» (C. Pen. Contravencional y Faltas CABA, sala 1.ª, 2017/11/23, “N. N. s/ inf. art. 131 Cód. Penal”, c. n.º 12.322/2015-0).

de las expectativas puestas en un profesional de la salud, quien se supone debe velar por la salud de los niños y no atentar contra ellos— se resolvió con la imposición de una condena de diez años e inhabilitación especial perpetua, por considerársele autor penalmente responsable del delito continuado de facilitación de representaciones de menores de 13 años dedicados a actividades sexuales explícitas y representaciones de las partes genitales de menores de 13 años con fines predominantemente sexuales en concurso ideal con la tenencia de dicho material con fines inequívocos de distribución y con tenencia simple de ese material y en concurso real con el delito de producción de representaciones de las partes genitales de menores de 13 años con fines predominantemente sexuales⁴².

I). 8. Sujeto pasivo

Menores de 18 años, previsión concordante con la CDN (art. 1°), instrumento que establece que se es niño hasta esa edad.

I). 9. Consumación

El delito se consuma con la sola realización de las conductas típicas previstas en el art. 128 inc. 1° CP, es decir, con la producción, financiación, ofrecimiento, comercialización, publicar, facilitar, divulgación o distribución de imágenes pornográficas en las que se exhibiera a menores de 18 años.

Lo mismo sucede para el caso de la organización de espectáculo en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participen menores de 18 años.

En todos estos casos, el delito se consuma con la sola ejecución de alguna de las acciones típicas, habida cuenta de que se trata de un delito de mera actividad, instantáneo, o sea, su consumación se produce y agota en un momento.

I). 10. Confluencia de figuras y penalidad

42 In re. “Russo, Ricardo Alberto Guillermo s/ art. 128 CP” (Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n.° 6, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, 06/11/2019).

Como ya lo expresamos al analizar el tipo penal, se trata de un delito de acción, con pluralidad de hipótesis que no multiplica la delincuencia por la realización de dos o más de las conductas típicas. Sin perjuicio del concurso con cualquier otra figura contenidas en el título y en desmedro de los menores de edad.

Respecto a la pena, la escala penal prevista tanto en el actual código penal como en el anteproyecto de reforma es de prisión de tres a seis años. Se trata de una pena que no guarda correspondencia con el interés protegido, en otras palabras, es una penalidad escasa. Repárese en que la víctima del delito es un menor de edad, con la consecuente vulnerabilidad que ello implica y que las acciones descriptas son de suma gravedad por la dañosidad social que provocan.

II. Tenencia de representaciones pornográficas y tenencia de representaciones pornográficas destinadas a la distribución y comercialización

Art. 128, 2° y 3° párr. del Código Penal. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a un (1) año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas 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 descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución o comercialización

Art. 123, inc. 2° Anteproyecto CP. Se impondrá prisión de cuatro (4) meses a un (1) año, al que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el apartado 1.

Se impondrá prisión de seis (6) meses a dos (2) años, al que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el apartado 1 con fines inequívocos de distribución o comercialización.

II). 1. Consideraciones sobre el tipo penal

Se trata de dos tipos ubicados en los párrafos segundo y tercero del art. 128 del actual Código Penal y art. 123 párrafos segundo y tercero del Anteproyecto. En ambos casos la redacción es la misma y considera la sensibilidad del interés protegido, puniendo la mera tenencia, culminando en supuestos en que la tenencia está dirigida al tráfico del material.

El tipo penal corresponde a un delito de peligro abstracto y, si bien es cierto que el acceso ocasional o esporádico a la pornografía puede circunscribirse a los actos privados de los hombres exentos de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN)⁴³,

⁴³ El art. 19 de la CN reconoce un sector de la libertad personal que el Estado democrático liberal garantiza a cada ciudadano y que se plasma en la libertad de conciencia, de religión, de ideología política y de comportamientos o prácticas individuales, siempre que las mismas no representen,

los actos vinculados con la pornografía infantil responden a otra caracterización, propios de quienes actúan en la delincuencia sexual abusando y explotando menores.

En esta figura de tenencia de representaciones con contenido sexual de menores, el legislador opta por la protección del menor, dejando de lado el ámbito de intimidad personal. Se entiende que estos delitos contienen un efecto pernicioso para el menor, cuyo combate exige desplazar un concepto individualista de la libertad, pues el reconocimiento que hace el art. 19 de la CN de esta garantía, lo es en función del bien común, que en este caso cede al afectar derechos consagrados con jerarquía constitucional, como la dignidad de la persona humana y el interés superior del niño.

Por las razones expuestas, el tipo relativo a la simple tenencia de material de contenido sexual de menores de edad es uno de los postulados que ha obtenido mayores objeciones constitucionales. Sin embargo, la Asociación Internacional de Derecho Penal ha dicho, en relación con la legislación de delitos vinculados a las tecnologías de la información, que «son legítimas las leyes que deciden penalizar actos preparatorios, siempre que creen un riesgo de causar un daño o peligro concreto a intereses protegidos de otros» (Garibaldi, 2014).

Por otra parte, la incriminación de pornografía cuyo contenido son representaciones que afectan a menores demuestra el cambio de un paradigma, esto es, colocar en primer lugar de protección al menor de edad. Para eso prohíbe la mera tenencia de representaciones con contenido sexual como las descriptas en el primer párrafo del art. 128, trazando como objetivo evitar que el menor sea usado como objeto sexual. Se trata pues, de un nítido mensaje al mayor de edad, en particular al delincuente sexual.

En ese camino, se amplía el espacio de punición a aquellas conductas iniciales de la actividad, acentuando la protección del menor ante una delincuencia por demás perniciosa para su salud física y moral. Paralelamente es un modo tangible de luchar

ofensas a la seguridad, al orden, a la salud pública o a la moral pública o perjudiquen los derechos o libertades de los demás.

contra el mercado de la pornografía infantil, cuya esencia es la explotación sexual de los menores.

Así como es indiscutible el respeto por la legitimidad y la legalidad del ámbito de intimidad de los seres humanos, no es menos cierto que absolutizar ese ámbito es incompatible con las limitaciones que resultan de la letra del art. 19 CN, esto es, el orden público, la moral pública y la salud pública, pues estas limitaciones preservan al género humano y son condiciones inherentes a este.

Se considera entonces que la tenencia de material infantil pornográfico, aun siendo la conducta inicial de la delincuencia e incluso desarrollada en un ámbito de intimidad, afecta la dignidad del menor, no sólo como hecho objetivo que acontece sino porque como tal, implica el mantenimiento en el tiempo de una lesión al bien tutelado, esto es la integridad y dignidad sexual de los menores.

