

El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales

Análisis del Código Penal argentino y del *Estatuto da Criança e do Adolescente* brasileño

por **GUSTAVO EDUARDO ABOSO**⁽¹⁾

I | Introducción

I.1 | El nuevo art. 131 del Código Penal argentino

La ley 26.904⁽²⁾ introdujo el nuevo art. 131 al Código Penal que reza de la siguiente forma:

“Será reprimido 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”.

(1) Abogado (UBA). Master en Derecho por la Universidad de Palermo. Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) y del curso de Posgrado de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano. Defensor Oficial en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(2) BO 11/12/2013.

El desarrollo tecnológico de los medios de comunicación trajo consigo un efecto negativo que lamentablemente se cristaliza en la irrupción de nuevas formas de comportamientos que atentan contra la integridad sexual de los menores de edad. En este caso, la reciente introducción del art. 131 al Código Penal confirma esta tendencia que se ha experimentado en otros ordenamientos penales.⁽³⁾

Así pues, como afirma Sieber, el peligro que encierra el uso abusivo de los ordenadores se fundamenta en puntos de vista cuantitativos y cualitativos: la lesividad de la moderna sociedad informática, que no se restringe al uso personal de los computadores y los sistemas informáticos, sino que atentan contra la paulatina dependencia de la sociedad moderna de la operatividad de los sistemas informáticos. Por mencionar algunos ejemplos, la mayoría de las transacciones económicas y financieras se encarrilan mediante el uso de los sistemas computarizados; la producción de las fábricas depende cada día más de la intervención de procesos automatizados e informatizados; los sistemas de drenajes y de distribución de aguas dependen también de dichos sistemas y procesos; etcétera.⁽⁴⁾

Por lo general, desde la experiencia recogida en nuestro país y a nivel mundial, se ha impuesto la necesidad de ampliar la barrera de punición a conductas que son propicias para la consumación de atentados contra la indemnidad sexual de los menores de edad. La facilidad y disponibilidad que tienen hoy en día los menores de edad de acceder a los sistemas telemáticos y así ampliar de manera exponencial el horizonte de su comunicación social ha determinado cambios de conductas y estrategias de los ciberacosadores y de grupos de pedófilos que se aprovechan de la candidez de sus víctimas y que, bajo la apariencia de un falso perfil de usuario, contactan a menores de edad con el fin de menoscabar su integridad sexual. En este contexto, los que pretenden atentar contra la indemnidad sexual de los menores de edad aprovechan precisamente los foros, blogs, *chat-rooms* o demás formas de comunicación para buscar, individualizar

(3) Por ejemplo, el art. 183 *bis* del Cód. Penal español; art. 227-22-1 del Código Penal francés; art. 609-undecies del Código Penal italiano; s. 15 *Sexual Offences Act*, 2003 [SOA] del Reino Unido; art. 1 *Protection of children and prevention of sexual Offences*, Act. 2005, de Escocia; art. 172.1 *Criminal Code* de Canadá, §§ 2422 y 2425 del United States Code, entre otros.

(4) SIEBER, ULRICH, *Multimedienrecht, Strafrecht und Strafprozeßrecht*, [en línea] <http://www.jura.uni-muenchen.de/sieber/article>, p. 25.

e identificar a sus víctimas. En la “Exposición de Motivos” de esta nueva reforma se describe este fenómeno mundial y la necesidad de adecuar la legislación local a los estándares internacionales fijados por los tratados en esta materia.

En este cuadro debe mencionarse la **Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la Lucha contra la Explotación Sexual de los Niños y la Pornografía Infantil, y al Convenio sobre la Protección de Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual, del 25 de octubre de 2007, que estableció los parámetros normativos de la regulación de esta figura en el ámbito de la Eurozona (art. 23).**⁽⁵⁾

Es frecuente observar en la doctrina y la jurisprudencia, incluso en el diálogo académico, la aplicación errada, distorsionada, que se hace de la categoría “delitos informáticos” para englobar de esta forma aquellos comportamientos caracterizados por el empleo abusivo de una terminal que provoca perjuicios económicos a terceros, o bien permite el ingreso ilegítimo a una base de datos, o directamente la introducción de un virus en el sistema telemático.⁽⁶⁾ Quizás sea más práctico para el uso del

(5) COUNCIL OF EUROPE, Treaty Series 201, “Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse”, Lanzarote, 25/10/2007, [en línea] <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fconventions.coe.int%2FTreaty%2FEN%2FTreaties%2FWord%2F201.doc&ei=ueVDU8unEeG3sASlo4CYDQ&usg=AFQjCNF3cXV9VNsu04qmOy1IZIdDDuDu0g&bvm=bv.64367178,d.cWc>

