

Explotación sexual infantil a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). El estado de la cuestión en la jurisprudencia argentina

Child sexual exploitation through information and communication technologies (ICT). Current approach in Argentine case law

*Juan Bautista Mahiques**

Resumen

La explotación sexual infantil cometida a través de las TIC es un fenómeno que ha crecido con el avance de las nuevas tecnologías y la anticipación de la edad de acceso a ellas. Esta problemática es abordada por el derecho penal argentino, principalmente, a través de dos delitos: la producción y distribución de material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (art. 128 del Código Penal) y la figura de *grooming* (art. 131 del Código Penal). En el presente trabajo se analizan en detalle los delitos mencionados, a la vez que se identifican y reseñan los problemas generados en torno a la interpretación de esos tipos penales en los tribunales argentinos.

Palabras clave: explotación sexual infantil – TIC – material de explotación sexual infantil – *grooming* – jurisprudencia

Abstract

Child sexual exploitation committed through ICTs is a phenomenon that has grown with the advance of new technologies and the lowered age of access to them. In Argentine criminal law, the issue of sexual exploitation of children and adolescents is primarily addressed through two provisions: art. 128 of the Criminal Code (the production and distribution of material for sexual exploitation of children and adolescents) and art. 131 of the Criminal Code (*grooming*). This paper analyzes the

* Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y docente de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Investigador Independiente. Agradezco especialmente a Daniela Dupuy y a Alberto Nanzer, por su valioso aporte en la recopilación de información; y a Estefanía Peticaro y Lara Benítez, por la cuidadosa revisión del manuscrito.

ARTÍCULO	<i>Explotación sexual infantil a través de las TIC...</i>
-----------------	---

aforementioned offenses in detail, and identifies and outlines the problems generated by the interpretation of these criminal offenses in Argentine courts.

Keywords: child sexual exploitation – ICT – child sexual abuse materials – grooming – case law

I. Introducción

Las tecnologías de la información y las comunicaciones (“TIC”) constituyen una herramienta casi imprescindible en la vida de las personas. El desarrollo de las TIC en los últimos años ha posibilitado su empleo en áreas como la investigación, la salud, la educación o las ciencias. Sin embargo, el avance de las TIC también las ha convertido en una herramienta propicia para la comisión de graves delitos.

En este contexto, las niñas, niños y adolescentes (en adelante, “NNyA”) se han acercado cada vez más a las tecnologías y han anticipado su edad de acceso a las TIC, lo que supuso grandes cambios en sus actividades cotidianas en línea.² Dicho acercamiento se ha incrementado recientemente como consecuencia de la pandemia por COVID-19. Esta situación extraordinaria generó un gran impacto a nivel global, porque el uso de la tecnología se tornó imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones laborales y para la continuidad de los programas educativos. El incremento considerable del tiempo que los NNyA pasan conectados aumenta de forma significativa los riesgos a los que están expuestos.

Como consecuencia de ello, los dispositivos a través de los que interactúan virtualmente los NNyA “se ha[n] convertido no solo en una ventana al mundo, sino en un verdadero espacio ampliado de victimización”.³ La investigación criminológica indica que la victimización de NNyA es más frecuente que la de adultos y que, muchas veces, los NNyA no son conscientes de su propia condición; ello los convierte en las víctimas ideales.⁴ Los ilícitos contra NNyA en entornos informáticos suelen ocasionar severas afectaciones a su integridad sexual; se trata, en gran medida, de delitos vinculados con el abuso sexual y la explotación sexual.

El análisis de datos sobre la victimización resulta problemático por dos razones principales: en primer lugar, por la brecha entre casos conocidos (casos registrados ante las autoridades responsables) y casos sobre los que solo es posible especular (no registrados ante las autoridades). En segundo lugar, porque los datos registrados no

² Irene Montiel y José R. Agustina, “Victimización sexual de menores a través de las TIC”, en *Ciberdelincuencia II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, eds. Daniela Dupuy y Mariana Kiefer (Montevideo: B de F, 2018), p. 405.

³ Montiel y Agustina, “Victimización sexual de menores a través de las TIC”, p. 405.

⁴ Montiel y Agustina, “Victimización sexual de menores a través de las TIC”, p. 405.

proveen información personal, como la edad o país de origen de la víctima.⁵ De tal manera, la falta de información estadística dificulta la persecución de delincuentes a escala mundial. Sin embargo, algunas organizaciones globales tienen un mayor acceso a datos.

La *Internet Watch Foundation* (“IWF”), por ejemplo, realizó un análisis estadístico de 123.676 URL pertinentes y 54 grupos de noticias. Como resultado, se observó que más de tres cuartos de todas las víctimas de abuso sexual tienen entre 7 y 13 años de edad, y que el 92% son mujeres.⁶ Asimismo, las entrevistas de víctimas indican que los niños y niñas sin una persona en quien confiar, con una discapacidad mental, historial de abuso o provenientes de un entorno económico complejo se convierten en víctimas de maltrato infantil con mayor probabilidad.⁷ Además, se verificó que las víctimas quedan sujetas a desórdenes traumáticos por el resto de sus vidas, y que necesitan tratamiento médico y psicológico.

Los perpetradores, por su parte, pueden actuar por razones intrínsecas o extrínsecas. Los primeros utilizan Internet para desarrollar fantasías, monitorear y contactar víctimas, evitar la detección y comunicarse con otros delincuentes.⁸ A su vez, estos se agrupan en dos categorías: *searching* (aquellos cuya motivación radica en buscar en Internet para encontrar el material correspondiente) y *collecting* (quienes tienen el objetivo de recolectar y almacenar tanto material como sea posible).⁹ Por el contrario, los motivos extrínsecos para participar en explotación sexual contra la infancia pueden encontrarse en la ganancia financiera que supone la producción o distribución del material, y la que surge de proveer una plataforma para el procesamiento de ese material.¹⁰

Adicionalmente, en algunas publicaciones se ha observado que los condenados por un delito relacionado a alguna forma de explotación sexual infantil son, casi en su totalidad, hombres blancos que tienen entre 25 y 50 años. Se trata de personas que raramente presentan antecedentes penales y que tienen una mejor educación que otros

⁵ Edith Huber, “Child pornography in the Internet”, en *Child Sexual Abuse and the Media*, eds. Daniela Stelzmann y Josephine Ischebeck (Baden-Baden: Nomos, 2022), p. 236.

⁶ Huber, “Child pornography in the Internet”, p. 236.

⁷ Huber, “Child pornography in the Internet”, p. 236.

⁸ Huber, “Child pornography in the Internet”, p. 238.

⁹ Huber, “Child pornography in the Internet”, p. 238.

¹⁰ Huber, “Child pornography in the Internet”, p. 238.

delinquentes.¹¹ Sin embargo, el estado actual de los datos hace que una tipología acabada de los condenados por estos delitos resulte aún prematura.

A raíz de la gravedad del fenómeno, la comunidad internacional ha puesto de relieve la necesidad de tipificar y perseguir los delitos relacionados con la explotación sexual infantil. Prueba de ello son los Convenios 182 y 138 de la OIT (1999), el Protocolo de Palermo (2000), el Compromiso Mundial de Lucha contra la ESCI (Estocolmo 1996, Yokohama 2001 y Río de Janeiro 2008) y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990).