Cabe aclarar, que la esfera de intimidad adquiere nuevas fronteras con la aparición de las nuevas tecnologías de la información. Las zonas que anteriormente eran de estricta privacidad, como el ordenador personal o el hogar, tienen a la fecha por intermedio de redes y canales tecnológicos de comunicación, una publicidad y exposición inimaginada. El hecho de almacenar una imagen en un ordenador requirió una acción previa —toma de foto o descarga web— y la misma adquiere con un solo click una potencialidad expansiva incontrolable.

Debe señalarse que las acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados están definidas negativamente por la Carta Magna, pues son las que «de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero». De manera que solo se puede llegar a ellas una vez que en, cada caso, se produzca el examen positivo de las acciones contrarias, las que sí son susceptibles de ser materia del Legislador y examinadas por los Magistrados.

La tenencia de material pornográfico de menores, sin duda, trasciende la esfera privada y como ya se dijo constituye materia de reproche, precisamente, porque no se trata de pornografía de adultos, sino de adultos que abusan de menores a través de

diversos medios, en particular el tecnológico, medio que facilita y propicia la producción de material que involucra a menores demostrando un daño al bien tutelado, exponiendo a los menores a la potencialidad de sufrir o renovar el daño a sus personas.

Al respecto, no debe soslayarse que la tecnología es un medio habitual de captación de imágenes de menores de edad. La minoría de edad no exime al ser humano de ejercer su derecho a la imagen, que encuentra adecuación constitucional en los llamados «derechos personalísimos». Así lo ha entendido la Corte Suprema⁴⁴, al considerar que el ámbito de intimidad de una persona está integrado por su imagen, ello fundamentado en el art. 19 de la CN. El máximo Tribunal, intérprete último de la carta magna, tiene dicho que el ámbito de autonomía individual que protege el mencionado artículo está constituido por el conjunto de sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, creencias religiosas, la salud mental y física, etcétera. En suma, dice, por todas las «acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad».

Podemos afirmar, entonces, que el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad o la imagen y nadie puede inmiscuirse en ella ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento. Solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

II). 2. Análisis de la figura

En el primer supuesto (párr. 2.do del art. 128 CP), la acción típica consiste en tener representaciones de contenido sexual en función de lo prescripto en el primer párrafo de la norma citada,

⁴⁴ In Re “Menem, Carlos s/ Editorial Perfil S.A. y Otro” (2001, p. 723), considerando nro. 12 L.L. - E.

esto es dedicadas a mostrar actividades sexuales explícitas o representar sus partes genitales con un fin sexual; incluso comprende aquellas representaciones que, sin tener un contenido vicioso sexual, daña la intimidad e imagen del menor como puede ser la mera obtención de su imagen desnuda⁴⁵.

El vocablo tenencia alude a la ocupación (tener) y a la posesión actual real y efectiva de la representación, lo cual significa que el sujeto la mantiene corporalmente en su poder.

En consecuencia, desde el punto de vista del derecho penal, el significado gramatical de las palabras tenencia y portación permite confirmar el carácter de sinónimos. El significado de ambos términos desde la óptica del derecho civil es distinto, demostrando entre uno y otro, diferencias conceptuales⁴⁶. El Código Penal no distingue técnicamente portación y tenencia, sí lo hace la infracción al art. 189 bis y la ley 23.737.

Asimismo, el tipo penal, dada su redacción, requiere que la tenencia que se ejerza sobre la representación sea flagrante, es decir que el agente debe ser sorprendido en el preciso momento en que tiene en su poder la representación con contenido sexual. La expresión flagrante proviene del latín *flagrans*, cuyo significado es ‘resplandeciente’, ‘evidente’, ‘inflamado’, razón por la cual es atribuida al preciso momento en que se comete un delito, ya que se hace evidente, resplandece, como lo que arde o se inflama.

45 Cf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII, 6.5.2014, cita online: AR/KIR/22271/2014 – La Ley Online. El tribunal expresó que «quien había sido visto apuntando el lente una cámara fotográfica hacia la ventana de una habitación en la que se encontraba un menor desnudo deber ser procesado por el delito previsto en el art. 128, segundo supuesto, del Código Penal, siendo que esta norma no exige verificar un elemento pornográfico en las imágenes».

46 El Código Civil distingue entre posesión y tenencia. Se dice que «en ambos institutos encontramos un elemento común: detentar la cosa bajo el poder de una persona y el animus posesorio resulta ser el elemento distintivo: el que tiene la cosa para sí es poseedor, el que la tiene para otro es tenedor. La intención del poseedor, animus possidendi, implica actuar con prescindencia de la existencia de un propietario sometiendo la cosa a su poder y excluyendo la intromisión de extraños. El tenedor reconoce que otro es el propietario o poseedor y que él lo representa en su posesión» (Highton de Nolasco, 1988). Esta distinción, no ha variado en el nuevo Código Civil y Comercial (Pub. BO, 01/08/2015).

En esencia, por su redacción el delito no consiste en haber tenido, sino en tener, lo cual significa la existencia de un hecho actual, presente y no pasado; no se castiga porque se tuvo, sino porque se tiene material de índole pornográfico con contenido de menores.

Es decir, ya sea por una interpretación gramatical de la norma, como por razones de política criminal, la ley reprime a quien tiene y no a quien ha tenido, constituyendo la tenencia pretérita una acción atípica, no prevista en el ordenamiento legal tanto en el código actual como en el Anteproyecto ensayado. Sostener lo contrario implicaría servirse de normas que castigan determinados hechos a fin de cubrir las lagunas existentes en nuestra legislación, vulnerando los principios o garantías de orden constitucional⁴⁷, siendo aplicable el viejo aforismo romano que dice: «*Ubilex non distinguet nec non distinguere debemus*».

Por otra parte, la flagrancia del delito no exige que el material pornográfico se halle de modo permanente en el ámbito de custodia personal del agente, basta con que la representación se encuentre dentro del ámbito de custodia material de aquel y que ejerza un poder de disposición tal que, sin intervención alguna de terceros, le permita disponer del material. Así también, la tenencia compartida ejercida por dos o más personas será posible siempre que todas ellas ejerzan sobre el material un poder de disposición.

Igualmente, la tenencia breve es punible, pues el tipo legal no exige que la tenencia sea prolongada a fin de la tipificación de la conducta, siendo irrelevante la mayor o menor duración de aquélla en el tiempo.