(6) Véase, AROCENA, GUSTAVO, “De los delitos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 5, n° 1, 1997, p. 44 y ss., donde reproduce de forma sintética la diversidad de opiniones existentes en la doctrina argentina sobre el contenido y alcance del término “delitos informáticos”. Según este autor, la conceptualización del delito informático debería abarcar tanto las modalidades criminales que utilizan un sistema informático como vehículo para la perpetración de distintos ilícitos, como cuando dicho sistema informático se transforma en el objeto del comportamiento delictivo. En igual sentido, CARRERA DE HAIRABEDIÁN, MARCELA, “Algunas consideraciones sobre los delitos informáticos”, *Foro de Córdoba*, n° 63, p. 57 y ss. Resulta conveniente mencionar que si bien es correcta la afirmación de que los denominados “delitos informáticos” afectan la propiedad y la intimidad de las personas, una acepción amplia de la criminalidad informática impide descubrir una nueva realidad social que impone al derecho penal modificar y adecuar su arsenal represivo de cara a los nuevos desarrollos tecnológicos alcanzados por la humanidad, por un lado; mientras que, por otro, dicho tipismo rehúye al reconocimiento de una **necesidad funcional** de las sociedades contemporáneas que se organizan paulatinamente, sumado a otras contingencias, sobre el almacenamiento, procesamiento, circulación y valor de la información. La tesis propuesta en este trabajo pretende reconocer la autonomía funcional de los delitos informáticos frente a otras modalidades criminosas que atentan en igual medida contra la intimidad y la propiedad de terceros. De ahí que aquellas acciones que consistan en el ingreso

lenguaje cotidiano referirse indistintamente a uno u otro suceso delictivo relacionado con el uso de una terminal, pero dicho empleo laxo genera en el otro una ambigüedad que contribuye a fraguar una realidad distinta que impide, en una primera reflexión, indagar sobre cuál debería ser el verdadero interés tutelado que se esconde detrás de esta especie de infracciones. Permítaseme describirlo de la siguiente forma: existe consenso para calificar de estafa informática a la utilización de una terminal para perfeccionar una maniobra fraudulenta.⁽⁷⁾

ilegítimo a una base de datos, la utilización no autorizada de un ordenador, la destrucción de un sistema informático, el borrado de la información almacenada mediante el empleo de un virus o la interrupción temporal de dicho servicio, entre otras, son manifestaciones ofensivas que si bien podrían asociarse en algunos casos a figuras delictivas actualmente reguladas, dicha equiparación no traspasaría el umbral de una relación simétrica comisiva, mas no sería suficiente para reconocer la funcionalidad propia de la información, en su doble acepción de objeto y acción. Al respecto, ABOSO, GUSTAVO y ZAPATA, MARÍA FLORENCIA, *Cibercriminalidad y derecho penal*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2006, p. 15 y ss.

(7) GUIBOURG, RICARDO; ALLENDE, JORGE y CAMPANELLA, ELENA *Manual de informática jurídica*, Bs. As., Astrea, 1996, § 86, p. 273, afirman que el delito informático no constituye una nueva categoría delictiva. Esta aseveración es correcta siempre y cuando el intérprete se sitúe en la dimensión **instrumental** del uso abusivo de un ordenador. Es cierto que los fraudes cometidos mediante Internet, por ejemplo, no modifican en nada la esencia de la defraudación y sólo el **medio empleado** revela, en todo caso, la fase de modernidad de nuestras sociedades, en las que el uso tecnológico resulta adaptado por el hombre para la consecución de sus fines, lícitos o ilícitos, buenos o malos, pero siempre radica en la propia naturaleza del hombre dicha asignación de medios. En cambio, esta perspectiva puede ceder frente a otra mucho más específica: la de considerar a la **información en sí** —**al flujo de esa información mediante los canales informáticos**—, como un interés digno de tutela especial que adquiere una entidad propia despojada de toda pretensión utilitarista. En este artículo se intentará desentrañar esta nueva dimensión de la **información** como sujeto de tutela penal, sin olvidar que la información en su dimensión **funcional** inauguró un permanente proceso expansivo que trasciende en muchos aspectos la acotada imagen de la intimidad individual, cuyo papel adquiere en la actualidad una preeminencia significativa en el funcionamiento y desarrollo de los mercados mundiales. Esta valorización de la información, vinculada al avance incesante de la tecnología y sus derivados, provocan el derrumbe de muchas fronteras hasta hace poco tiempo infranqueables. Piénsese, por ejemplo, en el método de desciframiento del genoma humano y la factibilidad de desentrañar los orígenes del ser humano, incluso la posibilidad de alterar su subjetividad. Este nuevo portal de conocimientos y posibilidades abierto por las ciencias coloca al hombre en una disyuntiva moral y ética que trastoca su propia existencia: la de jugar a ser Dios. Así, entonces, el diagnóstico genético permite prever enfermedades o predisposiciones congénitas de la persona y esta información genética adquiere así una importancia en una sociedad caracterizada por la alta competitividad (por ejemplo, en la selección de empleados o dirigentes de una empresa) y la exuberante pleitesía a las leyes del mercado de capitales (por ejemplo, la evaluación de riesgos para las empresas aseguradoras frente al cliente con predisposiciones a las enfermedades cardíacas comprobadas mediante métodos genéticos). Sobre esta problemática en particular, HABERMAS, JÜRGEN, *El futuro de la naturaleza humana*, (trad. por R. S. Carbó), Barcelona, Paidós, 2002. Al respecto, ABOSO Y ZAPATA, *Cibercriminalidad y derecho penal*, op. cit, pp. 15 y ss./29 y ss.