En lo que refiere específicamente a los delitos informáticos, corresponde destacar el Convenio sobre Ciberdelincuencia de Budapest, elaborado por el Consejo de Europa con el objetivo de que pudiera ser extendido a países no miembros. Fue firmado el 23 de noviembre de 2001 e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley Nro. 27.411. Se trata de un instrumento internacional de cooperación en materia penal, en el que se regulan delitos informáticos que los países firmantes se comprometen a sancionar en su derecho interno. El objetivo consiste en armonizar la legislación y, de este modo, facilitar la cooperación internacional.¹² Además, el Convenio establece medidas procesales especiales, de acuerdo con la complejidad de la investigación de los delitos informáticos y los inconvenientes relacionados con la recolección, volatilidad y validez de la evidencia digital. Por último, prevé mecanismos de cooperación internacional y asistencia mutua, dado el carácter transnacional de los delitos que se cometen en entornos digitales.¹³

El derecho argentino, por su parte, se ha modificado y actualizado de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos. En 2008, se sancionó la Ley Nro. 26.388, mediante la que se modificó el Código Penal y se incorporaron tipos penales relacionados con la ciberdelincuencia, tales como la estafa informática, el acceso indebido a sistemas informáticos o a comunicaciones electrónicas y la explotación sexual infantil. En 2013, se incorporó al Código Penal el delito de *grooming* a través de la Ley Nro. 26.904.

¹¹ Huber, "Child pornography in the Internet", p. 238.

¹² Sebastián Garat y Julián Reale, "La reforma penal en materia de ciberdelincuencia en la República Argentina", en *Ciberdelincuencia II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, eds. Daniela Dupuy y Mariana Kiefer (Montevideo: B de F, 2018), p. 487.

¹³ A modo de ejemplo, una persona que se encuentra en el país A se contacta a través de medios informáticos con un niño ubicado en el país B y lo acosa sexualmente.

Finalmente, en 2018, se modificó el artículo 128 del Código Penal y se incluyó entre las conductas prohibidas la tenencia de material de explotación sexual infantil (Ley Nro. 27.436).¹⁴ Esa reforma, además, aumentó las penas en general y agravó las escalas en los casos en los que la víctima sea menor de 13 años.

En este marco, la explotación sexual infantil cometida por medio de las TIC resulta alcanzada por el derecho penal básicamente a través de dos delitos. Por un lado, la producción y distribución de material de explotación sexual de NNyA (art. 128 CP); por el otro, la figura del *grooming* (art. 131 CP). Se trata de dos conductas criminales que tienen gran relevancia en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional.¹⁵ En lo que sigue, analizaré con mayor detalle los delitos mencionados, y reseñaré algunas controversias que se han suscitado en la jurisprudencia a propósito de su regulación.

II. Producción y distribución de material de explotación sexual infantil

El art. 128 del Código Penal se compone de cuatro párrafos, en los que se introducen distintas figuras típicas que serán expuestas a continuación. A su vez, el artículo introduce un agravante, al establecer que todas las escalas penales previstas se elevarán en un tercio en su mínimo y en su máximo cuando la víctima fuere menor de 13 años.

A. Elaboración y comercialización

El primer párrafo del art. 128 CP establece distintos verbos típicos (producere, finanziare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere) que intentan englobar la cadena de elaboración y comercialización del material de explotación

¹⁴ En la actualidad, se desaconseja la utilización de los términos “pornografía infantil” y “prostitución infantil” dado que, generalmente, aluden a actividades consensuadas entre adultos y no reflejan las problemáticas que se pretenden identificar. Para obtener más información al respecto, se recomienda el estudio de las “Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales”, también conocidas como “Orientaciones de Luxemburgo”.

¹⁵ Para el año 2010, organizaciones no gubernamentales indicaban que se estaban realizando unas 116.000 búsquedas diarias con la voz de *child pornography* a nivel mundial (Marcelo A. Riquert, dir., *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, 1.^a ed. [Buenos Aires: Erreius, 2018]). De la misma manera, a nivel local, según datos de la Secretaría de Información Estadística y Análisis de Datos del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, durante el año 2019 ingresaron 3510 casos registrados como presuntas infracciones al art. 128 CP (3454 casos del primer párrafo, 38 casos del segundo párrafo y 18 del tercer párrafo), y 272 casos correspondientes al art. 131 CP. Dada la importancia de estos fenómenos, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires dispone de una unidad especializada con competencia para investigar los ilícitos cometidos en entornos informáticos: la Unidad Fiscal Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas (“UFEDyCI”). Además de otros delitos y contravenciones, desde el año 2020 la UFEDyCI tiene competencia exclusiva en la Ciudad de Buenos Aires para la investigación de los casos ingresados como infracciones a los artículos 128 y 131 CP.

sexual infantil; la norma conmina todas esas acciones con la misma escala penal. Adicionalmente, se pena el acto de organizar espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en los que participen NNyA.

Las conductas típicas mencionadas hacen referencia a “toda representación de un menor de 18 años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas” o a “toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. En esta última variante, se hace referencia a las partes genitales para aludir a los órganos sexuales externos, y a los “fines predominantemente sexuales”, con el objetivo de excluir imágenes que tengan otro propósito, como aquellas que se encuentran en manuales con fines educativos o médicos.¹⁶ En relación con el tipo subjetivo, el art. 128 exige el dolo directo. En este caso, el dolo recae en el conocimiento y voluntad de producir, financiar, distribuir, ofrecer, etc.

La aplicación del primer párrafo del art. 128 CP ha generado al menos tres problemas en la jurisprudencia. El primero refiere a lo que entraña la producción de representaciones de partes genitales o de actividades sexuales; el segundo atañe al concepto de distribución; y el tercero involucra cuestiones relacionadas con la recolección de prueba y el derecho a la intimidad. En lo que sigue, se analizarán esos problemas en particular.

a. Producción de representaciones de partes genitales o de actividades sexuales

La primera cuestión para destacar se vincula con el alcance del vocablo “producción”. En un caso resuelto en la jurisdicción de Córdoba, el imputado se había contactado con niñas y les había solicitado representaciones sexuales de carácter pornográfico, a la vez que las amenazaba con publicar las fotografías y videos obtenidos a fin de recibir más contenido. En lo que aquí interesa, se debatió si el imputado había realizado la acción típica de producir las imágenes. La defensa alegaba que no se había verificado el ilícito en cuestión porque el imputado solo había actuado solicitando dichas representaciones, y luego como receptor pasivo de ellas. Según su criterio, la figura típica exige que el propio autor tome las fotografías o registre las imágenes en movimiento. El Tribunal de Apelaciones entendió que el agravio no debía ser admitido. Según el razonamiento de los jueces, el imputado había actuado como autor mediato, ya que las

¹⁶ Rubén E. Figari, “Comentario al art. 128 del Código Penal (Ley 27.436) sobre pornografía infantil”, *Derecho Penal y Criminología*, nro. 10 (2018).

niñas habían efectuado las imágenes de sus partes genitales a instancias de él, en el marco de un proceso de coacción y en un contexto de violencia de género.¹⁷

La siguiente disputa se presenta a raíz de la necesidad de precisar la noción de producción de representaciones de partes genitales. En el caso Gaudino, una persona realizó una video filmación por debajo de la pollera de una niña de 11 años en un supermercado. Para ello, el acusado arrastró un canasto con una cámara filmadora en su interior, lo colocó en el piso y lo acercó a la niña en al menos tres oportunidades. En su recurso contra el auto de procesamiento, la defensa alegaba la atipicidad de los hechos.¹⁸ El Tribunal de segunda instancia consideró que, aunque constituía una intromisión en la intimidad de la víctima, la conducta del imputado no se adecuaba al tipo penal. El Tribunal destacó que en las imágenes se apreciaba la parte superior de las piernas de la niña y sus nalgas cubiertas por ropa interior; la representación, a entender del Tribunal, no suponía una exhibición de sus partes genitales. La sentencia consideró especialmente los límites que impone el principio de legalidad, así como la prohibición de analogía. Asimismo, los jueces afirmaron que tampoco se configuraba una tentativa, ya que la modalidad de acción del autor resultaba —*ex ante*— inadecuada para producir el resultado de la obtención de imágenes de partes genitales: en efecto, ese encuadre dependía de la circunstancia improbable de que la niña no llevara ropa interior.