La figura, además del verbo tener, agrega un elemento subjetivo: «a sabiendas», que permite acentuar un saber acerca de lo tenido, esto es, es una representación de las descriptas en el

47 El principio de reserva de la ley penal (art. 19 CN), en combinación con el art. 18 de la CN, delimita un ámbito en el que los ciudadanos tienen garantizados que no serán alcanzados por el derecho penal. De allí se deriva la prohibición de analogía de la ley penal, por la cual está vedado castigar un hecho por analogía con otro que la ley castiga (analogía legal) o por analogía de la necesidad de protección en el caso concreto (analogía jurídica).

primer párrafo del art. 128, relacionadas con contenido sexual en que intervienen menores de 18 años.

En el siguiente párrafo, el tercero del art. 128 (art. 123, segundo párrafo del Anteproyecto) reprime a la tenencia que con fines inequívocos es ejercida con fines de distribución y comercialización. Son aplicables las definiciones ya expuestas en la figura del art. 128.

Se trata de delitos de acción, instantáneos, que permiten visualizar la actividad del tráfico de pornografía que afecta a menores. Es una figura dolosa, admitiendo dolo directo e incluso eventual. Exige que el autor tenga conocimiento o aun la mera representación del carácter pornográfico de las imágenes a distribuir y comercializar. También es suficiente la representación de la edad de los menores contenidos en el material pornográfico.

El destino de traficar con el material debe ser inequívoco, esto es sin dudas o incuestionable, lo que conduce a valorar las circunstancias del caso, tanto las objetivas como las subjetivas, no solo vinculadas con la acción, sino en especial con el sujeto del delito, cobrando suma fuerza toda la gama de prueba que posibilite reconstruir la historia de lo sucedido.

En este marco, tiene especial importancia la impronta o huella que dejan los registros digitales. Existe en el tráfico informático lo que se denomina «metadato» o huella digital, un cúmulo de información que contiene el mensaje o archivo más allá de lo visible, que pueden aportar información sobre el tipo de formato, modificaciones realizadas sobre el mismo y otras informaciones relevantes. En ilícitos informáticos se utilizan cuentas falsas, encriptaciones, aleas, contrafuegos y otras maniobras o herramientas que permiten exteriorizar de manera inequívoca el plan del autor.

El error, inevitable o evitable, puede recaer sobre el carácter pornográfico de las imágenes o la edad de la víctima y de concurrir elimina la tipicidad subjetiva dolosa del delito y, con ella, la punibilidad.

III. Facilitación del acceso a espectáculos pornográficos y suministro de material pornográfico a menores de catorce años

Art. 128, 4.º párr. del Código Penal. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

Art. 123, inc. 3.º del Anteproyecto CP. Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años, a la persona mayor de edad que facilite el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años.

III). 1. Análisis de la figura

Es una figura prevista en el art. 128 4.º par. CP (art. 123 pár. 3 del Anteproyecto); el bien jurídico protegido ya analizado en figuras anteriores -integridad y dignidad sexual- implica el derecho que tiene el menor a vivir y acceder a una sexualidad libre y plena, lo que permite un desarrollo sano de su sexualidad. Por la descripción del tipo penal se extrae que la ley presume que los niños menores carecen de la madurez física, psicológica y moral para presenciar un espectáculo pornográfico o material de esa índole.

La redacción del Código Penal actual como la del Anteproyecto reconocen como sujeto pasivo la franja etaria de menores de 14 años. Se aparta, por lo tanto, del tope de los 18 años de edad mantenido en las figuras analizadas. Esta reducción resulta un tanto incoherente con el lineamiento que tienen los cuerpos punitivos quienes tutelan a los menores de 18 años, no de modo caprichoso, sino porque según la CDN se es tal hasta la edad de los 18 años. En otras palabras, aun dados los avances sociales, se es niño hasta esa edad.

Es un tipo penal de peligro abstracto, al que le son también aplicables las consideraciones ya explicadas. Respecto a las acciones típicas, podemos distinguir:

- Facilita el acceso a espectáculo pornográfico, quien hace posible el ingreso del menor a los mismos. Ej. le permite el ingreso en modo gratuito o a menor precio, pero también quien distrae los controles que impedirían que el menor ingrese.
- Suministra material pornográfico, el que provee de éste al menor para que lo lleve consigo o en su defecto lo examine en un determinado sitio o lugar, sea o no de los destinados a la exhibición de espectáculos pornográficos.

El delito se completa con la mención de los términos «espectáculo pornográfico» o «material pornográfico». Se trata del espectáculo en vivo en los que se exhiben escenas pornográficas. Incluye funciones públicas realizadas en un teatro u edificio, recinto o lugar en que asiste gente para presenciarlos. En los mismos hay un escenario en los que se representan actos sexualmente viciosos, tendientes a producir la excitación y deleite de los asistentes. Pero, a los fines de la tipicidad, es necesario que en estas escenas pornográficas participen menores de 18 años. Material pornográfico es el conjunto de objetos que se caracterizan por resultar sexualmente viciosos dirigidos a excitar un apetito desordenado por los deleites carnales.

El tipo admite el dolo eventual, por lo tanto, tiene conocimiento o se representa el carácter de pornográfico de las escenas que se producen en las que intervienen los menores como espectadores. Basta que se represente la edad de los menores.

El error, inevitable o evitable en orden al carácter pornográfico de las escenas o la edad del sujeto pasivo, es un error de tipo que, inevitable o no, excluye la responsabilidad dolosa.

El delito se consuma con la realización de la conducta típica, es decir, con la organización del espectáculo en vivo y la posibilidad de que el menor tenga acceso. Es admisible la tentativa.

IV. Agravantes

Art. 128, 5.º párr. del Código Penal. 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.

Art. 124 del Anteproyecto CP. Las escalas penales previstas en el artículo 123 se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo:

- 1.º) Si la víctima fuere menor de 13 años.
- 2.º) Si el material pornográfico representare especial violencia física contra la víctima.
- 3.º) Si el hecho fuere cometido por ascendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda.

De la comparación de las redacciones que el actual Código Penal y el Anteproyecto consignan regular la materia, advertimos que el *quantum* agregado a la penalidad de las figuras básicas es el mismo, esto es, elevar un tercio el mínimo y máximo de la escala penal.

Las agravantes son de aplicación a cualquiera de las figuras básicas previstas, en las dos redacciones.