En este campo se distingue entre la “criminalidad de la red” (*Netzkriminalität*) que se concentra en el uso abusivo de los ordenadores en la red informática pública, y la llamada “criminalidad multimedia” (*Multimedia-Kriminalität*) que se proyecta en el mercado competitivo de los diversos multimedios y la convergencia de los aparatos digitalizados, como la computadora personal, los aparatos radiales o los de telecomunicaciones, que posibilitará que en el futuro cercano la difusión de la información y la transmisión de la comunicación amplíen sus fronteras (la llamada era digital).⁽⁸⁾

2 | El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales

2.1 | Análisis dogmático

Volviendo al comentario del art. 131 CP, el bien jurídico tutelado es el normal desarrollo psico-biológico sexual de los menores de dieciocho años.⁽⁹⁾ En este ámbito, las agresiones sexuales contra menores de edad suelen clasificarse según la existencia o no de contacto sexual ilícito. Esta modalidad de acoso telemático se caracteriza por la falta de contacto sexual,

(8) SIEBER, ULRICH, *Multimedienrecht, Strafrecht und Strafprozeßrecht*, cit., p. 23.

(9) SCHWEIZER, KATINKA, “Grundlagen der psychosexuellen Entwicklung und ihrer Störungen”, *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm*, Gunnar Duttge, Wolfgang Engel und Barbara Zoll (Hg.), Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Bd. 10, Universitätsverlag Göttingen, 2010, p. 11 y ss. La sexualidad se vincula en nuestros días con aspectos biológicos, psicológicos y sociales que definen la personalidad sexual del individuo. La autora analiza la teoría de Freud sobre el desarrollo psico-sexual y las diversas fases que incluye dicho desarrollo (oral, anal, genital y latencia) hasta desembocar en la pubertad. Esta división ha sido ampliada en la actualidad con los nuevos estudios sobre la sexualidad humana, en general, existe consenso en agregar una fase intermedia identificada con la fantasía infantil omnipotente que se relaciona con la fantasía de la bisexualidad en los menores entre los dos y cuatro años. Sobre el bien jurídico tutelado en la doctrina española, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 107/108; ZUGALDÍA ESPINAR y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dirs.), *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 286 y ss.; RUBIO LARA, PEDRO, “Acoso sexual de menores por Internet: Cuestiones penales, procesales penales y civiles”, en AA.VV., *Ciberacoso: la tutela penal de la intimidad, la integridad y la libertad sexual en internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 145 y ss. Al respecto, ABOSO, GUSTAVO, *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado y con jurisprudencia*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2012, p. 575 y ss.

pero se demuestra como una conducta de facilitación, ya que el autor debe perseguir el propósito de un ulterior contacto sexual.

El uso de la coacción estatal ha sufrido en los últimos tiempos —en el marco de la criminalidad informática en general y respecto de los delitos sexuales relacionados con la pornografía infantil en especial—, un auge sorprendente. Si bien es cierto que los tratados internacionales en esta materia —las Convenciones de Budapest y Lanzarote—, han procurado armonizar la legislación penal en el ámbito europeo, con una fuerte influencia más allá de sus fronteras, puede percibirse sin mayores esfuerzos que los medios de intervención utilizados por el derecho penal no siempre respetan el principio de lesividad, o al menos, resulta forzada la relación de la conducta prohibida y el fundamento material de dicha prohibición en relación con el principio de la protección de bienes jurídicos.⁽¹⁰⁾

A modo de ejemplo, la regulación del delito de distribución y posesión de material pornográfico adoptada por el § 184c del Código Penal alemán. En este caso, han surgido divergencias normativas a nivel nacional y europeo sobre el alcance del término “niño”. Específicamente, el instrumento internacional europeo habla de un menor de dieciocho años, mientras que la legislación penal alemana lo refiere para los menores de catorce años (§176 1 StGB), y la ley penal juvenil establece su alcance a los menores de dieciocho años (§ 1, Abs. 2, JGG). Sobre la represión del consumo de pornografía infantil, al castigarse en muchos ordenamientos penales la simple tenencia, o bien, como sucede en el nuestro, cuando dicha tenencia tenga una finalidad de comercialización o distribución, han despertado las críticas de la doctrina sobre el fundamento material de dicha coacción estatal desde el punto de vista del principio de lesividad.⁽¹¹⁾

Desde esta perspectiva, la nueva regulación del delito de *grooming* aparece signada por este déficit, ya que si bien el motivo de esta nueva forma

(10) Sobre la crítica a la teoría del bien jurídico, NEUMANN, ULFRID, “Alternativas: Ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico”, (trad. Carmen Eloisa Ruiz), *Cuadernos de Política Criminal*, n° 93, 2007, p. 5 y ss.

(11) HEINRICH, MANFRED, “Strafrecht als Rechtsgüterschutz ein Auslafmodell? Zur Unverbrüchlichkeit des Rechtsgutsdogmas”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 80*, Manfred Heinrich, Christian Jäger et al. (Hrsg.), Bd. 1, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 131 y ss. / 135 y ss. Sobre la reforma de los delitos sexuales en España, CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Una nueva reforma de los delitos sexuales contra la libertad”, en *La Ley Penal*, n° 80, año VIII, marzo 2011, pp. 5 y ss. / 15 y ss.

de criminalización del uso abusivo de los medios informáticos tiende a la tutela de los menores de edad, lo cierto es que el medio utilizado y la técnica legislativa carecen en todo caso de un estilo refinado e idóneo para cumplir con tal propósito sin necesidad de sacrificar al principio de lesividad en el altar de la creciente expansión del derecho penal. Como veremos a continuación, esta conducta de contactar mediante medios telemáticos a menores de edad con un propósito sexual ha sido criticada de manera uniforme en todos los países. La principal objeción que se le formula consiste en su excesiva ambigüedad y el inocultable adelantamiento de la barrera de punición⁽¹²⁾ que representa la mera punición de un contacto telemático con un menor de dieciocho años sin recurrir al expediente del engaño o la seducción.