Al contrario, la disidencia entendió que se encontraba acreditada la noción de “producción” que impone el tipo objetivo; adujo que ella corresponde a todo lo que importa fabricar, elaborar o crear representaciones por medios mecánicos y electrónicos, y que esa circunstancia sí se encontraba verificada en el caso. Además, el juez analizó las dos modalidades previstas por el art. 128 (“toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas” o “toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”) y entendió que la conducta del imputado encuadraba en la segunda de ellas. Por último, la disidencia reconoció que era contingente la obtención de imágenes correspondientes a los genitales de la niña; pero señaló que el imputado había desplegado todos los medios para capturar representaciones de esa

¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Penal, “Carignano, Franco Daniel”, 28/07/2020, Caso Nro. 1965/2004.

¹⁸ En este caso, se imputó el delito en su redacción anterior, ya que los hechos ocurrieron en el año 2011 (previo a las reformas por las que se elevaron las penas y se tipificó la tenencia simple).

naturaleza. De tal manera, la definición pendiente era si el hecho resultó tentado o no, en función de las imágenes efectivamente obtenidas.¹⁹

Similares cuestiones fueron analizadas en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires. En un caso, se imputaba la facilitación y distribución de una representación de partes genitales de una niña. Concretamente, el imputado había enviado por *Facebook* la imagen de una niña de entre 12 y 13 años dormida y desnuda, en la que se observaban sus senos, pero no su pubis. La defensa recurrió el auto de elevación a juicio y el Tribunal de Apelaciones sobreescribió al imputado. Los jueces consideraron especialmente la definición de partes genitales según la RAE y un manual de medicina legal, que indicaban que serían aquellas “insustituibles para la cópula” y las únicas contempladas en el art. 128 CP. Concluyeron, entonces, que no se trataba de una representación de tales características.

Contra dicha resolución, el fiscal interpuso recurso de casación, por entender que se había realizado una interpretación errónea del art. 128 CP, y que se había desconocido el sentido de la norma. Agregó que la niña había sido vulnerada en sus derechos y que había existido una situación concreta de agresión sexual, y resaltó la preocupación internacional respecto de los materiales de violencia sexual contra la infancia distribuidos por Internet. El Tribunal de Casación hizo lugar al planteo del fiscal. Al contrario del criterio seguido en el precedente mencionado más arriba, entendió que la conducta encuadraba —*prima facie*— en la figura prevista en el art. 128 CP. Advirtió que la norma refiere a “partes genitales” y no a “órganos genitales”; por ello, reducir el término a los órganos hábiles para la cópula significaba una interpretación sesgada.

El Tribunal sostuvo, además, que la redacción del tipo penal se adecuaba a los estándares internacionales que buscan proteger a los NNyA de la producción de material de explotación sexual. Asimismo, afirmó que la niña había sido utilizada como objeto con fines predominantemente sexuales, y que ello descartaba cualquier colisión con el principio de máxima taxatividad legal. En este sentido, explicó que la ley utiliza conceptos de contenido valorativo, que requieren de interpretación judicial para fijar su sentido específico en el caso concreto, como “toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales”. Tales conceptos, pues, no contradicen el principio de legalidad instaurado por el art. 18 CN.²⁰

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala VII, “Gaudino”, 12/07/2012, Caso Nro. 334/12.

²⁰ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires – Sala II, “Dei, Oscar Alejandro”, 24/06/2021, Caso Nro. 38.101/2019.

En otro caso, resuelto en la Ciudad de Buenos Aires, se examinaron cuestiones similares, vinculadas a la producción de representaciones dedicadas a actividades sexuales. En concreto, se imputaba al acusado haber tomado fotografías de un niño de 6 años, hijo de su pareja, en las que se lo observaba apoyando su miembro viril en la boca del niño mientras este dormía. La discusión allí era si el imputado había involucrado o no a la víctima en una práctica sexual.

La defensa alegaba la atipicidad de la conducta. El Tribunal de Apelaciones, en cambio, entendió que la “producción” se encontraba acreditada, y que el accionar del imputado se adecuaba a la primera modalidad típica (“toda representación de un menor de 18 años dedicada a actividades sexuales explícitas”). En este sentido, los jueces sostuvieron que, aun cuando las fotografías no indicaron una participación activa y consciente del niño, ellas sí denotaban una actividad sexual explícita. A su vez, afirmaron que el aspecto simbólico de la representación de un niño cabía dentro del ámbito de punición propio de esta figura, y que era indistinta la conducta (activa o pasiva) asumida por la víctima en la representación sexual. En consecuencia, se decidió que la conducta del imputado era típica y se confirmó el auto de procesamiento.²¹

b. Distribución

El concepto de distribución y facilitación de material de explotación sexual de NNyA plantea una serie de problemas. Uno de ellos corresponde a la necesidad de determinar cuándo una conducta realiza la acción de distribuir. En un caso sustanciado en la provincia de Buenos Aires, se juzgaba la publicación de representaciones de explotación sexual infantil en la red social *Fotolog*. En el recurso contra la sentencia condenatoria, la defensa alegaba la atipicidad de la conducta, tras sostener que el verbo “distribuir” alude a hacer llegar a otro una cosa. Según este criterio, es necesario que el remitente efectivamente haya recibido las imágenes; circunstancia que no se encontraba probada en la causa. Agregó que el material fue detectado y apartado de circulación sin que hubiera habido denuncia de algún usuario. Concluyó que esa inexistencia de denuncia confirmaba la ausencia de un receptor que hubiera visualizado las imágenes. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones entendió que la conducta era típica y confirmó la condena, al considerar que la distribución o publicación no exigía que alguien hubiera efectivamente recibido o visto el material. Para el Tribunal, la figura penal se satisface mediante la sola posibilidad

²¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal - Sala VII, “M., J. L.”, 10/05/2021, Caso Nro. 34.158/20.

de que alguien pueda recibir las representaciones que han sido puestas al alcance del público.²²

En un caso radicado en la Ciudad de Buenos Aires, el imputado había compartido imágenes de NNyA con contenido sexual por medio de la plataforma *Google Plus*. La defensa sostenía la atipicidad de la conducta. Alegaba que subir imágenes a una plataforma no implicaba enviarlas, y que eso dependía de la configuración de la plataforma, ya que era posible tener un perfil público o uno privado. A partir de estas circunstancias, afirmaba que la fiscalía no había explicitado la forma en que se había llevado a cabo la distribución del material, y que tampoco había clarificado cómo funcionaba la plataforma de *Google Plus* en el caso concreto. En suma, indicaba que facilitar o compartir una imagen sin especificar la existencia de un eventual destinatario constituía una conducta atípica.