Lo que fundamenta la agravante en el actual Código Penal es la edad del menor, precisamente cuando el sujeto pasivo tenga menos de trece años. Consideramos que esto es lo correcto toda vez que la franja etaria con aquel límite de edad no solo carece de madurez, sino que por sus características físicas y psíquicas no puede oponer defensas al delincuente. Simultáneamente, demuestra una mayor criminalidad del agente quien acentúa su perversidad al dirigir su actividad a menores indefensos.

Además de esta agravante, compartida por el Anteproyecto, la propuesta de lege ferenda agrega dos nuevas causales de agravamiento de la pena. La primera fundada en el hecho que, además de la lesión al bien jurídico protegido, en la comisión del

hecho, se lesiona la integridad corporal del sujeto pasivo, esto es, la incolumidad del cuerpo y la salud de la víctima.

La otra agravante incorporada es la que se funda en vínculo que une autor y víctima. El agravamiento ocurre, en este caso, si el autor es ascendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima. El parentesco puede ser matrimonial o extramatrimonial. La ascendencia y afinidad no están limitadas en su grado. Por tratarse de delitos que tienen como sujeto pasivo al menor de edad, es lógico que no se incluya al descendiente entre las agravantes.

El agravamiento en razón a la calidad ministerial de algún culto religioso reconocido o no por la Secretaría de Cultos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de la Nación se debe a que el delito implica, a la vez que la lesión a la dignidad de la víctima, una infracción al deber de moralidad y de honestidad.

También se agrava si lo cometiere el tutor, curador o el encargado de la educación o de la guarda de la víctima; atiende a la violación del deber de resguardar al educando o pupilo que esa calidad impone.

V. Contacto telemático con fines sexuales con menores de edad: «grooming»

Art. 131 del Código Penal. 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”

Art. 122 del Anteproyecto CP. Se impondrá prisión de seis (6) meses a cinco (5) años, siempre que el hecho no importe un delito más severamente penado, a la persona mayor de edad que:

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

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

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

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

5.º Realizare cualquiera de las acciones previstas en los incisos 1.º, 2.º y 3.º con una persona mayor de dieciséis (16) años y menor de dieciocho (18) años si mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una

situación de vulnerabilidad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

V). 1. Introducción

Los avances de la tecnología determinaron la necesidad de resguardar los derechos de las niñas, niños y adolescentes de nuevas delincuencias, caracterizadas —principalmente— por la utilización de redes sociales, paradigmáticas en los nuevos procesos comunicacionales masivos propios del tiempo en que vivimos. Para dar respuesta a ello es que la ley 26.904 de fecha 11/12/2013 incorporó al catálogo de delitos previstos en el Código Penal, el llamado «*grooming*».

En el plano internacional, hay conciencia acerca de la necesidad de luchar contra este flagelo y que ello no puede ser pensado sin el trabajo conjunto de instituciones y organismo de diversos países. Como dijimos, resulta trascendental, en este sentido, la labor del NCMEC para denunciar la explotación infantil en línea. A través del mismo, los proveedores de servicios electrónicos y el público en general pueden denunciar actos cometidos en perjuicio de los niños con fines sexuales, abuso sexual infantil extrafamiliar, pornografía infantil, turismo sexual infantil, tráfico sexual infantil, envío de materiales obscenos no solicitados a niños, nombres de dominio engañosos y palabras o imágenes digitales engañosas en internet.

Entonces, el prisma según el cual hay que visualizar y analizar la temática del *grooming* es el de los derechos de la infancia y la adolescencia. Ello se vio acompañado de modo paulatino por un plexo normativo jurídico. En ese sentido, los derechos son ejercitados en el acceso y el uso de los medios digitales de telecomunicación por los menores de edad. Así, el art. 16 de la CDN sostiene que ningún niño «será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación». De manera similar, lo consagra el art. 10 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁴⁸.

48 Publ. BO 21/10/2015.

No se trata de apartar al niño de la nueva realidad tecnológica, sino de protegerlos en ella. En razón de ello, el art. 17 de la CDN insta a los Estados parte a que reconozcan la importante función que desempeñan los medios de comunicación en la sociedad y velen porque el niño tenga «acceso a información y material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental». De esta manera, también se resguarda el derecho de acceso a la información, especialmente al respecto de las amplias posibilidades de búsqueda que promueven los servicios de internet.

Otro derecho es el que se ejerce a través del universo de las redes sociales, esto es, el derecho a expresarse libremente tal cual lo prescriben los arts. 12, 13 y 14 de la CDN, en los que se menciona la garantía del niño —que se encuentre en condiciones psicoevolutivas de formarse un juicio propio— a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, debiendo tenerse en cuenta sus valoraciones.

En ese lineamiento, resulta trascendental lo dispuesto por el art. 19 del tratado mencionado que expresa la obligación de los Estados parte de adoptar «todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual». Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño, cuidar de él.

De lo reseñado, se puede concluir que el Estado efectivamente tiene una responsabilidad, como garante de derechos, de instar a la lucha y erradicación del *grooming*, por lo tanto, cualquier regulación orientada hacia la protección del menor de edad no menoscaba o invade la libertad de las personas, toda vez que responde a un interés superior indiscutido⁴⁹.

49 No se advierten problemas constitucionales con la sanción de la ley de *grooming*, porque su objeto no fue tipificar intenciones de las personas, sino la acción específica de solicitar al niño la realización de actividades que él mismo no debería efectuar, lo cual se corresponde con todos los preceptos que pretenden resguardar su interés superior. Con su promulgación nues-

A modo de colofón, cabe citar a Alonso, quien enumera algunos principios y preceptos emanados de la CDN que deberán tenerse presentes ante un caso de *grooming*:

(I) el interés superior del niño, en tanto el Estado debe garantizar que todas las medidas que se tomen sean las mejores para los niños afectados, a los fines de evitar la doble estigmatización del menor, quien se verá afectado no sólo por el hecho en sí, sino también por su participación recordando el suceso en el marco de un proceso penal; (II) la aplicación de Cámara Gesell; (III) el derecho a ser oído; (IV) la cuestión del consentimiento, diferenciando tres supuestos según la víctima sea niño o niña, adolescente menor de 16 años o adolescente entre los 16 y 18 años y (V) la importancia del material probatorio (Alonso, 2014).