La determinación de la condición etaria del sujeto pasivo agrega un mayor grado de confusión a los parámetros normativos utilizados por el legislador. En especial, debemos recordar aquí que a partir de los trece años el titular del bien jurídico puede mantener contactos sexuales con terceros. En este sentido, a partir de los catorce años puede serle suministrado material pornográfico o facilitársele el acceso a un espectáculo pornográfico (art. 128), mientras que por debajo de los dieciocho años se castigan las exhibiciones obscenas (art. 129). Ni hablar de las edades mínimas fijadas para la tolerancia de los contactos sexuales con acceso carnal. En síntesis, la disparidad punitiva que puede observarse entre las figuras que tutelan la indemnidad sexual de los menores de edad adolece de una peculiar esquizofrenia normativa que se refleja en la falta de armonía en las edades mínimas requeridas para considerar punible una conducta, sin atender al parámetro objetivo de la existencia o no de contacto sexual con los menores de edad. De esta manera, se castiga con una pena que orilla los cuatro años el simple acercamiento telemático con un menor de edad, pero si se comete un abuso sexual simple, la amenaza de pena es idéntica. Así y todo, si se le entrega material pornográfico o se le allana el camino para acceder a un espectáculo de esa naturaleza a un menor de catorce años, la expectativa de pena no superará los tres años. En cambio, si el autor se

(12) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 230; SALVADORI, IVAN, "Possesso di pornografia infantile, accesso a siti pedopornografici, child-grooming e tecniche di anticipazione della tutela penale", p. 20 y ss.; RIQUERT, MARCELO, "Ciberacoso sexual infantil ('cibergrooming')", [en línea] http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._131_ciber_acoso_sexual_infantil_grooming.pdf; ABOSO, GUSTAVO, *Código Penal...*, op. cit., art. 131.

exhibe desnudo ante el menor de trece años, la pena aplicable en su máxima expresión será de cuatro años de prisión, mientras que si el sujeto pasivo de este delito de exhibiciones es un menor de dieciocho años que no consiente dicho acto, la expectativa de pena será de idéntica gravedad.

El llamado “ciberacoso”,⁽¹³⁾ o directamente *child grooming*, se caracteriza por:

- a. La falta de contacto personal con el sujeto pasivo;
- b. La particularidad del medio utilizado (medio telemático) y;
- c. La finalidad que persigue el autor (sexual).

a. La falta de contacto personal con el sujeto pasivo

En los delitos sexuales, la distinción entre contacto corporal o no con la víctima determina la mayor o menor gravedad del comportamiento reprimido.⁽¹⁴⁾ Este baremo objetivo de valoración de la gravedad de lo injusto de una conducta dolosa en este campo del derecho penal sexual no ha sido observado, conforme se detalló precedentemente, en función de la gravedad de la pena prevista en relación con otros comportamientos ilícitos de naturaleza sexual donde sí está presente el contacto físico entre el autor y la víctima. Este delito de *child grooming* se erige sobre la base de la ausencia de todo contacto corporal entre el autor y la víctima.

b. La particularidad del medio utilizado

El flamante art. 131 tiene un ámbito de aplicación acotado a los medios telemáticos en general. Este tipo de conductas abusivas se manifiestan con especial virulencia en el uso de los medios de comunicación electrónicos. Así, la posibilidad de entablar una comunicación en tiempo real con otra persona o bien mediante el uso de correos, mensajes o cualquier tipo de transferencia de datos electrónicos permite que los menores de edad se encuentren expuestos de manera directa a este tipo de contactos con fi-

(13) Hay objeciones sobre el uso de este término basadas en que esta figura no se trata propiamente de un acoso, ya que ella presupone una relación de dependencia. Sobre el contenido y alcance de este término, véase PARDO ALBIACH, JUAN, “Ciberacoso: Cyberbullying, grooming, redes sociales y otros peligros”, en *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., p. 54 y ss.

(14) DESSECKER, AXEL, “Veränderungen im Sexualstrafrecht. Eine vorläufige Bewertung aktueller Reformbemühungen”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 1/1998, p. 1 y ss.; ETZIONI, AMITAI, *Los límites de la privacidad*, (trad. Alexander López Lobo), BdeF, Bs. As.-Montevideo, 2012, p. 72.

nes sexuales.⁽¹⁵⁾ Nuestra norma establece como medio apto para cometer este delito a los telemáticos, pero en esta esta delimitación ha sido criticada, en especial, porque también el uso de otros medios de comunicación (por ejemplo, cartas o anuncios) ofrecen un punto propicio para la acción de los acosadores. La restricción típica al medio telemático prevista por la norma en comentario no debe hacernos pensar que este fenómeno se localiza de manera unilateral en el uso de estos medios, ya que también debería contemplarse la posibilidad de los contactos personales donde el autor ejerce también una influencia sobre los menores de edad.⁽¹⁶⁾ De hecho, las legislaciones como la escocesa y la inglesa no aluden al medio informático para reprimir dicha conducta de *child grooming*.