El Tribunal de Apelaciones rechazó el planteo de la defensa. Citó un precedente en el que se sostuvo que el envío de material desde la cuenta del imputado a un sitio de acceso público —en el que pudo haber sido observado por un número indeterminado de personas— constituía la acción de distribuir imágenes pornográficas de NNyA.²³ Asimismo, el Tribunal afirmó que la imposibilidad de identificar a los usuarios del programa en el que fue distribuido el material de explotación sexual que compartió el imputado no impedía tener por configurado el tipo objetivo del delito. A su vez, los jueces entendieron que, dado que la causa se había iniciado partir de una denuncia del Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (“NCMEC”), era posible concluir que las personas que trabajaban en la organización habían tomado conocimiento de las imágenes mientras navegaban en Internet. Esta circunstancia le permitió al Tribunal deducir que los archivos se encontraban en estado público. En consecuencia, el Tribunal de Apelaciones entendió que la conducta del imputado era típica.²⁴

Otra discusión de suma relevancia respecto del tipo penal previsto en el primer párrafo del art. 128 CP es la que presenta la distribución o facilitación en redes *peer to peer*. En un caso reciente, se imputaba a un médico pediatra la facilitación y el ofrecimiento de archivos de explotación sexual de NNyA a través de la plataforma *Emule*,

²² Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal Departamental de Lomas de Zamora – Sala II, “Galeppi, Vicente Omar”, 24/11/2010, Caso Nro. 842260.

²³ La referencia corresponde al caso: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional – Sala I, “Malomo”, 27/06/2005.

²⁴ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas – Sala I, “G., F. E.”, 7/03/2017, Caso Nro. 11634-00-00/15.

además de otras calificaciones como la tenencia simple. La defensa recurrió la sentencia condenatoria y alegó que el acusado no había difundido consciente e intencionalmente las imágenes a través de *Emule*, ni había puesto a disposición los archivos de manera voluntaria.

Sin embargo, los peritos del caso aclararon que las plataformas *peer to peer* no realizan descargas de forma automática y que el usuario debe detallar la búsqueda del material que pretende obtener. Agregaron que, una vez arrojados los resultados, el usuario debe elegir cada archivo que es de su interés y que, al comenzar la descarga, la información se comparte automáticamente con cada uno de los usuarios que realizaron una búsqueda similar. Por lo tanto, se consideró improbable que el imputado descargara material y no lo compartiera.²⁵ Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluyó que, en efecto, el imputado puso a disposición de terceras personas el material de abuso sexual infantil y que, si no se había determinado el destino de los archivos, la acción típica reprochable era la de facilitar. En consecuencia, la sentencia rechazó el planteo de la defensa en relación con esta cuestión.²⁶

c. Recolección de prueba y derecho a la intimidad

La investigación de estos delitos también da lugar a planteos de índole constitucional. En particular, me refiero a las cuestiones relacionadas con la recolección de prueba y el derecho a la privacidad e intimidad del imputado. En rigor, estas dificultades no son exclusivas de los casos abordados por el primer párrafo del art. 128, sino que tienen su aplicación en cualquiera de las figuras que prevé.

En un caso resuelto en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, la defensa del imputado alegaba la nulidad del procedimiento. La investigación se había iniciado a raíz del reporte de una compañía estadounidense que presta servicios de almacenamiento de archivos en línea (*DropBox*). El reporte había sido remitido al Cuerpo de Investigaciones Judiciales del Ministerio Público Fiscal (“CIJ”) a través de un informe del NCMEC. Allí

²⁵ El mismo criterio ha seguido el Tribunal de Albacete al pronunciarse en un caso en que se imputaba la difusión de material de explotación sexual contra la infancia, prevista por el art. 189.1 b del Código Penal español. En esa oportunidad, el Tribunal afirmó que la simple utilización del programa *Emule* constituye un acto de distribución o facilitación de los archivos que el usuario descarga. Esta característica se explica por la naturaleza del programa: al descargar archivos, y mientras se encuentran en la carpeta “*Incoming*”, los demás usuarios tienen accesibilidad a ellos. Añadió que, aun cuando se extrajera rápidamente el archivo de dicha carpeta, el tiempo de descarga también implica la puesta a disposición. (Tribunal de Albacete, 4/03/2013, Caso Nro. 73/13).

²⁶ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas - Sala II, “Russo, Ricardo Alberto Guillermo”, 11/12/2020, Caso Nro. 33010/2018-8.

se informaba que el imputado habría guardado contenido de explotación sexual infantil en la plataforma mencionada. La defensa argumentó que el reporte habría sido emitido por una compañía de jurisdicción extranjera sin autorización del juez competente; asimismo, alegó que se habían avasallado los derechos de intimidad y privacidad del imputado, y que ello le provocaba un gravamen irreparable. El recurso señalaba, en resumen, que toda la prueba recolectada por esa vía era ilegítima.

Sin embargo, el Tribunal de Alzada sostuvo que el reporte no vulneraba ninguna norma constitucional. El juicio obedecía a dos razones: por un lado, la interceptación de ciertos datos de interés se encontraba prevista en las políticas de privacidad de la compañía, y el usuario que utilizaba la cuenta debía aceptar los términos y condiciones —en los que autorizaba a aquella a compartir el contenido de su actividad cuando ella pudiera configurar un delito—. Por otro lado, la investigación se daba en el contexto de un acuerdo suscripto por el Ministerio Público Fiscal y el NCMEC, a los efectos de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas con respecto a la protección de la integridad sexual de los NNyA. Los jueces concluyeron que no se violaron los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, ni ninguna otra garantía constitucional.²⁷

En uno de los precedentes ya comentados, la defensa cuestionaba el modo en que se había iniciado la investigación y la falta de autorización de la justicia argentina; se quejaba especialmente de que la acusación hubiera sido el producto de una operación internacional llevada a cabo desde Brasil. El Tribunal entendió que los agravios guardaban relación con el derecho a la intimidad y la expectativa de privacidad en el uso de ciertas tecnologías. Al respecto, el voto de la mayoría afirmó que las características del programa *Emule* permitían que cualquiera que lo ejecutara accediera a los archivos compartidos por el resto de los usuarios, lo que llevaba a concluir que la expectativa de intimidad o privacidad de quienes comparten o descargan archivos era casi nula. A su vez, el Tribunal remitió a un precedente para reafirmar que los archivos electrónicos compartidos a través de Internet con infinidad de personas indeterminadas no podían asimilarse a la correspondencia o a los papeles privados y que, por lo tanto, no correspondía reconocer a los usuarios una expectativa de privacidad.²⁸ Además, el fallo

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Sala III, “N. N.”, 5/11/2018, Caso Nro. 7759/2017-1.

²⁸ La referencia corresponde al caso: Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas - Sala II, “Vasallo, Julián Darío”, 27/12/2016.

resaltó los compromisos asumidos por el Estado en lo atinente a la prevención y persecución de este tipo de delitos.²⁹

En otro de los casos mencionados previamente, se debatió acerca de la validez del procedimiento. En concreto, la defensa esgrimía que la dirección IP constituía un dato personal. Desde su perspectiva, las averiguaciones que se habían hecho respecto de su titularidad debían haber sido autorizadas por un juez, ya que afectaban el derecho a la intimidad. Se agraviaba de que, luego de recibido el informe del NCMEC, las medidas tendientes a identificar la IP habían sido adoptadas por el CIJ sin control jurisdiccional y sin intervención de un fiscal.

El Tribunal entendió que la información brindada por el proveedor de Internet no debía caracterizarse como información personal en los términos del art. 13.8 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por el contrario, consideró que el pedido de informe solo apuntaba a identificar a la persona a la que se le atribuía una IP determinada. Por ende, los jueces afirmaron que el requerimiento de información no vulneró el derecho a la intimidad. Para ello, se ampararon en un precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el que se distinguían distintos tipos de solicitudes de información.³⁰ Sostuvieron que la mera solicitud de titularidad no afecta en modo alguno el ámbito de privacidad constitucionalmente garantizado hacia las personas, dado que se limita a conocer la pertenencia de una línea telefónica en particular, sin ingresar en el contenido de las comunicaciones.