V). 2. Concepto y generalidades

Adentrándonos al análisis de la figura penal, el término *grooming* proviene del idioma inglés —gerundio ‘*groom*’— que significa ‘acicalar’, ‘arreglar’, ‘embellecer’, ‘engalanar’⁵⁰. Llevado al contexto de esta delincuencia, alude a una modalidad de

tro país no hace más que cumplir con estándares mínimos fijados por la estructura jurídica internacional elaborada al respecto: CDN; el Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil; el Protocolo para la Prevención, Supresión y Castigo del Tráfico de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo); la Convención del Consejo de Europa sobre Ciberdelitos; la Convención del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños ante la Explotación y el Abuso Sexuales; Memorándum de Montevideo sobre la protección de Datos Personales y vida privada en las redes sociales en Internet, particularmente en los niños, niñas y adolescentes; todo ello pone de manifiesto la preocupación de la comunidad internacional ante la proliferación de conductas que, al involucrar a menores, hieren los más profundos sentimientos personales, familiares y sociales (CNCrim. y Correc., sala 6.^a, 2017/11/06, “S. A. M. s/ procesamiento”, expte. 12.758/2016/CA1).
50 Cfme. CNCrim. y Correc., sala 6.^a, 2017/11/06, “S. A. M. s/ procesamiento”, expte. 12758/2016/CA1; el tribunal refirió: «La palabra “*grooming*”, que proviene del término inglés “*groom*”, significa preparar o

comunicación que permite al autor ganar la confianza del menor y así poder manipularlo, de modo que en el contacto entre ambos resulta necesaria la adopción de un discurso seductor y de agrado al menor, resaltando el elogio o la vivencia de situaciones que impliquen muestras de amor y afecto⁵¹.

Comprende todas aquellas conductas de acercamiento realizadas online por el adulto, quien, dada las características de la delincuencia, presenta algún trastorno propio de las patologías (pedófilos y pederastas), no impidiéndole la comprensión del significado de sus actos⁵². Los *groomers*⁵³, que pueden actuar bajo identidad falsa o simulada —conocida o no del menor—, son quienes inician un proceso de acercamiento para ganarse su confianza, simulando o fingiendo empatía, admiración, afecto, etcétera⁵⁴.

entrenar para un objetivo específico o actividad concreta. Constituye [...] la acción deliberada que lleva un adulto a ganarse la confianza de un menor con el propósito de contactarlo, y posteriormente tomar el control emocional de la víctima rompiendo sus débiles barreras, por razones de inmadurez biológica, facilitando su propósito sexual» (Lo Giúdice, 2013).

51 Alguna voz aislada ha considerado que, dado que *child* proviene de «niño» y *grooming* de «novio» o «noviazgo», *childgrooming*, se puede entender como el proceso de entablar una relación de noviazgo con un menor de edad.

52 Cabe citar jurisprudencia que permite ilustrar el concepto expresado, en especial el objetivo de ganar la confianza de la víctima. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI (CNCrimy-Correc) (Sala VI) Fecha: 06/11/2017 Partes: S., A. M. s/ procesamiento Publicado en *La Ley* 12/12/2017, con nota de Mauricio Cueto; ha dicho que: «El imputado debe ser procesado por el delito de *grooming*, dado que se encuentra corroborado documentalmente y mediante los dichos de la víctima en cámara Gesell que, en un primer momento, generó un contexto de confianza mediante halagos inocentes que, sin duda, causaron una impresión mayor en la víctima debido a que estaba transitando la adolescencia; luego solicitó el envío de fotos y, para que no hubiera hesitación del tenor de su requerimiento, directamente mandó una de sus partes íntimas y, finalmente, buscó concretar una salida que, en principio, hubiese podido resultar tentadora».

53 Al igual que el violador serial, el *groomer* es un depredador sexual, pues sale a cazar a sus víctimas dentro del espacio virtual. Medios como las diversas plataformas —redes sociales— le brinda la posibilidad a un adulto pedófilo/pederasta, mediante prácticas, ardidadas, facilitados y potenciadas o del medio virtual, fingir ser otros menor, para concretar algunos de los propósitos» (Cf. Vaninetti, H., 2018, “El delito de grooming. La importancia de contar con un sólido plexo probatorio” en *La Ley*, cita online: AR/DOC/253/2018).

54 «No es necesario que el sujeto activo oculte o simule su identidad, o

El delito, en su redacción, reconoce como medio empleado para su comisión las comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos; es decir, se reconoce la irrupción en la sociedad de la tecnología y sus efectos con repercusiones en la ley penal.

El bien jurídico sigue siendo el mismo —la integridad sexual del menor—, sin embargo, la existencia de medios tecnológicos facilita la comisión del delito no solo por su capacidad de masividad, sino porque es propicio el ocultamiento o disfraz de la identidad y finalidad del autor.

Son muestras ilustrativas de las nuevas tecnologías de comunicación el uso de internet, medio a través del cual se expande las redes sociales como Facebook, Twitter, WhatsApp, Instagram, etc.; medios que también se caracterizan porque la comunicación que entabla el agente puede originarse en cualquier lugar, superando las jurisdicciones territoriales internas y externas de un país, con lo cual es un delito interjurisdiccional y transnacional que no reconoce fronteras o límites entre países.

En sustancia, se trata de un acoso sexual⁵⁵ especializado por el uso de la tecnología en perjuicio del menor sin distinción alguna, sean estos con salud mental o presentando retraso madurativo mental⁵⁶, toda vez que el «acercamiento» al menor puede darse a través de medios digitales o tecnológicos. Ello sin perjuicio de

mienta en su edad al establecer el contacto, para que se configure el delito» (Juzg. Corr. n.º 1 Bahía Blanca 1/9/2015 “F. J. M. S/Corrupción mediante grooming” c. n.º 1060/15).

55 Bien refiere Buompadre al afirmar que el delito de *grooming* no es un delito informático, sino que es un delito sexual que se caracteriza y diferencia de otros que lesionan la integridad sexual de menores de edad, porque el autor usa un medio informático o telemático para lograr sus objetivos sexuales (Cfr. Boumpadre, J. E., 2016, *Violencia de género en la era digital: modalidades mediante el uso de la tecnología*. Buenos Aires: Astrea).

56 Cf. “Canario, José Antonio s/ hostigamiento sexual contra menores o grooming y abuso sexual con acceso carnal, de fecha 23/12/2004. Cita Online AR/JUR/76639/2014 – *La ley Online*. El tribunal dijo que «el imputado debe ser condenado a siete años de prisión por los delitos de hostigamiento sexual contra menores o grooming y abuso sexual con acceso carnal, en tanto se acreditó que mantuvo relaciones sexuales con una mejor de 12 años, a quien previamente había contactado por Facebook y que hostigó sexualmente a una niña de 14 años con retraso madurativo a través de las redes sociales – en el caso, solicitando fotos, enviando mensajes y realizando propuestas deshonestas».

señalar y reconocer que el uso de la tecnología facilita la acción del delincuente sexual y torna más endeble la defensa de la víctima, facilitando el acercamiento virtual con el menor, comenzando con el contacto, siguiendo con la amistad que se nutre de la confianza, para concluir en el trato sexual, esto es, el pedido sexual dirigido al menor y su consiguiente consecución por parte de este, vgr. dentro de la comunicación sexual tienen cabida diálogos, fotos, grabaciones, incluso hasta llegar al encuentro.