Sobre los medios telemáticos para la comisión de este delito, la jurisprudencia anglosajona ha considerado que el envío de mensajes de texto a una menor de trece años que padecía defectos psíquicos para mantener relaciones sexuales era una conducta punible a la luz de la *Sexual Offences Act*.⁽¹⁷⁾ También el contactarse con menores de dieciséis años a través de la *website* con un propósito sexual.⁽¹⁸⁾ Tampoco se exige que la finalidad sexual que motiva el accionar del autor haya sido satisfecha de manera inmediata,⁽¹⁹⁾ ya que el contacto indebido con el menor de edad se presenta en realidad como la antesala para la comisión de una agresión sexual.

La acción típica consiste en contactar a un menor de dieciocho años con el propósito de que el sujeto pasivo realizare actos de naturaleza sexual. Se trata de un delito de peligro. La conducta del autor debe consistir en mantener contactos mediante medios o dispositivos electrónicos de comunicación con un menor de edad. El contacto por sí solo aparece como un acto preparatorio para la comisión de otro delito de naturaleza sexual, cuya represión se ha visto confirmada por la multiplicidad de casos que se

(15) MARCO MARCO, JOAQUÍN, "Menores, ciberacoso y derecho de la personalidad", en AA.VV, *Ciberacoso: la tutela penal...*, op. cit., p. 98 y ss.

(16) DÍAZ CORTÉS, LINA, "El denominado *child grooming* del art. 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio", Madrid, *Boletín del Ministerio de Justicia de España*, año LXVI, n° 2138, 2012, p. 6.

(17) *R. v. Mohammed* [2006] EWCA Crim. 1107; *R. v. Harrison* [2008] EWCA Crim 3170.

(18) *R. v. Wilson* [2006] EWCA Crim. 505.

(19) *R. v. Abdullahi* [2007] 1 WLR 225.

presentan diariamente sobre el abuso sexual de menores de edad.⁽²⁰⁾ Ciertamente no ha sido afortunado el modo de tipificar esta conducta, ya que por lo general esta figura de *child grooming* apunta de manera basal a evitar el contacto fraudulento con el menor de edad. Tal como está regulado el actual art. 131, ese contacto con un menor de edad sólo será punible cuando el autor tuviese en miras cometer un delito contra la integridad sexual. De más está decir lo ambiguo de la materia de prohibición, puesto que los menores de edad de trece años en adelante pueden mantener contactos sexuales con terceros, en consecuencia, si una persona de dieciocho años mantiene contacto telemático con un menor de diecisiete con el propósito de mantener algún tipo de relación sexual, estaría expuesto a la comisión de este delito. La falta de certeza de la acción prohibida, y los contornos difusos utilizados para la represión de esta conducta, seguramente provocarán una aplicación desmedida de esta figura. Por lo demás, si existiese un conocimiento previo de las partes involucradas —por ejemplo, dos alumnos de un establecimiento educativo—, uno de dieciocho años y el otro de diecisiete años, y los contactos realizados por medio de Internet tuviesen un contenido sexual, por ejemplo, que la menor de edad le envíe una foto de su cuerpo desnudo, o aquél la incitase a realizar conductas autorreferentes sobre su cuerpo con la intención de satisfacer sus deseos sexuales, en todos estos casos dicho contacto podría ser objeto de una investigación penal como consecuencia de la denuncia formulada por los progenitores y pese a la anuencia de la presunta víctima.

La determinación de la edad de la víctima en la franja de los menores de dieciocho años contemplada por la figura significa un excesivo y arbitrario adelantamiento de la barrera de punición de estas conductas caracterizadas por la falta de contacto físico entre el autor y la víctima. Por lo demás, se muestra como una expresión de paternalismo desmedido al no tener en cuenta el consentimiento de los menores de edad, lo cual trastoca el principio de progresividad de la tutela penal dispensada a los menores de dieciocho años. Ese adulto de dieciocho años puede mantener relaciones sexuales con una persona a partir de los trece años de edad, pero si se contacta por medio de las redes telemáticas y le ofrece mantener las mis-

(20) En uno de los primeros casos de *child grooming* sentenciados en los Estados Unidos, el autor, una persona de 37 años de edad, se contactó con menores de edad para inducirlos en la participación de actividades sexuales ilegales, sumado a la posesión y distribución de material pornográfico infantil (US Court of Appeals Eleventh Circuit, "*United States of America vs. J. A. Penton*", 25/5/2010).

mas relaciones sexuales, estaría expuesto a una eventual denuncia penal y podría ser responsabilizado penalmente por la comisión de este delito.

Por este motivo, en la legislación española, el actual art. 183 *bis* reprime el contacto de menores de trece años a través de Internet, teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. La doctrina española ha criticado esta figura por representar la punición de un acto preparatorio y así un adelantamiento de la barrera de punición.⁽²¹⁾ Por su parte, el art. 15 de la *Sexual Offences Act*, reprime la conducta de tener contacto o comunicarse con un menor de dieciséis años, mientras que el art. 227-22-1 de Código Penal francés sólo requiere que se trate de un menor de quince años o una persona que se presentase como tal.