Adicionalmente, el Tribunal resaltó que la denuncia había ingresado al órgano al que la Constitución de la Ciudad confía la protección de los intereses generales de la sociedad, y al que le asigna la titularidad de la acción penal. Destacó que, una vez recibida allí, fue enviada al CIJ, que solicitó el informe sobre la titularidad de la IP a las firmas prestatarias del servicio público de Internet. De tal manera, según afirmaron los jueces, no se advirtió que la solicitud se hubiera formulado irregularmente. Por el contrario, concluyeron que la remisión de la causa al CIJ resultó razonable, en atención a la complejidad del delito investigado y que no contravino las normas que rigen la cuestión. El Tribunal recalcó que

²⁹ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas - Sala II, “Russo, Ricardo Alberto Guillermo”, 11/12/2020, Caso Nro. 33010/2018-8.

³⁰ La referencia corresponde al caso: Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional – Sala I, “Paolucci”, 7/12/2009.

el CIJ solicitó a los proveedores que informaran sobre los datos del usuario y que, luego de elaborado el informe, lo remitió a la fiscalía especializada.³¹

B. Tenencia simple

El segundo párrafo del art. 128 del CP fue incorporado por la Ley Nro. 26.388. En la redacción vigente, la norma castiga la tenencia simple del material, sin que deba acreditarse una ultrafinalidad. Por el contrario, previo a la modificación legislativa, la tenencia típica de material de explotación sexual infantil requería la ultraintención de compartirlo o comercializarlo. Si no se probaba esa finalidad, no era posible imputar el delito. Este requisito generaba obstáculos en la investigación, por la dificultad propia de determinar cuándo se estaba frente a la inequívoca intención de distribuir o comercializar.³² Por ejemplo, si se encontraban en un allanamiento diez DVD con material de explotación sexual infantil, surgían interrogantes respecto de si el material era para consumo personal. En el mismo sentido, no había consenso en torno a cuántos videos o imágenes se debían poseer para considerar que el fin era de distribución, ni sobre si era necesario que los DVD estuvieran rotulados con precios.³³

En la actualidad, y como se adelantó, el segundo párrafo del artículo 128 CP reprime la mera tenencia del material con independencia de la intención del autor.³⁴ Respecto del tipo subjetivo, la redacción indica que la tenencia debe ser “a sabiendas”; ello refuerza la posición de que se requiere dolo directo y de que, en consecuencia, no son punibles las recepciones no requeridas, percibidas o expresamente guardadas como material de explotación sexual infantil.³⁵

La jurisprudencia de la Ciudad de Buenos Aires ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la figura. En una apelación, la defensa planteó que la ley penal resultaba violatoria del art. 19 de la CN, ya que se vulneraba la intimidad de la persona que poseía representaciones de este tipo de forma privada. La defensa realizó una analogía con el caso Bazterrica³⁶ sobre tenencia de estupefacientes para consumo personal: consideró que, dado que las imágenes no salieron del ámbito de privacidad del

³¹ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas – Sala I, “G., F. E.”, 7/03/2017, Caso Nro. 11634-00-00/15.

³² Garat y Reale, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, p. 507.

³³ Garat y Reale, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, p. 507.

³⁴ Aunque en la aprobación del Convenio sobre Ciberdelincuencia se había formulado reserva respecto de la tenencia simple.

³⁵ Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Bazterrica”, 29/08/1986, *Fallos*: 308:1392.

imputado, no se le podía atribuir ninguna forma de afectación de la indemnidad sexual de los NNyA.

El Tribunal de Apelación, por su parte, sostuvo que la criminalización de la mera tenencia de representaciones de explotación sexual infantil era concordante con los lineamientos consagrados en leyes nacionales, como la Ley Nro. 26.061 de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes, y en instrumentos internacionales, como el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de Europa. Sobre la analogía con el caso Bazterrica, el Tribunal entendió que no podía extenderse lo allí resuelto a la materia en cuestión, ya que las normas protegían bienes jurídicos distintos (la salud pública en uno, y la indemnidad sexual de NNyA en el otro). Asimismo, la sentencia consideró que la tenencia de representaciones de NNyA de índole sexual facilitaba la reproducción permanente de situaciones de abuso, y que el poseedor favorecía el crecimiento de ese mercado, dado que la demanda del material incentivaba la comisión de más abusos. En razón de ello, el Tribunal confirmó la resolución apelada y rechazó el planteo de inconstitucionalidad.³⁷

C. Tenencia con fines de comercialización o distribución

El tercer párrafo del art. 128 CP mantiene la regulación de la tenencia del material de abuso sexual infantil con fines inequívocos de distribución o comercialización. De tal manera, la figura se ha convertido ahora en un supuesto de tenencia agravada. El criterio prevaleciente es que quien posee el material con fines inequívocos de comercialización o distribución realiza una conducta más lesiva que quien lo posee de forma simple.³⁸ En relación con el tipo subjetivo, nuevamente se trata de hechos dolosos que requieren de dolo directo. Como se ha adelantado, esta figura podría suscitar distintas dificultades probatorias. En lo que sigue, mencionaré brevemente algunos casos en los que se consideró probada la finalidad exigida.

En un caso resuelto en la provincia de Buenos Aires, se imputaba al acusado la distribución y tenencia con fines de distribución de material de explotación sexual infantil. Respecto de la segunda figura, el Tribunal afirmó que, dado que el autor había divulgado una de las imágenes contenidas en su celular —lo que había originado el

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas – Sala II, “Morrison, Jim”, 7/07/2022, Caso NRro. 7655/2020-1.

³⁸ Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, pp. 508-09.

reporte del NCMEC—, se podía inferir que el resto de las representaciones eran conservadas con la misma finalidad.³⁹

En otro proceso, se investigaban hechos subsumidos en la misma figura. En el allanamiento realizado en el domicilio del imputado, se habían secuestrado distintos dispositivos con gran cantidad de imágenes y videos de material de explotación sexual infantil, además de carpetas utilizadas por programas como *Emule* para el intercambio de archivos *peer to peer*. En la sentencia condenatoria, el Tribunal afirmó que la instalación de programas para compartir material de abuso sexual infantil y los hechos reprochados (descarga y difusión de gran cantidad de contenido) permitían establecer de forma inequívoca el fin de distribución.⁴⁰

Por último, en un caso similar correspondiente a la jurisdicción de Buenos Aires, el Tribunal entendió que se encontraba probada la finalidad de distribución. Para ello, consideró que el “inocultable contenido jurídico-penal” de las imágenes que poseía el imputado, que eran más de 3800, fundamentaba el componente subjetivo adicional al del dolo.⁴¹

D. Acceso a espectáculos pornográficos

El cuarto párrafo del art. 128 CP castiga la acción de facilitar el acceso de NNyA a espectáculos pornográficos, y el suministro a NNyA de material pornográfico. Parte de la doctrina, vale destacar, subsume en esta figura la conducta de quienes proveen contenido en sus sitios web sin tomar los recaudos pertinentes para evitar el ingreso de menores de catorce años.⁴² En relación con el tipo subjetivo, se requiere de dolo directo. El agente debe conocer que se trata de un espectáculo o material de naturaleza pornográfica; y que está franqueando la entrada, o suministrando el contenido prohibido a un menor de catorce años.⁴³

E. Casos no contemplados

Hay dos grupos de casos que se encontrarían excluidos de las conductas típicas del art. 128 del CP. En primer lugar, quedaría fuera del alcance de la regulación la explotación

³⁹ Tribunal en lo Criminal Nro. 2 Departamental de Dolores, “Catarineu, Guillermo Alejandro”, 9/12/2021, Caso Nro. 1246/8547.