V). 3. Aplicación de la ley

Para los delitos cometidos en territorio argentino, rige el principio territorial (art. 1.º CP), con el cual se aplica la ley penal argentina a los delitos cometidos «en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción», sea nacional o no quien lo comete, residente o transeúnte. En el mismo sentido, lo dispone el art. 1 del Proyecto de reforma al Código Penal.

Ahora bien, dada la modalidad delictiva que reconoce como medio o instrumento de su comisión, el uso de internet, podemos determinar que se está ante la presencia de un delito a distancia, toda vez que las comunicaciones pueden originarse en un país o jurisdicción distinta a la nacional.

Frente a ello, habrá que determinar las características del delito y el daño ocasionado hacia el bien tutelado, es decir, la estructura del tipo delictivo a regir en Argentina.

De ello, se desprenden dos principios que permiten discernir acerca de la concurrencia o no de la aplicación de la ley nacional, a saber, el principio territorial y el principio real o de defensa.

El primero absorbe por aplicación de la teoría de ubicuidad a todos aquellos sucesos en que el delito es considerado cometido en el país —acción, en todo o en parte; resultado, en todo o en parte; resultado intermedio; lugar donde debía producirse el resultado—, imponiéndose por encima de las teorías de la acción o del resultado (De la Rúa, 2014).

Mientras que el principio real o de defensa⁵⁷ será aplicable

57 El principio real o de defensa que posibilita la aplicación de la ley

para aquellos supuestos en que el sujeto realiza actividades que aún no resulta un delito típico, pero el comportamiento evidencia daños o peligros para intereses nacionales que fundamenten que el país castigue el delito. Es precisamente el significado del término «efectos» previsto en el art. 1 CP o art. 1 inc. 1 del Proyecto de reforma.

Sin perjuicio de los principios citados, cabe señalar que resulta por demás común que ante un ilícito penal cometido a través de internet sean competentes los tribunales de diferentes países. En estos casos, la competencia se atribuye a criterio de buena fe y respetando los derechos del acusado a un juicio, pero también los propios de la víctima y su contexto familiar. Para eso deberán tenerse en cuenta los tratados celebrados entre los países, los derechos y obligaciones que contiene, la naturaleza y gravedad del delito; la disponibilidad de las pruebas materiales del delito, la residencia del acusado y de las víctimas, residencia de los testigos; la prelación por la fecha de inicio de cada proceso de investigación y cualquier otra conveniencia que surja de la investigación (Flores Prada, 2014).

Estos criterios son los que se desprenden de la jurisprudencia en la materia de la difusión de pornografía infantil y *grooming* provenientes del extranjero⁵⁸.

V). 4. Acción típica

La acción reprimida en el art. 131 CP consiste en contactar a un menor de edad, esto es mantener con él una comuni-

penal argentina a los delitos cometidos en territorio extranjero o en lugares no sometidos a la jurisdicción nacional, cometidos por nacionales o extranjeros, siempre que sus efectos deban producirse en el territorio del país o en lugares donde ejerce su jurisdicción (art. 1 inc. 1 C.P. o art. 1.º incs. 1.º y 2.º del Proyecto), o cuando sin producir estas consecuencias, fueron cometidos por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo (art. 1, inc. 2 CP).

58 CSJN 19/08/2004 - “Parodi, Aldo S.” – cita online AR/JUR/3627/2004 – *La Ley* 14/03/2005,8; en las que, en distintas páginas de internet generadas desde EE. UU., se difunden imágenes relacionadas con la pornografía infantil; CSJN 27/12/2005 “Embajada Alemana” cita online AR/JUR/10322/2005, en la se descubrió la existencia de comunidades cerradas de usuarios de internet que intercambian, distribuyen o divulgan imágenes de pornografía infantil.

cación que permita relacionarse por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos. Al no distinguirse, el contacto puede entablarse con una persona que usa su verdadera identidad o, lo más común, con una identidad falsa a fin de inducir en error a la víctima.

No se trata de cualquier relación, sino que será aquella que permita al agente iniciar el camino que le permita cometer delitos contra la integridad sexual previstos en el Título III del Código Penal. En otras palabras, hay un fin motivación sexual.

Sucede que los menores no logran fácilmente darse cuenta de que el interlocutor con quien están interactuando puede ser un adulto, incluso un menor con una motivación sexual. Para ello, el *groomer* adopta un plan con el objetivo de ganar la confianza de la víctima y así a posteriori lograr su cometido. Convence progresivamente al menor mediante una comunicación empática para que este comience a suministrarle datos personales: familiares, colegio, club, amistades, gustos, etcétera.

Ganada la confianza del menor y con las barreras de inhibición relajadas, se pasa a solicitar acciones concretas de contenido sexual consistentes en prácticas sobre su cuerpo, tocamientos, masturbación, desnudos, fotos insinuantes, etc.; elementos todos ellos que serán comunicados a través de la diversidad de medios tecnológicos existentes.

Sin dudas, los *groomers* conocen de sobremanera -y lo aprovechan- que en la actualidad los mayores y menores de edad adoptaron el hábito de enviar imágenes (fotografías, videos), audios con connotación sexual a través del ámbito virtual, dando lugar a la práctica llamada *sexting*.

Lo hasta aquí desarrollado nos demuestra que, tal como lo declara la jurisprudencia y la doctrina⁵⁹ en consonancia, el autor del delito de *grooming* atraviesa por diferentes etapas que van desde el contacto que hace con el menor, luego ganarse su confi-

59 Cf. Lo Giudice, M. E., 2013, *Con motivo de la sanción de la ley que introduce el «delito de grooming» en el Código Penal*. El Dial. Recuperado de <http://www.eldial.com>. En la jurisprudencia: CNCrim. y Correc., sala 6.ª, 2017/11/06, “S. A. M. s/ procesamiento”, expte. 12.758/2016/CA1; Tribunal en lo Criminal n.º 2 de Bahía Blanca de fecha 19/10/2017 L. J.

anza, posteriormente romper barreras que le permiten obtener la confianza del niño y por último lograr su propósito sexual.