Justamente, la finalidad político-criminal de punir esta conducta ha sido la de evitar cualquier tipo de contacto fraudulento con los menores de edad. El art. 131 CP ha prescindido de esta modalidad fraudulenta para abocarse a reprimir lisa y llanamente cualquier contacto a través de ese medio con un menor de dieciocho años, cuyo propósito ulterior sea de naturaleza sexual. En este punto hubiese sido más apropiado exigir que un contacto fraudulento con un menor de edad (que puede contabilizarse de manera objetiva mediante el uso de cuentas de correo electrónicas falsas, el uso de nombres falsos a los efectos de ocultar la edad, el género o el empleo de herramientas informáticas idóneas para evitar el rastreo o la ubicación del usuario), ya que dicha modalidad es la que ha caracterizado en realidad los casos de contactos abusivos por ese medio. Haciendo un paralelismo con el delito de estupro, dicho contacto telemático debería reunir las notas de una relación de preeminencia entre el autor y su víctima.

Este fenómeno de la cibercriminalidad adquiere relevancia cuando los adultos emplean de modo engañoso un perfil de usuario de un menor de edad, con sus usos y costumbres (modo de escritura, expresiones, modismos, etc.) que sean idóneos para determinar el error del menor de edad sobre la identidad, edad o género del usuario y sus ulteriores intenciones.

En cuanto a la modalidad utilizada, el art. 131 CP no demanda una modalidad comisiva determinada, salvo la del medio telemático del contacto,

(21) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 230.

pero hubiera sido mejor la demanda de una asunción de identidad falsa, es decir, la de proporcionar datos personales al sujeto pasivo que no se condicen con los verdaderos. Esto bien puede suceder mediante la consignación o el almacenamiento de datos personales falsos, especialmente el nombre, el apellido y la edad, o bien al adoptar un perfil de usuario fraudulento para inducir en error a terceros menores de edad. En general, esta modalidad fraudulenta de asumir una identidad falsa se relaciona con la necesidad de ganar la confianza del menor y así lograr un acercamiento con el propósito de menoscabar su integridad sexual. La confianza dispensada por el menor dentro de estas circunstancias le permite al agresor obtener información sensible sobre sus gustos y preferencias.⁽²²⁾

Una vez logrado este objetivo, aparece por lo general la manipulación psicológica, es decir, se genera un vínculo precario en razón de las necesidades expresas o latentes del menor de edad (reconocimiento, atención, interés, aprobación, etc.). A continuación, se ingresa en la etapa de lograr que el menor de edad acceda a compartir imágenes de su propio cuerpo vinculadas necesariamente a la esfera sexual o al intercambio de material pornográfico.

En este sentido, surgirán dudas sobre la punición cuando la conducta del sujeto se limita a solicitar fotos personales o familiares del sujeto pasivo. Al tratarse de un delito de tendencia, el comportamiento del autor debe estar orientado a satisfacer un propósito ulterior, esto es, que el menor de edad participase o realizase actos de connotación sexual (desde el envío de fotos adoptando posturas sexuales o exhibiendo parte de su anatomía más reservada hasta el abuso sexual con contacto).

Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera. Se plantean algunos interrogantes sobre la calidad de autor cuando se trata, a su vez, de un menor de edad, por ejemplo, de diecisiete años. En nuestro caso, la responsabilidad penal plena se alcanza recién a los dieciocho años (ley 22.278), si bien existe una responsabilidad atenuada o restringida para el segmento de los menores de edad que van desde los dieciséis hasta la mayoría de edad. Por este motivo, tanto el art. 15 de la *Sexual Offences Act*, como el art. 172.2 del *Criminal Code* de Canadá reprimen al adulto, es decir, a la persona de dieciocho años. El sujeto pasivo debe ser necesariamente una

(22) PARDO ALBIACH, JUAN, "Ciberacoso: Cyberbullying...", *op. cit.*, p. 59 y ss.

persona menor de dieciocho años. En este último aspecto nuestra legislación se aparta de manera ostensible de otras regulaciones análogas, en especial, nos referimos al art. 183 *bis* del Código Penal español que prevé como sujeto pasivo a un menor de trece años.

c. La finalidad que persigue el autor

Es un delito doloso, compatible con el dolo directo. El art. 131 demanda que el autor haya realizado la conducta con el propósito específico de que el menor de edad llevase adelante actos de naturaleza sexual. En este aspecto, los actos de índole sexual bien pueden ser exhibiciones o disposición de material pornográfico obtenido del menor, por ejemplo, cuando se le solicitase que se desnude o muestre ciertas partes erógenas de su propio cuerpo (en el caso de una comunicación *online*). También puede acontecer que el autor le peticionase al menor de edad afectado el envío de imágenes pornográficas (en este caso, mediante el correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación privado por las redes telemáticas).

La intermediación de los medios telemáticos ofrece también la posibilidad de que el autor incurra en error sobre la edad del sujeto pasivo, ya que bien puede suceder que el propio menor de edad haya falseado su propia edad para participar de chat-rooms. En este caso, debe aplicarse el error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo y así declarar impune dicha conducta. En cambio, el art. 227-22-1 del Código Penal francés se adelanta a esta circunstancia y regula como punible también dicho contacto telemático entre el autor y la persona que se presentase como menor de quince años.