⁴⁰ Tribunal en lo Criminal Nro. 6 del Departamento Judicial San Martín, “Thompson, Javier Adalberto”, 08/2022, Caso Nro. 4603.

⁴¹ Juzgado en lo Correccional Nro. 5 del Departamento Judicial Morón, “Villarrubia, Fernando Javier”, 27/12/2016, Caso Nro. 98/2016.

⁴² Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, p. 829.

⁴³ Figari, “Comentario al art. 128 del Código Penal”.

sexual infantil técnica, simulada o virtual: se trata de aquella variante en la que un niño no ha sido efectivamente partícipe de actos sexuales, sino que ha sido incluido a través de la alteración o composición de imágenes, sin que haya ninguna correspondencia con una situación real.⁴⁴ Al respecto, es oportuno recordar que el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (aprobado por la Ley Nro. 25.763) alude expresamente a los materiales de violencia sexual virtuales. Allí se establece que la explotación sexual contra la infancia comprende “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, *reales o simuladas*, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” (el destacado me pertenece).⁴⁵ No obstante, el art. 128 del Código Penal no hace referencia a las actividades sexuales simuladas, por lo que el caso no se encontraría contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la redacción del tipo penal tampoco incluiría el mero acceso al material sin posesión, como podría hacerlo la persona que lo consume por *streaming*. La laguna de punibilidad no podría cubrirse mediante interpretaciones extensivas del tipo penal, pues ello desconocería el principio de legalidad.⁴⁶ Si bien el artículo 9.1.d. del Convenio sobre Ciberdelincuencia prevé criminalizar la adquisición, para uno mismo o para otros, de material de explotación sexual infantil a través de un sistema informático, Argentina efectuó una reserva respecto de este punto.

II. *Grooming*

El artículo 131 introduce en el Código Penal la figura de *grooming* o acoso sexual tecnológico, como parte integrante de los delitos contra la integridad sexual. La figura se compone de un conjunto de acciones emprendidas por un adulto con el objetivo de ganarse la amistad de una niña, un niño o un adolescente y crear una conexión emocional con él; de forma tal de disminuir sus inhibiciones y, finalmente, abusar sexualmente de él.⁴⁷ De acuerdo con la redacción en el Código Penal, la conducta objeto de reproche implica contactarse con un menor de 18 años por medio de comunicaciones electrónicas,

⁴⁴ Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, p. 825.

⁴⁵ Artículo 2.C) del “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”. Véase: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-25763-87860/texto>.

⁴⁶ Garat y Reale, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”.

⁴⁷ Garat y Reale, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, pp. 526-27.

telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual. En este sentido, queda claro que la realización del tipo penal se puede dar a través de cualquier medio digital que permita la interacción entre dos o más personas, tal como las redes sociales, los sitios de chats, los mensajes de texto o el correo electrónico.⁴⁸ A menudo, el delito es cometido por un adulto que crea una falsa identidad y se hace pasar por un menor de edad, o recurre a robos de identidad.⁴⁹ Esta última característica, empero, no es inherente a la figura, que no exige engaño ni falsificación de la identidad del autor.

Respecto del tipo subjetivo, se trata de un delito doloso, por lo que el autor debe obrar con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Sin embargo, la figura también presenta un elemento subjetivo adicional al del dolo: la ultraintención del autor, consistente en la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual del niño, niña o adolescente. La conducta del sujeto activo, pues, debe comprender dicha finalidad específica, más allá de que se realice o no el resultado.⁵⁰ Este último requisito ha sido objeto de controversias que, en cierto sentido, dificultan la investigación de los hechos y el castigo de los responsables. Aunque, desde otra perspectiva, se podría sostener que la prueba de este elemento del tipo resulta sencilla. Esto es así porque los medios empleados para la comisión del delito facilitan el intercambio de audio, video e imágenes. De esta manera, dejan en evidencia la mencionada ultraintención.⁵¹

A. Concurrencia con otras figuras

La figura de *grooming* ha suscitado discrepancias respecto de su configuración y de la conexión con otros tipos penales previstos en el ordenamiento jurídico. Es interesante reseñar aquí algunos casos en los que la jurisprudencia se ha expedido al respecto.

En un caso resuelto en la jurisdicción de Córdoba, se discutía si se había aplicado erróneamente el concurso aparente de delitos entre las figuras previstas por los arts. 131 y 128 CP. El Tribunal de juicio resaltó que el art. 131 CP plasma un acto preparatorio. Según los jueces, si se obtiene la finalidad perseguida mediante la consumación de alguna

⁴⁸ Garat y Reale, “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”, p. 527.

⁴⁹ Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, p. 857.

⁵⁰ Al respecto, *Cfr.* Tribunal en lo Criminal Nro 2 del Departamento Judicial de Bahía Blanca, “Luna, Jonatan Omar”, 19/10/2017, Caso Nro. 595-2017. Se trató del primer fallo condenatorio por *grooming* seguido de muerte en Argentina. El caso motivó la sanción de la Ley Nro. 27.590 —conocida como “Ley Mica Ortega”—. La norma creó el “Programa Nacional de Prevención y Concientización del *Grooming* o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes”, con el objetivo de generar conciencia sobre la problemática y lograr la prevención a través de la capacitación en el uso responsable de las TICs.

⁵¹ Riquert, *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, p. 858.

de las figuras previstas contra la integridad sexual, se configura un concurso aparente de leyes. En este caso, se afirmó que existió un acoso a través de medios telemáticos y que la finalidad se cumplió mediante la producción y posterior publicación de las fotografías obtenidas. En consecuencia, la figura de producción de representaciones de partes genitales desplazó a la de *grooming*.

A su turno, el Tribunal de Apelaciones señaló su desacuerdo con la interpretación anterior y sostuvo que ambos delitos debían concursarse materialmente. Por un lado, indicó que el art. 131 CP constituye un acto preparatorio que, lógicamente, no podría incluir la comisión de un delito contra la libertad sexual específico. Por otro lado, afirmó que dicha figura sanciona con una pena mayor a la de otros delitos de índole sexual que no contemplan el mismo medio típico, dadas las particulares del ilícito y las necesidades preventivas. A su vez, el Tribunal sostuvo que el art. 128 CP no hace referencia a dichos métodos e incluye cualquier medio. Como consecuencia, el concurso aparente conduciría a castigar de forma más leve el hecho consumado que el acto preparatorio, lo que conformaría un resultado interpretativo absurdo.⁵²

Uno de los precedentes ya comentados comprendía un problema concursal, no explicitado por el Tribunal. En concreto, el imputado se contactaba con NNyA a través de perfiles falsos; les pedía fotografías de sus partes genitales y videos eróticos y les solicitaba mantener videollamadas. A su vez, amenazaba a las víctimas con subir el contenido a redes sociales si no continuaban enviándole las representaciones requeridas. El Tribunal de juicio consideró que la conducta se subsumía, entre otras, en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, 2º párrafo CP). La defensa se agravió respecto de la subsunción jurídica realizada, sin cuestionar los hechos atribuidos. En resumen, alegaba que no era posible subsumir la conducta en aquel tipo penal porque, al tratarse de un subtipo agravado, su concurrencia depende de la existencia de los requisitos que exige la figura básica. Sostenía, entonces, que el abuso sexual simple admite únicamente actos corporales de tocamiento directo con significación sexual; es decir, exige un contacto corporal con la víctima. Según su razonamiento, el Tribunal había realizado una interpretación analógica, extensiva y violatoria del principio de legalidad (art. 18 CN) en su faz de *lex stricta* y *lex certa*.