V). 5. Sujetos del delito

El sujeto activo puede ser cualquier persona sin distinción de sexo, basta con que el autor tenga capacidad de acción; por su parte, la víctima solo puede ser una persona menor de edad, esto es menor de 18 años, tope de edad que evita distinción alguna por las franjas etarias del menor —por ejemplo, Menor de diez años, menor de trece años o menor de catorce años—.

V). 6. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, solo admite el dolo directo, esto es que el contacto esté dirigido únicamente a cometer cualquier delito contra la integridad sexual del menor.

Se trata de una acción compuesta de dos secuencias, el contacto para ganar la confianza de la víctima y el logro del abuso sexual en perjuicio del menor.

Lo dicho es concordante con lo ya señalado por Buompadre al expresar que el delito exige, en su aspecto subjetivo, una *ultraintención*: «un plus en la faz subjetiva que está dado por el propósito de cometer un delito sexual en perjuicio del menor de edad» (Buompadre, 2016, pp. 212-213).

V). 7. Consumación

El delito constituye un adelanto de punibilidad legislativa esbozada bajo la forma de un acto preparatorio de otra infracción contra la integridad sexual, por lo cual no se requiere que esta última se haya concretado o ni siquiera tentado.

Para la procedencia de la figura y de acuerdo con la redacción, bastará la mera realización de la conducta de «contactar» para que el delito quede perfeccionado. Ese contacto debe estar necesariamente inspirado en la finalidad típica de cometer alguna clase de agresión sexual contra menores de edad. No exige la efectivización de los actos sexuales, tampoco la efectiva producción de un resultado corruptor.

El tipo penal se presenta como un delito de peligro, pese a tales características, analizado desde el punto de vista de la acción, puede quedar en grado de tentativa desde el momento en que el sujeto activo realiza todas las maniobras necesarias para establecer un contacto con el menor, el que no se llega a concretar por causas ajenas a su voluntad (art. 42 CP).

En sustancia es un acto preparatorio punible, ya que el *grooming* es un acto previo al posterior propósito del autor, esto es un abuso o ataque sexual en perjuicio del menor⁶⁰.

Como ya lo adelantamos al tratar la acción, el delito se consuma con el contacto virtual entablado con el menor y siempre que el contacto responda a la finalidad de la perpetración de alguno de los ilícitos previstos en el Título III del Código Penal, ya sea en su forma básica o calificada, en otras palabras, con el fin de realizar actos de naturaleza sexual.

El contacto implica que el menor al menos reciba el mensaje sin necesidad de contestarlo, pues al menos el victimario lo contactó con la finalidad de mantener una relación y así producir una correspondencia de mensajes.

Si bien con un solo contacto se consuma el ilícito, la más de las veces el delito se presenta a través de una serie de contactos que prolonga la ofensa al bien jurídico, constituyendo en ese supuesto un delito permanente o continuo.

En consecuencia, reconoce un estado de consumación que se mantiene en el tiempo toda vez que la infracción puede integrarse de varios tramos o se ejecuta mediante actos sucesivos con solución de continuidad.

60 Respecto a la acción típica de este delito, la jurisprudencia tiene dicho que es un acto preparatorio punible, en el que las modalidades de comisión pueden ser de lo más variadas: mensajes, imágenes, declaraciones de afecto, bromas procaces, etcétera. La acción u omisión implica un acercamiento con el objeto de establecer una relación de confianza, de poder y/o control emocional sobre el menor mediante la manipulación o el engaño en el que el adulto, sujeto activo, enmascara su identidad con la finalidad de que el niño o niña, a través del vínculo establecido, pierda sus inhibiciones y realice acciones de índole sexual. La interacción de al menos dos personas para que el delito pueda concretarse tiene su campo de acción en redes sociales. (TOralCrim. y Corr. n.º 19 Capital Federal, CCC 2016/63.603/TO1).

V). 8. Confluencia de figuras

Si el contacto permite al victimario la realización de cualquiera de los delitos contra la integridad sexual, estos delitos desplazarán la aplicación del *grooming*, pues se estará ante la presencia de dos o más contextos delictivos de gravedad progresiva, esto es un concurso aparente de leyes, relación de consunción. En estos casos, cabe señalar que el tipo más grave o en igualdad de gravedad, el más perfecto, desplaza la aplicación del otro⁶¹.

Lo dicho no impide la aplicación autónoma de las figuras para aquellos supuestos en los que el *grooming* tiene autonomía y entidad por sí sola, sin la conexión ideológica con otros delitos gravosos que se suscitan por una acción súbita o sorpresiva y no planificada o premeditada⁶².

También podrá producirse concurso de delitos (art. 55 CP) para los supuestos de cometerse cualquier otro delito contra la integridad sexual y la figura de facilitación o distribución de material pornográfico al menor según lo previsto en el art. 128 CP.

Si bien el acoso o acercamiento a menores puede practicarse de modo diverso, la norma del actual art. 131 CP tiene un carácter limitado, pues solo describe la delincuencia del *grooming*, esto es el acoso practicado a través de medios tecnológicos.

Este carácter limitado de la norma es corregido en la redacción del proyecto de reforma que muestra una sistemática más acertada toda vez que la norma de lege ferenda abarca cualquier contacto con finalidad sexual delictiva en perjuicio del menor, sea que el acercamiento se produzca o no a través de un medio tecnológico.

El art. 122 del Anteproyecto es una figura subsidiaria, aplicable siempre «que el hecho no importe un delito más severa-

61 «Ley consumens derogate legi consumptae» (Cfr. Núñez, R. C., 2009, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Córdoba: Marcos Lerner, p. 157).

62 Jurisprudencia del Tribunal en lo Criminal n.º 2 de Bahía Blanca, en autos “L. J. s/ homicidio calificado, grooming y robo”, condenó al imputado indicando que el material probatorio de la causa daba cuenta de la existencia de un delito de acoso sexual tecnológico, dado su fin de cometer un delito contra la integridad sexual y del robo, y la *acción sorpresiva* de aquel al decidir quitarle la vida a la menor, quedando así perfectamente establecida la vinculación entre estos delitos.

mente penado». Prevé dos acciones más, cometidas en perjuicio del menor. Con estas, se completa un cuadro de protección del menor que comprende conversaciones o relatos de contenido sexual con el menor de trece años (inc. 1.º) y el requerimiento del sujeto pasivo para que realice actividades sexuales explícitas o actos con ese contenido o connotación o le solicite imágenes de sí mismo con contenido sexual. Basta para que la delincuencia proceda el requerimiento del agente sin que sea necesario que el menor acceda.