Si como consecuencia del contacto telemático, el autor lograra que el menor de edad le remitiese fotos personales de naturaleza pornográfica, las que luego son utilizados para coaccionar a la víctima y así consumir un contacto sexual (arts. 149 *bis*, 149 *ter* y 119 del Código Penal argentino), estos delitos concurren de manera material con el art. 131 CP. Como dijimos anteriormente, este delito es la antesala para la preparación de la ejecución de delitos sexuales con contacto personal con el menor afectado. En este sentido, el citado art. 227-22-1 del Código Penal francés reprime como agravante la circunstancia de que el autor se haya encontrado personalmente con el menor de quince años.

Tampoco la regulación de esta figura de contacto abusivo con menores de edad ha sido exitosa en este terreno. En la legislación comparada, en especial el art. 183 *bis* del Cód. Penal español, se ha determinado cuáles serían los actos con connotación sexual. Del modo en que está regulado en nuestro Código Penal, resulta excesivamente amplia dicha tendencia subjetiva del autor. En este punto, debemos analizar de manera hermenéutica la actual regulación de los delitos sexuales y así comprender que el medio utilizado (Internet) condiciona en gran medida la capacidad de acción del autor. En este caso, el autor debería exigirle a la víctima menor de edad que realizase desnudos, poses o directamente actos sexuales (masturbación, juegos eróticos, autorreferentes o con terceros). Los demandados “actos con connotación sexual” ciertamente incluyen por exceso a todos los actos mencionados, pero podría suceder que el autor de esta clase de delitos sexuales emplease otros medios indirectos para lograr la confianza de la víctima y así le solicitase el envío de fotografías personales para conocerla o alabar su belleza u otras cualidades físicas de la persona contactada. En este caso, dicha conducta de solicitar fotos personales de la víctima se enrola en el sendero de ganar su confianza para luego, por medio de la seducción o engaño, convencerla de que las imágenes personales vayan adquiriendo otra naturaleza. El primer segmento de la conducta sería, a nuestro juicio, atípico, ya que el envío de imágenes personales no alcanza para calificarlas de “imágenes pornográficas” con arreglo al alcance determinado por el propio art. 131 CP.

Este delito de tendencia ha sido objetado respecto de los aspectos procesales de su correcta comprobación. Puede suceder que nuestro autor se contactase con el menor de edad bajo el uso de un seudónimo y suministrando datos personales falsos, en especial nos parece importante acá subrayar la edad y el uso impostado de términos, expresiones o modismos, como temas exclusivamente relacionados con el ambiente del menor para lograr un encuentro personal. En estos casos, se presentan serios problemas para poder tipificar esta conducta como punible. Problemas parecidos han surgido en otros ordenamientos penales en torno de la delimitación de este comportamiento de otro impune, ya que la intencionalidad del autor juega un papel significativo para determinar la lesividad de dicho comportamiento.

Respecto de la consumación, este comportamiento se consuma cuando el autor determina a la víctima menor de edad a realizar los actos de natu-

raleza sexual. No se requiere que efectivamente dichos actos sexuales se hayan materializado, tan sólo que se encuentren presentes los extremos objetivos y subjetivos exigidos por esta figura. El simple falseamiento de datos personales en la red telemática no es suficiente para tener por intentado este delito. Tampoco lo es el simple contacto comunicacional con el menor de edad bajo este contexto. Lo determinante para poder hablar de un principio de ejecución será que el autor haya ejercido alguna influencia sobre el menor para lograr su lasciva finalidad. Cuando el autor orienta el giro del contacto telemático con la víctima sobre su actividad sexual, preferencias, costumbres o directamente realiza una propuesta o envía material pornográfico, entendemos que ha superado en ese supuesto el umbral de la tentativa.

En caso del envío de material pornográfico al usuario menor de edad, esta figura podrá concurrir con la figura de facilitación o distribución de ese material prevista por el art. 128 CP.

3 | *Estatuto da Criança e do Adolescente* (art. 241-D, lei 8069/90)

3.1 | Breve análisis comparativo

En el derecho penal brasileño, el art. 241-D de la lei 8069/90 establece que tipifica delito "*Aliciar, asediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso*". Las penas previstas para esta infracción son de uno a tres años de reclusión y la de multa.

A diferencia de nuestro art. 131, las conductas prohibidas exceden el mero contacto telemático, ya que se requiere el empleo del medio coactivo ("*asediar*" o "*constranger*") o bien cierto abuso de superioridad o preeminencia sobre el menor ("*aliciar*" o "*asediar*"). Si el término "*aliciar*" se identifica con la conducta de seducir a otro, se aproxima más a la naturaleza de este delito sexual. En este aspecto, la ley brasileña presenta una amplia ventaja sobre su homónima argentina ya que la barrera de punición de la primera coincide, al menos, con el ejercicio de violencia psíquica sobre el menor de edad, o el abuso de una relación de preeminencia sobre el menor en función de la mayoría de edad.

Como analizamos oportunamente, el *child grooming* se caracteriza por el empleo de medios fraudulentos, en especial, el enmascaramiento del perfil real del usuario para ganar la confianza del menor y luego pasar a la etapa de la agresión sexual. En el caso del derecho penal brasileño, se ha optado por la tipificación de conductas que atentan contra la indemnidad del menor de edad de un modo directo, esto es, con el uso de violencia o abuso intimidatorio, no se requiere en ningún caso el engaño o la seducción como medios típicos de comisión de este delito.