⁵² Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Penal, “Dávila, Marcos José”, 19/04/2018, Caso Nro. 1159/1170.

El Tribunal de Apelaciones no admitió los agravios expuestos. Consideró que, a través de las TIC, lo personal —“trato inmediato material”— se ve sustituido por un contacto en el ciberespacio. En definitiva, entendió que el uso de las TIC no solo promueve el desarrollo de nuevas formas de criminalidad, sino que bosqueja formas evolucionadas de cometer delitos preexistentes. En este entendimiento, concluyó que la conducta del imputado se encontraba dentro del tenor literal del tipo penal y del ámbito de protección de la norma. Asimismo, aseguró que el contacto corporal directo entre el autor y la víctima no constituye un requisito configurativo del delito de abuso sexual, pues se trata de un delito de dominio; en este, es aplicable la autoría mediata sobre un sujeto no responsable que se autolesiona.⁵³

B. Ultraintención

La configuración del tipo subjetivo ha suscitado planteos específicos en la jurisprudencia. En uno de los casos relevados, el imputado había contactado a dos adolescentes a través de medios tecnológicos, con el propósito de generar un encuentro personal con ellos. En ese contexto, se logró demostrar que el sospechoso se había trasladado al lugar de residencia de las víctimas; también se probó que les efectuaba comentarios de contenido sexual, que les prometía dinero y regalos, y que les proponía que se fueran con él. La sentencia condenatoria homologó un acuerdo de juicio abreviado. El Tribunal analizó el tipo penal y consideró que, salvo que las conversaciones fueran sumamente explícitas, la finalidad del autor debía inferirse. Para ello, sostuvo que debían leerse entre líneas las comunicaciones del imputado y evaluarse especialmente las referencias a temas sexuales y la propuesta de un encuentro personal. El Tribunal destacó que la figura contemplaba un delito de peligro y un consecuente adelanto de la punibilidad a actos preparatorios; en función de ello, razonó que no era necesario verificar un principio de ejecución en los delitos contra la integridad sexual de los NNyA. Como consecuencia de los argumentos esgrimidos, se consideró acreditada la ultraintención del autor, así como el resto de los elementos del tipo.⁵⁴

Similares cuestiones fueron tratadas en otro caso, en el que la defensa impugnaba un procesamiento por este delito. El imputado era un hombre de 21 años que había mantenido conversaciones de índole sexual con una niña mediante *Skype* y *WhatsApp*, pero que había

⁵³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba – Sala Penal, “Carignano, Franco Daniel”, 28/07/2020, Caso Nro. 1965/2004.

⁵⁴ Juzgado en lo Correccional Nro. 1 del Departamento de Bahía Blanca, “Faraoni, José María”, 01/09/2015, Caso Nro. 1.060/15.

rechazado la posibilidad de un encuentro con ella. La mayoría del Tribunal adoptó un criterio similar al del precedente anterior y entendió que la ultraintención podía inferirse del contexto de las conversaciones. Sostuvo que, aunque rechazó en varios momentos concretar un encuentro, el imputado continuó conversando con la víctima e intentó seducirla, describiendo situaciones de índole sexual que se representaba con ella y que le prometía que ocurrirían a sus 14 años. A criterio de los jueces, el rechazo no había sido genuino, sino parte de la seducción. En definitiva, el Tribunal consideró que el tenor de las conversaciones y el envío de una fotografía en la que se exhibían los genitales conformaron actos con la entidad suficiente para tener por probada la finalidad de cometer un delito contra la integridad sexual. El juez que se pronunció en disidencia reconoció el carácter sexual de las conversaciones; pero entendió que esa prueba no bastaba para tener por acreditada la ultraintención, considerando que el propio imputado había desistido de un encuentro con la niña.⁵⁵

En otro caso, se debatió acerca de la caracterización de la conducta de un hombre que había intercambiado mensajes con una niña, en los que asumió su intención de mantener encuentros sexuales con ella; además, le había enviado una imagen de sus genitales y le había pedido fotografías. Al resolver la apelación contra el procesamiento, el Tribunal se hizo cargo de los desafíos probatorios que originaba el elemento subjetivo del *grooming*. De todas maneras, la sentencia concluyó que, en ese caso, la ultraintención estaba presente en razón del tenor de las conversaciones, de la naturaleza de la imagen enviada a la víctima, y de la insistencia del imputado en encontrarse con ella. Por otra parte, los jueces desestimaron un planteo de inconstitucionalidad, que se basaba en el argumento de que la ley criminalizaba meras intenciones. A juicio del Tribunal, lo que se castiga específicamente es la acción de solicitar a la niña, niño o adolescente la realización de actividades que no debería efectuar. Por último, los jueces entendieron que la promulgación de la ley cumplía con los estándares mínimos establecidos en los instrumentos internacionales suscriptos por el país.⁵⁶

Las particularidades del *grooming* tienen también derivaciones procesales. En un caso tramitado en la Ciudad de Buenos Aires, la fiscalía acusó por este delito a un imputado que había contactado a una niña mediante *Instagram* y *WhatsApp* con la

⁵⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal - Sala V, “M., M. E.”, 18/05/2018, Caso Nro. 70.650/14.

⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal – Sala VI, “S., A M.”, 06/11/2017, Caso Nro. 12758/2016/CA1.

finalidad de coordinar un encuentro con ella y perpetrar un delito contra su integridad sexual. La defensa alegaba que el requerimiento de juicio no definió ni acreditó qué conducta pretendía realizar el imputado, o qué delito contra la integridad sexual de la víctima se proponía cometer. En razón de ello, la recurrente sostenía que se había violado el derecho del acusado a una defensa técnica eficaz. El Tribunal señaló que el requerimiento de juicio comunicaba con claridad el hecho que el Ministerio Público Fiscal le atribuyó al imputado. Según su entendimiento, la finalidad específica propia del delito debe añadirse al obrar consciente y voluntario del imputado, pero el resultado no debe alcanzarse necesariamente. En esta línea, citó el precedente mencionado anteriormente⁵⁷ y determinó que, si bien era real la dificultad probatoria de la faz subjetiva, la conversación del caso denotaba la voluntad de seducir y la intención de crear confianza para concretar el propósito. En función de ello, el Tribunal consideró que el autor había obrado con la finalidad exigida por el tipo, dado el contenido y contexto de las conversaciones y la propuesta de un encuentro a solas con la niña.⁵⁸

La reseña efectuada ratifica que la ultraintención del autor (correspondiente al tipo subjetivo del art. 131 CP) constituye el elemento más problemático de la figura. De todas maneras, se observa que la jurisprudencia mantiene al respecto un criterio relativamente estable.

C. Recolección de prueba y derecho a la intimidad

Tal como sucede con las modalidades delictivas previstas en el art. 128 CP, el *grooming* presenta cuestiones referidas al derecho a la intimidad y a la expectativa de privacidad de las personas involucradas en la investigación. Por ejemplo, en un caso correspondiente a la jurisdicción porteña, se imputaba a un hombre por haber contactado con fines sexuales a la hija de su expareja (utilizando medios tecnológicos). La defensa planteó la nulidad del procedimiento a raíz de la incorporación de las capturas de pantalla de una conversación entre la niña y él, que motivó el inicio de la investigación. Básicamente, la recurrente argüía que el caso se originaba en una conducta ilícita: la inspección no autorizada del celular de la víctima por parte de su hermano. La mayoría del Tribunal entendió que el derecho a la intimidad cede frente a circunstancias excepcionales. La sentencia ponderó que el hermano mayor estaba de hecho y

⁵⁷ Cfr. *supra* nota 55.