Resulta evidente que el tipo penal va delineando un sendero delictivo a través de cada conducta contenida en cada inciso de la norma. Los incisos 4.º y 5.º están dirigidos a la delincuencia que aprovecha la mayor indefensión del menor, ya sea por su propia inmadurez sexual, por el uso de engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o el empleo de intimidación o coerción. Se trata de situaciones en las que la víctima carece de libertad de decisión o una posibilidad material y psicológica de impedir la acción delictiva. En otras palabras, facilita la manipulación que ejerce el autor sobre la víctima.

Reflexiones finales

El análisis de las figuras realizadas refiere a acciones que personas u organizaciones dirigen a vulnerar integridad sexual de menores.

Sin embargo, consideramos que, más allá de la existencia de un sistema jurídico nacional y convencional que construya un abanico protector de la víctima, las respuestas eficaces trascienden ese ámbito y deben buscarse en otros ámbitos o espacio de la sociedad.

Como lo señala Roxin, el fenómeno de la criminalidad es un flagelo común a todas las sociedades, sin que ninguna haya logrado eliminarla o, al menos, reducirla considerablemente. Demuestra que las penas privativas de la libertad, aun siendo rigurosas y necesarias, no alcanzan a solucionar el problema porque el autor piensa que no será detenido o siéndolo podrá evitar un encierro extendido en el tiempo (Roxin, 2001).

La posibilidad de la detención del responsable, sin duda, es un medio disuasivo; sin embargo, entiendo que la mayor disuasión debe verse por una percepción del delincuente sexual acerca de ser descubierto y detenido. En otras palabras, que el Estado y la sociedad presente hará cesar el delito.

Ese fin se cumple a través del control, el cual se lleva a cabo a través de elementos esenciales que cooperan en la tarea: la autoridad policial y la familia o contexto que rodea a la víctima (menor), ambos mancomunados y empleando los mecanismos tecnológicos de última generación, pueden impedir un contacto, detectar su existencia, y ubicar el origen.

Resulta indiscutible que una adecuada educación sexual del menor ayuda a evitar la acción del delincuente, pues brinda herramientas de conocimiento al menor y a su propia familia.

Estas medidas de prevención del delito que, en un principio, deben ser acompañadas con medidas restrictivas de la libertad a fin de preservar a la víctima y no estorbar la pesquisa, deben tener correlato con la aplicación en el victimario del consiguiente tratamiento a cargo de especialistas que identifiquen las causas que lo llevaron a abusar y la terapia aplicable a cada caso.

Quien abusa, más allá del reproche penal de su conducta y su responsabilidad, es una persona con desequilibrios en su salud, por lo que es por demás necesario un tratamiento que asegure una repuesta más adecuada a fin de evitar la reiteración de conductas en el futuro, la que tendrá que verse acompañada del respectivo control o seguimiento del Estado en su cumplimiento, ya sea que deba cumplirse dentro o fuera de la esfera penitenciaria.

Se está ante una delincuencia que afecta de modo sensible a la sexualidad del ser humano con serias consecuencias en su vida, que, a su vez, repercuten en la sociedad. Su atención exige al Estado un abordaje desde el área educacional y de salud. El descuido o la indiferencia a lo señalado propicia, implica renunciar a la protección de quienes serán el futuro de cualquier sociedad.

Como bien lo dice Roxin: «si queremos fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social, tanto como sea posible, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual esté incluida la cooperación del derecho penal» (Roxin, 2001, pp. 98-99).

Referencias bibliográficas

- Alonso, S. (2014). «Grooming y CDN. Algunas reflexiones» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 185 y ss.
- Arocena, G. (2001). *Delitos contra la integridad sexual*. Advocatus.
- Bauman, Z. (2003). *Modernidad Líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Boumpadre, J. E. (7 de junio de 2017). «El delito de violación. Análisis dogmático de los elementos típicos tras la reforma de la Ley 27.352» en *Revista de pensamiento penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar>
- Boumpadre, J. E. (2016). *Violencia de género en la era digital: modalidades mediante el uso de la tecnología*. Astrea.
- De la Rúa, J.Y. (2014). *Derecho Penal Parte General (Vol. I)*. Hammurabi.
- Fellini, Z. (1999). «Comentarios a la Ley 25.087 sobre delitos contra la integridad sexual. Modificaciones al Código Penal» en *La Ley*, 2/3.
- Flores Prada, I. (2014). *Criminalidad informática. Aspectos sustanciales y procesales*. Tirant Lo Blanch.
- Garibaldi, G. (2014). «Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina» en *Revista Derecho Penal*, 21/37.
- Hefendehl, R. (2016). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel Derecho.
- Nuñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Lerner.
- Riquert, M. A. (2018). «Tenencia simple de pornografía infantil y figuras conexas» en *Ciberdelitos y delitos informáticos. Los nuevos tipos penales en la era de internet* (pp. 69-91). Erreius.
- Roxin, C. (2001). *Problemas fundamentales de política criminal*

y derecho penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



Distribución de material de abuso o explotación sexual en perjuicio de niños. Contacto telemático con menores de edad y fines sexuales (*grooming*)

Carlos Ochoa

Jael Arias Shocrón y Joaquín Gómez Miralles (Colaboradores)

Los avances de la tecnología y los nuevos procesos comunicacionales masivos —que, actualmente, se han hecho parte de la vida diaria de niños y adolescentes— han venido acompañados de un sinnúmero de riesgos que, muchas veces como adultos guardadores de los menores, no sabemos prevenir o evitar.

Esta nueva realidad sumada a la crisis de valores imperantes en la sociedad y por supuesto al cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre el Estado en relación con la protección de los niños y adolescentes, presente y futuro de la sociedad, hicieron necesaria una adecuación de la legislación penal en la materia.

En este contexto, proponemos el análisis de las figuras típicas incorporadas en el actual Código Penal y en el Proyecto de reforma 2018 que reprochan las conductas que perjudican al menor en la esfera de su sexualidad, en particular las relacionadas a aquellas que lo reconocen como un objeto del cual se sirve la pornografía para su posterior tráfico y consumo.

Sistemáticamente, el lector podrá, en primer lugar, encontrar un abordaje de los tipos penales vinculados con la distribución y tenencia de materiales de abuso sexual infantil; luego también, la facilitación del acceso a espectáculos en los que se exhibe pornografía, y, por último, lo relacionado a la figura de *grooming*.

ISBN 978-987-688-415-0



9 789876 884150



Universidad Nacional
de Río Cuarto
Secretaría Académica