La conducta de “instigar” o “inducir” puede presentar algunos inconvenientes en su correcta interpretación en este contexto de delincuencia sexual, ya que si el menor es el que propone algún tipo de contacto o acercamiento con el usuario, cae por su propio peso la posibilidad de punir esta modalidad de comportamiento (*omnimodo facturus*). Por lo demás, en un análisis sistemático del uso del término “instigar”, el autor debería crear la resolución de mantener algún contacto sexual con la víctima, pero en muchos casos los ciberacosadores no actúan de esta manera, sino que prefieren un contacto personal para conocerse, sin que el acto sexual haya sido explicitado.

En cuanto al medio utilizado, tanto la ley argentina como la brasileña engloban en la materia de prohibición a los medios de telecomunicaciones o telemáticos, pero se deja de lado los contactos personales entre el autor y la víctima. Suelen ser más que frecuentes los actos de acercamiento personal, incluso de hostigamiento a la víctima, con el propósito de mantener un contacto sexual con ella.

El art. 241-D del *Estatuto da Criança* se trata de un delito de tendencia, ya que el autor debe requerir al menor la práctica de un acto libidinoso. Nuestra ley penal exige, como vimos, que dicha tendencia se cristalice en un acto de naturaleza sexual. También criticamos dicha conceptualización por imprecisa, ya que debería haberse detallado al menos cuáles actos serían los que la ley reprime. Esta observación crítica puede hacerse extensiva a la regulación brasileña que peca en este sentido de una desmesurada amplitud. En este tópico, el art. 241-E de la misma ley bien podría brindar una solución a este problema de ambigüedad, ya que ese precepto define el contenido y alcance del acto sexual explícito o pornográfico al decir que “comprende cualquier situación que involucre a un menor o adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o

simuladas, o en la exhibición de los órganos genitales de una menor o un adolescente con fines primordialmente sexuales".⁽²³⁾

Un déficit normativo de ambos ordenamientos penales consiste en la falta de regulación de la intermediación de un tercero menor de edad. Puede suceder que el adulto utilice a un menor de edad para la comisión de este delito,⁽²⁴⁾ incluso que dicho menor participe activa y voluntariamente con el adulto para materializar los contactos telemáticos. Más allá de la eventual solución normativa que se presenta al recurrir al expediente de la autoría mediata, o directamente a la aplicación de las reglas de la participación (inducción), lo cierto es que correspondería una regulación que se acomode más a los tiempos modernos que nos tocan vivir.

4 | Epílogo

La realidad nos demuestra que los medios telemáticos pueden ser empleados para cometer delitos sexuales contra menores de edad. En este rumbo, el actual art. 131 del Código Penal argentino y el art. 241-D de la lei 8069/90 brasileña tienen la finalidad de incrementar la tutela penal de los menores de edad mediante la represión del contacto de adultos con aquellos mediante ese medio de comunicación con el propósito de atentar contra su integridad sexual. En el caso argentino, la técnica legislativa empleada no ha sido la más acertada ni la más depurada en comparación con otras regulaciones en la materia, ya que los contornos normativos de la materia de prohibición aparecen difusos, en especial en su relación con el bien jurídico tutelado, y el fuerte acento puesto en la finalidad ulterior del autor alienta una excesiva criminalización de actos preparatorios, transformando a esta nueva figura en un auténtico delito de sospecha.

Por el contrario, la ley penal brasileña tiene la ventaja de aminorar el estado de incertidumbre sobre las conductas que integran la materia de prohibición, pero tampoco logra captar en su esencia última esta moda-

(23) "Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão cena de sexo explícito ou pornografia compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexualis explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais" (art. 241-E, lei 8069/90).

(24) PARDO ALBIACH, JUAN, "Ciberacoso: Cyberbullying...", op. cit., p. 58. Este autor refiere que la participación de menores de edad en calidad de autores no es un hecho extraño o aislado.

lidad de conducta fraudulenta. Decimos esto, porque el término “*aliciar*” se ajusta con la conducta de seducción que asume el autor de este delito, pero está ausente el medio engañoso o fraudulento que ha caracterizado por siempre a esta infracción. En general, los medios coactivos han sido regulados como formas de agravación de lo injusto típico de este delito (art. 183 *bis in fine*, Código Penal español).

En síntesis, las críticas apuntadas pretenden subrayar los déficits en la regulación de esta forma de criminalidad sexual informatizada y así que la necesidad político-criminal de su punición sea homogenizada a los estándares constitucionales y los principios del derecho penal que rigen la materia, en especial, los de lesividad y mínima intervención.⁽²⁵⁾

(25) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., Maestros del Derecho Penal, N° 31, Gonzalo D. Fernández (director), Gustavo Eduardo Aboso (coord.), BdeF, Bs. As.-Montevideo, 2010, pp. 393 y ss. / 424 y ss.; MORILLAS CUEVAS, LORENZO “Nuevas tendencias del derecho penal. Una reflexión dirigida a la cibercriminalidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 94, 2008, pp. 5 y ss. / pp. 31 y ss.