⁵⁸ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas - Sala I, “Pascuet, Diego Martín”, 03/06/2020, Caso Nro. 14610/2019-0.

circunstancialmente a cargo de la niña y que actuó en su protección ante la posible comisión de un delito en flagrancia; de esta manera, su intervención salvaguardó el interés superior del niño.⁵⁹ Por último, los jueces resaltaron la preponderancia de los derechos e intereses de los NNyA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos. En consecuencia, el Tribunal resolvió que no se advertía en el caso una vulneración al derecho a la intimidad.

La disidencia, por el contrario, entendió que la conducta del hermano (el acceder sin autorización a la correspondencia de su hermana) resultaba subsumible en el tipo penal del art. 153 del Código Penal. El juez que se pronunció de este modo negó que la protección de la intimidad (y la expectativa de privacidad) resulten morigeradas en casos por delitos sexuales cometidos en perjuicio de NNyA a través de las TIC. Desde esta perspectiva, el consentimiento de quien ejerce la responsabilidad parental no dispensaría a la fiscalía de la necesidad de contar con una orden judicial para acceder al dispositivo móvil de la niña. El juez argumentó que la titularidad de esa responsabilidad reposaba en cabeza de los progenitores, y no del hermano. De todos modos, añadió que ni siquiera los padres estaban autorizados a revisar la correspondencia privada; menos aun cuando se trataba de una adolescente de 16 años, cuya madurez y edad le permitían formar un juicio propio y opinar libremente. El pronunciamiento en disidencia concluyó que la información obtenida no debió fundar la intervención de la fiscalía ni el allanamiento del domicilio del imputado debido a su origen ilícito, y que el producto de esos actos debía ser descartado por vía de la regla de exclusión probatoria (o “doctrina del fruto del árbol envenenado”).⁶⁰

III. Conclusión

A lo largo de este trabajo se han analizado los delitos de explotación sexual infantil a través de medios informáticos y el estado de la cuestión en la jurisprudencia. Concretamente, se han estudiado las figuras que contemplan la producción, distribución y tenencia de material de explotación sexual de NNyA, y el tipo penal de *grooming*,

⁵⁹ Al respecto, se citó un caso sobre abuso sexual en el que el tribunal había afirmado que el interés del niño era superior a cualquier obstáculo legal, al referirse a un agravio sobre la privacidad de cartas epistolares que el imputado había enviado a la víctima; asimismo, en aquel caso se había afirmado que los papeles privados se encontraban en posibilidad de ser examinados, dado que operaba el art. 240 CP, ya que el delito era continuo y se hallaba en estado de flagrancia (TCP-PBA, Sala I, “C., J. A”, 03/06/2010).

⁶⁰ Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas - Sala III, “Aquino, Martín”, 23/04/2021, Caso N° 12.981/2020-0.

previstos en los artículos 128 y 131 del Código Penal, respectivamente. La aplicación del art. 128, en primer lugar, ha suscitado al menos tres controversias en la jurisprudencia, que se han relevado más arriba. La primera refiere a lo que entraña la producción de representaciones de partes genitales o de actividades sexuales; la segunda atañe al concepto de distribución; y la tercera involucra cuestiones relacionadas con la recolección de prueba y el derecho a la intimidad. Por su parte, la aplicación del art. 131 también ha generado discusiones jurisprudenciales, especialmente en torno de la configuración de la ultraintención que exige el tipo subjetivo; asimismo, al igual que en el caso del art. 128, el *grooming* presenta cuestiones referidas al derecho a la intimidad y a la expectativa de privacidad de las personas involucradas en la investigación.

Como se ha analizado, algunas cuestiones encuentran un acuerdo casi uniforme en la jurisprudencia, mientras que otras permanecen indefinidas. Más allá de las discusiones existentes respecto de la aplicación del derecho en cada caso, resulta esencial reafirmar la importancia de perseguir y sancionar las conductas asociadas con la explotación sexual infantil, en general, y las que se verifican a través de medios informáticos, en particular. Como se ha visto, se trata de un fenómeno en expansión, que presenta complejidades en su investigación y requiere de la coordinación entre las agencias estatales internas y de la cooperación transnacional entre todas las jurisdicciones comprometidas con la atención de este fenómeno criminal.

Al respecto, vale la pena destacar la necesidad de definir una estrategia internacional para destruir las redes criminales, mediante la coordinación eficiente de los organismos gubernamentales.⁶¹ En paralelo, se recomienda incorporar con premura medidas preventivas, centradas en la educación de las niñas, niños y adolescentes sobre el uso de las TIC.⁶² Parte de la literatura criminológica, además, propone considerar la implementación de foros anónimos de apoyo entre pares para ayudar a prevenir el abuso sexual infantil y para tratar a personas sexualmente atraídas por NNYA.⁶³ La política

⁶¹ Huber, "Child pornography in the Internet", p. 241.

⁶² Huber, "Child pornography in the Internet", p. 241.

⁶³ Según se ha investigado, algunas de las personas que se sienten sexualmente atraídas por NNYA logran vivir sin delinquir. Sin embargo, es posible que no busquen tratamiento por temor a la estigmatización, lo que aumenta el riesgo de ofensas. En este marco, los foros anónimos en línea de apoyo entre pares podrían ser plataformas potenciales para combatir el abuso sexual infantil, ya que permiten que las personas puedan recibir tratamiento de forma anónima. *Cfr.* Mikkel Rask Pedersen, "Where is the harm? Exploring online peer-support forums for people sexually attracted to minors as platforms to prevent child sexual abuse", en *Child Sexual Abuse and the Media*, 1.ª ed., eds. Daniela Stelzmann y Josephine Ischebeck (Baden-Baden: Nomos, 2022), pp. 279-301.

pública, entonces, deberá evaluar estas alternativas de manera conjunta y coordinada, de modo de generar un impacto positivo y mensurable en la prevención de la explotación sexual infantil cometida a través de las TIC.

IV. Bibliografía

- Figari, Rubén E. “Comentario al art. 128 del Código Penal (Ley 27.436) sobre pornografía infantil”. *Derecho Penal y Criminología*, nro. 10 (2018): 16-32.
- Garat, Sebastián y Julián Reale. “La reforma penal en materia de cibercrimen en la República Argentina”. En *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, editado por Daniela Dupuy y Mariana Kiefer, pp. 485-530. Montevideo: B de F, 2018.
- Huber, Edith. “Child pornography in the Internet”. En *Child Sexual Abuse and the Media*, 1.ª ed., editado por Daniela Stelzmann y Josephine Ischebeck, pp. 231-44. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- Montiel, Irene y José R. Agustina. “Victimización sexual de menores a través de las TIC”. En *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, editado por Daniela Dupuy y Mariana Kiefer, pp. 405-42. Montevideo: B de F, 2018.
- Rask Pedersen, Mikkel. “Where is the harm? Exploring online peer-support forums for people sexually attracted to minors as platforms to prevent child sexual abuse”. En *Child Sexual Abuse and the Media*, 1.ª ed., editado por Daniela Stelzmann y Josephine Ischebeck, pp. 279-301. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- Riquert, Marcelo A., dir. *Código Penal de la Nación [recurso electrónico]: comentado y anotado*, 1.ª ed. Buenos Aires: Erreius, 2018.